



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Historia del Derecho y Filosofía Jurídica,

Moral y Política

Área de Filosofía del Derecho

Curso 2019/2020

La teoría de la legislación de Manuel Atienza: aproximación y aplicación práctica al análisis de la Ley de Amnistía de 1977

Álvaro Ibáñez Pérez-Fajardo

María Lourdes Santos Pérez

Julio 2020

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Departamento de Historia del Derecho y Filosofía Jurídica,
Moral y Política**

Área de Filosofía del Derecho

La teoría de la legislación de Manuel Atienza: aproximación y aplicación práctica al análisis de la Ley de Amnistía de 1977

**Manuel Atienza's theory of legislation:
approach and practical application to the
analysis of the 1977 Amnesty Law**

**Nombre del/la estudiante: Álvaro Ibáñez Pérez-Fajardo
e-mail del/a estudiante: alvaroibapefa@usal.es**

Tutor/a: María Lourdes Santos Pérez

RESUMEN

Este trabajo es una aproximación práctica a la Teoría de la legislación elaborada por Manuel Atienza. En primer lugar, se analiza la concepción del Derecho como argumentación que articula este autor y se contraponen con otras tesis, como las enunciadas por Juan Antonio García Amado. En segundo lugar, se exponen los principales postulados contenidos en dicha teoría, que se condensan en la articulación de diferentes niveles de racionalidad que deben guiar la práctica legislativa.

Se realiza a continuación un análisis de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. En un primer momento, se expone el contexto histórico en el que se elaboró y se realiza un breve análisis de su articulado. En un segundo, se pone a prueba su racionalidad, verificable a lo largo de cinco dimensiones: lingüística, jurídico formal, pragmática, teleológica y ética.

PALABRAS CLAVE: Argumentación legislativa. Manuel Atienza. Ley de Amnistía

ABSTRACT

This paper is an approach to the Theory of legislation, developed by Manuel Atienza. Firstly, I analyze the conception of law as argumentation held by its author and it is contrasted with other ideas, such as those expressed by Juan Antonio García Amado. Secondly, I identify the main postulates contained in that theory and the different levels of rationality proposed.

Based on this theory, I make a practical analysis of Law 46/1977 of 15 October on Amnesty. In the first part, the historical context in which it was drafted is explained and a brief analysis of its articles is made. In the second part, I apply the different levels of rationality set out in the theory, namely: linguistic, formal legal, pragmatic, teleological and ethical levels.

KEYWORDS: Legislative Argumentation. Manuel Atienza. Amnesty.

*La teoría de la legislación de Manuel Atienza: aproximación y aplicación
práctica al análisis de la Ley de Amnistía de 1977*

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN DE MANUEL ATIENZA.....	1
2. LA LEY ORGÁNICA DE 15 DE OCTUBRE, DE AMNISTÍA , NÚM. 248, EN B.O.E. DE 17 DE OCTUBRE DE 1977.....	7
a. INTRODUCCIÓN.....	7
b. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO Y ANÁLISIS DEL ARTICULADO.....	7
3. ANÁLISIS CON BASE EN LA TEORÍA DE MANUEL ATIENZA.....	11
a. RACIONALIDAD LINGÜÍSTICA.....	11
b. RACIONALIDAD JURÍDICO FORMAL.....	15
c. RACIONALIDAD PRAGMÁTICA.....	20
d. RACIONALIDAD TELEOLÓGICA.....	24
e. RACIONALIDAD ÉTICA.....	28
4. CONCLUSIONES.....	33
5. BIBLIOGRAFÍA.....	36

APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN DE MANUEL ATIENZA

Para explicar la concepción del “derecho como argumentación”, Manuel Atienza utiliza el símil de un edificio, asimilando el derecho con una construcción. En este sentido, propone tres formas diferentes de estudiar dicho edificio, que se corresponden con tres enfoques distintos acerca del estudio del derecho. Así, el primer enfoque, denominado estructural o normativo, se limita a observar el derecho como una fotografía estática, tratando de identificar los diferentes elementos que lo conforman y cómo estos se complementan. El segundo enfoque, el enfoque realista o sociológico, trata de ver cómo encaja ese edificio en su entorno, se pregunta para qué sirve ese edificio; es decir, analiza el derecho en virtud de su funcionalidad y utilidad. El tercer enfoque, el valorativo, señala cuáles serían las cualidades de un edificio perfecto, tratando de buscarlas e implantarlas en el edificio que se halla en construcción. Como complemento a estos tres enfoques, Atienza propone examinar el derecho como argumentación; esto es, como un ente dinámico encaminado a resolver de forma práctica los problemas surgidos en el contexto social. Sería la perspectiva que adoptarían quienes participan de forma activa en la construcción del citado edificio¹.

Atienza afirma que, en el Estado de derecho moderno, el poder ejercido por el legislador y los demás operadores jurídicos no puede estar justificado en la fuente de la que procede la decisión ni en el procedimiento seguido, sino en el conjunto de valores y de principios que lo explican y justifican. Es decir, en un Estado de derecho, es necesario un control más exhaustivo de las decisiones, lo cual implica argumentar esas decisiones. El propio Atienza subraya la importancia de la argumentación jurídica en el Estado constitucional esgrimiendo que el ideal de Estado de derecho sería un sometimiento completo del poder a la razón.

¹ ATIENZA, M., *Derecho y Argumentación*. Departamento de publicaciones de la Universidad de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 19-23.

Para considerar el derecho como argumentación, Atienza advierte que existen unos valores morales mínimos que son preexistentes a todo derecho y de los cuales hay que partir para defender cualquier decisión que se tome. Esto implica postular la existencia de un “objetivismo ético”, que supone afirmar que existen unos valores morales mínimos, los cuales constituyen el punto de partida desde el cual se va a empezar a argumentar en todas las instancias jurídicas.

Justo en este punto radica la diferencia con otros autores también relevantes para el estudio del derecho como argumentación como es Juan Antonio García Amado, que sostiene que no existen esos valores morales preexistentes. Aún así, este autor justifica la importancia de la argumentación jurídica basándose en dos puntos. En primer lugar, una fuerte querencia por la democracia, ya que aunque no haya esos valores morales preexistentes que haya que defender según las tesis de Atienza, los valores democráticos permiten crear un sistema jurídico que no resulte contrario a los ideales de la mayoría de los ciudadanos, aunque esas ideas no sean absolutas. En segundo lugar, García Amado defiende la imposibilidad de eliminar la discrecionalidad de los jueces a la hora de decidir. Es decir, la instancia judicial posee márgenes decisorios, espacios en los que libremente campan su valoración, y la arbitrariedad de esas decisiones debe paliarse acudiendo a algunos criterios racionales de argumentación².

A modo de resumen, Atienza cree que la importancia de la argumentación radica en la defensa de esos valores morales primarios y que toda actividad argumentativa debe ir encaminada a defenderlos, mientras que García Amado sostiene que esos valores absolutos no existen, si bien muestra su adhesión a algunos, que son los que se adoptan en el sistema democrático.

Lo importante, en suma, es que, a pesar de sus diferentes postulados, ambos autores defienden la vital importancia de la argumentación en todas las instancias jurídicas.

Abundando en la idea, la instancia que más atención ha recibido por parte de los filósofos del derecho y que ha sido objeto de más análisis es la judicial, lo cual nos obliga a realizar algunas precisiones. Para empezar existen diferencias relevantes entre la argumentación judicial y la argumentación legislativa. En primer lugar, el ejercicio de

² GARCÍA AMADO, J.A, “El Derecho es un misterio. 6 ¿Qué es la teoría de la argumentación jurídica?”, <http://garciamado.blogspot.com.es>, 2009.

la función jurisdiccional se practica de forma individual o es llevada a cabo por órganos formados por pocos miembros, mientras que el ejercicio del poder legislativo requiere de órganos cuya composición resulta mucho más compleja., el ejercicio jurisdiccional se practica de forma individual o con órganos formados por pocos miembros, mientras el ejercicio legislativo requiere órganos mucho más numerosos. En segundo lugar, el ejercicio de la función legislativa se encuentra democráticamente legitimado, extremo que no resulta tan

claro con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional; esto, en último término, se traducen que el marco de decisión del legislador resulta mucho más amplio que el del juez. Y en tercer lugar, el juez debe valorar un supuesto concreto (o caso particular), mientras que el legislador debe operar en abstracto, atendiendo a la generalidad de la situación que pretende regular.

Gema Marcilla expone que “la creación de las leyes, si bien representó un capítulo central para los filósofos y juristas ilustrados, ha estado excluida del objeto de la ciencia del Derecho durante prácticamente dos siglos, desde el comienzo del positivismo jurídico”³. Las razones para de ello radican tanto en la vigencia de las tesis asociadas al positivismo jurídico como en la difusión de dos importantes postulados teóricos. El primero se fundaría en una concepción particular de las normas como fruto de la voluntad humana, lo cual conlleva que éstas no puedan ser examinadas de forma racional. Y el segundo, en la idea de que sólo el conocimiento obtenido a través del razonamiento deductivo tiene plena validez. Con base a esta última premisa, se postula que las realidades jurídicas deben ser analizadas a través de la aplicación de reglas preestablecidas, lo cual hace imposible la identificación y el examen de parámetros de racionalidad presentes (o que deberían estarlo) en la práctica legislativa⁴.

No obstante lo anterior, existen dos motivos que justificarían que resulte de sumo interés la articulación de una teoría de la legislación. En primer lugar, el olvido histórico al que se ha visto sometida la legislación por parte de la filosofía del derecho, ya que esta disciplina se ha centrado más en los aspectos interpretativos y aplicativos del derecho que en los procesos de creación del mismo. En segundo lugar, el contexto de

³ MARCILLA, G, “Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 47, 2013.

⁴ MARCILLA, G, “Sobre Contribución a una teoría de la argumentación de Manuel Atienza, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1999, pp. 177-193.

incertidumbre legislativa actual, que provoca una crisis del prestigio de la ley, lo cual se explica a la luz de tres razones, que Gema Marcilla expone con claridad en el siguiente pasaje de un artículo de su autoría:

“Primero, una legislación muy compleja, acelerada y hasta cierto punto descuidada; segundo, una jurisdicción que se siente, de un lado, saturada por la pluralidad e idiosincrasia de las fuentes del Derecho que se supone ha de conocer y, de otro, comprometida con los preceptos constitucionales, y, por tanto, autorizada para separarse de la ley general si la singularidad del caso así lo exige; y, tercero, unos modos de producción de normas al margen de las instituciones, no muy fácilmente comprensibles desde los esquemas del Estado de Derecho”⁵.

Así las cosas, la instancia en la que centraré mi análisis es, tal y como avancé supra, la legislativa. Singularmente, Atienza ha tratado de construir lo que denomina una teoría de la legislación, que difiere de la llamada técnica legislativa. En palabras del propio Atienza, “la técnica legislativa surge de la necesidad de dar una respuesta práctica a la crisis, y la teoría de la legislación, de la necesidad de encontrar una explicación teórica del fenómeno”⁶. Es decir, mientras la técnica legislativa trata de enseñarnos a “construir” leyes, la teoría de la legislación analiza si estas leyes están correctamente construidas.

La teoría de la legislación que propone el autor empieza por tratar de dar respuesta a la pregunta de qué es la racionalidad legislativa. Con este fin, sugiere la existencia de cinco niveles de racionalidad, que pasaré a desarrollar brevemente.

1) RACIONALIDAD COMUNICATIVA O LINGÜÍSTICA

En este nivel de racionalidad, debemos entender, siguiendo al autor, al sistema jurídico como un sistema de información en el que un edictor, en el caso que nos ocupa el poder legislativo, le comunica a su potencial destinatario qué normas debe seguir. Así, en este nivel de racionalidad, el objetivo es que el edictor transmita correctamente el mensaje deseado a los destinatarios queridos. Estos destinatarios pueden ser o no los

⁵ MARCILLA, G, “Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 47, 2013.

⁶ ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997.

destinatarios formales de la norma, es decir, aquellos que deben cumplirla⁷. Por lo tanto, una ley es irracional en este nivel si no consigue hacer entendible el mensaje deseado a los destinatarios deseados, es decir, si fracasa como acto de comunicación.

Existen numerosos motivos por los cuales una ley fracasa en este nivel. Por ejemplo, el uso de un lenguaje excesivamente técnico que el destinatario de la norma no sea capaz de entender; o el uso de un canal de información inadecuado que provoque que el destinatario no reciba correctamente el mensaje.

2) RACIONALIDAD JURÍDICO FORMAL

En el siguiente nivel de racionalidad, debemos entender el sistema jurídico como un conjunto de normas establecidas de forma válida, integradas en un sistema, y ordenadas estructuralmente. Así, en este nivel de racionalidad, el objetivo es que la norma integre de forma correcta en el sistema jurídico que existía antes de su nacimiento, sin incurrir en contradicciones. Por lo tanto, una ley es irracional en este nivel si no encaja en la estructura del ordenamiento jurídico.

Uno de los supuestos en los cuales una ley es irracional en este nivel es en aquellos casos en los cuales no se ha seguido el procedimiento establecido para su promulgación, o no cumple con los criterios exigidos que están en vigor. También puede suceder que la ley en cuestión sea contraria a otra norma o atente contra los principios que ordenan el sistema jurídico imperante⁸.

3) RACIONALIDAD PRAGMÁTICA

En este nivel de racionalidad, debemos entender el sistema jurídico como un conjunto de directrices en las que un edictor, en este caso el soberano político, comunica a sus destinatarios cómo deben comportarse. Así, en este nivel de racionalidad, el objetivo es conseguir que los receptores de este mensaje se comporten de una manera determinada y acaten lo que la norma dispone. Por lo tanto, una ley es irracional en este nivel si no consigue que los ciudadanos realicen sus actos como dicta dicha ley; es decir, si la

⁷ ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997, p. 29.

⁸ ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997, p. 33.

norma no influye en el comportamiento de sus destinatarios y no consigue convertir los enunciados del derecho en un cambio real.

Entre los supuestos que pueden provocar esta irracionalidad, estaría la falta de incentivos para acatarla, por ejemplo debido a la inexistencia o la levedad de las sanciones; o la falta de provisión de fondos y de apoyo de los poderes fácticos para llevar a cabo su cumplimiento.

4) RACIONALIDAD TELEOLÓGICA

En este nivel de racionalidad, atendemos al sistema jurídico como un medio para conseguir unos fines, que pueden ser adecuados o no, ya que se juzgará su ética en el siguiente nivel. Aquí lo que nos interesa es si la norma cumple los objetivos para los cuáles se ha creado. Por ejemplo, si hemos realizado una norma para combatir el fraude fiscal, analizaremos si dicha norma ha reducido el fraude fiscal. Por lo tanto, una norma será irracional a este nivel si no cumple los objetivos propuestos a su creación.⁹

5) RACIONALIDAD ÉTICA

El último nivel es el de la racionalidad ética. Desde aquí, el sistema jurídico se concibe como un conjunto de normas que defienden una serie de valores morales o fines primarios. Esos valores o fines pueden variar dependiendo del sistema en el que nos encontremos; pero en el fondo cualquier sistema jurídico se nutre de un sustrato común, que Atienza identifica con los valores de la libertad, la igualdad y la justicia. En este nivel, consideraremos que una ley es irracional si no está justificada moralmente, es decir, si los fines que persigue no son aceptables desde el punto de vista moral.¹⁰

⁹ ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997, p. 38.

¹⁰ ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997, p. 39.

LEY 46/1977, DE 15 DE OCTUBRE, DE AMNISTÍA, NÚM. 248, EN
B.O.E. DE 17 DE OCTUBRE DE 1977.¹¹

A) INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica, de 15 de octubre, de Amnistía (a partir de ahora, Ley de Amnistía) nace de la necesidad de articular un sistema de transición que permita dejar atrás un sistema dictatorial en favor de un régimen democrático. En sus dos primeros artículos y con este fin, se decreta la amnistía de los otrora presos políticos, así como se declaran impunes la comisión de un número relevante de conductas tipificadas como delitos, entre los cuales estaban la rebelión, la sedición y los actos de represión llevados a cabo por las fuerzas del orden.

En su momento fue un paso muy importante hacia la reconciliación nacional y permitió transicionar de forma pacífica hacia un régimen democrático. No obstante lo anterior, a lo largo de los últimos años algunos sectores han puesto de manifiesto que esta ley supone en realidad un gravísimo obstáculo para la reparación y justicia de las víctimas.

Expondré a continuación de manera breve el contexto histórico en el cual tuvo lugar su promulgación, explicando su articulado y su alcance, para posteriormente analizarla tomando como base la teoría de la racionalidad legislativa de Atienza.

B) BREVE CONTEXTO HISTÓRICO Y ANÁLISIS DEL
ARTICULADO

Durante todo el proceso transicional que vivió España, la idea de perdonar los crímenes del pasado y las viejas divisiones en pos de una reconciliación nacional fue la premisa que dirigió toda la construcción del Estado democrático español. El llamado “espíritu de la transición” defendía la concordia y el olvido de las rencillas del pasado como medio para llegar a la democracia tras 40 años de dictadura.

¹¹ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, núm. 248, en B.O.E. de 17 de octubre de 1977.

Además, desde las etapas finales del franquismo, la lucha contra la dictadura y el activismo de izquierdas ya exigía de forma vehemente la liberación de los presos políticos y el perdón de todos los delitos de pensamiento, mediante manifestaciones, protestas y concentraciones como la realizada frente a la cárcel de Carabanchel en 1975. Tan acuciante parecía la necesidad de una amnistía que, tan solo tres días después de su coronación, Juan Carlos I promulgó el primer indulto general de la democracia.¹² A pesar de todo ello, las protestas continuaban, y el gobierno aprobó el Real Decreto-Ley de 30 de julio de 1976¹³, el cual amnistió “los delitos y faltas de intencionalidad política [...] en tanto no hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación...”. Pero a pesar de que este decreto era mucho más amplio que el anterior, la interpretación restrictiva que hicieron de él los jueces condujo a que fuera aplicado muy pocas veces. Aun así, dejaba clara la intención del gobierno en su propósito.

Por ello, en marzo de 1977 se aprobó una amnistía¹⁴ y un indulto¹⁵, con el objetivo de superar los obstáculos que imponía la interpretación restrictiva de la norma anterior. Estas medidas de gracia fueron concedidas a tres meses de las primeras elecciones generales, y tenían el objetivo de demostrar el talante democrático y la intención de reconciliación que tenía el gobierno de Suárez.

Todo este contexto, provocó que la mayoría de las fuerzas políticas “compartiera la convicción de que una amnistía general era un paso previo imprescindible para la apertura de un proceso constituyente sobre el que no pesara la sombra alargada de la Guerra Civil y la dictadura”.¹⁶

Una vez celebradas las elecciones, el gobierno de Adolfo Suárez y las principales fuerzas políticas promulgaron en octubre de 1977 la Ley Orgánica, de 15 de octubre, de Amnistía, con el refrendo de una mayoría parlamentaria amplísima, tan solo cuatro meses después. La proposición de Ley de Amnistía fue aprobada sin enmiendas ni a la totalidad ni al articulado, lo cual provocó que no fuera debatida de forma extendida.

¹² Decreto de 25 de noviembre de 1975, núm. 2940/75, B.O.E. 25 Y 26 de noviembre de 1975.

¹³ Real Decreto-Ley de 30 de julio de 1976, núm. 10/76, en B.O.E. 3 y 4 de agosto de 1976.

¹⁴ Real Decreto-ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia, núm. 65, en B.O.E. de 17 de marzo de 1977.

¹⁵ Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general, núm. 66, en B.O.E. de 18 de marzo de 1977.

¹⁶ CASANOVA, J y GIL ANDRÉS, C, *Historia de España en el s. XX*, Ariel. 3ª edición, 2010, p. 325.

Además, la celeridad del proceso evitó un debate ciudadano sobre diversos aspectos que contenía la ley, como la responsabilidad de los presuntos torturadores.

La Ley de Amnistía consta de doce artículos, y carece de exposición de motivos. En sus dos primeros, amnistía “todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis”, así como “los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de las autonomías de los pueblos de España”. Es decir, también quedan amnistiados los actos si fueron realizados antes de las primeras elecciones democráticas españolas. Al final del primer artículo, también quedaban amnistiados los mismos delitos si se cometieron antes del seis de octubre de mil novecientos setenta y siete y no supusieron “violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”.

En su segundo artículo, se especifican una serie de delitos que están comprendidos dentro de la medida de amnistía, que son los siguientes:

- Los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ellos, tipificados en el Código de justicia Militar.
- La objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos.
- Los delitos de denegación de auxilio a la Justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional.
- Los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación.
- Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley.
- Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

Este último punto es el que más debates ha suscitado, ya que, en los últimos años, numerosos organismos de Naciones Unidas como el Comité de Derechos Humanos o la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos han apuntado la incompatibilidad con las leyes internacionales de esta ley y en particular de este último contenido.

Los siguientes artículos versan sobre la amnistía laboral y las diferentes aplicaciones de la misma, así como sus efectos.

El principal fue la excarcelación de los condenados por los delitos recogidos, así como el regreso de numerosos expatriados. Su promulgación fue vista como una victoria de los represaliados.

ANÁLISIS CON BASE EN LA TEORÍA DE MANUEL ATIENZA

A) RACIONALIDAD LINGÜÍSTICA

Como hemos explicado, al analizar la racionalidad lingüística de una norma nos interesa verificar si resulta acreditable como acto de comunicación. Es decir, debemos observar si el mensaje que trataba de trasladar el edictor ha llegado de forma correcta y comprensible al destinatario del mismo. Ya advierte Atienza que es muy común que las normas dejen de ser racionales en este nivel, ya sea porque están pobladas de oscuridades semánticas o están redactadas de forma ambigua¹⁷. Esta ambigüedad no es casual, ya que con frecuencia las normas son redactadas con la intención de que sea la interpretación de los juristas la que las complete, haciendo menos rígido y más dinámico el ejercicio del derecho. A lo largo del análisis de la Ley de Amnistía, observaremos que ese fue el camino por el que se decidieron los legisladores, ocasionando varios problemas y lesionando la racionalidad de la norma en este nivel.

Una buena metodología para saber si la norma ha cumplido su cometido como acto de comunicación es la de analizar en primer lugar qué mensaje trataba de transmitir el edictor y, en segundo lugar, cómo se ha entendido dicho mensaje por el destinatario. Si el contenido de ambos es similar, podremos decir que la norma que es objeto de análisis es racional en este nivel. Si por el contrario existe un profundo desfase entre ambos mensajes y el edictor no ha sido capaz de transmitir de forma correcta el mensaje deseado, diremos que ha fallado en este nivel de racionalidad.

Por lo tanto, el primer cometido es analizar el mensaje que trataba el edictor. Atienza señala que en este nivel de racionalidad, el edictor al que debemos atender no es tanto “el edictor formal de la norma (por ejemplo el Parlamento) sino, sobre todo, el redactor del mensaje”¹⁸. Así, a la hora de analizar la Ley, tendremos que atender a los redactores de la misma y dilucidar qué mensaje se trataba de emitir.

¹⁷ ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997, p. 31.

¹⁸ ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997, p. 29.

La redacción de la Ley de Amnistía de 1977 fue encargada a la comisión parlamentaria compuesta por: Pilar Brabo y Marcelino Camacho (del Partido Comunista de España); Xabier Arzallus y Mitxel Unzueta (de la Minoría Vasco Catalana); Plácido Fernández Viagas y Pablo Castellano (del Partido Socialista Obrero Español); y Donato Fuejo (del Grupo Mixto), estando representados todos los grupos políticos a excepción a Alianza Popular.

Un instrumento altamente pertinente a la hora de analizar la intencionalidad de una norma es la exposición de motivos, que cumple la función de describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta. Curiosamente, la Ley de Amnistía carece de dicha exposición de motivos, algo muy inusual. En la gran mayoría de leyes de amnistía o de transición democrática, se incluye un preámbulo o exposición de motivos que hace referencia a los motivos que hacen necesaria dicha norma. En este supuesto concreto, no hay ningún tipo de referencia a la dictadura ni tampoco al complejo contexto político social que presionó para que se aprobase una ley de estas características.

Desde mi punto de vista, esta omisión es totalmente intencionada, creyendo los redactores que cualquier tipo de referencia al franquismo o a las manifestaciones que se estaban produciendo podría resultar perjudicial para el clima de consenso al cual se estaba tratando de llegar. Pero esa ausencia también ha provocado que, pasados los años, la Ley de Amnistía sea vista por muchos sectores como un obstáculo para la reconciliación, e incluso un instrumento de las autoridades franquistas para evadir las responsabilidades jurídicas por los crímenes cometidos durante la dictadura.

Debido a la ausencia de ese preámbulo, para analizar la intencionalidad del mensaje acudiremos entonces a las sesiones plenarias, ya que allí las distintas formaciones políticas manifestaron sus diferentes ideas. Dicho debate se realizó durante tres momentos diferentes, a la que debemos sumar un cuarto en el cual se reunió la comisión técnica estando representados todos los grupos a excepción de Alianza Popular. Sobre esta comisión no existe ningún acta que pueda consultarse.

En él, encontramos numerosas referencias a la reconciliación la superación del pasado y la mirada hacia el futuro, continuando con el “espíritu de la transición” que condujo todo el proceso transicional español y que empapa esta norma. Un ejemplo en ese sentido es la intervención de Felipe González, entonces presidente del Partido Socialista Obrero Español, quien manifestó la importancia de las elecciones de 1977 y la voluntad popular en ellas expresadas en el sentido de “el significado profundo de superar la etapa histórica, dura y amarga que nos tocó vivir, y superarla definitivamente”¹⁹. Con el mismo objetivo intervino Salvador Sánchez-Terán, de Unión de Centro Democrática (UCD), instando a “promover todas las actitudes de reconciliación que nos permitan superar definitivamente la dialéctica política sobre la etapa anterior y avanzar hacia el futuro con fe y con ilusión”²⁰.

Analizando dichas intervenciones, parece plausible pensar que el objetivo principal de la Ley era avanzar hacia una cultura democrática estable que tuviera como base la reconciliación y la unidad entre los diferentes grupos políticos, superando la difícil etapa anterior. El Tribunal Supremo también rechaza de forma ostensible que la Ley de Amnistía sea una Ley de parte, y en la STS 101/2012 expone que “la citada Ley (...) fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada "transición" española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía”.²¹.

Si examinamos su articulado, llama la atención que mientras los crímenes amnistiados contenidos en su primer artículo tienen diversos límites temporales en función de si ha habido o no violencia grave o si había intencionalidad de recuperar las libertades públicas, la amnistía recogida en el artículo 2 no tienen ningún tipo de límite temporal, utilizando en su lugar la expresión “en todo caso”. Por lo tanto, la amnistía en

¹⁹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, nº 8, 14 de noviembre de 1977, p. 176.

²⁰ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, nº 8, 14 de noviembre de 1977, p. 202.

²¹ STS de 25 de febrero de 2012.

aplicación de artículo segundo de la Ley, se entiende sin limitación alguna por razón de la intencionalidad, o de la fecha de comisión de los delitos, faltas o actos.

Pero los puntos que más debate han suscitado han sido los apartados e) y f) del citado artículo segundo, en virtud de los cuales se amnistían en todos los casos “los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley” y, asimismo, “los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas”, respectivamente. La introducción de este apartado y su extensiva interpretación por parte de los Tribunales españoles ha sido motivo de controversia prácticamente desde su publicación.

Debido a ello, el Tribunal Supremo ha determinado que no se puede imputar a las autoridades, funcionarios y agentes del orden público por los delitos cometidos con anterioridad a la promulgación de la Ley de Amnistía. A esa imposibilidad de imputación hay que aunar también una imposibilidad de investigación, ya que como señala el mismo órgano en la Sentencia que resolvía la posible comisión de un delito de prevaricación por el juez Baltasar Garzón, “en el ordenamiento español sólo cabe abrir un proceso judicial para averiguar la existencia de hechos delictivos y cometidos por un imputado o imputados que se mantengan con vida”²².

Esa ha sido interpretación considerada extensiva por gran parte de los organismos internacionales. Así lo manifiesta Amnistía Internacional, que considera la sentencia del Supremo, un “peligroso precedente para todos los casos de graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo”²³. En ese sentido, a día de hoy, hasta cuatro organismos dependientes de la Organización de las Naciones Unidas han pedido formalmente la derogación de la ley. A todas esas reclamaciones, el Estado español ha respondido alegando que la Ley de Amnistía es fruto de un proceso transicional modélico, que fue aprobada por una amplia mayoría y revalidada en el Congreso de los Diputados recientemente; y una conquista de la oposición al franquismo, que demandó de forma vehemente una norma de estas características.

²² STS de 25 de febrero de 2012.

²³ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Casos cerrados, heridas abiertas: El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Madrid, 2012.

Como conclusión, podemos afirmar que a la hora de redactar la Ley de Amnistía se tomaron diversas decisiones que pueden haber ayudado a que el mensaje que desease transmitir no llegase de forma adecuada. La falta de un preámbulo o exposición de motivos podría haber apaciguado los ánimos entonces, pero ha sido un obstáculo flagrante para interpretar las intenciones de los redactores y el espíritu de la Ley. El objetivo que tenía el edictor de esta norma, era el de enviar un mensaje de concordia y reconciliación a los ciudadanos, reparando errores históricos y antiguas violaciones de derechos al permitir la vuelta de los exiliados al territorio nacional y la excarcelación de los presos condenados por delitos políticos.

Éste, sin embargo, ha ido diluyéndose con el paso de los años y, al menos para una gran parte de los ciudadanos y de los operadores internacionales, la Ley de Amnistía es vista como un obstáculo para la justicia transicional más que como un motor para la reparación. Así lo manifiesta Eduardo Ranz Alonso al explicar que la Ley de Amnistía se ha transformado “en argumento jurídico para denegar el acceso a la Justicia y el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, reconocidos como Derechos Fundamentales de la Constitución Española de 1978”²⁴ . Todo ello hace que sea dudoso afirmar que el mensaje deseado haya llegado con la claridad precisa a los destinatarios, por lo que resulta arriesgado afirmar que la Ley de Amnistía triunfase como acto de comunicación, al menos sustancialmente.

B) RACIONALIDAD JURÍDICO FORMAL

En el nivel de racionalidad jurídico formal, interesa saber cómo encaja una norma dentro del sistema legal vigente. Es decir, analizaremos si se integra de manera coherente dentro de la estructura normativa que nos ocupa, sin incurrir en lagunas ni contradicciones con otras disposiciones. Debemos entender la norma como un eslabón legislativo dentro de una cadena, a la que se debe unir de forma acorde a ciertos parámetros. Por lo tanto, lo que nos interesa es saber si las disposiciones contenidas en la Ley son conformes al resto de normas del sistema

²⁴ RANZ ALONSO, E. *La ley de amnistía, puente a la libertad, y soporte para la impunidad*. Ediciones Complutense, Madrid, 2018.

La Ley de Amnistía, como ya hemos visto, fue aprobada en un contexto de transición hacia un estado democrático, en una etapa preconstituyente. Desde su publicación, España ha promulgado una constitución sobre la cual pivotan todas las normas de su sistema. Además, ha suscrito numerosos tratados internacionales y ha pasado a formar parte de entidades supranacionales como la Unión Europea. Dichos organismos condicionan también nuestro sistema jurídico y nos obligan a respetar diversos criterios, que son objeto de control por parte de dichos organismos. Por ello, es de sumo interés observar si, a pesar de haber sido promulgada con anterioridad a nuestra Carta Magna y a nuestra incorporación a esos tratados y organismos internacionales, es coherente con algunos principios.

Para analizar la Ley de Amnistía en este nivel de racionalidad, en primer lugar examinaremos la integración de la misma en el sistema europeo y las normas internacionales para, posteriormente, ver cómo ha encajado a nivel interno. En ambos casos, la Ley de Amnistía ha sido objeto de polémica y diversos sectores han cuestionado su validez.

Desde el punto de vista internacional, son referentes indiscutibles la Convención de Ginebra y el Convenio del trabajo forzado. Pero numerosos internacionalistas señalan que la norma más importante y por lo tanto la que debemos analizar es el Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁵, firmado por España el 28 de septiembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1977, el cual entró en vigor el 27 de julio de 1977, con anterioridad a la Ley de Amnistía. En dicho pacto, encontramos una disposición que parece chocar frontalmente con la Ley de Amnistía, ya que, en el artículo segundo, tras asegurar la protección a los derechos inherentes a la dignidad humana, garantiza que:

- “a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre

²⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en B.O.E. de 30 de abril de 1977.

los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Para muchos sectores de la doctrina, esta norma entra en claro conflicto con la Ley de Amnistía, ya que, al no poder iniciar diligencias de investigación contra los crímenes cometidos por las autoridades, los funcionarios y los agentes del orden público, se vulnera el derecho de las víctimas a interponer el recurso del que habla el articulado.

En ese sentido se han pronunciado numerosos organismos como el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, un órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados que lo han ratificado, emitiendo, a tal efecto, informes periódicos que comprueban su eficacia. Dicho órgano se pronunció en 2008 acerca de la Ley de Amnistía, valorándola negativamente e instando a España a derogarla. Además, recomendó al Estado español diversas medidas para paliar la lesión del Pacto, tales como “tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales” o “prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura”²⁶. Manifestaba así su preocupación acerca de que una ley contraria al pacto siguiera vigente.

En la misma línea, el relator especial de la ONU Pablo de Greiff, en su misión a España para redactar el informe sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, también criticaba duramente la Ley, argumentando que “ha sido presentada por las autoridades, haciendo referencias a decisiones del Tribunal Supremo, como el principal obstáculo para la apertura de investigaciones y procedimientos penales sobre violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario.” Además, interpreta que el espíritu de la Ley se ha tergiversado, dado que se ha utilizado para que los defensores de la dictadura obtuvieran un perdón que no estaba pensado cuando se promulgó. Por ello, Pablo de Greiff concluye que la Ley de Amnistía es incompatible con las obligaciones internacionales adquiridas por España,

²⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de España”, 2008.

en concreto con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. Además, se esfuerza en recordar que dicho compromiso fue adquirido antes de la promulgación de la citada norma.

Para terminar, el Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones finales sobre el Sexto Informe periódico de España (con fecha 6 y 7 de julio de 2015) ha manifestado su “expresa preocupación por la concesión de indultos a policías condenados por el delito de tortura, lo cual contribuye a una sensación de impunidad por parte de los agentes del Estado”²⁷

A todas esas críticas, España contestó argumentando que la Ley de Amnistía “no es una ley de punto final otorgada por la dictadura para perdonarse a sí misma, sino una ley adoptada por los partidos parlamentarios democráticamente elegidos y plenamente conscientes de la importancia del paso que estaban dando, en todas sus dimensiones”. Además, critica la posición del Relator especial de la ONU cuando afirma que ese perdón para los defensores de la dictadura no estaba en la intención de sus redactores, ya que “tanto en los debates parlamentarios que precedieron la adopción de la Ley de Amnistía, como en las declaraciones de los políticos de los partidos de oposición, y en los análisis políticos que se han hecho a posteriori, existen múltiples referencias a esa voluntad de reconciliación y convencimiento de que sólo a través del olvido, la amnesia y el perdón era posible esa reconciliación”, señalando además que textos anteriores como las actas del VI Congreso del Partido Comunista de España de 1969 ya recogían la propuesta de la amnistía general para ambos bandos contendientes. Además, el Tribunal Supremo también ha defendido esa protección al bando franquista aludiendo que “tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía”²⁸.

A mayor abundamiento, la Organización de las Naciones Unidas ha continuado criticando la Ley, y desde 2009 diversos organismos dependientes como el Comité contra la Tortura o el Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas e involuntarias han manifestado su desacuerdo con que esta norma siguiera en vigor. La más reciente muestra de descontento por parte de este organismo internacional fueron

²⁷ Apartado 14 de las Observaciones finales sobre el Sexto Informe periódico de España (6 y 7 de julio de 2015) del Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de recibir y emitir informes sobre el grado de protección de los derechos comprendidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁸ STS de 25 de febrero de 2012.

las declaraciones efectuadas por la Oficina de la Alta Comisionada de la ONU para los derechos humanos, realizadas en 2012. En ellas, refiriéndose al proceso judicial iniciado contra el juez Baltasar Garzón por prevaricación al investigar más de 100.000 desapariciones forzadas, argumentó que, según las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos en 2009, España debería revocar la ley de amnistía de 1977, la cual no está en conformidad con las leyes internacionales de derechos humanos.

En el ámbito nacional, han sido numerosas las voces que han reflexionado acerca de la posible inconstitucionalidad de la citada norma. El Tribunal Supremo se pronunció en la Sentencia de 15 de febrero de 2012 acerca de la vigencia de la misma, dejando claro que seguía siendo válida su aplicación ya que “no es una norma que los vencedores del conflicto impusieran para obtener la impunidad por sus actos. En ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes, sino que es una ley que se promulgó con el acuerdo de todas las fuerzas políticas, con un evidente sentido de reconciliación”. Con ese pronunciamiento, el Tribunal Supremo cerraba la puerta de forma considerable a una posible cuestión de inconstitucionalidad de la norma. Carlos Bautista expone que el hecho de que el Tribunal reafirmase la vigencia de la Ley de forma tan rotunda “implica que los órganos judiciales del orden penal tienen grandes dificultades para aplicar directamente ese apartado tercero de la Disposición derogatoria de la Constitución, al constar un criterio claro del superior jerárquico -el Tribunal Supremo- que afirma categóricamente su vigencia y la inaplicabilidad de la citada disposición.”²⁹

En la misma resolución, el Tribunal Supremo deja claro que la vía para la derogación o la reforma de la Ley no puede ser la inconstitucionalidad, y que lo que procedería sería más bien una reforma legislativa dentro del Congreso de los Diputados. Además, señala que en el año 2011, el Congreso de los Diputados rechazó una propuesta del grupo político Bloque Nacionalista Gallego para su reforma, que obtuvo únicamente 8 votos a favor.

Atendiendo a ambos aspectos (el internacional y el interno), podemos afirmar que la Ley de Amnistía es de difícil encaje dentro del sistema actual de protección de los derechos humanos y de justicia transicional. Las numerosas críticas y peticiones de

²⁹BAUTISTA, C, La Ley de Amnistía y el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad, *Diario La Ley*, N° 8253, 2014.

derogación que ha recibido España por parte de organismos internacionales ponen de manifiesto que la Ley de Amnistía no cumple, al menos en su totalidad, los parámetros exigidos por dichos organismos. Por lo tanto, debido a que en este nivel de racionalidad debemos evaluar en que medida se integra la norma dentro de un sistema, podemos afirmar que su racionalidad jurídico formal es incierta. Aunque es cierto que en el momento de su promulgación encajaba en los parámetros de protección de los derechos humanos, la paulatina adscripción de España a diversos tratados internacionales y organismos supranacionales ha provocado que la Ley de Amnistía no se ajuste de forma perfecta al sistema actual.

C) RACIONALIDAD PRAGMÁTICA

En los anteriores niveles de racionalidad, hemos tratado de analizar si el mensaje trasladado por los edictos llegaba de forma correcta a los destinatarios, y si ese mensaje se integraba de forma coherente en el sistema normativo vigente. Una vez expuesto dichos niveles, en el siguiente nivel, el de la racionalidad pragmática, se trata de verificar si se ha conseguido que los destinatarios adecúan su conducta a aquello que la norma pretende. Es decir, tratamos de medir el grado de aceptación y cumplimiento de la Ley de Amnistía por parte de sus receptores.

De nada sirve un precepto legal si, al entrar en vigor, no se consigue que sus destinatarios la acaten. Toda norma es creada para ser aceptada y cumplida, y en el nivel de racionalidad pragmática observamos si cierta disposición, en este caso la Ley de Amnistía, ha logrado dicho propósito. Entramos entonces en el análisis más práctico de la norma, sabiendo si al final el esfuerzo de los legisladores se ha traducido en un cambio real en las expectativas y conductas de los ciudadanos.

Por lo tanto, para cifrar la racionalidad pragmática de una norma, debemos medir el cambio que supuso su promulgación en la situación sobre la que pretendía influir. Así, para analizar la Ley de Amnistía en este nivel, observamos la conducta de los ciudadanos antes y después de su promulgación. Sólo así seremos capaces de medir el impacto real que tuvo.

La Ley de Amnistía supuso la excarcelación de los presos condenados por causas “políticas”. Además, fueron cancelados los antecedentes penales de todas las personas sujetas a esta medida, restaurando así todos sus derechos activos y pasivos, permitiendo en suma que pudieran ejercer su poder democrático en el marco del nuevo Estado español. Es decir, la amnistía es, o por lo menos ha querido ser, un “borrón y cuenta nueva”, un olvido absoluto, una ficción respecto a un hecho del pasado, “como si” éste, en definitiva, no hubiera tenido lugar³⁰. Esa eliminación de antecedentes penales, unido al reintegro de sus derechos activos y pasivos, supuso el inicio del retorno de los exiliados a España.

Como hemos observado en el análisis del nivel de racionalidad lingüística, la clara intencionalidad de la Ley era que esta amnistía se extendiera a lo largo de los años, haciendo imposible la persecución de los delitos cometidos por los sujetos pasivos objeto de esta Ley. Los redactores creían que sólo si ese perdón era perdurable en el tiempo sería posible la reconciliación entre represores y represaliados. La eficacia fáctica de la norma quedaría en duda si, de alguna forma, se investigara y castigara a los sujetos amnistiados.

Desde su promulgación, han existido numerosos los intentos por investigar los crímenes perdonados o incluso por derogar la norma, todos ellos, empero, fallidos. En 2009, el juez Baltasar Garzón se declaró competente para investigar los crímenes del franquismo, lo que dio lugar a la interposición de una mediática querrela por prevaricación ante el Tribunal Supremo³¹. Además, en julio de 2011, el Bloque Nacionalista Galego presentó en el Congreso de los Diputados una proposición para derogar la Ley, propuesta que fue rechazada por la gran mayoría de grupos políticos.

Por todos esos motivos, un sector de la doctrina considera que la Ley de Amnistía quedó derogada con la promulgación de la Constitución Española de 1978.

Bartolomé Clavero, catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Sevilla, sostiene que la Ley 46/1997 quedó derogada en virtud de la Disposición derogatoria

³⁰ MARTÍN-RETORTILLO, S, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p. 1030.

³¹ STS de 25 de febrero de 2012.

3 de nuestra Carta Magna, por oponerse a esta³². Considera, en ese sentido, que una “constitución de derechos” como la española es incompatible con una ley de amnistía, ya que vulnera de forma flagrante el derecho a una tutela judicial efectiva. Argumenta además que el perdón de los crímenes del franquismo supone una “amnesia orgánica organizada” y que la impunidad de la Dictadura “ha quedado amarrada como piedra de molino al cuello de la Constitución”³³.

En un sentido similar se pronuncia Carlos Bautista Samaniego, Fiscal de la Audiencia Nacional, que pone el énfasis en que la Ley de Amnistía, al ser aplicada para los funcionarios y dirigentes franquistas, vulnera también el derecho a una tutela judicial efectiva, incluso si es interpretada de forma restrictiva. Además, el hecho de que el abanico de delitos contenidos sea prácticamente ilimitado también supone un perjuicio para dicho derecho fundamental³⁴. Considera que la tesis que defiende la eliminación de la Ley de Amnistía con la entrada en vigor de la Constitución se sustenta sobre dos argumentos: el silencio de la Carta Magna acerca de una norma tan reciente, y el artículo 62 apartado i) de la misma, que expone que la ley que regule el derecho de gracia no podrá autorizar indultos generales. Acerca de este último argumento, se ha interpretado que si está prohibido el indulto general, que es menos expansivo que la amnistía, también lo estará la amnistía.

La principal amenaza de esta interpretación con respecto a la eficacia pragmática de la Ley consiste en que, si se interpreta que la norma fue derogada por la Constitución Española en su momento, se abriría la posibilidad de investigar los crímenes amnistiados por la misma. Y si el objetivo de la norma era la amnistía total y perpetua para los crímenes y los sujetos involucrados, habría fallado de forma flagrante, ya que dicho objetivo no se cumpliría en absoluto.

Pero dicha interpretación no ha tenido mucho predicamento, y ha sido desmontada por estudiosos como Carlos Cuerda Riezu, que esgrimen cuatro argumentos para tratar de demostrar que la Ley de Amnistía no fue derogada por la Constitución. En primer lugar, señala que el término “gracia” que empleado en el artículo 62, i) de la Constitución hace referencia tanto al indulto como a la amnistía, por lo que la Carta Magna hace una

³² CLAVERO, B, *España, 1978: La amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 68.

³³ CLAVERO B, *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, 2014, Marcial Pons, p. 269.

³⁴ BAUTISTA SAMANIEGO, C, “La Ley de amnistía y el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad”, *diario La Ley*, 18 de febrero de 2014.

referencia explícita, permitiendo la segunda. En segundo lugar, expone que el hecho de que la Constitución no se pronuncie sobre alguna acción no significa que la prohíba o que la derogue. Como ejemplo, recurre al supuesto de los indultos particulares, los cuales no son mencionados en el Texto y se han entendido que se encuentran permitidos. En tercer lugar, el gran número de reivindicaciones y manifestaciones que se produjeron pidiendo la amnistía supone una prueba clara del clima favorable a la misma que existía en la sociedad española del momento. Y en cuarto y último lugar, la amnistía se mantuvo en el artículo 112, 3º del Código Penal de 1973 como causa de extinción de la responsabilidad penal; además de en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma que convive con la Carta Magna, lo cual evidencia que la misma no se opone a la amnistía³⁵.

A toda la refutación anterior, hay que añadir que existen numerosas dudas acerca de la licitud de la retractación a la hora de conceder una amnistía, y ello a la luz de ciertos preceptos constitucionales. El artículo 9.3 de la Constitución garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales”, afectando de este modo a la disposición que pretende derogar la norma que ha concedido la gracia. Por lo tanto, resulta dudoso que, una vez que se ha decretado la amnistía, se pueda revocar ésta y juzgar los crímenes cometidos como si la norma fuese inválida desde su nacimiento, bien por resultar contraria a los preceptos constitucionales, bien por ser contraria a la normativa internacional. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien declaró que su revocación sería contraria al principio de irretroactividad y al de certeza legal de las normas penales³⁶.

Por lo tanto, podemos afirmar que el perdón que instaura la Ley de Amnistía se halla poderosamente blindado, haciendo que su eficacia perviva. Los intentos por demostrar su invalidez y por atacar de forma retroactiva los crímenes perdonados han sido desmontados tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Así, se pone de relieve la evidente traducción de la norma en una realidad fáctica, haciendo que las disposiciones de la misma sean eficaces a día de hoy.

³⁵ CUERDA RIEZU, C, “Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal”, *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, pags 113-196.

³⁶ STEDH Lexa c. Eslovaquia, de 23 de septiembre de 2008.

D) RACIONALIDAD TELEOLÓGICA

En el nivel de la racionalidad teleológica, trataremos de dilucidar si el objetivo último que se pretendía con la promulgación de una norma se ha cumplido o no. Es decir, si el fin último que se perseguía se ha llevado a cabo de forma eficaz y perceptible. Al caracterizar el sistema jurídico como un medio para conseguir ciertos fines, en este apartado nos interesa elucidar si la ley produce los efectos deseados³⁷. Si no los consigue, diremos que la norma es irracional en este nivel.

Conviene hacer una diferencia fundamental entre los niveles de racionalidad pragmática, teleológica y ética, respectivamente, ya que sus diferencias, por lo demás sutiles, pueden inducir a confusión. En el nivel de racionalidad pragmática hemos analizado si los postulados de la Ley se han cumplido de forma eficiente; es decir, si los destinatarios han acatado las instrucciones contenidas en ella. En el nivel que nos ocupa ahora, es decir, el de la racionalidad teleológica, verificaremos si los fines para los cuales se creó esa Norma se han cumplido o no. Finalmente, cuando lleguemos al nivel de racionalidad ética, elucidaremos si esos fines eran correctos o no.

Un ejemplo puede servir de ilustración. Si prestamos atención a la promulgación de una norma que prohíbe los billetes de quinientos euros con el objetivo de evitar el fraude fiscal, en el nivel de racionalidad pragmática comprobaremos si hay o no billetes de quinientos en circulación. En el nivel de racionalidad teleológica, observaremos si efectivamente esa norma ha reducido el fraude fiscal. Y, por último, en el nivel de la racionalidad ética, debatiremos si reducir el fraude fiscal es un fin justo o no.

Ahora que ya hemos analizado la eficacia de los postulados contenidos en la Ley de Amnistía, en este apartado observaremos si el objetivo que perseguían los edictores con su promulgación se ha cumplido. Para ello, seguiremos la misma estructura que en los apartados anteriores: en primer lugar, trataremos de dilucidar cuáles eran los fines perseguidos por los edictores; y en segundo lugar, veremos si dichos fines se han traducido en un cambio manifiesto en el mundo real.

³⁷ ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997, p. 38.

Para este primer cometido, son de suma utilidad los debates parlamentarios a los que hemos acudido con anterioridad. Ya hemos dejado patente la imperiosa necesidad de decretar una amnistía, que se tradujo en manifestaciones y movilizaciones sociales frecuentes. Además, el clima político dominante, con una democracia en ciernes y aún con el temor a un posible retorno de la dictadura, propició que la necesidad de esa ley de amnistía se hiciese aún más acuciante. Así lo señala Jaime Sartorius al enunciar que sin la aprobación de la Ley de Amnistía, la credibilidad de la recién nacida democracia española “se resentía”³⁸

Por eso no es de extrañar que la principal preocupación de los edictores de la norma fuera la de consolidar la incipiente democracia española. Así lo manifestaba en la primera sesión del Congreso de los Diputados el representante del Partido Socialista Popular, Enrique Tierno Galván, quien exponía, en este sentido, que “es posible llegar entre todos a un convenio que nos permita salir de las dificultades, de las situaciones oscuras o de aquellas que, en principio, pudieran parecer insuperables. Esto es de por sí un buen augurio para el futuro, sobre todo en estas circunstancias, en circunstancias en que la Cámara lucha con el pasado y tiene que enfrentarse con un porvenir difícil”³⁹.

Con una dictadura tan reciente y una transición que se quería pacífica, el espíritu de consenso presidió todas las negociaciones de la Ley, ya que, más allá de la revancha y de la rendición de cuentas, lo verdaderamente importante para sus edictores era fortalecer al nuevo Estado de derecho español y comenzar un proceso constituyente que conduciría al nacimiento de la Carta Magna de 1978. Por eso, tuvieron en consideración que lo mejor para ese cometido era que la nueva Ley de Amnistía Absolviera tanto a los represaliados como a los represores, a través de la inclusión de los apartados f) y g) del artículo dos. En palabras de Santos Julià, “el ánimo de los proponentes y del Gobierno consistió en simbolizar el comienzo de una nueva era de concordia dejando las cárceles vacías de presos por actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado”⁴⁰.

Este objetivo de consolidar la democracia se relaciona con el siguiente, que fue el de la reconciliación con el consiguiente olvido de una contienda civil, así como de los posteriores cuarenta años de dictadura. La nueva clase política, en representación de la

³⁸ SARTORIUS, J, “*La Ley de Amnistía no ampara al franquismo*”, El País, 15 de marzo de 2010.

³⁹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, nº5, 27 de julio de 1977, p. 85.

⁴⁰ JULIÀ, S, “*Amnistía como triunfo de la memoria*”, El País, 23 de noviembre 2008.

sociedad española, creía firmemente que sólo mediante el perdón y la preterición de los crímenes pasados se podía avanzar hacia una España democrática, fuerte y estable. El representante del Partido Nacionalista Vasco, Xabier Arzalluz, exponía, en una de sus primeras intervenciones en el Congreso de los Diputados, que la amnistía era “imprescindible para ir olvidando los conflictos pasados y poder restablecer la mínima concordia necesaria para una convivencia y hasta una credibilidad democrática”, y se hacía por lo tanto “absolutamente ineludible”⁴¹.

Otro instrumento muy útil para tomar la temperatura a la sociedad española del momento es la prensa, que también se pronunciaba a favor del olvido y el perdón para poder avanzar tras cuarenta años de dictadura. Carlos Barrera y José Javier Sánchez Aranda, profesores del departamento de comunicación pública de la Universidad de Navarra, argumentan que las cinco ideas más repetidas, y que por tanto configuraron el discurso periodístico dominante durante la promulgación de la Ley de Amnistía, fueron las siguientes:

- 1) La amnistía significaba una reconciliación y superación por la vía del olvido de las dos Españas enfrentadas en la guerra civil.
- 2) La amnistía significaba un "borrón y cuenta nueva" en la vida española.
- 3) Se trataba de una decisión política a la que se llegaba como consecuencia de un pacto y como expresión de la voluntad popular representada en los partidos.
- 4) Se trataba de un acto excepcional y, por tanto, irrepetible⁴².

Una vez expuesto que ambas ideas, la de consolidación de la democracia española y la de olvido y superación de la etapa anterior, eran los objetivos de los edictos, debemos analizar si dichos objetivos se han cumplido en realidad.

En primer lugar, podemos afirmar que la democracia española se encuentra plenamente consolidada. El intento de golpe de estado del 23 de febrero de 1981 ha sido la única amenaza al sistema democrático actual y la sociedad española en su conjunto mostró de forma casi unánime su compromiso con los valores democráticos. A mayor abundamiento, en la actualidad España es una de las democracias más estables y

⁴¹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, nº5, 14 de octubre de 1977, p. 960.

⁴² BARRERA, C y SÁNCHEZ ARANDA, J, “El discurso periodístico sobre la amnistía general de 1977 a través de la prensa de Madrid, País Vasco y Navarra”, *Zer: Revista de estudios de comunicación*, número 8, 2000.

valoradas por la comunidad internacional. Así lo demuestra el Democracy Index de 2019⁴³, elaborado por la Unidad de Inteligencia de The Economist, que es el índice de referencia tomado para el análisis de la situación de la democracia en el mundo y que coloca a España en la decimonovena posición entre los 167 Estados analizado. Esta valoración es compartida por otros índices como el The Global State of Democracy 2019, del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral publicado en noviembre de 2019, que otorgaba a España una puntuación de 0,7705 sobre 1, lo que nos sitúa en el puesto número trece de entre los 158 analizados; o el Freedom in the World, elaborado por Freedom House, que sitúa a España en el puesto 20 con respecto al reconocimiento y el disfrute de libertades. Para finalizar, en el Rule of Law Index, elaborado por World Justice Project, España ocupa el puesto 21 de 113 estados con respecto a su adhesión al Estado de Derecho.

A todo ello debemos añadir que, desde 1977, España ha pasado a ser parte de numerosos tratados y organismos internacionales, siendo el más importante de ellos la Unión Europea, lo que supuso una cesión de soberanía nacional a un organismo que basa su funcionamiento en la democracia representativa y en los valores intrínsecos a ella.

Por lo que se refiere al cumplimiento del segundo de los objetivos, se suscitan algunas dudas. El mensaje de reconciliación y preterición de los crímenes pasados gozaba de un amplio consenso en el momento de promulgación de la norma (muestra de ello es la mayoría que aprobó la Ley de Amnistía); pero con el paso de los años, numerosos sectores políticos y sociales han manifestado su preocupación por la resolución de los crímenes y por el recuerdo de la etapa franquista. Muestra de ello es que en 2002 se aprobó por unanimidad en la Comisión Constitucional del Parlamento de España una proposición de ley de condena de la sublevación de julio de 1936, reconocimiento a las víctimas de la dictadura e impulso a la apertura de las fosas comunes⁴⁴.

Esa corriente de recuerdo ha cristalizado en la diversos preceptos legales, siendo el más importante la ley 52/2007 “Por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”, conocida popularmente como ley de Memoria

⁴³ The Economist Intelligence Unit's Democracy Index 2019.

⁴⁴ Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Comisión Constitucional, 20-xi-2002.

Histórica⁴⁵. A diferencia de la de la Ley de Amnistía, ésta se aprobó sin consenso, convirtiéndose en motivo de enfrentamiento entre grupos políticos y motivo de fuertes controversias.

Recapitulando, podemos afirmar que los principales fines de la Ley de Amnistía fueron la consolidación de la democracia española y la reconciliación de la sociedad española mediante el olvido. El primer objetivo ha sido cumplido ampliamente, ya que España es una de las democracias más valoradas y fuertes del mundo, estando fuera de toda duda que cumple con los valores propios de un Estado de Derecho. En cambio, el segundo objetivo no se ha satisfecho de forma tan eficiente, ya que una gran parte de la sociedad española ha manifestado la necesidad de resolver los crímenes de la dictadura. Esto, como sabemos, ha culminado con la aprobación de la Ley de Memoria Histórica, rompiendo el consenso político acerca de la necesidad del olvido, generando un debate sobre el valor y el sentido del recuerdo que persiste hoy en día.

E) RACIONALIDAD ÉTICA

En los anteriores niveles de racionalidad, la teoría de Atienza posibilitaba analizar la norma como un acto de comunicación (nivel de racionalidad lingüística); como parte de un ordenamiento jurídico (nivel de racionalidad jurídico formal); como instrumento para dirigir el comportamiento humano (nivel de racionalidad pragmática); y como medio para conseguir unos fines (nivel de racionalidad teleológica). En el último nivel, debemos observar la norma como parte de un conjunto de directivas que serán evaluadas con arreglo al sistema moral imperante. Por lo tanto, en este nivel se observa si la norma y los fines que pretende conseguir están justificado y resultan deseables para el conjunto de la sociedad.

Para saber si una norma es racional en este nivel, debemos acudir al sistema y a los valores morales que toman como referencia una sociedad y dirimir si el precepto legal se adecúa a los mismos. Atienza advierte que en este nivel la irracionalidad de la norma puede darse por múltiples motivos, desde una carencia de legitimación ética por parte de

⁴⁵ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Núm. 310, en B.O.E. de 27 de diciembre de 2007.

quien la emite (por ejemplo, una norma emitida por estado dictatorial) a la persecución de fines ilegítimos⁴⁶.

Como podemos observar, hay una fuerte relación entre el nivel de racionalidad anterior (el teleológico) y el que nos ocupa; ya que si en el anterior hemos analizado si esos fines se han cumplido, ahora observaremos si esos mismos fines eran deseables o no desde el punto de vista ético.

Así, en el anterior apartado hemos expuesto que los principales objetivos de la Ley de Amnistía eran el de la consolidación de la democracia española, así como el perdón y el olvido de los crímenes cometidos por ambos bandos. Para saber si la Ley de Amnistía es óptima desde el punto de la racionalidad ética, analizaremos esos fines y veremos si son deseables moralmente.

En primer lugar, es intuitivo pensar que la democracia actualmente es el sistema defendido y deseado por la gran parte de la sociedad moderna. Un sistema en el cual las decisiones políticas y de orden social son adoptadas por el mismo cuerpo social que se va a ver afectado, bien de forma directa o bien a través de sus representantes, ayuda a establecer los principios de solidaridad, igualdad y justicia, principios que resultan deseables por cualquier ser humano.

Por lo tanto, podemos decir que si una norma, como la Ley de Amnistía, se esfuerza por fortalecer la democracia y establecer dicho sistema en un estado dictatorial, está defendiendo de forma manifiesta los valores morales imperantes. Si además esa norma es promulgada por un gobierno elegido de forma democrática y con un apoyo amplísimo de casi todos los grupos políticos, la legitimidad de la norma crece. En consecuencia, el primer fin, es decir, el de la consolidación de la democracia española, no puede estar más blindado desde el punto de vista ético.

El fin que realmente suscita discusión es el del olvido y el perdón de dichos crímenes como medio para conseguir la concordia. Durante todo el proceso transitorio español, ese espíritu de consenso y perdón presidió todas las conversaciones, y todos los grupos políticos compartían el pensamiento de que la preterición de los crímenes pasados era la

⁴⁶ ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997, p. 39.

única forma de avanzar hacia una convivencia pacífica y democrática. Pero con el paso de los años, ese pensamiento ha sido fuertemente criticado, y existen numerosos colectivos sociales que exigen la investigación y el castigo de los crímenes perpetrados por el franquismo.

Ese pensamiento cristalizó en la Ley de Memoria histórica, que en su exposición de motivos expone que dicha norma “quiere contribuir a cerrar heridas todavía abiertas en los españoles y a dar satisfacción a los ciudadanos que sufrieron, directamente o en la persona de sus familiares, las consecuencias de la tragedia de la Guerra Civil o de la represión de la Dictadura.” Para ello, considera que la tarea del legislador es la de “reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía democrática, fomentar los valores constitucionales y promover el conocimiento y la reflexión sobre nuestro pasado, para evitar que se repitan situaciones de intolerancia y violación de derechos humanos como las entonces vividas.”

Esta corriente considera que, sólo a través de la búsqueda de la verdad y del consiguiente enjuiciamiento de los crímenes, se encontrará el camino para avanzar hacia un Estado social fuerte. Arguye que los intentos por ocultar y olvidar los crímenes cometidos en una etapa política anterior no contribuyen a la paz social, sino que impiden el paso a una etapa siguiente, haciendo permanecer los rencores del pasado⁴⁷.

Esa idea choca frontalmente con el discurso de los poderes de la transición que argumentaban que sólo el olvido y el perdón allanarían el camino hacia la concordia. Por eso, desde estas corrientes de opinión, se ha criticado este proceso, en el sentido de que reparte por igual entre opresores y oprimidos las consecuencias de los actos que se llevaron a cabo. Numerosos autores han defendido que el hecho de decretar una amnistía lleva implícito una condena de las actuaciones habidas. Es decir, en el momento en el que se considera necesario perdonar algo, se está haciendo una declaración de que aquello que se ha hecho, estaba mal. Por eso se habla de la “paradoja del perdón”, ya que el perdón presupone un juicio moral negativo que recae sobre el

⁴⁷ GABORIT, M, “Memoria histórica: Relato desde las víctimas”, *Revista de Pensamiento Psicológico de la Pontificia Universidad Javeriana*, vol. 2, núm. 6, enero-junio, 2006, pp. 7-20).

perdonado. Así las cosas, resulta problemática la concesión de la misma gracia para crímenes de diferente gravedad⁴⁸.

Josep Tamarit, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Lleida y director del Programa de Criminología de la Universitat Oberta de Catalunya, señala que esa atribución de culpas por igual sólo tiene sentido en el contexto de la Guerra civil, donde fueron dos bandos enfrentados. Pero en la dictadura, la represión hacia el otro bando llevada a cabo por los poderes públicos de forma sistemática y asimétrica. Por lo tanto, la violencia y los crímenes ejercidos por el franquismo no pueden tratarse de la misma forma que los cometidos por los represaliados⁴⁹.

El nacimiento de esa corriente de opinión ha provocado que ahora mismo exista un fuerte debate sobre la necesidad y la conveniencia del perdón recogido en la Ley de Amnistía. Las peticiones de derogación por parte de los grupos políticos y organismos internacionales demuestran que ya no goza del favor de una amplia mayoría de ciudadanos.

Pero para entender el porqué del perdón de esos crímenes, es necesario indagar en sus causas. Con la dictadura recién clausurada y un parlamento democrático muy incipiente, el miedo a un regreso de la dictadura era palpable. Por eso los legisladores temían que una ley contundente contra el franquismo y los crímenes cometidos bajo su amparo alzase a los defensores de la dictadura y culminara con una caída de la democracia. Por eso, ante la amenaza de entrar de nuevo en una dictadura, decidieron no perseguir a los responsables de dichos crímenes.

Malarino se refiere a esa disyuntiva al argumentar que, en lo que se refiere a la amnistía, el objetivo último de un Estado es procurar “tanta justicia como la paz lo permita”. Por eso, es preferible renunciar a la persecución penal de los crímenes si existe una amenaza

⁴⁸ MAÑALICH, J.P, *Terror, pena y amnistía. El Derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Edit. Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2010, p. 43.

⁴⁹ TAMARIT, J, “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política Criminal Vol. 7, Nº 13*, pp. 74 - 93, Julio 2012.

real de que, en caso de hacerlo, la convivencia pacífica y el estado democrático va a verse seriamente comprometido⁵⁰.

Recapitulando, la racionalidad inherente al fin de conseguir la consolidación de la democracia española está fuera de toda duda, pero no la del olvido y el perdón como puente hacia una España democrática. Las manifestaciones y movilizaciones sociales que han tenido lugar en los últimos años exigiendo la investigación de los crímenes franquistas, que culminaron con la promulgación de la Ley de Memoria Histórica, ponen de manifiesto que la necesidad de amnistiar los crímenes franquistas ya no es compartida por la práctica totalidad de la sociedad española, y por lo tanto, ya no está claro que dicho fin esté justificada éticamente.

⁵⁰ E. MALARINO, “Transición, Derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del Derecho penal en procesos de transición”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED)*, núm. 9, enero 2013, pp. 205-222.

CONCLUSIONES

Tras realizar una breve aproximación a la concepción del derecho como argumentación y a la teoría de la legislación de Manuel Atienza, después de haber expuesto el contexto histórico en el que se aprobó la Ley de Amnistía, y tras haber analizado exhaustivamente su articulado, para, por último, reflexionar críticamente a propósito de en qué medida dicha norma se ajusta a los niveles de racionalidad determinados por el autor, hemos llegado a las conclusiones siguientes:

PRIMERA: Manuel Atienza defiende que el poder ejercido por el legislador y los demás operadores jurídicos no puede estar fundamentado ni en la fuente de la que procede la decisión ni en el procedimiento seguido, sino en el conjunto de valores y principios que la explican y justifican, lo cual obliga a que toda decisión, en cualquiera de las instancias jurídicas, incluida la legislativa, deba estar justificada y por lo tanto argumentada. Para garantizar que las leyes estén correctamente argumentadas, este autor propone una teoría de la legislación donde analiza la racionalidad de la norma tomando pie en el análisis de diferentes niveles; a saber: lingüístico, jurídico formal, pragmático, teleológico y ético.

SEGUNDA: La Ley de Amnistía se aprobó en un contexto histórico difícil; fue fruto de numerosas movilizaciones y manifestaciones sociales que exigían una norma de amnistía para los delitos perpetrados durante la dictadura con tintes políticos. Así, una democracia extremadamente joven, que debía convivir con la amenaza constante del retorno de la dictadura, aprobó una ley que contó con un amplio apoyo de los grupos políticos y que logró contentar a la gran mayoría de la sociedad española de entonces.

TERCERA: El principal punto de controversia se encuentra en los apartados f) y g) del artículo dos de la Ley, donde se decreta la amnistía por todos los delitos cometidos por las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, de forma muy amplia y sin límite temporal alguno, haciendo prácticamente imposible la investigación y condena de dichos actos.

CUARTA: Analizando la racionalidad lingüística de la norma, podemos afirmar que, a falta de un preámbulo o exposición de motivos, y ciñéndonos a la posterior interpretación de la ley por parte de los tribunales españoles, hay que concluir que el mensaje de concordia y reconciliación que trataban de transmitir los legisladores se ha tergiversado de forma flagrante, cambiando de forma amplia el sentido de la norma y haciendo que esta sea vista como un obstáculo para la justicia transicional más que como un motor para la reparación, lo cual consideramos que lesiona su racionalidad en este nivel.

QUINTA: En referencia a la racionalidad jurídico formal de la Ley de Amnistía, podemos afirmar que resulta difícil su defensa frente al sistema actual de protección de los derechos humanos. Aunque es cierto que al promulgarse cumplía con los parámetros establecidos para la justicia transicional, la posterior adhesión de España a diferentes tratados y organismos internacionales ha provocado que la misma haya sido objeto de numerosas críticas y peticiones de derogación. Por ello, podemos concluir que la racionalidad jurídico formal de la Ley resulta dudosa.

SEXTA: En cuanto a la racionalidad pragmática de la norma, la amnistía recogida en la misma sigue siendo una medida eficaz en la actualidad. Los intentos de investigación de los crímenes amnistiados han sido rechazados por parte de los tribunales nacionales e internacionales, así como las peticiones de derogación. En consecuencia, podemos afirmar que cumple con dicho nivel.

SÉPTIMA: Analizando tanto los debates parlamentarios como los periodísticos en el momento de su promulgación, podemos afirmar que los principales objetivos de la norma eran la consolidación de la democracia española y el olvido de los crímenes cometidos durante la dictadura. El primer objetivo se cumple de forma irrefutable, ya que la salud de la democracia española se encuentra refrendada por varios índices internacionales de referencia, además de que resulta indudable su consolidación después de más de cuarenta años de vigencia. El segundo fin es más dudoso que se haya cumplido, ya que una gran parte de la sociedad española ve necesario investigar de nuevo los crímenes amnistiados por la Ley. Esta demanda ha provocado la aprobación

de la Ley de Memoria Histórica, lo cual pone de manifiesto que el olvido y el perdón en favor de la concordia que pretendía el legislador no se han alcanzado del todo.

OCTAVA: En el nivel de la racionalidad ética, la defensa de la democracia que pretendía la Ley de Amnistía es un fin loable y presente, ya que aquella sigue siendo el sistema de poder preferido por la mayoría de la población española y de la comunidad internacional. En cambio, la idea del olvido como forma de garantizar una transición pacífica y estable se ha visto fuertemente cuestionada frente a la necesidad de justicia y reparación.

NOVENA: La teoría de la legislación de Atienza es de suma utilidad para analizar la racionalidad y la adecuación de las normas a los parámetros morales y jurídicos de una sociedad, ya que tiene en cuenta desde los objetivos de los legisladores hasta su traducción en la realidad, teniendo en consideración tanto el contexto histórico como el ajuste de la norma a las concepciones morales de la sociedad en la cual estará vigente.

BIBLIOGRAFÍA

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Casos cerrados, heridas abiertas: El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Madrid, 2012.
- ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997.
- ATIENZA, M, *Derecho y Argumentación*. Departamento de publicaciones de la Universidad de Colombia, Bogotá, 2006.
- BARRERA, C y SÁNCHEZ ARANDA, J.J, El discurso periodístico sobre la amnistía general de 1977 a través de la prensa de Madrid, País Vasco y Navarra, *Zer: Revista de estudios de comunicación*, número 8, 2000.
- BAUTISTA SAMANIEGO, C, “La Ley de amnistía y el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad”, *diario La Ley*, 18 de febrero de 2014.
- CASANOVA, J y GIL ANDRÉS, C, *Historia de España en el s. XX*, Ariel. 3ª edición, 2010.
- CLAVERO, B, *España, 1978: La amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de España”, 2008.
- CUERDA RIEZU, C, *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016.
- GABORIT, M, “Memoria histórica: Relato desde las víctimas”, *Revista de Pensamiento Psicológico de la Pontificia Universidad Javeriana*, vol. 2, núm. 6, enero-junio, 2006.
- GARCÍA AMADO, J.A, “El Derecho es un misterio. 6 ¿Qué es la teoría de la argumentación jurídica?”, <http://garciamado.blogspot.com.es>, 2009
- MALARINO, E, “Transición, Derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del Derecho penal en procesos de transición”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED)*, núm. 9, enero 2013.
- MARCILLA, G, “Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 47, 2013.

- MARCILLA, G, “Sobre Contribución a una teoría de la argumentación de Manuel Atienza, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1999.
- MAÑALICH, J.P, *Terror, pena y amnistía. El Derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Edit. Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2010.
- MARTÍN-RETORTILLO, S, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- RANZ ALONSO, E. *La ley de amnistía, puente a la libertad, y soporte para la impunidad*. Ediciones Complutense, Madrid, 2018.
- TAMARIT, J, Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español, *Política Criminal Vol. 7, N° 13*, Julio 2012.

Legislación

- Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, núm. 248, en B.O.E. de 17 de octubre de 1977.
- Decreto de 25 de noviembre de 1975, núm. 2940/75, B.O.E. 25 Y 26 de noviembre de 1975.
- Real Decreto-Ley de 30 de julio de 1976, núm. 10/76, en B.O.E. 3 y 4 de agosto de 1976.
- Real Decreto-ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia, núm. 65, en B.O.E. de 17 de marzo de 1977.
- Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general, núm. 66, en B.O.E. de 18 de marzo de 1977.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en B.O.E. de 30 de abril de 1977.
- Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Núm. 310, en B.O.E. de 27 de diciembre de 2007.

Jurisprudencia

- STS de 25 de febrero de 2012.
- STEDH Lexa c. Eslovaquia, de 23 de septiembre de 2008.