

# EL DERECHO A LA MEMORIA COMO DERECHO CULTURAL DEL HOMBRE EN DEMOCRACIA

JÖRG LUTHER (\*)

«Die Erinnerung ist das einzige Paradies, aus dem wir  
nicht vertrieben werden können.»

(La memoria es el único paraíso del que no podemos ser expulsados.)

[Jean Paul, *Die unsichtbare Loge*, 1793]

1. PREMISA METODOLÓGICA.—2. LA MEMORIA COMO OBJETO DE FILOSOFÍAS Y CIENCIAS DE LA CULTURA.—3. LA MEMORIA COMO PRESUPUESTO Y PRESTACIÓN CULTURAL DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.—4. LA MEMORIA COMO BIEN GARANTIZADO POR LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN.—5. LAS FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA MEMORIA.—6. LAS FUENTES EUROPEAS PARA UN DERECHO A LA MEMORIA Y LAS COMPETENCIAS RELATIVAS.—7. EXPERIENCIAS EUROPEAS DE UNA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA MEMORIA.—8. ALGUNOS ASPECTOS ORIGINALES DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO A LA MEMORIA.—9. CONCLUSIONES.

## 1. PREMISA METODOLÓGICA

La 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» reconoce un «derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar» (art. 2). El propósito de estas páginas es contribuir a una interpretación crítica de este nuevo «derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano» partiendo del punto de vista de un observador extranjero, aparentemente extraño a la aplicación de la ley pero interesado en demostrar la validez de los instrumentos de la comparación jurídica, incluso en el estudio de los derechos culturales.

---

(\*) Traducción de Noelia García Díaz.

Se propone, por lo tanto, un experimento metodológico que se dirige, ante todo, a aclarar el significado jurídico de este aparentemente nuevo «derecho a la memoria» (1). Es preciso individualizar las fuentes, el titular del derecho (individuo, colectividad), el interés y bien jurídico garantizado, los sujetos (públicos, privados) a cargo de los cuales produce posiciones jurídicas pasivas, y finalmente sus garantías y límites en relación con otros derechos.

Para ello es preciso, ante todo, focalizar el objeto del Derecho controvertido, la memoria, con la ayuda de las otras ciencias de la cultura (2.) y su función para el Derecho en el Estado constitucional (3.). Sobre la base de estas premisas se elaborará a continuación un bosquejo de los principales derechos y deberes fundamentales que tutelan y regulan la memoria (4.). En la perspectiva de los derechos humanos diferentes aspectos del derecho a la memoria son regulados por fuentes específicas del Derecho internacional (5.), en la del Derecho constitucional común europeo también por fuentes del Derecho de la Unión Europea y del Consejo de Europa (6.). El análisis de las garantías del derecho a la memoria no puede prescindir, por lo tanto, de una comparación diacrónica de las principales experiencias europeas (7.) Analizando, sobre la base de estos materiales, algunas garantías específicas del derecho a la memoria proporcionadas por la Ley 52/2007 (8.), las conclusiones no pueden sino ser interlocutorias (9.).

Si la memoria es ante todo una actividad intelectual y comunicativa, recordar u olvidar, a uno mismo o a otras personas o cosas, actos y hechos mediante imágenes, sensaciones y palabras, el derecho «a la memoria» se presentará como un derecho complejo, susceptible de ser articulado al menos bajo tres aspectos y significados jurídicos:

1. el de la libertad individual interior de *recordar* u olvidar libremente cualquier cosa;
2. el de la libertad individual, que puede ejercerse también colectivamente, de recordar algo a otros mediante informaciones;
3. el del derecho individual o colectivo de *ser recordado o no ser recordado* a o por algo. Mientras los dos primeros perfiles se presentan como derechos fundamentales del hombre, el tercero sobre todo, que se ocupa más de cerca de la memoria histórica de víctimas y héroes, pecadores y perdedores, puede suponer para la ciudadanía «deberes de la memoria», cuya regulación estaría reservada a la ley.

---

(1) Cfr. de la bibliografía española, sólo F. GÓMEZ ISA (ed.), *El derecho a la memoria*, Bilbao, 2006; J. A. MARTÍN PALLÍN/R. ESCUDERO ALDAY (ed.), *Derecho y memoria histórica*, Madrid, 2008; J. M. ABAD LICERAS, *Ley de memoria histórica*, Madrid, 2009.

## 2. LA MEMORIA COMO OBJETO DE FILOSOFÍAS Y CIENCIAS DE LA CULTURA

Si se considera que el derecho no sólo es técnica sino también «cultura», la elaboración jurídica del tema de la memoria no puede prescindir del contexto de los conocimientos de otras ciencias de la cultura (2). Estas ciencias califican la memoria como un fenómeno humano con distintas dimensiones epistemológicas y disciplinarias. La memoria es estudiada por las ciencias neurológicas y por la psicología como fenómeno biológico, por la informática y la archivística como fenómeno técnico y por las ciencias sociales, en particular por la antropología, sociología y *media studies*, teología y arqueología, como fenómeno social. El sujeto de la memoria puede ser bien un «yo» personal, bien un «nosotros» colectivo que puede ir desde la familia, como comunidad entre próximos, hasta la de las formaciones sociales y políticas más complejas, quizá incluso de las naciones o de toda la humanidad. De la memoria colectiva se ocupa también la ciencia histórica que presenta la historia como un producto de la memoria (cada historia es una memoria), pero también como un factor de la memoria (cada memoria tiene una historia) (3).

No sorprende, por lo tanto, que los diccionarios señalen más de una acepción para el término, distinguiendo la actividad mnemónica de la reproducción de experiencias pasadas, del relativo contenido entendido como patrimonio de informaciones archivadas y de la forma escrita o electrónica en el que puede exteriorizarse.

La palabra «memoria» ha tenido una historia cultural especialmente tormentosa en Europa a partir de algunas obras clásicas de la filosofía (4). Cabe recordar al menos la distinción aristotélica entre *μνήμη*/memoria como presencia icónica interior del pasado (*τον γενομενον*) y la *ἀνάμνησις*/reminiscencia, la remisión y la búsqueda de asociación que distingue al hombre, consciente del tiempo, del animal. A Sócrates debemos la idea de que en el alma hay una masa de arcilla para moldear, regalo de Mnèmosine, la madre de todas las musas, incluida Clio. Cicerón, en cambio, ha destacado cómo la memoria es el presupuesto de la *historia*, que es al mismo tiempo «*testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis*» (5). A las confesiones de San

---

(2) Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1998; U. HALTERN, *Europarecht und das Politische*, Tübingen, 2005.

(3) Cfr. únicamente, Jacques LE GOFF, *Storia e memoria*, Torino, 1982.

(4) Cfr. únicamente la densa reconstrucción de Paul RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, 2000, traducción italiana, *La memoria, la storia, l'oblio*, Milano, 2003.

(5) *De orat.* 2, 36. Cfr. Leg. I, 5: «*opus oratorium maxime*».

Agustín debemos, en cambio, la exaltación de la interioridad de la «memoria» que incluso «retinetur oblivio»: «Ego sum qui memini, ego animus.»

El concepto moderno de historia en singular contrapone a la memoria individual la historia colectiva. Observando las revoluciones modernas, por ejemplo, Novalis da testimonio de una nueva idea de historia que combina pasado y futuro, memoria y esperanza. Hölderlin equipara la lengua a «memoria de los conocimientos». En la fenomenología del espíritu de Hegel, la «Er-innerung» se convierte en interiorización y conocimiento de la esencia (*Wesen*) de las cosas y sólo la unión de historia y ciencia, la «historia conceptualmente entendida» (*begriffene Geschichte*) forma «la memoria y el lugar del cráneo donde reside el espíritu absoluto». A Nietzsche, en cambio, le debemos la defensa del olvido de una memoria que encadena: «Es posible vivir casi sin memoria, es más, vivir felizmente, como demuestran los animales; pero es totalmente imposible vivir sin olvido.» En los años en que Ebbinghaus dedica el primer libro de psicología experimental al «*Gedächtnis*», el psicoanálisis de Freud pretende «colmar las lagunas de la memoria del enfermo», superar las amnesias al «recordar, repetir, reelaborar». Wittgenstein habla de la memoria como de un «ver en el pasado» (*Sehen in die Vergangenheit*) (6). Para Bergson «il n'y a pas de conscience sans mémoire, pas de continuation d'un état sans l'addition, au sentiment présent, du souvenir des moments passés», para Heidegger la «Wieder-Erinnerung» es el acto sobre el cual se funda la metafísica de la existencia. Adorno advierte, sin embargo, que: «No hay memoria alguna garantizada, existente en sí, indiferente contra el futuro de quien la cultiva (...).» La memoria, de hecho, también es engaño susceptible de manipulaciones, conscientes o inconscientes, ejercidas por el interés, la afectividad, la inhibición, la censura.

Las obras clásicas de Maurice Halbwachs y de Jan y Aleida Assmann han intentado sentar nuevas bases científicas de una teoría de la «memoria social», «colectiva» y «cultural» (7). Paul Ricoeur ha reelaborado los nexos que vinculan la fenomenología de la memoria con la epistemología de la historia y la hermenéutica de la condición histórica, las condiciones en las cuales memoria y olvido pueden hacernos felices y predisponernos al perdón.

(6) L. WITTGENSTEIN, «Philosophische Bemerkungen», en *Wiener Ausgabe Studien Texte*, vol. 4, Wien, 1999.

(7) Cfr. M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la memoire*, Paris, Alcan, 1925; *idem*, *La mémoire collective*, Paris, 1950; J. ASSMANN, *Das kulturelle Gedächtnis*, München, 1992; A. ASSMANN, *Der lange Schatten der Vergangenheit. Erinnerungskultur und Geschichtspolitik*, München, 2006. Recientemente, A. ERTL, *Cultural Memory Studies: an International and Interdisciplinary Handbook*, Berlin, 2008.

Esta historia de la ideas estaría, sin embargo, incompleta si se excluyesen las ciencias de la naturaleza y de la técnica. A ellas debemos conocimientos elementales en relación con los tiempos (breve/medio/largo) y al carácter reticular de la elaboración cultural de la memoria en el *homo sapiens*, que, a diferencia de la de los animales, parece capaz de percibir la propia memoria y de reelaborar las imágenes en una narración histórica. De ello derivan también distinciones imprescindibles, como la que se da entre memoria «aprendida», como grabación y reproducción en la corteza cerebral de un estado pasado de conciencia, y memoria «innata», genéticamente determinada por procedimientos de «imprinting» conectados de varias maneras a procesos de asimilación, instintos de asociación y, en los neomamíferos, a procesos cognitivos de reconocimiento, reconstrucción y evocación.

La misma historia de la cultura puede ser reconstruida en etapas marcadas por el desarrollo de las técnicas de la memoria, desde la invención de la escritura, que ocupa el lugar de los *mnemones*, a la de la imprenta y la digitalización, hasta la red de redes que ha tomado el nombre de Internet. Pero también han cambiado las políticas de la memoria, pasando por los rituales románticos de glorificación y de los elogios de los héroes a las conmemoraciones postmodernas de tragedias y víctimas. En suma, precisamente bajo la presión de la globalización e informatización de una esfera pública mundial con una memoria artificial digitalizada en expansión, en la historia de la historia más reciente ha emergido el nuevo paradigma de la «política de la historia», el paso de la búsqueda del olvido y de la remoción de las amnistías a la de la *transitional justice*, con nuevas celebraciones y evocaciones de una memoria que aún tiene sed de verdad (8).

### 3. LA MEMORIA COMO PRESUPUESTO Y PRESTACIÓN CULTURAL DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Sabemos que las leyes pueden cambiar la calificación jurídica de hechos del pasado, pero no pueden castigar al que sólo puede recordar y no prever los preceptos (9). Por lo tanto, también el Derecho tiene que ver con la memoria, nexo bien evidenciado por la sociología del Derecho (10). Este vínculo emerge

---

(8) A. ASSMANN, *op. cit.*, págs. 112 y sigs.

(9) Cfr., recientemente, M. AZPITARTE, *Cambiar el pasado*, Madrid, 2008.

(10) Cfr. la reconstrucción del derecho como «historia infinita» fundada en la conexión de episodios en N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1995, pág. 179.

de nuevo con claridad en el Derecho consuetudinario y en el «mos maiorum» defendido por Antígona, pero también resulta evidente en el papel del «precedente» en la *common law* o en el Derecho canónico del *Decretum Gratiani* que define, una vez más, la ley codificada como «*consuetudo in scriptis redacta*». La «observancia» de la costumbre presupone una memoria de buenas conductas o de episodios de sanciones, pero es también la prestación cultural del trabajo de una *communis opinio* de juicios positivos o negativos los que dejan en las conciencias la huella de tales imágenes.

En la vida del Derecho la experiencia de la injusticia concreta es siempre la causa de la jurisdicción, y a menudo de la legislación, incluida la constitucional. La verdad procesal del juez depende prácticamente de la buena memoria de los testigos y de los documentos, y en el Derecho austríaco la *Erinnerung* es sinónimo de recurso a la memoria de los jueces superiores (11). Del mismo modo la ley moderna, generalizada y «abstracta», no es un proyecto fruto de especulaciones sino de procedimientos de «representación» de hechos y delitos sociales históricos (12). La memoria de las motivaciones de la ley y la de sus interpretaciones y aplicaciones es, por lo tanto, un instrumento imprescindible para aquellos que hacen el «derecho vivo», sin poder nunca prever el futuro.

En palabras de Thomas Paine, el derecho no debe ser prisionero de la memoria de las generaciones anteriores: «*I am contending for the rights of the living and against their being controlled (...) by the manuscript assumed authority of the dead; and Mr. Burke is contending for the authority of the dead over the rights and freedom of the living*» (13). Toda generación tiene el deber cultural de escuchar la memoria de los padres, pero también el derecho de escribir una historia propia de la patria. Por lo tanto, la modernización del Derecho ha sido obra de revoluciones que han seleccionado del Antiguo Régimen las reglas y principios que merecían ser conservados como patrimonio, apartando aquellos que debían ser archivados u olvidados.

Las Constituciones son cartas que, en ciertos momentos, registran y proyectan estas continuidades y discontinuidades históricas. La interpretación genealógica e histórica de las Constituciones por parte de los ciudadanos y de las instituciones resulta, por tanto, más comprometida y quizá más frecuente que la de

---

(11) En el Derecho alemán existe un recurso *ad hoc* respecto a la ejecución forzosa de los juzgados.

(12) Cfr. en especial H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 6.ª ed., Tübingen, 1999, pág. 270: «Ehrhebung der Geschichtlichkeit des Verstehens zum hermeneutischen Prinzip.»

(13) T. PAINE, *Rights of Man*, 1791.

un Código Civil (14). Las Constituciones recuerdan las instituciones existentes y el honor de los padres constituyentes, pero, como las leyes, también ajustan cuentas con las experiencias de injusticia del pasado (15) que pretenden corregir de cara al futuro extrayendo de ellas una específica legitimación histórica (16).

Esto es válido incluso para las fuentes «históricas» de la Constitución, sólo parcialmente escrita, del Reino Unido, pero no menos para la relativamente reciente Constitución Española de 1978, en la que abundan las referencias a la memoria de los ciudadanos.

Su preámbulo se propone «consolidar un Estado de Derecho», proteger las «culturas y tradiciones, lenguas e instituciones» de los españoles y de los pueblos de España, «promover el progreso de la cultura y de la economía», «establecer una sociedad democrática avanzada». El artículo 46 de la CE confía a los poderes públicos la labor de garantizar la «conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran». Por lo que se refiere a las instituciones, la monarquía, en primer lugar, se funda en una «dinastía histórica» (art. 57 CE) y es el símbolo de la permanencia del Estado, representándolo especialmente en las relaciones con las naciones de la «comunidad histórica» española (art. 56 CE). Se trata de una memoria distinta de la de las Cortes, fundadas sobre el principio de responsabilidad política (art. 9.3 CE) de los representados en una democracia que confía a la memoria de los ciudadanos el juicio sobre el pasado y el futuro de la política.

Dentro de las Cortes, el «Senado» es una institución que representa y premia la memoria histórica más de cuanto pueda hacerlo la Cámara Baja. La representación territorial (art. 69 CE) es ante todo una representación de identidades históricas. Las propias Comunidades Autónomas adquieren una legitimación histórica de «entidades regionales históricas» o «provincias limítrofes dotadas con características históricas, culturales y económicas comunes» (art. 143

---

(14) Cfr. artículo 50 de la Constitución mexicana de 1824 en relación con las competencias del Congreso: «24. a Conceder premios y recompensas a las corporaciones o personas que hayan hecho grandes servicios a la república, y decretar honores públicos a la memoria póstuma de los grandes hombres.»

(15) Cfr. los aspectos teóricos en J. ISENSEE, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin, 1992; H. QUARITSCH, *Theorie der Vergangenheitsbewältigung*, Der Staat, 1992, págs. 519 y sigs.; traducción italiana con introducción de P. PORTINARO, *Le amnistie nella storia*, Milano, 1995; B. SCHLINK, «Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht», en *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Frankfurt, 2002, págs. 89 y sigs.

(16) Para una historia de las relaciones entre historia y constitución cfr. únicamente G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, actualmente en *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, págs. 189 y sigs.

CE) y están dotadas de estatutos que deben contener, aún antes de la definición del territorio, «la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica» (art. 147 CE). La regulación de los «derechos históricos» contribuye a legitimar la autonomía de los entes territoriales (art. 149.1 CE), porque la Constitución garantiza y respeta los derechos de los territorios dotados de derechos locales tradicionales (la disposición adicional, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, disposiciones transitorias). La participación de los ciudadanos en la administración de justicia se refiere también a los «tribunales consuetudinarios y tradicionales» (art. 125 CE).

Estas remisiones a la historia parecen más frecuentes en la Constitución Española que en otras constituciones. Sin embargo, también los preámbulos y las disposiciones transitorias de las otras constituciones post-autoritarias elaboran su propio pasado. Las mismas declaraciones de derechos y la regulación de los poderes pueden leerse como disposiciones que presupongan una memoria histórica común de los Estados constitucionales, memoria, por otra parte, bien captada en el paradigma del desarrollo gradual de los textos (17).

En último término, la memoria se presenta como una premisa, *conditio sine qua non* de las instituciones del Estado constitucional. Sin una memoria individual y colectiva no funciona ni el Estado de Derecho ni la democracia. Contrariamente al *bonmot* de Ernst-Wolfgang Böckenförde, la memoria, sin embargo, es también, al menos en parte, una prestación cultural del Derecho y la política en el Estado constitucional. El Estado de Derecho apela a la memoria de los preceptos, la democracia a la de las elecciones políticas, vinculando bajo ambos aspectos la conciencia de los ciudadanos. Las instituciones de la cultura y de la política en el Estado constitucional democrático tienen la labor de promover el respeto y el perfeccionamiento del Derecho y la «responsabilidad» democrática, vinculando bajo estos aspectos la memoria de los ciudadanos. La legitimación y los límites de esta labor dependen, ante todo, de los derechos y deberes fundamentales.

#### 4. LA MEMORIA COMO BIEN GARANTIZADO POR LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN

Llegados a este punto es posible reconstruir los primeros aspectos de calificación jurídica del fenómeno y de contextualización del Derecho a la memoria

---

(17) P. HAEBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 6.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 2009, págs. 4 y sigs.

en el sistema de los derechos fundamentales, partiendo del sistema constitucional español y comparándolo con los sistemas internacionales y europeos. Bajo diversos aspectos el derecho a una memoria libre para recordar y olvidar es sólo una concreción de los derechos fundamentales existentes, fuente especial entre aquellas «que los desarrollan».

En la medida en que la memoria es una función biológica del organismo humano vivo ésta participa en la protección jurídica de la integridad de la corteza cerebral y de la salud psicofísica relativa (art. 15 CE). Esta tutela no sólo implica una prohibición de «lavados de cerebro» e interrogatorios torturantes, sino también un derecho a la curación, según la *lex artis* de la medicina, de las patologías de amnesia, incluida, por ejemplo, la enfermedad del Alzheimer o, viceversa, de las patologías opuestas a la traumatología. Puede formar parte de la tutela de la memoria, como aspecto de la salud psicofísica, hasta el luto de los parientes cercanos, con garantías adecuadas también en el Derecho del trabajo.

En la medida en que la elaboración interior de la memoria y su comunicación es un instrumento del «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 CE), un derecho a recordar y olvidar libremente podría enmarcarse entre los derechos fundamentales de la personalidad (art. 18 CE). Un derecho de toda persona, viva y difunta, a ser recordada de modo respetuoso por aquellos que son o han sido sus sentimientos de dignidad puede reconducirse al derecho al honor, sentimiento pero no sinónimo de dignidad (18). Bajo este aspecto, toda persona tiene el derecho de ser protegida de narraciones e informaciones que no sean ciertas, así como de imágenes que manipulan la memoria de los demás, es decir, tales de originar juicios ajenos negativos e irrazonables (art. 18.1 CE). La memoria forma parte de la esfera de la intimidad personal y familiar y del secreto de las comunicaciones, por ejemplo, de la confidencialidad de confesiones privadas, diarios, *curriculum vitae*, imágenes y datos de las personas (art. 18.3 CE).

Una garantía complementaria es la libertad de los padres de educar a sus hijos mediante las narraciones de su historia, cuya privacidad debe ser respetada incluso en la escuela (art. 27.3 CE). Otra consecuencia es el derecho a no testificar contra uno mismo (arts. 17.3 y 24.2 CE) que es una garantía de la libertad y espontaneidad del sentimiento de culpabilidad que acompaña a la memoria de los propios delitos. Precisamente la reinserción social de quien ha expiado las penas puede necesitar de un derecho del reo al olvido de los demás (art. 25.2 CE), como queda argumentado en la sentencia Lebach del Bundesverfassungsgericht (19).

---

(18) Cfr. J. M. SAUCA CANO, «El derecho ciudadano a la memoria histórica», en PALLÍN/ALAYD, *op. cit.*, págs. 84 y sigs.

(19) BVerfGE 35, págs. 202 y sigs.

Los derechos a la privacidad garantizan, en último término, el derecho a tener una biografía propia y no una historia personal fichada, del mismo modo que el derecho a no ser invadido por pretensiones desproporcionadas de publicidad de los recuerdos, ya reconocido en la Italia republicana, en los años cincuenta, a los parientes de Clara Petacci, amante de Mussolini (20).

La tutela de la libertad de expresión del pensamiento (art. 20.1) garantiza la libre expresión de los contenidos de la memoria, es decir, de las narraciones y de las imágenes interiores, incluso una libertad negativa a no testificar una memoria individual o colectiva. Tal libertad es asimismo beneficiosa para la libre formación y conservación interna de la memoria, pero corre el riesgo de violaciones o restricciones en forma de censuras y de imposiciones autoritarias de deberes de memoria colectiva.

La libertad de expresión implica no sólo la libertad de informar, sino también una libertad de interrogar la memoria de los otros. Sólo del libre intercambio de las memorias individuales y de la crítica recíproca puede nacer una memoria cultural conforme a las exigencias del Estado constitucional. Haber establecido una «libertad ideológica» (art. 18 CE) significa un claro reconocimiento de la necesidad de una pluralidad de memorias sociales, pero también una prohibición de imposiciones ideológicas por parte de los poderes públicos y de las mayorías políticas.

La memoria tiene, además, aspectos religiosos especiales, por ejemplo en las ceremonias fúnebres, en las historias religiosas y en las teologías de la *revelatio* y de la historia (21). Las prácticas de las ceremonias fúnebres que se fundan sobre los deberes religiosos de proteger la integridad del cuerpo del difunto, de enterrarlo o incinerarlo en el respeto de sus últimas voluntades, son ejercicio de la libertad religiosa y de culto. Las «re-ligiones» confesionales están además dotadas de una especial memoria colectiva y la cristiana requiere, precisamente, respeto al crucifijo o a la cruz como dispositivos de soporte simbólico de la memoria de Cristo (art. 16.1 CE).

Aspectos especiales del derecho a la memoria están tutelados por derechos culturales y económicos.

La libertad para la formación de una memoria individual y colectiva no manipulada está garantizada por los derechos a una información veraz y susceptible de rectificación [por ejemplo, arts. 20.1.d), 39.2, 51.2 CE], también

---

(20) Tribunal de Apelación de Milán, 21.1.1955, Foro it. 1955, I 386 y sigs. Sobre estos aspectos actualmente en M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio*, Napoli, 2009.

(21) Cfr. únicamente J. RATZING, *Offenbarungsverständnis und Geschichtstheologie Bonaventuras*, Freiburg, 2009.

por el acceso a la cultura, especialmente a los archivos públicos (art. 44.1 CE). Garantías ulteriores tienen las formas artísticas de la memoria, por ejemplo la poética [art. 20.1.b) CE], y también la ciencia, que sería imposible sin memoria (art. 44.2 CE). Un corolario económico de la libertad de apelar a la memoria ajena es el derecho a la «herencia» (art. 33.1 CE), el derecho a la fundación (art. 34 CE) y a la libertad de las actividades de asistencia (art. 41 CE).

En suma, también los derechos de participación política protegen aspectos de una memoria colectiva tanto desde la perspectiva política como desde la judicial, por ejemplo a través de la no reelección de los representantes (art. 23.1 CE), o mediante el derecho de petición (art. 29 CE) y la defensa en juicio (art. 24 CE), en las instituciones el acceso a los procedimientos y registros administrativos (art. 105 CE) y a la justicia (art. 125 CE). Los derechos fundamentales del *status activus* sostienen las labores de la memoria colectiva.

Desde este marco tan articulado se puede inferir que la memoria personal y familiar es, ante todo, un bien cultural individual tutelado por varios derechos fundamentales de la persona. Hablar de un derecho de «todo ciudadano», como hace la introducción a la ley *de qua*, corre el riesgo, sin embargo, de cierta ambigüedad. El derecho a la memoria, en la medida en que está cubierto por las garantías *de constitutione lata*, no está reservado a un sujeto político colectivo, ni es sólo expresión y producto del ejercicio de una libertad política ilimitada. No puede ser motivo de ulteriores exclusiones frente a los ciudadanos de otra nacionalidad más allá de las ya sancionadas por la Constitución. Sólo en la medida en que se refiere a la memoria histórica nacional la legislación puede calificarlo como un derecho del ciudadano.

Queda por preguntarse en qué medida a los derechos de libertad de la memoria individual pueden entonces superponerse los deberes de una memoria colectiva, los problemas actuales de la protección jurídica de las identidades colectivas, debilitadas y tendencialmente irrazonables en el tiempo, respecto a los demás y a las derivaciones de experiencias de violencia fundadora (22); la Constitución Española traza con este propósito un cuadro orientativo de deberes.

Los derechos fundamentales, ante todo y en la medida en que son inviolables, prohíben olvidar y desconocer los derechos de los otros. Cuestión abierta es si el derecho de las víctimas de violaciones de derechos fundamentales a la «*restitutio in integrum*» implica, no sólo cargas para las víctimas y deberes para los reos o autores del *tort*, sino que justifica también la imposición de deberes de memoria individual a terceros. La función constitucional de la justicia presu-

---

(22) P. RICOEUR, *op. cit.*, págs. 115 y sigs.

pone en relación a esto al menos el deber de testimonio público en el proceso, con la excepción más arriba señalada de quien debería testificar contra sí mismo (arts. 17.3 y 24.2 CE).

La enseñanza obligatoria implica en cambio una sujeción a una enseñanza pública programada de la historia (art. 27.4 CE) y del castellano (art. 3.1 CE). También la prestación social sustitutoria desarrollada, por ejemplo, en bibliotecas y archivos públicos, puede contribuir a la formación de una memoria colectiva (art. 30.2 CE). El deber de contribuir a los gastos públicos (art. 31 CE) implica una memoria del fisco y se extiende a todo aquello a lo que la colectividad considera legítimo destinar su propia memoria cultural.

Especialmente exigentes para la memoria individual pueden tornarse las políticas garantizadas por las disposiciones finales de la Constitución, por ejemplo, aquellas inherentes a la protección de la salud (art. 43 CE), a la conservación del medio ambiente (art. 45.1 CE) y del patrimonio histórico nacional (art. 46 CE).

Más allá de estos deberes constitucionales, los derechos políticos podrían legitimar ulteriores políticas de protección de una memoria colectiva de la Nación, «patria común e indivisible», por ejemplo en conmemoraciones de autoridades, con festividades y símbolos (23). ¿Hasta qué punto la mayoría es libre de decidir una «política de la historia»? Entre la espada de una historia «administrada» y la pared de la «comercializada» la generación actual puede aspirar, en nombre de la «soberanía nacional» (art. 2 CE), a gobernar el país con una política de la memoria, pero sólo a condición de que no viole las garantías constitucionales de los derechos a la memoria individual de todos, incluidos los de las generaciones anteriores y las futuras, que también contribuyen a formar la Nación (24).

## 5. LAS FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA MEMORIA

Llegados a este punto merece especial consideración el contexto de las fuentes internacionales en el que se inserta el derecho de los ciudadanos a la «recuperación de la memoria personal y familiar» declarado por la «Ley de la memoria» española.

---

(23) Muy crítico a este respecto es T. TODOROV, *Les abus de la mémoire*, Paris, 1995.

(24) Sobre la afluencia del calendario civil italiano crítico, recientemente, A. PUGIOTTO, «Quando (e perché) la memoria si fa legge», *Quaderni costituzionali*, 2009, págs. 7 y sigs.

A este respecto hay que observar que la memoria es un instrumento singular de la protección cultural y jurídica de los derechos humanos, como demuestra la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano de 1948. En su preámbulo contiene un «memento» recordando en términos generales que «disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind» (25). Recomienda, por tanto, que «todo individuo y todo órgano de la sociedad, teniendo constantemente presente esta Declaración, se esfuerce por promover, con la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades y garantizar, mediante medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento universal y efectivo». Por estas remisiones los derechos humanos declarados también pueden ser considerados derechos «históricos», cuyas numerosas y reiteradas declaraciones han servido para recordar y reafirmar los derechos en las conciencias (26). Sin embargo, esto también resulta válido para los derechos de las naciones y de las fuentes del Derecho internacional objetivo, como demuestra el llamamiento a la memoria en el preámbulo del estatuto de las Naciones Unidas: «we the peoples of the United Nations determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has bought untold sorrow to mankind».

La misma Declaración universal de los derechos y deberes de 1948 evoca, no sólo las libertades de pensamiento, conciencia y opinión, sino también una prohibición de discriminación por «national or social origin» (art. 2) y la garantía de acceso a una justicia que busque la verdad (art. 8). A esto se añaden algunas garantías de derechos culturales «indispensables para la propia identidad» (art. 22). No por casualidad la instrucción debe dirigirse al refuerzo del respeto de los mismos derechos humanos (art. 26.1), una garantía cultural preliminar y complementaria respecto a aquellas «medidas progresivas» que han llevado a su transformación en derechos para los que se puede actuar al menos parcialmente. El derecho a «tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad» (art. 27.1) reconoce el papel activo del individuo y la naturaleza dialéctica de la formación de las memorias colectivas. Una tutela específica de la memoria individual está, por lo tanto, garantizada a los derechos de autor (art. 27.2), codificada desde la Convención de Berna sobre la protección de la propiedad

---

(25) Se trata de una cita del preámbulo de la Declaración francesa de 1789 que había antepuesto, como primer considerando, «que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos».

(26) N. BOBBIO, «Sul fondamento dei diritti dell'uomo», en *L'età dei diritti*, Torino, 1990, págs. 5 y sigs; G. PECES-BARBA, «Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales», en *Anuario de derechos humanos*, núm. 4, 1986-1987, págs. 219 y sigs.

intelectual de 1886 que había establecido entre los derechos «morales», incluso después de la muerte del autor, el de oponerse a la «distortion, mutilation or other modification» de su obra.

La *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966) había establecido que el principio de no retroactividad de la ley no podía aplicarse a hechos considerados «criminal according to the general principles of law recognized by the communities of Nations»; de esta cláusula, fruto de las experiencias de los tribunales internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, procedía la «Convention on the Non-aplicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity» (1968), instrumento aplicable «irrespective of their date of commission». Esta garantía de la no prescripción de la búsqueda de la verdad de tales delitos del pasado implicaba un claro límite al derecho individual al olvido, situando la acción penal como trabajo colectivo de la memoria al servicio de una educación permanente al sentido de humanidad.

También se encuentran huellas de un derecho a la memoria en el derecho humanitario. A las disposiciones de la tercera Convención de Ginebra (1949) sobre los derechos de las personas fallecidas en prisión de guerra (conservación de los testamentos, funeral con rito religioso propio, etc.) se añadió en 1977 un Protocolo adicional que establece como principio general el «derecho de las familias a conocer el destino de sus parientes».

Las experiencias de las adopciones punitivas bajo el régimen militar en Argentina han llevado después al reconocimiento de un derecho a conocer los propios orígenes, punto de partida del desarrollo de un «right to Know» y «right to the truth». Ampliando la noción de «sufrimiento» a los familiares de las víctimas de tales delitos, el U.N. Human Rights Committee reconoció en 1983 un «right to know what has happened» (27).

La *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* de 1992 concibió tales delitos en perjuicio de la memoria de los allegados como delitos continuados. Hoy la «International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance» de 2006 reconoce en estos casos explícitamente un «derecho a conocer la verdad» (28).

---

(27) *Quinteros v. Uruguay*, 21.7.1983 (CCPR/C/19/17/1981). Cfr. también D. ORDENTLICHER, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, Yale Law Journal, 100 (1991), págs. 2537 y sigs.; M. OSIEL, *Mass atrocity, collective memory and the law*, New Brunswick, 1997.

(28) Artículo 24, apartado 2: «Each victim has the right to know the truth regarding the circumstances of the enforced disappearance, the progress and results of the investigation and the fate of the disappeared person.»

En el texto «Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law» adoptado en 2006 por la Asamblea General de la Naciones Unidas, ha sido además precisado respecto a las «gross violations of international human rights law», el derecho de las víctimas a «restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition».

Forma parte de la *satisfaction*, entre otras cosas:

— «Verification of the facts and full and public disclosure of the truth to the extent that such disclosure does not cause further harm or threaten the safety and interests of the victim, the victim's relatives, witnesses, or persons who have intervened to assist the victim or prevent the occurrence of further violations»; [...]

— «An official declaration or a judicial decision restoring the dignity, the reputation and the rights of the victim and of persons closely connected with the victim»;

— «Public apology, including acknowledgement of the facts and acceptance of responsibility»; [...]

— «Commemorations and tributes to the victims» (principle 22).

Más que un derecho a la verdad las víctimas ven reconocido un derecho a la información: «to seek and obtain information on the causes leading to their victimization al fine to learn the truth in regard to these violations» (principle 24).

No menos importante fue la experiencia de la «Comisión de la Verdad para El Salvador», comisión prevista en los acuerdos de paz de Chapultepec (1992), y nombrada por el secretario general de las Naciones Unidas, con el poder de investigar «serious acts of violence that have occurred since 1980 and whose impact on society urgently demands that the public should know the truth» y de hacer recomendaciones sobre «legal, political and administrative measures» a adoptar «without prejudice to the obligations incumbent to the Salvadorian courts to solve such cases and impose the appropriate penalties on the culprits» (29).

En el año 2005 había sido presentado en el seno de la U.N. Commission on Human Rights el *Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity*, Diane Orentlicher (30) que había resumido los princi-

(29) UN doc. S/25500, 1993.

(30) E/CN.4/2005/102/add. 1 UN Commission on Human Rights. Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Injury.

pios del derecho a conocer la verdad, ya sea como derecho universal de «todo pueblo» a conocer las violaciones masivas de los derechos humanos, ya como derecho particular de las víctimas y sus familiares a conocer las circunstancias de violaciones y el destino de los muertos o desaparecidos:

2. «Every people has the inalienable right to know the truth about past events concerning the perpetration of heinous crimes and about the circumstances and reasons that led, through massive or systematic violations, to the perpetration of those crimes. Full and effective exercise of the right to the truth provides a vital safeguard against the recurrence of violations.»

4. «Irrespective of any legal proceedings, victims and their families have the imprescriptible right to know the truth about the circumstances in which violations took place and, in the event of death or disappearance, the victims' fate.»

A este derecho se suma un deber internacional de los Estados de proteger la memoria de genocidios y crímenes internacionales «preserving the collective memory from extinction and, in particular, at guarding against the development of revisionist and negationist arguments». Del que deriva, sobre todo, el deber de conservar los archivos y medios de prueba de violaciones de derechos humanos y derecho humanitario, también en el caso de uso de comisión investigadora (3., 8.). Las comisiones de verdad «should be based upon broad public consultations in which the views of victims and survivors especially are sought», como garantía de los derechos de las víctimas, deben asegurar sus operaciones «recognition of such parts of the truth as were formerly denied» (6.). En la gestión de los archivos el acceso debe estar garantizado a las víctimas y «facilitado en interés de la investigación científica», con «razonables restricciones para proteger la privacidad y seguridad» (15 y ss.). Las amnistías y los actos de clemencia no deben «be without effect with respect to the victims' right to reparation [...] and shall not prejudice the right to know» (24.) (31).

---

(31) Cfr. Antoon DE BAETS, *Responsible History*, New York, 2009, pág. 123, ha propuesto una «universal declaration of duties of the living to the death», deberes vinculados al respeto a la dignidad de los muertos, de los cuales derivan derechos a la memoria (mourn, bury, commemorate) y a la historia (the right to know the truth about past human rights abuses): 1. El deber de proteger la integridad del cuerpo del muerto (Body). 2. El deber de honrar al muerto mediante ceremonias fúnebres (Funeral). 3. El honor de *to bury* o incinerar al muerto (burial). 4. El deber de respetar las últimas voluntades del muerto respecto a cuerpo y propiedad (will). 5. El deber de identificar al muerto y de registrar la causa de la muerte (identity). 6. El deber de valorar la privacidad y reputación del muerto contra el interés público «when depicting them (Image)». 7. El deber de valorar «when disclosing facts about them» (Speech). 8. El deber de identificar y salvaguardar la herencia (heritage).

Estas fuentes internacionales sitúan a las memorias colectivas al servicio de la justicia; sin embargo sería un error identificar la justicia con la función principal de la memoria colectiva ignorando las otras funciones culturales. La «Declaration on the responsibilities of the present generations towards future generations» de la UNESCO de 1997 reconoce un deber «to identify, protect and safeguard the tangible and intangible cultural heritage and to transmit this common heritage to future generations».

## 6. LAS FUENTES EUROPEAS PARA UN DERECHO A LA MEMORIA Y LAS COMPETENCIAS RELATIVAS

Entre las fuentes constitucionales nacionales y las internacionales se sitúan las fuentes europeas del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Por lo que respecta a las garantías de la memoria individual, en la Convención Europea de los derechos del hombre (CEDU) y en la Carta de derechos fundamentales de la Unión (CDFUE) faltan garantías explícitas de derechos al honor y a la imagen, consideradas, sin embargo, implícitas en la garantía de la vida personal y familiar (art. 8 CEDU). Viceversa, establecen un *habeas data* (art. 8 CDFUE) y prohibiciones de discriminación en base al origen nacional o social (art. 14 CEDU), garantizando con la «diversidad cultural» (art. 22 CDFUE) el respeto a la diversidad de las memorias individuales y colectivas.

Además de los derechos a la memoria individual los órganos del Consejo de Europa deben respetar siempre los márgenes de interpretación del legislador, especialmente en relación a las exigencias de política de las conmemoraciones en una sociedad democrática. Las instituciones de la Unión deben respetar a su vez las competencias culturales de los Estados de las naciones que la componen, incluidas aquellas que están vinculadas a la «identidad nacional inherente a su estructura fundamental, política y constitucional, incluido el sistema de las autonomías locales y regionales» (art. 4.2 TUE).

La Unión no se limita a respetar la prohibición de homologación en lo que atañe a la «riqueza de su diversidad cultural y lingüística», porque «vigila la salvaguardia y el desarrollo del patrimonio cultural europeo» (art. 3.3 TUE); desarrolla acciones de sostenimiento, coordinación y finalización en el ámbito cultural (art. 6 let. C. TUE); respeta en algunos ámbitos sensibles «las costumbres de los estados miembros por lo que se refiere, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional» (art. 13 TUE); no considera incompatible con el mercado interno las ayudas públicas a la cultura de la memoria (art. 107 TUE); y contribuye a desarrollar la dimensión europea de la

enseñanza de las memorias (art. 165.2 TUE). Sobre todo actúa para la «mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y de la historia de los pueblos europeos» y «la conservación y salvaguardia del patrimonio cultural de relevancia europea» (art. 167 TUE); todo ello para «intensificar la solidaridad entre sus pueblos, respetando su historia, cultura y tradiciones» (preámbulo del TUE).

La desafortunada historia del preámbulo del fallido tratado constitucional demuestra qué difícil es una política común europea de la historia y qué fundamental resulta, en cambio, el reconocimiento de la libertad cultural de la memoria para el futuro de una Unión Europea que puede ser considerada, ahora ya, una confederación de Estados nacionales cuya identidad histórica encuentra sus raíces incluso más allá de Carlo Magno, incluyendo cuando menos fuentes romanas, griegas y hebreas ulteriores. Forman parte de esta historia momentos de paz y de guerra, de divisiones y uniones, de grandeza de las naciones y de miseria de los nacionalismos que seleccionan las memorias de los vencedores para transformarlas en mitos fundadores. La historia de la integración europea después de la Segunda Guerra Mundial y posterior a 1989, es también, sin embargo, una historia de la relativización de los mitos fundadores de los Estados Nacionales, de la insostenibilidad de memorias unilaterales y de la necesidad de aperturas revisionistas e inclusiones reconciliadoras.

La Unión Europea, por lo tanto, no tiene una orden ni de promoción del olvido, ni de conservación de las memorias nacionales, si acaso de diálogo e integración de los aspectos transnacionales e internacionales desplazados por las memorias nacionales. Los tiempos del terrorismo nazi y de las persecuciones fascistas y comunistas, de las guerras napoleónicas y de las guerras civiles europeas (32) son tiempos de formación de una conciencia histórica transnacional europea que produce nuevos rituales de «abjuración» de la venganza, del odio y del resentimiento capaces de superar también la remoción de los imperialismos y de las colonizaciones europeas, muy presentes en las memorias de Europa que viven en otras naciones del mundo. La memoria del mal, sin embargo, debe sólo integrar y no superar a la del bien, *in primis* a la de la cultura hebrea de la paz y de los antiguos vínculos de amistad y cultura de los pueblos europeos (33).

---

(32) Cfr. la teoría de la guerra civil europea de E. NOLTE, *Der europäische Bürgerkrieg 1917-1945*, Frankfurt, 1987; traducción italiana: *Nazional-socialismo e bolscevismo. La guerra civile europea 1917-1945*, Firenze, 1988. Entre los muchos críticos cfr. únicamente C. PAVONE, «La seconda Guerra mondiale: una Guerra civile europea?», en G. RANZATO (a cargo de la edición), *Guerra fratricida*, Torino, 1994, págs. 86 y sigs.

(33) Cfr. las reglas para un uso moderado de las memorias nacionales en Europa de A. ASSMANN, Schatten, *op. cit.*, cuyos cánones de «prohibición de la compensación de las culpas»,

## 7. EXPERIENCIAS EUROPEAS DE UNA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA MEMORIA

La ley española se propone «reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura» (art. 1.1). El modo en que ha intervenido el legislador español se presta a la comparación con otras experiencias europeas.

Por lo que se refiere a la Guerra Civil habría que dirigir la mirada a Grecia y Rusia, aunque aspectos de guerra civil no resultaban totalmente extraños a los casos, por ejemplo, de Finlandia, Italia y Yugoslavia (34). Con respecto a las dictaduras, en cambio, las investigaciones de historia contemporánea sobre la llamada *transitional justice* en las sociedades post-autoritarias europeas han evidenciado una notable variedad y complejidad de las respectivas políticas y procedimientos que han privilegiado, ya la elaboración de la memoria para reforzar las defensas, ya la incentivación del olvido para promover la consolidación de las democracias (35). La comparación debería extenderse también a las experiencias extraeuropeas, *in primis* al modelo bien estudiado de la Truth and Reconciliation Conference sudafricana, reelaboración de varias experiencias llevadas a cabo sobre todo en América Latina, por ejemplo en Argentina, Chile y San Salvador (36).

Ninguno de estos modelos puede, sin embargo, considerarse la matriz dominante de la Ley 52/2007, que busca una síntesis original, adecuando los elemen-

---

de «prohibición de jerarquización de las víctimas» y de «deber de inclusividad de las memorias colectivas» concretan el principio de dignidad humana de las víctimas.

(34) Cfr. S. KALYVAS, «How Not to Compare Civil Wars: Greece and Spain», en M. BAUMEISTER/S. SCHÜLER-SPRINGORUM (eds.), *If You Tolerate This -The Spanish Civil War in the Age of Total War*, Frankfurt, 2008, págs. 247 y sigs. Sobre el caso italiano de una guerra civil entrelazada con la guerra de liberación de Alemania cfr. C. PAVONE, *Una guerra civile*, Torino, 1991, y N. BOBBIO, «Guerra civile», *Teoria politica*, 1992, págs. 297 y sigs.

(35) Cfr. N. KRITZ/N. MANDELA (eds.), *Transitional justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, Washington, 1995; J. ELSTER, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, 2004; R. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, 2000; A. ESER/J. ARNOLD (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, 7 vols., 2000. Acerca de las implicaciones filosóficas, recientemente A. CAILLÉ/C. LAZZERI (eds.), *La reconnaissance aujourd'hui*, Paris, 2009.

(36) Cfr. la Truth Commissions Digital Collection en [www.usip.org/resources-tools/digital-collections](http://www.usip.org/resources-tools/digital-collections). Para el debate español cfr., por ejemplo, W. SCHABAS, «Comisiones de la Verdad y Memoria», en F. GÓMEZ ISA (ed.), *El derecho a la memoria, op. cit.*, págs. 101 y sigs.; para la doctrina italiana cfr. únicamente A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, Bologna, 2005, págs. 229 y sigs.

tos a las condiciones históricas especiales de la Constitución española de hoy en día. Entre los análisis comparatistas llevados a cabo hasta ahora la ubicación de este modelo puede volver a partir de los estudios de Jon Elster, que ha intentado simplificar las categorías de Rudi Teitel (*criminal, historical, reparatory, administrative, constitutional justice*), diferenciando entre dispositivos de *legal justice* (justicia penal y civil) y *political justice*, con un *tertium* de acciones administrativas, ya cercanas al primero ya al segundo tipo (37). Mientras las políticas tradicionales del olvido se fundamentaban esencialmente en la amnistía, y quizá también en la depuración y el confinamiento, las de la elaboración activa de la memoria están más diferenciadas, incluyendo el arrepentimiento público, las reparaciones, las prevenciones (también *affirmative actions*), las restituciones, la recalificación de hechos y actos jurídicos, las conmemoraciones (por ejemplo de monumentos o museos), la búsqueda (de verdad) y las reconciliaciones. Las políticas españolas de la transición han optado inicialmente por el derecho al olvido como instrumento de integración de los partidarios del régimen precedente. La ley de la memoria apunta en cambio a acciones administrativas que tienden a establecer la mayor distancia posible tanto de la justicia de los jueces como de la de los políticos.

Por una parte, pretende consolidar la democracia sobre las bases de una memoria de las víctimas, por otro lado el Estado de Derecho, no revocando la amnistía —como ha ocurrido en cambio en Argentina (38)— e imponiendo una reactivación de la memoria de los amnistiados. La comparación con las experiencias de transición europeas quizá más cercanas, en Francia, Alemania y en los Estados de Europa oriental, permitirá valorar mejor el peso de los elementos del modelo español sobre estos principios.

1. El caso francés ajusta cuentas con el pasado del régimen de Vichy, cuentas caracterizadas ante todo por los fenómenos, ya sea espontáneos ya re-

---

(37) *Op. cit.*, págs. 79 y sigs.

(38) Cfr. la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 14.6.2005 (caso Simon), que ha considerado inconstitucionales las leyes de obediencia debida y punto final (1986-7), en armonía con la interpretación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Crítico: José Sebastián ELIAS, «“Simon” (o de como las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho)», en *Jurisprudencia Argentina -Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2006-III, págs. 37 y sigs.; C. BAKKER, «A Full Stop to Amnesty in Argentina: The Simón Case», *Journal of Int. Criminal Justice*, 2005, págs. 1106 y sigs.; S. LEGARRE, «Crimes against Humanity, Reasonableness and the Law: the Simon Case in the Supreme Court of Argentina», *Chinese Journal of International Law*, 2006, págs. 723 y sigs.

gulados, de la «depuración» (39). Una ordenanza del Comité Francés de Liberación Nacional (CFLN) firmada por Algeri el 18 de agosto de 1943, instituyó la primera comisión de depuración, y a finales de agosto del mismo año inició un proceso contra el ex-ministro del interior Pierre Pucheu, ajusticiado el 20 de marzo de 1944. Transformándose en Gobierno provisional reutilizó los campos de concentración del régimen y creó una jurisdicción extraordinaria (*cours de justice, chambre civiques*) para los actos de colaboración, competente, asimismo, para juzgar el delito de «indignité nationale» penado con la «dégradation nationale», ordenó la anulación de todos los actos del régimen anterior y reorganizó l'Haute Cour de Justice (40). La depuración fue extendida después a las empresas, las profesiones libres y la cultura (41) y, más tarde a la aprobación de la nueva constitución (42) (1946) concluida con una serie de amnistías (1947, 1951, 1953). El proceso Papon (1983-2004) ha puesto de manifiesto, sin embargo, la necesidad de reactivar la elaboración de la memoria, marcado por una serie de leyes antinegacionistas a partir de la Loi Gaysot del 1990 (43).

2. También en la experiencia italiana, entrelazada con la francesa (44), fue el régimen de transición quien ajustó las primeras cuentas con el pasado, en

---

(39) Cfr. C. GOYARD, «La notion d'épuration administrative», en P. GERBOD *et al.*, *Les épurations administratives: XIXe e XXe Siècle*, Genève, Droz, 1977, págs. 1 y sigs.; R. ARON, *Histoire de l'épuration*, 2 vols., Paris, 1969; H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy*, Paris, 1986.

(40) Cfr. en particular, le ordonnances 26.6.1944 (répression des faits de collaboration), 9.8.1944 (rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental), 26.8.1944 (crime de indignité nationale), 12.11.1944 (épuration des conseils d'administration et du personnel des organismes d'assurances sociales, de mutualité et de prévoyance), 18.11.1944 (Haute Cour de Justice), 28.11.1944 (modification et codification des textes relatifs à la répression des faits de collaboration).

(41) Cfr. ordonnance 30.5.1945, creadora del «comité national d'épuration des gens de lettres, auteurs et compositeurs» y del «comité national d'épuration des artistes peintres, dessinateurs, sculpteurs et graveurs.»

(42) Cfr. La remisión del preámbulo a la «victoire remporté par les peuples libres sur les régime qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine», seguido de nuevos principios fundamentales de justicia social «particulièrement nécessaires à notre temps» y de una llamada a la «mission traditionnelle» de llevar a los pueblos colonizados a «gérer démocratiquement leurs propres affaires.»

(43) Para el impacto jurisprudencial, J. F. FLAUSS, «L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. Droits de l'homme*, núm. 65, 2006, págs. 5 y sigs. Para el eco y las protestas, P. NORA *et al.*, *Liberté pour l'histoire*, Paris, 2008; sobre la circulación de los modelos de la legislación antinegacionista cfr. J. LUTHER, «L'antinegacionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata», *Dir. pub. Comp. Eur.*, 2008, págs. 1193 y sigs.

(44) G. NEPPI MODONA (ed.), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, 1984; R. CANOSA, *Storia dell'epurazione in Italia*, Milano, 1999; H. WOLLER, *I conti con il fascismo*, Bologna, 1997; A. SOMMA, «Nicht einen Nagel habt ihr entfernt», *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, CXXV, 2008, págs. 313 y sigs.

concreto la «desfastización» de las administraciones, el castigo de los responsables de la insurrección de 1922 de los miembros del gobierno y de los jefes del fascismo, la rehabilitación de las víctimas del racismo, una primera amnistía para todos los delitos «cuando la finalidad que los ha determinado haya sido liberar a la patria de la ocupación alemana, o bien devolver al pueblo italiano las libertades suprimidas y conculcadas por el régimen fascista», la institución de tribunales penales (*corti d'assise*) para los delitos de colaboración con los alemanes, y la creación de un «Alto Comisariado para las Sanciones contra el Fascismo»; coadyuvado por un «Comisariado adjunto para la depuración», que promovía acciones frente a comisiones prefectorales de depuración y una «Alta Corte de justicia» e impugnaba sentencias «emanadas en materia de delitos fascistas» (45). Fue inmediatamente instituido también un Ministerio de Ayuda post-bélica (E. Lussu) que dispusiese las primeras providencias a partisanos, veteranos de guerra, prisioneros y víctimas civiles de la guerra (46). La pacificación nacional fue en cambio remitida a la asamblea constituyente que decidió, en sus disposiciones finales, las garantías contra un retorno del fascismo y de la monarquía. Uno de los primeros actos de la República, firmado por el ministro de justicia Palmiro Togliatti, fue una amnistía e indulto general para delitos comunes, políticos y militares, también delitos políticos de «depuración salvaje» cometidos después de la liberación, beneficio susceptible de renuncia (47). Después de la entrada en vigor de la Constitución un decreto preparado por Giulio Andreotti decidió la extinción de los juicios de depuración y la revisión de las medidas ya adoptadas (48). Antes de 1989, la custodia de la memoria del fascismo fue confiada esencialmente a la celebración de los actos antifascistas (festividad del 25 de abril) y a la investigación de 66 institutos asociados al Instituto Nacional para la Historia del Movimiento de Liberación en Italia, fundado

---

(45) Cfr. Los reales decreto-ley: 28.12.1943, n. 29-B; 12.4.1944, n. 101; 13.4.1944, n. 110; así como los decretos *luogotenenziali* 20.1.1944, 25; 5.4.1944, n. 96; 27.4.1944, n. 159; 13.9.1944, n. 198; 11.10.1944, n. 257; 23.10.1944, n. 285; 4.1.1945, n. 2; 23.2.1945, n. 44; 22.4.1945, n. 142; 26.4.1945, n. 149; 9.11.1945, n. 702; 29.3.1946, 132; 17.11.1945, n. 719; 12.4.1946, 201. Una Comisión *ad hoc* fue llamada a publicar las listas de los confidentes de la policía secreta OVRA.

(46) Cfr. ORONZO DE PASCALIS/Giobanni SALOMI J., *Assistenza postbellica, raccolta sistematica delle leggi e delle principale circolari concernenti provvidenze a favore dei reduci*, Roma, 1946. Cfr. en particular la Ley 10.3.1955, n. 96 «Provvidenze a favore dei perseguitati politici antifascisti o razziali e dei loro familiari superstiti» y la Ley 29.1.1994, n. 94 «Integrazioni e modifiche alla legislazione recante provvidenze a favore degli ex deportati nei campi di sterminio nazista KZ».

(47) Decreto Presidenziale 22.6.1946, n. 4; extendido a los delitos relacionados con conflictos agrarios con el decreto del Jefe del Estado con carácter provisional 25.6.1946, n. 513.

(48) D. leg. 7. 2. 1948, n. 48.

en 1949. En época más reciente el debate sobre el revisionismo histórico ha llevado también a iniciativas para extender las providencias a favor de la llamada República socialista italiana (49).

3. En el caso alemán (50) hay que distinguir la «desnacificación» occidental y oriental posterior a 1945, exógena en cuanto en régimen de ocupación bélica, de la reunificación postsocialista, en 1989, prevalentemente endógena. La «desnacificación» fue puesta en marcha con la «Ley para la liberación del nacionalsocialismo y del militarismo», firmada por los gobernadores de la zona de ocupación estadounidense el 5 de marzo de 1946 y terminada, legislativamente, en 1953. Las cuentas con el pasado tenían por objeto, más allá de las fuentes del Derecho y los actos jurisdiccionales y administrativos, las personas y los partidos políticos totalitarios y los patrimonios (restituciones, reparaciones internacionales). La aprobación de la Ley Fundamental fue seguida de una amnistía general para los delitos menores (51). Esencial para el Estado social alemán fue la Ley de 1953 sobre los resarcimientos para los perseguidos por el nazismo (*Wiedergutmachung*), precedida por una «ley sobre los resarcimientos de la injusticia nacionalsocialista» en la zona de ocupación estadounidense de 1949 (52). Quizá fue menos eficaz, en cambio, la elaboración cultural de la memoria mediante programas escolares, programas de investigación, conmemoraciones, monumentos, museos y símbolos, probablemente porque la posguerra dirigía la mirada hacia el futuro de la «reconstrucción» económica y política y la ostentación del antifascismo era un instrumento de lucha política

---

(49) Cfr. la creación en 2008 de una Comisión paritaria italo-alemana de historiadores con la orden de llevar a cabo una profundización común en el pasado de la guerra italo-alemana y, en particular, en los internados militares italianos, como contribución a la construcción de una cultura común de la memoria.

(50) B. DIESTELKAMP, «Die Justiz nach 1945 und ihr Umgang mit der eigenen Vergangenheit (1986)», en *Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte*, 2001, págs. 85 y sigs.; P. ZUMBANSEN (ed.), *Zwangsarbeit im Dritten Reich. Erinnerung und Verantwortung*, 2002; J. RÜCKERT, «Das Forschungsziel und der Fall Deutschland», en *Abrechnen, aber wie?*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* CXXV, 2008, págs. 256 y sigs. Cfr. también N. FREI, *Vergangenheitspolitik*, München, 1996; H. DUBIEL, *Niemand ist frei von der Geschichte*, München, 1999; V. KNIGGE/N. FREI (eds.), *Verbrechen erinnern*, München, 2002.

(51) Straffreiheitsgesetz vom 31. Dezember 1949 (BGBl. 1950, S. 37), sobre el cual BVerfGE 2, 213.

(52) Cfr. Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (ley federal para el resarcimiento de las víctimas de la persecución nacionalsocialista), 18.9.1953 y sucesivas modificaciones; *Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht*, Vol. 1-32, München, 1949/50-1981; W. SCHWARZ, *Zur Einführung, Das Recht der Wiedergutmachung und seine Geschichte*, JuS, 1986, págs. 433 y sigs. Cfr. E. BARKAN, *The Guilt of Nations. Restitution and Negotiating Historical Injustices*, London, 2006.

en la competición entre los sistemas durante la guerra fría Este-Oeste (53). La discusión sobre las leyes que —sobre el modelo de una Ley francesa de 1964— han prorrogado y finalmente abolido la prescripción de los delitos penados con la cadena perpetua, han evidenciado la necesidad de no clausurar las labores judiciales de la memoria, ni siquiera mediante amnistía, y aún en 1998 una ley federal ha dispuesto la anulación de todas las sentencias «de injusticia» (*Unrechtsurteile*) (54).

Con ocasión de la reunificación todo el aparato ha sido reutilizado para sanear el pasado del régimen socialista, añadiéndole además dispositivos parlamentarios como la creación de comisiones de investigación mixtas compuestas paritariamente por parlamentarios expertos (55).

Varias controversias sobre los límites de la elaboración jurídica de la memoria en el Estado de Derecho, especialmente enconadas, por ejemplo, a propósito de la responsabilidad penal de los *Mauerschützen* y a la no reversibilidad de las expropiaciones (56). La elaboración del pasado de la «DRD» fue obra del

---

(53) Un ejemplo concreto es la reflexión sobre el papel de los *ius* constitucionalistas durante el nazismo, cfr. H. DREIER/W. PAULY, *Die Deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, VVDStRL 60 (2001), págs. 9 y sigs.; sobre el particular B. SCHLINK, «Unfähigkeit der Staatsrechtswissenschaft zu trauern?», en *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Frankfurt, 2002, págs. 124 y sigs.

(54) Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NS-AufHG) 25.8.1998, BGBl. I, 2501, ampliado a los delitos militares de desertión y homosexualidad, por medio de la Ley 23.7.2002 (BGBl. 2002 I, 2714), y al delito de «traición de guerra» (Kriegsverrat) por medio de la Ley 29.9.2009. Las categorías añadidas habían sido criticadas con anterioridad porque habrían producido una parificación injustificada entre actos de resistencia y actos de traición. A diferencia de la regulación española queda obstaculizada, ya la valoración de cada caso, ya un resarcimiento.

(55) 1992-1994: Study Commission for Working Through the History and the Consequences of the SED Dictatorship in Germany (Enquete-Kommission «Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland»); 1995-1998: Study Commission for the Overcoming of the Consequences of the SED Dictatorship in the Process of German Unity (Enquete-Kommission «Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozess der Deutschen Einheit»); [www.usip.org/resources/truth-commission-germany-95](http://www.usip.org/resources/truth-commission-germany-95). Dando continuidad a las recomendaciones de las comisiones, el Parlamento decidió en 1998 crear una fundación, la Stiftung zur Aufarbeitung der SED-Diktatur. En 2007 una ley ha concedido ulteriores reparaciones a los prisioneros políticos durante el régimen socialista.

(56) Cfr. únicamente BVerfGE 84, págs. 90 y sigs.; págs. 133 y sigs. Para la doctrina cfr. C. STARCK/W. BERG/B. PIEROTH, *Der Rechtsstaat und de Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit*, VVDStRL 51 (1992), págs. 9 y sigs.; H. SCHULZE-FIELITZ, *Der Rechtsstaat und de Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit*, DVBl 1991, págs. 893 y sigs.; H.-J. PAIER/J. MÖLLERS, *Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989*, NJW 1999, págs. 3289 y sigs.; sobre la jurisprudencia constitucional H. DREIER, «Verfassungsstaatliche Vergangenheitsbewältigung», en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*,

tratado de reunificación que admitía un recurso extraordinario para la casación de sentencias penales firmes y la revocación de actos administrativos incompatibles con los principios del Estado de Derecho (arts. 18 y 19) (57). La «destasificación» ha puesto de relieve las exigencias de tutela de los datos de quien ha sido víctima de prácticas de «memorización» totalitaria, haciendo necesaria una autoridad administrativa independiente *ad hoc*.

4. El papel de las transformaciones de los regímenes socialistas de la Europa oriental (58).

En la III República de Polonia la transformación había optado inicialmente por el olvido, según el lema de Tadeuz Mazowiecki: «We are drawing a thick line between the present and the past» (59). A continuación de la decisión soviética de 1989 de invalidar las sentencias stalinistas, la Ley de 23 de febrero de 1991 permitía la impugnación de decisiones judiciales del período 1944-1956 por hechos inspirados en el «mantenimiento de la independencia del Estado», calificando tal verificación judicial como equivalente a una declaración de inocencia y regulando también un mecanismo de reparación (60).

La nueva Constitución de 1997 recordaba «the bitter experience of times when basic human rights and freedoms were infringed in our motherland». En el mismo año fue adoptada una ley de depuración y en 1998 la ley que crea el Instituto de la Memoria Nacional (Instytut Pamięci Narodowej-IPN), a quien corresponde, entre otras cosas, administrar los datos de los servicios secretos y promover acciones penales para los crímenes contra la Nación Polaca del pasado nacist y comunista (61). Opción ésta posteriormente cuestionada por las políticas de «decommunization».

---

Tübingen, 2001, págs. 159 y sigs. Sobre la jurisprudencia común N. FREI/D. VAN LAAK/M. STOLLEIS, *Geschichte vor Gericht*, München, 2000.

(57) Crítico, C. STARCK, *op. cit.*, 25, favorable, H. MEYER, *ivi*, 156, según el cual era necesario evitar una nueva burocracia para los procedimientos de verificación y compensación para todos los hechos injustos de las autoridades del régimen.

(58) Cfr. únicamente G. BRUNNER, *Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland*, Berlin, 1995; C. GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, «De-communization and political justice in Central and Eastern Europe», en *The politics of memory*, Oxford, 2001, págs. 218 y sigs.

(59) Cit. en P. FIEDORCZYK, «Reconciliation with the Communist Past: the Polish Way», en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Germanistische Abteilung CXXXV, 2008, págs. 276 y sigs.

(60) A. CZARNOTA/P. HOFMANSKI, «Polish Law “Deal with the Communist Past”», *Review of Central and East European Law*, núm. 22, 1996, págs. 521 y sigs.

(61) Texto: [www.ipn.gov.pl/portal/en/31/327/The\\_Act\\_on\\_the\\_Institute\\_of\\_National\\_Remembrance.html](http://www.ipn.gov.pl/portal/en/31/327/The_Act_on_the_Institute_of_National_Remembrance.html).

Checoslovaquia, en cambio, se dotaba antes de una ley de rehabilitación de las víctimas y en 1991 de una ley sobre las depuraciones, criticada por el Consejo de Europa, que excluía durante un decenio de todo cargo público a funcionarios de partido, de la policía secreta y de la milicia (62). En 1993 la República Checa adoptó una ley que declaró al Partido Comunista responsable de las violaciones de derechos humanos y lo calificó como organización criminal contra la que era legítimo defenderse. Eslovaquia, en cambio, emanó una ley sobre las reparaciones a perseguidos y, finalmente, en 1996 una ley para la compensación de las injusticias que habían causado daños a las iglesias, y otra que concretó las injusticias del régimen del Partido Comunista (63).

Los recorridos nacionales de elaboración de la memoria del pasado comunista fueron muy variables y no han concluido aún. Hungría, por ejemplo, parece aún parada en la creación de un recinto que funciona como «cementerio» de los monumentos del régimen superado (64). En Rumanía, en cambio, la Corte constitucional ha declarado inconstitucional, sentencia 51/2008, la Ley 187/1999, que instituye el Consejo nacional para el estudio de los archivos de la Securitate, en cuanto habría creado una nueva jurisdicción y sancionado una responsabilidad moral de todos los colaboradores de los servicios de seguridad política (65).

#### 8. ALGUNOS ASPECTOS ORIGINALES DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO A LA MEMORIA

En el contexto de los modelos del Derecho comparado más arriba trazado el recorrido español se caracteriza por una primera fase histórica de transición (1975-1980), con delitos políticos y de terrorismo de los que fueron víctimas más de ochocientas personas. En los tiempos de los *Pactos de la Moncloa* (1977) se acordaba dar, antes de la Constitución, preferencia a una amnistía general cuyo objetivo de confianza en la seguridad de la paz y en la capacidad del Parlamento para garantizar el diálogo civil entre las memorias fue sometido a una dura prueba por el golpe de 1981 que llevó a una reforma de los símbolos del Estado. La Ley de 22 de octubre de 1984, núm. 37, trató de equiparar el tra-

(62) Leyes 34.4.1990, n. 119; 4.10.1991, n. 451 (modificado por ley n. 279/1992).

(63) Ley n. 319/1991, 282/1993, 125/1996.

(64) K. UNGVARY, «Der Umgang mit der kommunistischen Vergangenheit in der heutigen ungarischen Erinnerungskultur», en B. FAULENBACH/F.-J. JELICH (ed.), «Transformationen», en *Erinnerungskulturen in Europa nach 1989*, Essen, 2006, págs. 201y sigs.

(65) [www.ccr.ro/decisions/pdf/en/2008/D051\\_08.pdf](http://www.ccr.ro/decisions/pdf/en/2008/D051_08.pdf).

tamiento de las pensiones de las partes de la Guerra Civil para atenuar la «dura realidad de la historia» (66). El pacto de silencio era un hecho constituyente que dio lugar a un acuerdo constitucional de no evocar el pasado para no comprometer la democracia, es decir, hasta que la Constitución de la democracia no fuese generalmente aceptada. La Constitución ha resistido y parece, a juicio de los autores de la Ley 52/2007, capaz de fundar el futuro de la democracia sobre una reconciliación de las memorias del pasado. La dialéctica política del último decenio ha cristalizado en un consenso antitotalitario en la declaración de la *Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados* de 2002, no en cambio en uno «antifranquista», como subyace en la resolución de la mayoría del Parlamento europeo de 2006, ambos citados en la motivación.

Esta política de la memoria de la mayoría obtiene su legitimidad democrática no sólo del Parlamento que delibera, sino también del objetivo explícito de consolidar la democracia, contribuir a la superación de «elementos de división entre los ciudadanos» y «fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales» (art. 1.1). Para las víctimas de violencia y persecución de la Guerra Civil y de la Dictadura, esto significa una acción pública dirigida a «promover la reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar», para facilitar a todos los ciudadanos «el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra Civil y la Dictadura» (art. 1.2 CE).

La consolidación de la democracia es concebida aquí como el resultado de una política cultural que, en aplicación del artículo 9.2 CE, pretende fomentar, promover y facilitar la formación de una «memoria negativa», es decir, de hechos valorados negativamente y que es preferible olvidar (67). En esta Ley el derecho a la memoria de las víctimas no es sólo el derecho a recordar y transmitir libremente a los otros los propios recuerdos para liberarse de los traumas, sino también un derecho a ser recordado por los sacrificios propios y, si se quiere, a apartar los obstáculos que impiden olvidar. Al derecho de ser recordado de la víctima no corresponde, sin embargo, un deber general de los ciudadanos, si acaso una obligación de las autoridades de corregir la memoria pública de los actos públicos. De este modo se puede hacer democrática la memoria colectiva porque comprende la individual de las víctimas, pero también conforme al Estado de Derecho, porque no es exclusiva respecto a la memoria y al olvido de los beneficiarios de la amnistía precedente.

---

(66) STC 63/1983.

(67) Cfr. R. KOSELLECK, *Formen und Traditionen des negativen Gedächtnisses*, en V. KNIGGE/N. FREI, *op. cit.*, págs. 21 y sigs.

Por lo que se refiere a cada una de las garantías no hay duda de que la «indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas» (arts. 11-14) están dirigidas a hacer posible las ceremonias fúnebres y el trabajo de la memoria de los parientes. Más difícil es la valoración de las prestaciones económicas e indemnizaciones reguladas en la Ley, que no parece calificable tanto como «recuperación de la memoria personal y familiar», sino, más bien, como «reparación moral» que produce una memoria social simbólica de la colectividad a favor de las víctimas (arts. 5-10). Especial atención merece la declaración personal (art. 4), la regulación de los símbolos (art. 15) y la del derecho a la información (arts. 20-22).

1. Por lo que se refiere a la «Declaración de reparación y reconocimiento personal», la exposición de motivos de la ley habla de un «procedimiento específico para obtener una Declaración personal, de contenido rehabilitador y reparador, que se abre como un derecho a todos los perjudicados». De tal procedimiento resulta regulado el órgano competente para interesar la expedición de la Declaración (Ministerio de Justicia), el objeto (regulaciones injustas o ilegítimas) y la legitimación de la iniciativa (personal o *in subordine*, familiar e institucional). El acto final del procedimiento es meramente declarativo, pero un efecto suyo, vinculante para las administraciones del Estado —por ejemplo, en la gestión de los datos relativos a la condena—, no queda excluido por la previsión de que la declaración no constituye «título para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado ni de cualquier Administración Pública, ni dará lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional» (68).

Esta disposición garantiza la rehabilitación y reparación de los daños morales de la memoria que sustenta el honor, pero también respeta el derecho a la memoria de los otros. Hay que señalar, ante todo, que la declaración no puede ser obtenida por otras personas que no pertenezcan a la familia, sino de una memoria relativa a la persona afectada, especialmente si ha fallecido. Además no está ni siquiera tutelada la memoria y conciencia de los responsables de la injusticia que podrían haberse arrepentido y sentirse obligados a pedir, por su parte, el otorgamiento de la declaración. Nada se ha establecido en mérito a eventuales intervenciones de terceros cointerésados o contra-interésados en el procedimiento (69).

Interviniendo en una sentencia reputada injusta con arreglo al artículo 2 de la Ley, el acto administrativo puede implicar un juicio negativo sobre *los hechos*

---

(68) No está prevista una declaración de invalidez parcial por sentencias sólo parcialmente injustas, como ocurre, en cambio, en la legislación alemana.

(69) Cfr. L. PAREJO ALFONSO, «Administración Pública y Memoria Histórica», en *Derecho y Memoria Histórica*, *op. cit.*, pág. 138.

introducidos en el procedimiento que podría repercutir sobre terceros. Toda rehabilitación injustificada puede implicar una condena moral potencialmente ofensiva de la memoria y del honor de los sujetos implicados en la decisión declarada inválida. Por lo tanto, parece obligado garantizar siempre el derecho a defender las propias razones, incluso de quien es beneficiario de una amnistía.

2. Por lo que se refiere a la obligación de retirada de símbolos y monumentos, no parece razonable cuestionar que se trate de «regulación de las condiciones *básicas* que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento» (art. 149.1 CE), siendo los símbolos y monumentos en su significado nacional una condición cultural fundamental de la igualdad.

La «exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura» es, sin duda, libre ejercicio de manifestación del pensamiento y de una ideología, no importa si mayoritaria o minoritaria. A la mayoría se le prohíbe, por tanto, prohibir la ostentación de símbolos privados que no violan o amenazan con violar los derechos de los otros, caso en el que el ejercicio del poder de revocación de subvenciones *ex artículo 15.4* de la Ley podría resultar excesivo. A la mayoría se le permite prohibir la ostentación de símbolos públicos que expresan una ideología de régimen que podría ofender la memoria de las víctimas del mismo régimen. Esto no sólo como medida discrecional de policía de la democracia, sino también como garantía de la efectiva igualdad cívica de quien en el pasado era víctima o reo, igualdad que constituye junto con la libertad de la memoria individual *conditio sine qua non* de una reconciliación sostenible. Por lo tanto, a la mayoría se le consiente retirar símbolos antes colocados por autoridad soberana y ahora prohibidos, incluso si están impresos en la memoria de todos los ciudadanos. Además, independientemente de la cuestión del crucifijo, debe evitar, sin embargo, que las modalidades de remoción como tal tengan efectos traumáticos sobre cuantos, desde ambos lados, continúan identificándose con su pasado.

Apenas es necesario añadir que la excepción de las «razones artísticas» excluye sólo la retirada, no en cambio una recolocación, mientras la de las «razones artístico-religiosas protegidas por la ley» no debería entenderse como cláusula de salvaguardia de formas de «religión política». La ley no prohíbe la privatización de los bienes retirados ni prejuzga su posterior inclusión o exclusión en el patrimonio cultural (70). La solución húngara del cementerio de las estatuas, en definitiva, no está prohibida.

---

(70) J. M. ABAD LICERAS, *Ley de memoria histórica*, Madrid, 2009, págs. 74 y sigs.

3. La creación del Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil, autorizado a adquirir, por ejemplo, materiales de los servicios secretos que operaban en el extranjero, ha estado acompañada por el reconocimiento de varios derechos. La institución privilegia, inevitablemente, los derechos de sus usuarios profesionales, es decir, de los historiadores [art. 20.2.e): «Otorgar ayudas a los investigadores, mediante premios y becas, para que continúen desarrollando su labor académica y de investigación sobre la Guerra Civil y la Dictadura»] respecto al derecho de acceso individual a los archivos públicos o privados subvencionados. Precisamente por esto hay que señalar la ausencia de garantías específicas sobre la privacidad, como han sido previstas en la ley sobre los documentos de la Stasi (71), especialmente respecto al acceso de otros sujetos públicos y privados. En la medida en que los derechos de la memoria están garantizados por la Constitución, queda abierta la cuestión de si la inclinación a garantías similares no debe quedar reservada a la ley.

## 9. CONCLUSIONES

Recordar un pasado doloroso puede resultar reconfortante si no se tiene miedo a que se repita.

Bajo este aspecto los beneficios de la Ley 56/2007 dependen de factores emotivos que pueden estar influenciados por la política. La misma ley podrá ser expresión de una política que trata de liberar del miedo, adquiriendo un significado simbólico que puede compartirse o criticarse.

El juicio negativo atribuido a la Guerra Civil y a la Dictadura, incluida la ideología oficializada del «franquismo» (arts. 16.2 y 20.2), no será quizá com-

---

(71) Cfr. Act regarding the records of the state security service of the former German Democratic Republic (Stasi Records Act) of 20 December 1991, Sect. 3, Individual Rights: (1) Each individual shall have the right to enquire of the Federal Commissioner if the records contain personal data regarding them. If this is the case, the individual shall have the right to obtain information, to inspect the records, and to be provided with records as directed by this Act. (2) Each individual shall have the right to use the information and records which they have obtained from the Federal Commissioner as provided by general law. (3) It shall not be admissible to impair the legitimate interests of other individuals by disclosing information, permitting inspection of records or providing records. See also sect. 13 (Data Subjects and Third Parties – Disclosure of Information, Inspection of Records and Providing Records): (1) At their request, data subjects shall be provided with information regarding their existing prepared records. In their request they shall supply particulars which make it possible to locate records. The purpose for which information is being requested need not be given.» Para la jurisprudencia constitucional cfr., por ejemplo, BVerfG, 1 BvR 1274/92, 15.1.1999, [www.bverfg.de/entscheidungen/rk19990115\\_1bvr127492.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk19990115_1bvr127492.html).

partida por todos, ni podrá como tal vincular la conciencia de los ciudadanos y justificar exámenes de lealtad. No es tarea de la ley dictar valores a las conciencias, pero tampoco puede prohibirse a la mayoría defender, con una política cultural, aquellos valores que considera comunes, siempre que la ley no viole los derechos fundamentales individuales. En estos casos se trata siempre sólo de una verdad relativa de la mayoría que quiere interpretar la *volonté générale* sin poder negar los problemas de verdad que caracterizan la búsqueda de identidad de todo Estado constitucional (72).

La misma declaración de un derecho a la memoria personal ofrece un dispositivo que puede garantizar una interpretación suficientemente liberal de esta «política de la historia», especialmente si se reconoce ya su universalidad subjetiva, no limitada a los ciudadanos de una nación, ya la equivalencia de su lado positivo y del negativo, el derecho al olvido. En el Estado constitucional toda «política de la historia» corre el riesgo de ser sospechosa de ser una política de parte, pero también puede servir para consolidar la democracia sin sacrificar el Estado de Derecho. Bajo este aspecto es devuelta al juicio de los ciudadanos y a su memoria republicana.

Lo que permanece como problema es que todo recuerdo y todo olvido puede ser empleado como un arma que hiere, recogiendo y volviendo a sembrar odio. La Constitución no gobierna el amor, pero puede legitimar las prohibiciones de odio y de cinismo. Precisamente porque debe presuponer una memoria también negativa de los delitos de la modernidad, el Estado constitucional puede admitir restricciones de la libertad de expresión, prohibir la apología, la glorificación y la justificación de un régimen de la fuerza y de la arbitrariedad de una época de la que cada vez menos vivos pueden dar testimonio.

Una sentencia muy reciente del Bundesverfassungsgericht ha defendido la constitucionalidad del delito de apología del régimen nazi, mostrando cómo una ley similar no es a todos los efectos general y abstracta, no pudiendo proteger a todas las víctimas de todos los regímenes totalitarios (73). Una ley similar no sería justificable ni por un genérico principio antinazista de la Constitución, ni como protección de un genérico «sentimiento de paz» por un «clima general envenenado», por una ofensa a la conciencia jurídica o por una «interpretación manifiestamente equivocada de la historia». Si acaso podría justificarse como garantía de una identidad colectiva, cuya Constitución se funda en la memo-

---

(72) P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungstaat*, Baden-Baden, 1995, traducción italiana, *Diritto e verità*, Torino, 2000.

(73) BVerfG, 1 BvR 2150/08, 4.11.2009, [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20091104\\_1bvr215008.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20091104_1bvr215008.html), sobre el recurso presentado por una persona posteriormente fallecida.

ria negativa de las atrocidades de la violencia. Más allá de la enfatización del *Sonderweg* alemán y de la valoración de la peligrosidad concreta de ciertos recuerdos, no se puede decir que la Constitución española no está fundada en una memoria negativa de la Guerra Civil y de la Dictadura, memoria que no tendrá punto final.

#### RESUMEN

El nuevo derecho a la memoria (Ley núm. 52/2007), ha de interpretarse sobre la base de las ciencias culturales y de la teoría general del derecho. La memoria goza de protección constitucional, mediante diversos derechos y obligaciones fundamentales, así como de la protección internacional, a través de distintos instrumentos, especialmente en el seno de Europa. La referida legislación puede proteger tanto el derecho individual a recordar u olvidar libremente en conciencia, el derecho a recordar hechos para la consciencia de otras personas e igualmente, el derecho individual o colectivo de ser o no recordado. Francia, Italia, Alemania y los países del este de Europa, desarrollaron políticas específicas para la memoria colectiva, combinando la amnistía con la elaboración activa. La reglamentación española acerca de «*la reparación y el reconocimiento personal*», la eliminación de símbolos, el acceso a los archivos, tienen que interpretarse de forma coherente con una normativa jurídica que englobe el derecho a la memoria.

**PALABRAS CLAVE:** memoria; derechos fundamentales; Derecho constitucional comparado.

#### ABSTRACT

The new right to memory (ley n. 52/2007) has to be interpreted on the basis of cultural sciences and general theory of law. Memory enjoys constitutional protection through various fundamental rights and duties and international protection through several instruments, especially within Europe. They can protect an individual right to remember or forget freely in conscience, a right to recall facts to the conscience of others and an individual or collective right to be remembered or not. France, Italy, Germany and East European countries developed specific policies for collective memory, combining amnesty with active elaboration. The Spanish regulations on a declaration of «*reparación y reconocimiento personal*», removal of symbols, access to archives have to be construed in a way consistent with a rule of law that includes rights to memory.

**KEY WORDS:** memory; fundamental rights; comparative constitutional law.