

BARTOLOMÉ CLAVERO

ESPAÑA, 1978
La amnesia constituyente

Marcial Pons Historia
2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
SALUDO. HISTORIA, DERECHO, AMNESIA.....	13
PRÓLOGO. DIMENSIONES DE UN OLVIDO.....	19
CAPÍTULO I. CONSTITUCIÓN, DICTADURA Y DEROGACIONES DE POR MEDIO	39
CAPÍTULO II. CONSTITUCIÓN Y DISFUNCIONES DE LEY Y DE JUSTICIA.....	69
CAPÍTULO III. CONSTITUCIÓN ENTRE AMNISTÍAS Y LEY DE PUNTO FINAL.....	103
CAPÍTULO IV. CRÍMENES FRANQUISTAS, PREVARICACIÓN INSTITUCIONAL E INJUSTICIA TRANSICIONAL.....	133
CAPÍTULO V. LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA, CULTURA DE TRANSICIÓN Y RATIFICACIÓN DE IMPUNIDAD.....	167
CAPÍTULO VI. DERECHOS HUMANOS, JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, CRIMEN DE LESA CIUDADANÍA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	195
EPÍLOGO. SECUELAS DE UNA AMNESIA	243
DESPEDIDA. AMNESIA, TERAPIA, CONSTITUYENCIA...	271

SALUDO

HISTORIA, DERECHO, AMNESIA

Éste es un libro de historia. Éste es un libro de derecho. Es un libro sobre la Constitución española, Constitución que ya es historia y Constitución que todavía es derecho. No es la misma Constitución la de historia, la de 1978, que la de derecho, la Constitución hoy asentada. No es la misma porque ha mutado, con lo que tiene también su propia historia, una historia de transcurso ya algo extenso desde 1978. Es historia que atraviesa episodios de amnesia y que incluso puede que se cimente en olvido.

Digo que la Constitución ha mutado y no que haya sido reformada. Las mínimas reformas que se le han efectuado desde 1978 hasta el día de hoy tienen escasa relevancia para la envergadura de la mudanza. Mutación es la transformación solapada que, como tal, necesita ocultar, sobre la marcha, historia, su propia historia de cambio. La misma Constitución nació en unos tiempos difíciles, viniéndose de una Dictadura no vencida cuyo peso sobre ella misma se ha intentado, con bastante éxito, olvidar.

Olvido sobre olvido, la historia de la Constitución ha de pugnar con tanta amnesia. Pugna con una amnesia que puede haberse interiorizado produciendo un efecto normativo o, más todavía, metanormativo, esto es, de valor constrictivo superior a las propias normas, comenzando por la Constitución misma. La pugna se hace difícil, no digo que imposible, cuando este mismo

efecto es objeto de olvido a medida que se genera deviniendo amnesia desde el momento en el que resulta operativo. Hay omisiones, como las que se deben a fallos crónicos de memoria, que pueden alcanzar consecuencias mayores que las de muchas acciones. Hay dolencias que no son tan sólo pacientes. La historia de carencias inasibles puede hacerse del mismo modo que se hace la historia de fenómenos aparatosos. ¿Resultado críptico? A explicarlo viene el libro.

Éste es un libro sobre amnesia constituyente. Éste es un libro sobre memoria constitucional. ¿Se cura la amnesia con la terapia de la memoria? Puede ser, pero a condición de que no sea memoria en falso, de que consista en historia descarnada y no en ilusión complaciente, la ilusión que habitualmente ofrece la historiografía constitucional, y más si es de presente, por deferencia hacia el orden constituido. La primera suele ponerse con naturalidad, como si ésta fuera su función, al servicio del segundo. La historiografía de carácter más general es raro que se interese por la dimensión constitucional de pasado ni por la implicación constituyente de actualidad. Este libro también tiene su servidumbre, que reconoce sin ambages. No se dirige a recuperación de memoria, sino a regeneración de derecho. La averiguación de historia se sitúa al servicio del escrutinio de Constitución. Si recupera memoria, es con este fin.

Memoria social, no meramente individual, puede haberla y la hay sin necesidad de historiografía, pero, tratándose del orden constitutivo de una sociedad, difícilmente se tendrá memoria capaz de contrarrestar ilusión y olvido si no se basa en narrativa de historia consciente y empeñada. Si el estado es el de amnesia, la misma historiografía puede tener un alcance de derecho, esto es, ante todo, un interés para la justicia. Bastantes veces se ha dicho, con buenas razones, que entre investigación histórica e indagación judicial hay metodología y puede haber objetivo en común. Así ocurre sin duda cuando la historia es de presente porque interesa a derechos de gente viva. Sin conciencia de esta dimensión, sin el consiguiente embargo de responsabilidad tanto colectiva como personal, la historiografía constitucional de presente, la que arranca de 1978, no es plausible. Encierra implicación jurídica aunque pretenda lo contrario. Este libro

sabe que se mueve en el frente y el filo entre historia y derecho, derecho e historia.

Hago historia no ensimismada de mi generación, de una generación en gran medida responsable de lo que ha acabado siendo la Constitución. No es algo que resulte cómodo. Entre las líneas de este libro, hay nombres y apellidos, sólo en contados momentos mencionados de forma explícita, que me son cercanos. No es buena posición de partida para esta clase de empresa. Mejor sería dejar la historiografía constitucional de presente para otras generaciones que puedan proceder con el debido distanciamiento. No lo dudo. Entiéndase entonces que sólo quiero brindar ayuda y que mi contribución, con su hipoteca generacional, no puede tenerse en nada por concluyente, ya no digo por definitiva porque esto no cabe ni para la historiografía ni para el derecho. Sólo consiguiendo comunicación intergeneracional, la ayuda puede ser útil por transitiva.

El hándicap generacional puede que pese especialmente en un asunto mediático que es clave para este libro. Debo advertirlo. Me refiero al caso Garzón en cuanto interesa, que es mucho, a la cuestión de una amnesia constitucional y a lo que llamo una prevaricación institucional. Hago el intento de tratarlo con el distanciamiento imposible para quien lo ha seguido apasionadamente en vivo. Entre los jueces involucrados en el caso me he llegado a formar todo tipo de predilecciones y de aversiones, incurriendo en parcialidades. Lo que procuro entonces en este libro es abstenerme de juicios personales para concentrarme al máximo en el análisis de las resoluciones judiciales. Evito así mismo cualquier personalismo en el extremo de la prevaricación generalizada. Así es como afronto el reto de hacer historia de presente, historia de derecho y de justicia.

No escribo tan sólo para quienes cultivan ya la historia, ya el derecho, sino también y sobre todo para la lectura más sencillamente ciudadana, si es que basta el esfuerzo para lograrlo. Lo merece al menos cuando se trata de derechos, esto es, de libertades. Lo advierto porque no siempre colmaré expectativas académicas, en particular las de juristas respecto a manejo de normas y de doctrinas. La literatura jurídica suele atenerse a un estilo bastante repelente para la lectura lega en derecho. Procuro

prescindir de cuanto entiendo que, sin aportar nada sustancial a profesionales, pueda constituir un escollo para público no especializado. No renuncio por ello a meterlo en berenjenales cuando estime que resulta necesario. Espero saber también sacarlo. Ahorro apéndices porque los documentos se tienen a golpe de tecla en internet.

Hay recovecos a lo largo de la historia de la producción normativa entre 1976, año de la primera amnistía, hasta 2012, año de la que llamaré Sentencia de Punto Final, en los que me hubiera encantado detenerme. Salen al paso asuntos como la distinción entre amnistía y presuntas figuras afines, la retroactividad de la parte de derechos de la Constitución, la recentralización posconstitucional de la función judicial, la precariedad y desigualdad de las garantías en el terreno de la justicia penal, la falta de sustento constitucional de la Audiencia Nacional y de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, el valor normativo de los derechos humanos, la tipificación del delito de genocidio de grupos políticos..., en los que me gustaría haberme extendido por sí y por encontrarme a la contra del constitucionalismo imperante. Rondan problemas de índole profesional, los de responsabilidad ciudadana de quienes trabajamos en las palestras académicas de la historia y del derecho, por los que aquí tan sólo hago alguna somera incursión.

De otro modo, de ocuparme de todo ello con detenimiento y extensión, hubiera engendrado un mamotreto, un tomo estupendo para tenerse soberbiamente en pie por anaqueles recónditos de bibliotecas especializadas, no un libro manejable que pudiera confiarse sin mediación de intérpretes a inteligencia ciudadana. Ofrezco una exposición para lectura de corrido que ayude a entender dónde nos encontramos y cómo es que hemos podido llegar hasta aquí. Lo de interés más académico resérvese para otras sedes. No es desprecio hacia quienes cultivan con esmero el encaje de bolillos del derecho.

El lenguaje normativo está minado de equívocos para la ciudadanía. Aquí uso la palabra *derecho* en plural cuando me refiero a derechos de libertad. Derecho en singular significa ordinariamente no sólo uno de ellos, sino también ordenamiento, así que, por prevenir confusiones, procuraré para este otro sentido

hacer uso preferente de un sinónimo, ese mismo de ordenamiento. Particularmente me niego a adoptar el uso tan común entre juristas de aplicar a esto último la palabra con mayúscula reservando la minúscula para el significado de libertad tal y como si esto fuera lo derivado y subordinado. Derecho internacional de los derechos humanos es giro que, con su empleo de la palabra en su doble sentido (ordenamiento internacional de las libertades humanas), mantengo por su identificación definitoria entre derechos en este sentido de libertad y derecho en el de ordenamiento, situando a los primeros además en la posición que les corresponde por encima del Estado. Internacional suele significar entre Estados, pero en esa expresión significa supraestatal. ¿Vuelvo a resultar críptico? Pido paciencia.

Por historiografía entiendo la narración de la historia, sea o no profesional, lo que iré especificando. Lo propio digo de constitucionalismo, que puede ser tanto ciudadano como profesional. Cuando me he referido y cuando me refiera, sin concretar, al imperante, entiéndanse ambos, aunque no deban confundirse como comprobaremos. El empleo de expresiones cuales la misma de amnesia o la de cultura de transición, en cuanto que factores claves de un pasado aún presente en España, podrá constatarse, mediante las remisiones de notas, que no es original mío. Lo que aquí se aporta es la elaboración de tal tipo de categorías en relación con problemas ciudadanos que el proceso constituyente generara y que han podido agravarse con el transcurso del tiempo, de ese tiempo en el que suele en cambio confiarse para el cierre de heridas no sanadas.

No consigno agradecimientos en este saludo porque hay quienes tienen sus razones de posición institucional para preferir el anonimato. Gracias a todas y todos, también a quienes, con acciones ciudadanas o con estudios académicos, desbrozan el terreno que aquí transito. Ninguna obra es de quien la suscribe en exclusiva. Las notas dejan constancia y reconocimiento. Este libro debe mucho a personas que a lo largo de la vida me han enseñado a cómo despertar de ensueños. Por lo que respecta a España, he dejado testimonio en un libro mío anterior, *El árbol y la raíz*. El actual, *La amnesia constituyente*, es lo que puede decirse su versión analítica, ya no testimonial salvo algún momento

de indulgencia. Regreso al estilo impersonal de la historiografía profesional. Reacciones perplejas de gentes de mi generación ante *El árbol y la raíz* me animan.

Hago referencia a la publicación testimonial porque hay relación no sólo de materia. Presentándose *El árbol y la raíz* en Barcelona, en el Auditorio Mercè Rodoreda del Campus de la Ciutadella de la Universitat Pompeu Fabra con participación del Memorial Democràtic de la Generalitat de Catalunya, la tarde del 23 de mayo de 2013, se planteó durante el debate la cuestión del gaudiano que transcurre bajo los accidentes del terreno entre franquismo pretérito y constitucionalismo realmente existente hoy en España. En esa precisa tarde concibo la idea de este libro, pero no es por ello desde luego, sino por afectarle la amnesia constitucional, por lo que Cataluña se hará presente.

Como autor profesional soy historiador y jurista, lo que ayuda a abordar un asunto que conjuga ambas dimensiones, el de la memoria histórica constitucional, de una historia no muerta porque interesa a derechos vivos. Es capacitación personal que sólo presta asistencia. No garantiza tratamiento. Juzgan quienes leen. Y actuamos.

Barcelona, 23 de mayo de 2013.

Cazalla de la Sierra, 6 de diciembre de 2013.