

ANATOMÍA DE UN MITO O ENSUEÑO*

Anatomy of a Myth or Reverie

ABRAHAM BARRERO ORTEGA

Universidad de Sevilla

1

El cierre de nuestro pasado de guerra civil y dictadura y la apertura de un proceso constituyente que desembocó en la Constitución de 1978 se ha presentado durante años como modélico. Un caso paradigmático de transición pacífica pactada y de rápida consolidación democrática. Fue posible la paz y la democracia. En este contexto, la amnistía decretada por el Parlamento en octubre de 1977 suele celebrarse como un pacto de reconciliación entre los bandos enfrentados en la guerra civil. Una especie de perdón mutuo y preventivo para evitar la conflictividad. Sin la amnistía de 1977 no existiría la Constitución de 1978. Forma parte de su génesis y empaapa su articulado. La reconciliación entre vencedores y vencidos fue el cimiento de una Constitución que descansó, por vez primera en la historia de España, sobre el consenso social.

España, 1978. La amnesia constituyente, de Bartolomé Clavero, catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla, refuta de modo categórico este relato. La amnistía obedeció más bien a un pacto de olvido y de silencio entendido en el más literal sentido de la expresión, extendiendo sus efectos a toda la sociedad. Los españoles hemos padecido una amnesia colectiva que nos ha impedido hablar del pasado, depurar responsabilidades y, sobre todo, amparar a las víctimas. Víctimas a las que está dedicada la obra, «víctimas por partida doble, de iniquidad y de impunidad». La consecuencia es clara: una democracia deficitaria, una ciudadanía pasiva, una cultura política y jurídico-constitucional a la que malamente se puede definir como democrática. ¿Cuánto hay de franquismo disfrazado en la actual cultura política y jurídica?

El propósito fundamental de la obra es reivindicar sinceramente a las víctimas del franquismo y, más allá, replantear las reglas de nuestra democra-

* Bartolomé CLAVERO (2014), *España, 1978. La amnesia constituyente*. Madrid: Marcial Pons Historia.

cia, lo que, en buena lógica, demandaría una nueva decisión constituyente. Una obra, por tanto, que se enmarca en la llamada corriente revisionista de la transición. Y una obra que entronca muy claramente con otra anterior del autor, *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar* (2014). *El árbol y la raíz* sería la versión testimonial familiar del pasado franquista; *España, 1978. La amnesia constituyente*, su versión analítica impersonal. Aunque resulte menos evidente, y en lo que alude a su contenido jurídico, creo que en *España, 1978. La amnesia constituyente* hay algo también de *Los derechos y los jueces* (1988), *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia* (1991), *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales* (1996), *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional* (2007) y *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos* (2014), entre otras. Ahora se matizan planteamientos anteriores, hay incluso evolución de perspectivas, pero esa coherencia y continuidad se da. En lo que sigue se ofrecen algunas reflexiones personales nacidas, de un modo inmediato, de su lectura y que tienen el solo propósito de animarla¹.

2

El dilatado lapso que cubre *España, 1978. La amnesia constituyente* parte de la amnistía de 1977 para llegar a los apuros que actualmente atraviesa el Estado español ante instancias de derechos humanos de las Naciones Unidas, pasando por la Constitución, la Ley de Memoria Histórica (2007) y la Sentencia 101/2012 del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2012, recaída en el denominado caso de los *juicios de la verdad* —sentencia en la que se constata que el juez Baltasar Garzón inició y prolongó unas diligencias sobre las desapariciones del franquismo atribuyendo a personas fallecidas delitos que habían prescrito, estaban amnistiados y que, además, no eran competencia de la Audiencia Nacional—. El contraste entre el ordenamiento jurídico nacional y el Derecho Penal Internacional convencional o consuetudinario y, sobre todo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la piedra de toque, el hilo conductor.

Se pregunta, en efecto, Bartolomé Clavero cómo es posible que se mantenga en nuestro país un estado de cosas denunciado por el Comité de Dere-

¹ Quisiera dejar constancia de mi agradecimiento a Juan Aguilar, buen colega y amigo, con quien he tenido el placer de comentar y debatir el contenido de *España, 1978. La amnesia constituyente*. Su valoración y sus opiniones me han resultado de suma utilidad.

chos Humanos, por el Comité contra las desapariciones forzadas, por el Comité contra la tortura o por el Relator especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, todos ellos organismos e instancias de las Naciones Unidas que resumen del siguiente modo la situación de bloqueo de la justicia para las víctimas de la represión franquista: *a)* permanencia en vigor de una ley de amnistía, que es ya solo «ley de punto final» por cuanto incluye en la misma «los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes de orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas» durante la dictadura; *b)* falta de reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por la legislación y la jurisdicción españolas; *c)* ausencia de una comisión de la verdad; y *d)* dificultades para la identificación y exhumación de los cuerpos de las víctimas.

La argumentación justificativa de las autoridades españolas hunde sus raíces —afirma Clavero— en una *cultura de ley*, de legalidad o de imperio de la ley, en virtud de la cual el principio de legalidad penal (art. 25 CE), la prescripción de los delitos y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) priman sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia (art. 24.1 CE) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y ello en el entorno de un diseño judicial que no resulta idóneo para que jueces y tribunales asuman y ejerzan una justicia constitucional debida a derechos fundamentales antes que a ley, por encima de esta en virtud de la supremacía de la Constitución. El constituyente de 1978 optó por una justicia ordinaria de ley, de imperio de la ley, prolongando así el modelo de la Ley sobre Organización del Poder Judicial de 1870. La única diferencia significativa con respecto a 1870 representa otro factor de relegación de la función judicial favorable al amparo de derechos: el establecimiento de la jurisdicción constitucional concentrada como instancia separada de la justicia ordinaria con tendencia a su desapoderamiento.

Solo así se comprende que nuestras autoridades aleguen que los contornos aún brumosos del Derecho Penal Internacional convencional o consuetudinario en proceso de formación no pueden utilizarse para enjuiciar los hechos de la dictadura y ni mucho menos para impugnar la validez de la ley de amnistía. Sin desconocer el valor en todo caso informador de esos convenios preventivos y sancionadores de crímenes susceptibles de persecución universal, los Estados firmantes de esos tratados vinculantes para el futuro están obligados, sin embargo, a respetar los principios de legalidad penal, prescripción de los delitos e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables respecto a los hechos producidos con anterioridad al momento de la adhesión. Diga lo que diga el Derecho Penal Internacional, los arts. 9.3 y 25 de la Constitución Española de 1978 prohíben toda clase de retroactividad

desfavorable en materia penal. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, la sentencia absolutoria del juez Garzón, es paradigmática en este sentido y resulta, en último término, una «sentencia de punto final». El bloqueo en el acceso a la justicia se certifica.

Frente a este argumentario, Bartolomé Clavero ofrece una bien razonada alternativa al modo tradicional de entender la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución y la legislación españolas. Una alternativa, como él mismo reconoce, «algo a contramano de lo que hoy impera» entre la doctrina constitucionalista. Una alternativa que se sitúa fuera de la cultura de ley, de legalidad estricta, y de la perspectiva exclusiva de la soberanía nacional. Y una alternativa, en fin, que aboga por la aplicación sin matices del Derecho Internacional en lo relativo a crímenes contra la humanidad por conciencia exigible sin necesidad de ley previa, por el efecto directo y la primacía de los derechos humanos —incluso cuando sus instrumentos no sean tratados ratificables— y, en definitiva, por la imprescriptibilidad de los delitos ofensivos contra la humanidad, cuya regla no está a disposición de los Estados, y la inaplicación a los mismos del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

La Constitución —crítica Clavero— registró un reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de bajo perfil (art. 10.2 CE) y a unos efectos limitados de interpretación, sin integración en un mismo ordenamiento con las normas de producción española. Un reconocimiento que no ampara su valor propio y superior. El orden internacional habría de situarse en una posición más metanormativa que normativa, abrigando una vocación de convertirse en cultura, la cultura de los derechos que supere los lastres de la cultura de ley. Los derechos deberían primar; derechos que no debieran ser solo los reconocidos constitucionalmente, sino también los declarados internacionalmente.

Bajo este entendimiento, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se somete de forma estricta, ni siquiera en su vertiente penal, a principios de legalidad e irretroactividad, lo que no atenta contra la seguridad jurídica en la medida en que sea realmente expresión de conciencia humana. Tales principios, en todo caso, no son absolutos ni siquiera en el ámbito penal. Para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las reglas de la prescriptibilidad y de la irretroactividad no son aplicables a los crímenes de lesa humanidad. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es una invitación a crear y hacer respetar esos derechos, sino que tiene vocación supranacional y debe ser respetado por el Derecho nacional. Los derechos se consolidan así como principios esenciales y normas imperativas o de *ius cogens*. Los pactos sobre derechos humanos son normas imperativas de Derecho internacional general o *ius cogens* que deben ser respetadas por el ordena-

miento jurídico de cada Estado. Es entonces deber del Estado garantizar su plena vigencia.

El planteamiento de Clavero es detallado, sugestivo y audaz. Existe en el Derecho Penal Internacional la obligación de perseguir los *core crimes*. En la actualidad, una transición sin revaluación penal, la reconciliación sin justicia penal, queda por debajo de las exigencias internacionales. Pero alguna duda me suscita el alcance (¿poco o mucho?) de lo que pueda reevaluarse con efecto retroactivo. Lo cierto es que la tensión con principios básicos del Derecho Penal consagrados al más alto rango normativo nacional, el constitucional, se da. En eso, no hay discrepancia, pero debe quedar afirmado como punto de partida. Donde comienza la discrepancia es en el modo de resolver la tensión². Como acredita el caso español, y no solo el español, la persecución de los crímenes fracasa por falta de tipicidad en la fecha de los hechos, por la prescripción de los delitos y por el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. Y no tengo claro que esa contradicción pueda salvarse mediante una referencia *refleja* al Derecho Penal Internacional o, más general, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque solo sea porque es dudoso que de esas declaraciones o prohibiciones deriven tipos penales *stricto sensu*. El debate en torno a la llamada «cláusula Martens» es, en tal sentido, elocuente. ¿Queda incorporado el Derecho consuetudinario a los tratados internacionales? ¿Los abusos de los vencedores sobre los vencidos deben ser interpretados conforme al Derecho común y a los usos entre naciones civilizadas y a las leyes de la humanidad y a la conciencia pública? ¿Son, pues, constitutivos de delito? Quizás mis dudas deriven del influjo de esa cultura de ley, miope, que Clavero reprueba.

3

Pero, más allá de esta postura jurídica alternativa y a contracorriente que sirve a Clavero para denunciar las dificultades en el acceso a la justicia de las víctimas, resultan especialmente relevantes las referencias que hace a la llamada *cultura de la transición* como último factor explicativo de la amnesia u olvido. Hay una *cultura de ley* y otra *cultura de transición*. Ciertamente, de la lectura de la Sentencia 101/2012 del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 y de las alegaciones de las autoridades españolas ante instancias de dere-

² Una postura antagónica a la de Bartolomé Clavero, bien estructurada y que sirve bien para contrastar parece, es la de A. GIL GIL (2009), *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Barcelona: Atelier.

chos humanos de Naciones Unidas cabría inferir que las consideraciones jurídicas en favor del bloqueo de la justicia no son más que envoltorios, necesarios pero envoltorios a fin de cuentas, de la verdadera razón por la que se mantiene en vigor la ley de amnistía. Así, en efecto, se dice que «la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en el período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977 (...), con un evidente sentido de reconciliación (...); que «la transición fue voluntad del pueblo español», que «la ley de amnistía fue respaldada por toda la sociedad española», contribuyendo «a la transición a la democracia en España», «una demanda de toda la oposición democrática (...) aprobada por consenso». No solo la sociedad española, «sino también la opinión pública mundial es conocedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley (...)». Con independencia de cuánto haya de leyenda y cuánto de historia en las afirmaciones transcritas, esas afirmaciones son expresivas de una cultura de transición, de un estado de cosas y de una *communis opinio*, que sacrifica justicia en aras de la convivencia a través de una aparente cesión recíproca y puesta en valor del olvido y del perdón, del pasar página, de la falta de memoria, de *mnemes*, de la amnesia en suma. Mito o ensueño que Clavero niega con contundencia: se intercambiaron derechos de víctimas por impunidad de victimarios. Sin perder de vista que el proceso constituyente estuvo fuertemente condicionado por los grupos de poder del franquismo, que apreció la necesidad de adaptarse a una nueva realidad resultado de una presión nacional e internacional. Las estructuras dirigentes de aquel Estado se dieron cuenta de la necesidad de cambiarlo para ir adaptándolo a un nuevo proceso que elaboró la Constitución de 1978. La cláusula derogatoria de la Constitución, en lo que concierne a la derogación expresa de las Leyes Fundamentales, simboliza esa continuidad. Derogación que, obviamente, «deja libre» a la ley de amnistía.

Si esta y no otra es la razón de fondo que explica la transición española y sus implicaciones por lo que se refiere a la renuncia a hacer efectiva la reparación de los derechos conculcados durante la dictadura, y reconozcamos que en su momento esta razón pudo favorecer el tránsito pacífico a la democracia, la pregunta que ahora se impone, cuarenta años después de la muerte del dictador, es qué tipo de sociedad hemos construido si su mantenimiento exige todavía hoy esos peajes. Bartolomé Clavero compara esta situación de vivir «como si lo de antes no hubiera pasado» con la tragedia americana de una urbanización de familias felices que un día descubren que sus bonitas casas están construidas sobre la fosa común de una comunidad indígena masacrada. Leyendo el libro, por mi parte, se iba abriendo paso otro término de comparación: el de los matrimonios de épocas felizmente pasadas, aquellas en las que la mujer no era sujeto de derechos sino objeto de tutela, y en los que la convi-

vincia se mantenía aparentemente ordenada siempre que ella aceptara esta situación y no reivindicara, por tanto, lo que era suyo. En tal sentido, Clavero afirma, en el capítulo de *Despedida*, que «(...) está surgiendo por otros lares una especialidad de *Derecho terapéutico* para aquel que remedia desavenencias particulares o sana conflictos sociales sin necesidad de acudir a procesos institucionalizados de confrontación formalizada. La recuperación de memoria tanto personal como social puede ser procedimiento terapéutico».

En efecto, si la cultura de la transición ha hecho que inconscientemente se haya interiorizado con carácter demasiado general la idea de que toda profundización en las políticas de memoria ha de traer como consecuencia una brecha en la convivencia pacífica y democrática, quizás deba comenzarse por una terapia o pedagogía que nos ayude a todos a entender que muy otros serían los logros que esa profundización en la memoria podría traer.

Es probablemente la identificación de memoria histórica con activación de procesos penales contra los responsables de actuaciones lesivas de derechos durante la dictadura la idea que más contribuye a rechazar o a temer la recuperación de la memoria. Desde luego, la vía penal puede ser muy fructífera no solo para consignar delitos e identificar a los delincuentes, sino también para comprobar si las víctimas han sido resarcidas en sus derechos, y en esta tarea siempre será mayor garantía que dejar las vías de resarcimiento en manos de decisiones políticas «graciables». Por otro lado, como en algún proceso transicional ya ha ocurrido, incluso para indultar comportamientos penalmente reprochables es necesario previamente haber determinado qué comportamientos se produjeron. Para perdonar hay que saber qué se perdona y en la identificación de estos hechos qué duda cabe que la vía judicial es la más garantista. El perdón y la reconciliación solo pueden surgir en un clima en el que las víctimas puedan realizar su «derecho a la verdad» y a la reconsideración jurídica de los injustos.

Pero la memoria va mucho más allá y es aquí donde entra ese Derecho terapéutico, que utiliza técnicas de mediación, al que hace referencia Clavero. Con independencia de la verdad que para cada caso pudiera la justicia sentar, se ha echado en falta en nuestro país una institución semejante a las comisiones de la verdad creadas en otros procesos transicionales, que determinara con precisión y pedagogía los hechos ocurridos y sirviera así tanto de reconocimiento a las víctimas como de enseñanza y garantía de no repetición para las generaciones futuras. La ausencia de una comisión de este tipo, de esclarecimiento de una *verdad global* o *histórica*, más allá de la *verdad judicial*, evidencia un sensible déficit de nuestra transición.

Facilitar el conocimiento de lo sucedido, lo que incluye la efectividad del derecho de acceso a los registros penales, penitenciarios, gubernativos y militares (deficientemente regulado en la Ley de Memoria Histórica) y la respon-

sabilidad pública de poner a disposición de los familiares todos los medios para la exhumación e identificación de los restos de las víctimas, son medidas, sin duda, terapéuticas que ayudarían a activar la llama de la memoria. El descubrimiento de lo que sucedió no es solo un derecho privado de las víctimas y de sus familiares, sino también un derecho colectivo de modo que los poderes públicos garanticen el acceso a la información. Sin esta reconsideración personal y social del conflicto es difícil evitar una recaída en las antiguas estructuras de la violencia. La memoria es también prevención de conflictos.

4

La *cultura de la transición* —advierte Clavero— ha trascendido lo jurídico, impregnando incluso la literatura. Una literatura que suele contribuir, en tal sentido, a la desmemoria o, si se prefiere, a la memoria selectiva. El mito o la ilusión se refuerza. Cualquier apoyo es bienvenido. Sin abandonar el terreno de la ficción, dos películas europeas recientes muestran, por contraste y equiparación respectivamente, las carencias de las políticas de recuperación de la memoria en España. En la alemana «La vida de los otros» (2006) se recoge el acceso masivo a los archivos de la *Stasi* a los dos años de la caída del muro de Berlín y del régimen de la RDA, frente a las apenas 2.000 solicitudes de acceso a documentos relacionados con la Dictadura y la Guerra Civil tras la Ley de Memoria Histórica y más de treinta años después del fin del franquismo. La polaca «*Ida*» (2013) testimonia que la búsqueda de los restos de las víctimas no puede ser una tarea dejada en manos exclusivas de los afectados.

En *España, 1978. La amnesia constituyente* hay ficción, mito, ilusión y, sobre todo, realidad, cruda realidad. Un valiosísimo estudio, de historia y de Derecho, que resulta a la vez perturbador al poner ante nuestros ojos un espejo que, eliminando velos, apariencias y disfraces, nos devuelve la imagen real de la calidad democrática de nuestro sistema constitucional a luz del tratamiento que el mismo ha dado a los cuarenta prolongados años de represión franquista. Dice Bartolomé Clavero, recogiendo una cita de Shlomo Sand, que «no creo que los libros puedan cambiar el mundo, pero cuando el mundo empieza a cambiar, este busca libros diferentes». Pues bien, *España, 1978: la amnesia constituyente* es uno de ellos. Que el lector lo disfrute como bien merecen el esfuerzo intelectual del autor y el valioso proyecto editorial de *Marcial Pons Historia*.