

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA (2024): *Amnistía. Una ley para olvidar*, Sevilla, Athenaica, 2024, 176 págs.

El breviario sobre la amnistía de Josu de Miguel Bárcena sirve a tres propósitos: histórico, conceptual y el que llama «propiamente jurídico» (pp. 15-17). Los tres propósitos se corresponden con las tres partes del libro. La parte histórica, que es la más amplia (pp. 19-102), es seguida por la conceptual y tipológica (pp. 103-120). Tras estas dos partes, el autor aborda el análisis de la amnistía en la Constitución, con algunas reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, en adelante LOA (pp. 121-155). Termina la obra con una coda o epílogo, «El olvido en tiempos de memoria» (pp. 157-163).

I. La parte histórica de libro comienza con un extenso capítulo dedicado a «La amnistía en la Grecia clásica» (pp. 19-40), que se centra en la más célebre de la Antigüedad, la del año 403 a.C., cuyos antecedentes inmediatos y desarrollo narran Jenofonte en las *Helénicas*, II, 4, y Aristóteles en la *Constitución de los atenienses*, 37-40. No fue una amnistía plena: excluyó a los más caracterizados oligarcas y añadió una oferta de refugio en Eleusis para aquellos implicados en el régimen derrocado en Muniquia que no se fiaran del juramento de no recordar desdichas o no guardar rencor (*mē mnēsikakein*). La secesión de Eleusis terminó por la fuerza —y alguna muerte—, pero volvió la reconciliación. De Miguel comparte la tesis de N. Loraux sobre el «olvido memorable» para conjurar la guerra civil y evalúa la amnistía del 403 como «auténtica refundación de la comunidad política» y, acertadamente, como «un proceso que navega entre un estado de excepción arcaico y un modelo de justicia transicional moderno: [...] un clásico ejemplo *termidoriano*» (pp. 36 y 37).

El resto de la parte histórica (pp. 41-102) está dedicado a España y se subdivide en el estudio de «La amnistía en la España constitucional» (pp. 41-70) y la «Memoria de las amnistías de la transición» (pp. 71-102). Al igual que la de 1978, la mayor parte de nuestras constituciones históricas no mencionaban la amnistía (son excepción la de 1869, art. 74. 5.º, y la de 1931, art. 102), lo que no fue obstáculo para concederlas. Rigiendo la Constitución de 1876 hubo nada menos que cinco leyes de amnistía entre 1906 y 1918. De Miguel da poco o ningún valor al antecedente histórico-constitucional de las amnistías legisladas *Constitutione silente*. Aduce que en nuestras constituciones decimononas el legislador ocupaba una «posición central» solo sujeto a «vinculación negativa» (pp. 43 y 44). Aunque una reseña no sea lugar apropiado para debates doctrinales *in extenso*, me parece que no puede darse por sentado que la doctrina de la doble vinculación —positiva y negativa— de la Administración (en el fondo, una forma posible de describir el funcionamiento del principio de legalidad) pueda ser trasladada, sin más, a la relación entre constitución

y ley. Tal vez quepa dar algún mayor relieve a la duradera práctica legislativa de las amnistías *silente Constitutione*, en cuanto expresa un consenso interpretativo secular de los actores políticos sobre su viabilidad. El respeto a la constitución puede garantizarse de muchos modos, no solo jurisdiccionalmente, y quizá este último no sea muchas veces el políticamente decisivo.

A lo largo de la historia constitucional española las amnistías han solido estar vinculadas a la terminación de guerras civiles, a los cambios de régimen y a la liquidación de pronunciamientos y sublevaciones. La última amnistía otorgada a la terminación de una guerra civil fue la concedida por Ley de 23 de septiembre de 1939, genuina y repulsiva *amnistía de facción*, como también lo había sido la amnistía que concedió la República en guerra por Decreto Ley de 22 de enero de 1937. El principio del fin del absolutismo, viviendo aún Fernando VII, quedó plasmado en el Real Decreto de 15 de octubre de 1832, firmado por la reina gobernadora¹. En fin, la amnistía por los «delitos políticos» de pronunciados y sublevados acabó presentándose como «una especie de convención jurídico-política».

Las amnistías de la II República merecen consideración independiente en el libro. El art. 102 de la Constitución de 1931 prohibía los indultos generales, atribuía los individuales al Tribunal Supremo a propuesta del tribunal sentenciador y reservaba las amnistías al legislador. Vigente ya la Constitución republicana, tres normas con fuerza de ley otorgaron amnistías durante la II República: la primera tuvo muy limitado objeto (Ley 11 de septiembre de 1932); la segunda, ásperamente debatida en las Cortes, fue aprobada por Ley de 24 de abril de 1934 y benefició a quienes habían participado en la *sanjurjada* de agosto de 1932, incluido su jefe, aunque la extensión y alcance del olvido legal eran mayores; la tercera, con una parte dispositiva tan breve como imprecisa², fue concedida tras el triunfo electoral del Frente Popular por Decreto Ley de 21 de febrero de 1936, y no sirvió en absoluto como «medida de pacificación conveniente al bien público y a la tranquilidad de la vida nacional» según el pío deseo consignado en su preámbulo. La amnistía de 1934 podría haber sido la última por delitos políticos de pronunciados y sublevados, pero no lo es. Ese título lo merece sobradamente la LOA, que podría ser —¿por qué no?— el punto inicial de una nueva «especie de convención jurídico-política» de impunidad para las *neoformas siglo XXI* de pronunciamientos o sublevaciones.

¹ En él se emplea por primera vez el vocablo «amnistía».

² «Artículo único. Se concede amnistía a los penados y encausados por delitos políticos y sociales. Se incluye en esta amnistía a los concejales de los Ayuntamientos del País Vasco condenados por sentencia firme. El Gobierno dará cuenta a las Cortes del uso de la presente autorización».

Las amnistías de la Transición supusieron, para Josu de Miguel, una progresiva reconstrucción del «sujeto político español» y la última de ellas —la *amnistía* por excelencia, la amnistía por antonomasia, la amnistía con mayúscula, plasmada en la Ley 46/1977, de 15 de octubre— tuvo no solo «una dimensión moral» reconciliatoria, sino también otra políticamente «funcional para que la integración constitucional del pluralismo tuviera éxito».

Las dos primeras amnistías de la Transición (decretos leyes 10/1976, de 30 de julio, y 19/1977, de 14 de marzo) fueron obra de Gobiernos entre cuyos miembros se contaban significados colaboradores de la dictadura de Franco, comenzando por quien los presidía. Tanto por el tipo de disposición con fuerza de ley utilizado (el decreto ley) como por las exclusiones, están en la lógica de la política de olvido que —por cicatera y tardía que fuera— se inició en el franquismo y cuyas piezas más significativas son el Decreto de 9 de octubre de 1945 y el Decreto-ley 10/1969, de 31 de marzo. La de 1945 —una limitada amnistía vergonzante disfrazada de «indulto general» e hija de la derrota del Eje— se circunscribía a los delitos («políticos») de «rebelión militar, contra la seguridad interior del Estado o el orden público», añadiendo una cláusula de exclusión nada garantista por su indeterminación³. El Decreto Ley de 1969, que guarda un cierto parecido con la *kalte Amnestie* alemana de 1968, declaró prescritos —«por ministerio de la ley» y sin necesidad de declaración judicial— todos los delitos cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939, «cualesquiera que sean sus autores, su gravedad o sus consecuencias, con independencia de su calificación y penas presuntas y sin tener en cuenta las reglas que los Códigos vigentes establecen sobre cómputo, interrupción y reanudación de los plazos de prescripción del delito» (art. 1).

Muy distinta, moral y políticamente, a las dos amnistías por decreto ley de 1976 y 1977 es la amnistía de octubre de 1977, por la forma que revistió (ley) y por ser obra de las Cortes libre y democráticamente elegidas el 15 de junio de 1977. Con gran acierto subraya el libro que comentamos que esta amnistía tuvo escaso efecto práctico para excarcelar a los genuinos presos políticos de la dictadura, ya libres los últimos en virtud de las dos amnistías anteriores. Los mayores beneficiarios de la amnistía fueron los terroristas (hasta tal punto que *Egin* pudo titular: «Euskadi consigue la amnistía política») sin que haya rastro en los debates «de un presunto pacto entre los grupos de las Cortes

³ «[...] siempre que no conste que los referidos delinquentes hubiesen tomado parte en actos de crueldad, muertes, violaciones, profanaciones, latrocinios u otros hechos que por su índole repugnen a todo hombre honrado, cualquiera que fuere su ideología» (art. 1 del Decreto). Aunque sea *a contrario*, es el primer reconocimiento expreso en una norma de la dictadura de que también había hombres honrados entre los vencidos («cualquiera que fuere su ideología»).

para intercambiar presos de ETA por la impunidad del franquismo» (pp. 88 a 91), porque no lo hubo. Y muy exactamente el autor califica la amnistía como «baluarte simbólico de la Transición» por cuanto «concreción jurídica de la reconciliación», que acabaría siendo «mitologema fundamental para ensayar el consenso que permitió [...] formalizar una Constitución que superara la vieja tradición española de cambiar el régimen político según se moviera el péndulo ideológico» (pp. 94-95). Para los que vivimos la amnistía de jóvenes (el recensor con 29 años) la amnistía no fue un mito sino un símbolo supremo, mayor que las elecciones de 15 de junio de 1977, mayor que la propia Constitución. Aquel debate en las Cortes nacidas democráticamente («hemos enterrado nuestros muertos y nuestros rencores»); aquella aprobación casi por unanimidad; aquel áureo artículo 1, aunque supusiera la suelta de unos cuantos terroristas, tuvieron una potencia simbólica que ya nunca ha vuelto; una potencia simbólica de reconciliación, de reconstitución de la unidad política, de fin de las dos Españas, de acabamiento de la división entre buenos y malos españoles. Por desgracia, la amnistía ha pasado de mito fundacional a mito caduco. La mucha edad ha traído al reseñador la desventura política de contemplar cómo se pasa de la noble amnistía de la unidad, la concordia y la reconciliación a la vil amnistía de la división, la discordia y el enconamiento; en una palabra, de la amnistía que curó a la amnistía que emponzoña. La amnistía no solo ha sido olvidada sino mancillada por el art. 2.3 de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, al que afortunadamente el ATC 57/2024, de 17 de junio, FJ 3, parece haberle tomado bien la medida.

II. La segunda parte del libro reseñado —se recordará— es la conceptual y tipológica. En ella el autor se esfuerza en distinguir las figuras de la clemencia: indulto total, indulto general, despenalización, «amnistía fiscal». Dejando aparte la manifiesta impropiedad terminológica de esta última, en nuestra práctica secular los límites entre indulto general y amnistía son fluidos por lo que al contenido respecta, no así respecto al órgano estatal que concede uno y otra. Hay, por otra parte, una gran similitud entre la eficacia *pro praeterito* (retroactividad *in mitius*) de una ley de despenalización y la propia de una ley de amnistía, aunque incuestionablemente puedan diferir en sus motivos y finalidades. Tipológicamente se distinguen las amnistías en general y en particular, propia e impropia y pura o condicional, sin olvidar la «autoamnistía», que exhibe «carácter contractual» y primacía de su «dimensión subjetiva». Remata esta parte del libro con excursos sobre los delitos políticos y el problemático alcance de los efectos de la amnistía sobre las responsabilidades civil y contable, con respuesta negativa del autor.

III. Tercera parte de la obra: la amnistía en la Constitución. Este apartado ha quedado rápidamente envejecido por la STC 137/2025, de 26 de junio, que

ha declarado acorde con la Constitución todos los aspectos nucleares de la LOA. Por lo tanto, lo descrito a continuación queda a beneficio de inventario en un intento loable —aunque baldío y fallido— de orientar un pronunciamiento constitucional que, en mi opinión, resulta adecuado y bastante reflexivo si se tienen en cuenta aspectos doctrinales clásicos del propio Tribunal y la academia española relativos a la relación entre el legislador (penal) y la norma fundamental.

Tras una breve referencia al derecho comparado, se nos da noticia de la nula fortuna de las dos enmiendas con las que se pretendía que la Constitución la mencionara. Discrepando del autor, no me parece que del rechazo de ambas enmiendas quepa deducir ninguna suerte de prohibición implícita o tácita de la amnistía, sino una simple decisión de no constitucionalizarla, tal como lo revela, por lo demás, la minuta de la reunión de la ponencia constitucional de 3 de noviembre de 1977⁴. Josu de Miguel sostiene asimismo que la amnistía es «función distinta de la legislativa ordinaria», que exige un «título habilitante claramente establecido», porque «no es una ley en sentido material», sino «más bien un acto soberano de suspensión de la vigencia de otra ley, el Código Penal» (pp. 132 y 137). Aunque defendida con gran finura, no es fácil aceptar esta tesis. La amnistía se encuadra con toda naturalidad en la potestad legislativa, con la misma naturalidad, *v. gr.*, que una ley despenalizadora obliga a revisar sentencias firmes o a sobreseer, seguramente con más naturalidad que las leyes de caso único, las cuales, «aunque sujetas a mayores condicionamientos de constitucionalidad», no le están tajantemente prohibidas al legislador (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11). Por otro lado, la doctrina de las SSTC 35/1982, de 14 de junio⁵, 76/1983, de 5 de agosto⁶,

⁴ Con todo detalle, C. Aguado Renedo (2024), «La amnistía en el sistema español: cuestión de interpretación y control constitucional», *REDC*, núm. 131, pp. 59-65.

⁵ «[...] la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de *un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución)* y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero lo habilita. Esta distinción clásica no es ni puede ser, por definición, criterio de delimitación competencial, pues *no hay materia alguna en la que, estando la legislación atribuida al Estado, no pueda ser regulada por el legislador*. Cuando la Constitución en su art. 149 utiliza el concepto de legislación como criterio definidor del ámbito en el que las Comunidades Autónomas pueden adquirir competencias propias, tal concepto ha de ser entendido, en consecuencia, en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas» (cursivas nuestras).

⁶ «No cabe duda —y así lo señala el abogado del Estado— que las Cortes Generales, como titulares "de la potestad legislativa del Estado" (art. 66.2 de la Constitución), *pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título*

FJ 46, y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 3, no son compatibles con la exigencia —que habría que entender constitucionalmente impuesta— de un título habilitante positivo y específico para la amnistía. Este ha sido, básicamente, el camino argumental seguido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 137/2025, de 26 de junio, FJ 3.

Tiene la razón, en cambio, Josu de Miguel en que el art. 87.3 CE, rectamente interpretado, no sirve como fundamento textual para una ley de amnistía (tampoco para prohibirla, como señala de nuevo la STC 137/2025, de 26 de junio, FJ 3), puesto que la «prerrogativa de gracia» que menciona solo puede ser la única expresamente incluida en la Constitución, la del art. 62.i] CE, es decir, «la prerrogativa *real* de gracia», como reza el art. 102.3 CE, más preciso que el art. 87.3 CE. Lo que excluye de la iniciativa legislativa popular el art. 87.3 CE es, por lo tanto, «la ley» a la que debe ajustarse el ejercicio de la prerrogativa real de gracia («con arreglo a la ley», art. 62.i] CE), es decir, la ley reguladora del indulto (particular, nunca general).

Ya con más concreta referencia a la LOA, el autor mantiene que no supera el test establecido por la jurisprudencia constitucional para las leyes singulares y quebranta, además, la separación de poderes al violar la exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Habrá advertido el lector que el reseñador no es muy partidario de la LOA, que considera moralmente nauseabunda y políticamente desatinada (pero quién sabe); todo ello, sin embargo, no la convierte automáticamente en inconstitucional, no es necesario volverlo a recordar. Aunque Josu de Miguel expone sus razones con gran destreza argumentativa, mi modesta opinión desde el inicio fue que la LOA iba a superar el test de constitucionalidad de las leyes dictadas «al objeto exclusivo de arbitrar una solución adecuada, a una situación singular»⁷, como así ha sido, aun concediendo que el preámbulo de la LOA, apartado V, cuanto intenta razonar la proporcionalidad de la ley singular, es a veces ininteligible y, dónde no, muy poco afortunado; pero como bien se sabe, estas deficiencias preambulares del legislador fueron fácilmente superadas por el Tribunal Constitucional porque el principio de proporcionalidad cuenta con una elasticidad notable. Tampoco comparto que una ley que han de aplicar los tribunales del Poder Judicial, aunque no solo ellos, pueda estimarse lesiva de la exclusividad jurisdiccional, máxime cuando aquellos pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad y prejudiciales ante el TJUE (art. 4 LOA). Insisto en que todas estas cuestiones han sido descartas por

específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución» (cursivas nuestras). Repite estas palabras la STC 136/2011, FJ 3.

⁷ Expresión empleada en la STC 166/1986, FJ 11, y reiterada en múltiples ocasiones, como, por ejemplo, las SSTC 42/2018, de 26 de abril, FJ 6, y 45/2018, de 26 de abril, FJ 4.

el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento sobre la LOA, como posibles vicios de inconstitucionalidad. Sin embargo, el objeto de esta reseña no es un comentario de una sentencia sino de un trabajo académico.

Cierra el libro un epílogo o coda, «El olvido en tiempo de memoria». La LOA, el olvido de lo imperdonable, ha sido precedida por una ley —la de memoria democrática—, que aspira a imponer una memoria oficial y viene precedida por preámbulo repleto de falsedad histórica y sectarismo moral, tanto por lo que dice como por lo que calla. Sostiene Josu de Miguel —muy acertadamente— que «la reaparición intempestiva de la amnistía sería la expresión más clara de que la democracia española ha vuelto a fracasar» y que ninguno de los hermosos principios sobre los que se basó nuestra amnistía de 1977 «está hoy presente de forma veraz en una ciudad política, la española, donde la invocación de las razones de Estado oculta frecuentemente la imposición de razones de establo» (Gracián).

Un breviario magníficamente escrito y razonado, de necesaria lectura para cualquier interesado por su asunto, aunque sea para discrepar en algún punto.

Jesús García Torres
Exabogado del Estado ante el Tribunal Constitucional