

**DEL DERECHO A LA VERDAD
AL DEBER DE MEMORIA:
A PROPÓSITO DE LA NUEVA LEY
DE MEMORIA DEMOCRÁTICA**

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA

SUMARIO

I. LA MEMORIA COMO CATEGORÍA NORMATIVA. I.1. Introducción. I.2. Francia discute el concepto. I.3. El discurso del odio en la génesis de las leyes de memoria. II. EL CARÁCTER CONFLICTIVO DE LAS LEYES DE MEMORIA. III. OBJETO Y FINALIDAD DE LA LEY 20/2022, DE 19 DE OCTUBRE, DE MEMORIA DEMOCRÁTICA. IV. VERDAD Y MEMORIA. V. LA MEMORIA COMO ESPACIO PARA CONFORMAR UNA CONCIENCIA HISTÓRICA COLECTIVA. V.1. Introducción. V.2. La Comisión de la verdad. VI. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 24.10.2022
Fecha aceptación: 9.05.2023

DEL DERECHO A LA VERDAD AL DEBER DE MEMORIA: A PROPÓSITO DE LA NUEVA LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA¹

I. LA MEMORIA COMO CATEGORÍA NORMATIVA

I.1. Introducción

La Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (LMD)² deroga la Ley 52/2007, de 26 de diciembre³, 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. Esta, popularmente conocida como *de la memoria histórica*, garantizó por vez primera el derecho a la memoria personal y familiar de las víctimas de la guerra civil y la dictadura, de ahí probablemente su sobrenombre.

Sobre este periodo de la historia, doce de las diecisiete Comunidades Autónomas han aprobado hasta un total de dieciséis leyes de memoria⁴. La primera, en Cataluña⁵, dos meses antes de que se aprobara la Ley 52/2007, y la última, hasta la fecha, en La Rioja, en abril de 2022⁶, a las que hay que sumar un decreto sobre la materia

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz. Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas. Facultad de Derecho. Avenida de la Universidad, n. 4, 11406, Jerez de la Frontera. Email: juanmanuel.ulla@uca.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6595-6183>.

² *Boletín Oficial del Estado*, n. 252, de 20 de octubre.

³ En adelante, Ley 52/2007.

⁴ Tres en Cataluña, dos en Navarra, dos en las Islas Baleares, y una en el País Vasco, Andalucía, Comunidad Valenciana, Aragón, Canarias, Extremadura, Principado de Asturias, Cantabria y La Rioja. Un estudio comparado sobre las leyes autonómicas de memoria puede verse en López Ulla, J. M. (2021). *Las normas de la memoria histórica: la ley andaluza en el contexto del Estado autonómico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁵ Ley 13/2007, de 31 de octubre, del Memorial Democrático.

⁶ Ley 5/2022, de 25 de abril, para la recuperación de la memoria democrática en La Rioja. Con anterioridad, por Decreto 15/2017, de 12 de mayo, La Rioja había creado el Consejo Asesor de la

en Castilla y León⁷ y otro en Castilla-La Mancha⁸. En este trabajo nos proponemos estudiar el tratamiento que la memoria recibe en la nueva LMD, tomando en consideración el reconocimiento que esta recibe en el Derecho internacional de los derechos humanos, en las normas autonómicas sobre la memoria y en la Ley 52/2007, hasta ahora vigente. En la medida en que el deber de memoria deriva del derecho a la verdad de las víctimas, sus familiares y de la sociedad en general, tendremos que ocuparnos con carácter previo del contenido y alcance de este derecho.

Antes, a modo de introducción, consideramos que resultará de interés ofrecer alguna información sobre esta categoría que conforman las «leyes de memoria» («*memory laws*» o «*loi mémorielles*»), donde se suele comprender todo el conjunto de normas que pretenden cumplir con el deber o la obligación de recordar determinados episodios violentos de la historia («*le devoir de mémoire*»). Hemos de advertir, no obstante, que se trata de una categoría variopinta, en el sentido de que más allá de la nota señalada y de que, por lo general, todas parten de una determinada lectura del pasado, lo cierto es que no existe un patrón común que permita encasillarlas con facilidad como pertenecientes a esta especie⁹. En ella caben tanto las que tienen un claro componente normativo como las que son aprobadas con un contenido meramente declarativo.

Entre las primeras, las que se dictan con afán regulador, estarían, por ejemplo, las que criminalizan la negación del pasado, que para Kosopov representan el «núcleo duro» de esta clase de leyes¹⁰. Gliszczynska-Grabias, sin embargo, no opina igual, aduciendo que la única finalidad que estas tienen es combatir el racismo o la xenofobia, no describir la historia¹¹. También entrarían en esta categoría las que prohíben determinadas asociaciones o partidos políticos (nazis o comunistas), las que sancionan conductas (simbología, homenajes, apología, enaltecimientos)¹², o las que establecen la obligación de incluir determinados contenidos de historia en los planes

Memoria Histórica, que en el Título IV de la nueva Ley pasa a llamarse, Consejo Asesor de la Memoria Democrática.

⁷ Decreto 9/2018, de 12 de abril de la Memoria Histórica y Democrática de Castilla y León.

⁸ Decreto 109/2021, de 19 de octubre, por el que se crea y regula el Consejo Asesor de la Memoria Democrática de Castilla-La Mancha.

⁹ Así lo advierte Baranowska, G. y Gliszczynska-Grabias, A. (2018). «Right to Truth and Memory Laws: General Rules and Practical Implications», *Polish Political Science Yearbook*, 47 (1), pp. 97-109.

¹⁰ Kosopov, N. (2017). *Memory Laws, Memory Wars. The Politics of the Past in Europe and Russia*. Cambridge University Press, p. 2.

¹¹ Gliszczynska-Grabias, A. (2014). «Memory Laws or Memory Loss — Europe in Search of Its Historical Identity through the National and International Law», *Polish Yearbook of International Law*, 34 (161), pp. 169-189, concretamente, p. 173.

¹² La Disposición adicional séptima de la LMD ordena que en el plazo de un año se modifique la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación al objeto de disolver las asociaciones que hagan apología del franquismo «con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales».

de estudio¹³ o en los medios de comunicación de titularidad pública¹⁴. Entre las meramente declarativas estarían las que al regular lo que fuere (búsqueda de restos humanos, exhumaciones, indemnizaciones o prestaciones) realizan una serie de consideraciones sobre el pasado que se presentan como la «verdad histórica»¹⁵ o las que sencillamente se aprueban con la única finalidad de reconocer unos hechos¹⁶.

1.2. Francia discute el concepto

Es en Francia donde se han aprobado, a nivel estatal, un mayor número de leyes de memoria relacionadas con consideraciones de tipo histórico, hasta cuatro, sin que ninguna de ellas recibiera formalmente el título de «ley de memoria». El intenso debate que estas provocaron se ha repetido luego, en términos parecidos, en la mayoría de los países donde el legislador ha tratado de establecer una determinada interpretación de la historia. Fueron las siguientes:

La primera es la Ley n. 90-615, de 13 de julio de 1990, *tendant a réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, popularmente conocida como Ley *Gayssot*, por el apellido del diputado comunista que asumió la ponencia¹⁷. Su art. 9 castiga con sanción y/o pena de prisión de un año toda expresión pública que cuestione los crímenes contra la humanidad descritos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg cometidos por la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial.

La *Ley Gayssot* no fue recurrida, pero generó un importante debate. Unos entendieron que, en la medida en que ya existían normas que condenaban el negacionismo, esta ley no era necesaria, criticando también que se extralimitara en su objeto, pues no se refería solo al Holocausto sino también a otra clase de crímenes contra la humanidad¹⁸. Otros denunciaron que sancionar una determinada manera de interpretar la historia contravenía la libertad de expresión garantizada por la Constitución¹⁹. Y también hubo quien objetó que la ley utilizara el verbo *contester* (discutir), advirtien-

¹³ Así lo ordena, por ejemplo, el art. 44 LMD.

¹⁴ Así lo ordena el art. 48 de la Ley 2/2017, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía.

¹⁵ Por ejemplo, la Ley andaluza de Memoria Histórica y Democrática, cit, señala en el último párrafo de del apartado III de su Exposición de Motivos que «el Estado democrático tiene una deuda con quienes fueron víctimas de violencia y represión a causa de su compromiso con la libertad», que se «extiende al conjunto de la ciudadanía, que ostenta el derecho a la verdad, en relación con el largo historial de persecución llevado a cabo por el franquismo, así como sobre los valores y los actos de resistencia democrática que representan las víctimas».

¹⁶ Véase la segunda de las leyes de memoria francesa, a la que nos vamos a referir en este epígrafe de inmediato.

¹⁷ El texto se publicó en el Diario Oficial (*JORF*), n. 162, de 14 de julio de 1990, p. 8333.

¹⁸ En este sentido, Rebérioux, M. (1996). «Contre la loi Gayssot», *Le Monde*, 21 de mayo.

¹⁹ En este sentido, Vidal-Naquet, P. (2005). «Qui sont les assassins de la mémoire?», en la obra coordinada por este autor, *Les assassins de la mémoire. «Un Eichmann de papier» et autres essais sur le révisionnisme*, París: La Découverte, p. 206.

do del peligro de aplicar esta ley no solo a los que negaran esos hechos sino también a quienes cuestionaran cualquier aspecto relacionado con el genocidio²⁰.

Diez años más tarde, en 2001, se aprueba la segunda ley francesa de memoria, cuyo único precepto reza así: «Francia reconoce públicamente el genocidio armenio de 1915»²¹. Esto es, se limita a reconocer la realidad de un episodio de la historia, la masacre de 1915 perpetrada por el imperio otomano contra los armenios, pero, a diferencia de la *Ley Gayssot*, sin contemplar ninguna sanción para quien negara o cuestionara los hechos²².

La tercera ley francesa de memoria es la *Ley Taubira*, también de 2001, conocida así por el apellido de la diputada socialista de la Guayana que la presentó. Esta ley reconoce como crimen contra la humanidad el comercio de esclavos y la esclavitud practicada desde el siglo xv (art. 1) y ordena que así se contemple en los planes de estudios y de investigación en historia y ciencias humanas (art. 2)²³. Como la ley sobre el genocidio armenio, esta tampoco sanciona la negación de estos hechos, sino que se limita a reconocerlos. Sin embargo, se diferencia de ella en que no solo contiene una declaración, sino que además ordena que tal reconocimiento se contemple en los planes o programas enseñanza y de investigación²⁴.

Hay que decir que ni la segunda ni la tercera de estas leyes llamaron excesivamente la atención de historiadores y docentes como lo hizo, sin embargo, la cuarta ley francesa de memoria, la *Ley Mekachbera*, de 2005, conocida con este nombre por el apellido del Ministro delegado para los Antiguos Combatientes, que se encargó de

²⁰ Cajani, L. (2012). «Diritto penale e libertà dello storico», en Resta, G. y Zeno-Zencovich, V., *La storia «giuridificata», Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2012, pp. 371-410, concretamente, p. 374.

²¹ Se trata de la Ley n. 2001-70, de 29 enero 2001, *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*, *JORF* n. 25, de 30 de enero de 2001, p. 1590.

²² D'orazio destaca el carácter extraterritorial de esta ley francesa, en la medida en que reconoce un crimen perpetrado por una entidad estatal ya no existente (el imperio otomano), que es negado por la república de Turquía, ente territorial sucesor institucional de esa entidad desaparecida. Este autor también advierte cómo esta ley identifica a las víctimas, pero no a los responsables [D'orazio, R. (2012). «La memoria doverosa. L'esperienza francese delle lois mémorielles», en Resta, G. y Zeno-Zencovich, V., *La storia «giuridificata», Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*. Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 435-438].

²³ Ley n. 2001-434, de 21 de mayo de 2001, *tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*, *JORF* n. 0119 de 23 de mayo de 2001, p. 8175.

²⁴ Como ordena el art. 44 de la LMD y varias leyes de memoria autonómicas: Ley 2/2017, de Andalucía (art. 47); Ley 14/2017, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana (art. 33.1); Ley 14/2018, de memoria democrática de Aragón (art. 28.1); Ley 1/2019, de Memoria Histórica y Democrática de Extremadura (art. 49.1); Ley 1/2019, para la recuperación de la memoria democrática en el Principado de Asturias [art. 39.a)]; Ley Foral 33/2013, de reconocimiento y reparación moral de las ciudadanas y ciudadanos navarros asesinados y víctimas de la represión a raíz del golpe militar de 1936 (art. 14.1); Ley 8/2021, de Memoria Histórica y Democrática de Cantabria (art. 42); Ley 5/2022, de la Rioja, cit. (art. 38).

defenderla en el Parlamento²⁵. En ella se expresa el agradecimiento de la nación francesa «a los hombres y a las mujeres que participaron en los actos realizados por Francia en los ex departamentos franceses de Argelia, en Marruecos, en Túnez y en Indochina, como también en los territorios que en algún tiempo estuvieron bajo la soberanía francesa» (art. 1), ordenando que en los niveles educativos se reconozca el papel positivo de la presencia francesa en los territorios de ultramar, particularmente en África del Norte (art. 4.2). Fue esto último, la imposición de un determinado juicio sobre la historia, lo que suscitó una gran controversia entre la comunidad científica.

Al día siguiente de su aprobación, esto es, el 24 de marzo de 2005, Claude Liauzu, profesor emérito de la Universidad Paris VII, y cinco historiadores más publicaron en *Le Monde* un artículo titulado «*Colonisation: non a l'enseignement d'une histoire officielle*», denunciando que el segundo de los preceptos que hemos citado imponía una versión oficial de la historia contraria a la neutralidad escolar y al respeto de la libertad de pensamiento.

El 12 de diciembre de ese mismo año (2005), diez meses después de que la Ley *Mekachera* fuera aprobada, y a raíz de un procedimiento judicial abierto contra O. Pttre-Grenouilleau, historiador especialista en temas relacionados con la esclavitud, que había declarado en un periódico dominical que la trata de esclavos no cumplía con los requisitos que la ley exige para calificar tal conducta como delito de genocidio, un grupo de diecinueve historiadores, encabezados por Jean-Pierre Azéma firmaron un manifiesto, titulado «*Liberté pour l'histoire!*», publicado el día 13 por el rotativo francés *Libération* (y el 14 por *Le Monde* y *Le Figaro*) en el que denunciaban que «en un Estado liberal, no es función del Parlamento ni del Poder Judicial definir la verdad histórica», y que el establecimiento de una verdad oficial contrariaba la libertad de enseñanza y de pensamiento, solicitando por ello la derogación del texto, lo que finalmente sucede el 15 de febrero de 2006²⁶.

Además de estas cuatro leyes, hubo una más que fue declarada inconstitucional antes de su aprobación definitiva. Se trata de un Proyecto de Ley que castigaba con pena de un año de prisión y multa de 45 mil euros a quien, con independencia del medio de comunicación empleado, negara o minimizara de manera pública, los

²⁵ Ley n. 2005-158 de 23 febrero 2005 *portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, *JORF*, de 24 de febrero de 2005.

²⁶ El manifiesto, firmado al principio por 19 historiadores, pero al que se adhieren finalmente más de 400 personas, se expresa en los siguientes términos: «La historia no es una religión. Lo histórico no acepta ningún dogma, no respeta ninguna prohibición, no conoce el tabú (...). La historia no es la moral. El papel del historiador no es el exaltar o el condenar, sino explicar. El historiador no es esclavo de la actualidad (...). La historia no es la memoria (...). La historia no es un objeto jurídico». Como decimos, el art. 4.2 fue finalmente derogado por el Decreto n. 160 de 2006. Un manifiesto similar se publica por la prensa española a raíz de la Proposición de reforma de la Ley 52/2017 que el Grupo Parlamentario Socialista presentó en diciembre de 2017.

genocidios reconocidos como tales por la ley francesa²⁷, entre ellos, el de los armenios cometido por los turcos durante la Primera Guerra Mundial, que antes hemos recordado. Aprobada la ley por la Asamblea Nacional, el 22 de diciembre de 2011, y por el Senado, el 23 de enero de 2012, pero antes de entrar en vigor, el Proyecto fue recurrido ante el Consejo Constitucional, que, en el marco del proceso de control previo de inconstitucionalidad previsto en el art. 61 de la Constitución francesa, declaró que dicha criminalización violaba la libertad de expresión y de comunicación reconocida en el art. 11 de la Declaración de derechos de 1789²⁸.

1.3. *El discurso del odio en la génesis de las leyes de memoria*

Más allá de la experiencia francesa, Alemania (en 1985) e Israel (en 1986) fueron los primeros países en criminalizar la negación del Holocausto, siendo en la década de los noventa cuando asistimos a una suerte de cascada de leyes que se aprueban con esa finalidad. Hoy rigen en unos treinta países, casi todos de la Europa más influenciada por la tradición romano-germánica²⁹.

En relación con la criminalización del racismo y la xenofobia, la Decisión Marco de la Unión Europea (2008) sobre la materia ha sido extraordinariamente importante³⁰, pues insta a los Estados miembros a castigar la negación, minimización o justificación de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y otros crímenes de guerra que «inciten públicamente a la violencia o al odio por razón de la raza, el

²⁷ Se trata de la *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, que introduce en la ley de 29 de julio de 1881, sobre libertad de prensa, un artículo 24ter que establece el castigo que hemos señalado en el texto.

²⁸ Decisión n. 2012-647 DC, de 28 de febrero de 2012, del Consejo Constitucional. Véanse especialmente los párrafos 5.º y 6.º.

²⁹ En las obras que siguen, el lector encontrará un estudio comparado de leyes de memoria por países o regiones. Por lo que a las leyes europeas se refiere, véanse Kopusov, *ob. cit.*, p. 160; Cajani, *ob. cit.*, p. 371; y Fronza, E. (2012). *Il negazionismo come reato*, Milano: Giuffrè editore. En relación con la memoria en Latinoamérica: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Derecho a la verdad en América*, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2, de 13 agosto; e *Ibidem* (2021). *Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparaciones en contextos transicionales*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 121, de 12 de abril. También resulta muy interesante el voto particular del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014; y en cuanto a la doctrina, por todos, Torreblanca Gonzales, L.G. (2012/2013). «El derecho a la verdad en el ámbito Iberoamericano», *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 3, pp. 9-35; y Dulitzky, A. (2017). *Derechos humanos en Latinoamérica y el sistema interamericano. Modelos para (des)armar*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretaro, México, en concreto, pp. 143-183.

³⁰ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Diario Oficial L 328, de 6 de diciembre de 2008, p. 55. En relación con los efectos de esta Decisión en los Ordenamientos de los Estados miembros, véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco, COM(2014) 27 final, 27 de enero de 2014.

color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico» [art. 1.1.a)]. Martine Roure, que fue la ponente, trató de que la trivialización del crimen de genocidio se castigara «incluso cuando no incitara al odio o la violencia», considerando que «es una forma de racismo» que los Estados miembros debían combatir, pero el precepto quedó finalmente redactado en los términos que hemos señalado. En la dirección contraria, Belavusau criticó que se criminalizara esta conducta cuando el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea no tiene un criterio claro sobre lo que constituye una conducta capaz de incitar a la violencia, lo que a juicio de la autora genera una inquietante incertidumbre que podría desincentivar el estudio crítico sobre lo sucedido en momentos dramáticos, y por ello en ocasiones contradictorios, de la historia de la humanidad³¹.

En relación con esta posición crítica, es cierto que tampoco es fácil extraer de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) una conclusión clara sobre lo que sea o no el discurso del odio³². La trivialización del holocausto judío siempre ha merecido tal consideración (*Marais c. Francia*³³, *M'Bala M'Bala c. Francia*³⁴, *Garaudy c. Francia*³⁵), siendo inadmitidas esta clase de demandas en virtud del art. 17 (prohibición del abuso del Derecho) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Pero fuera de este genocidio, la doctrina no es tan clara. Así, varias demandas han sido desestimadas por el TEDH aplicando el art. 10.2 y no el 17 CEDH (véanse, *Balsytė-Lideikienė c. Lituania*³⁶; *Féret c. Bélgica*³⁷; *Vejdeland y otros c. Suecia*³⁸; *Leroy c. Francia*³⁹; *Soulas y otros c. Francia*⁴⁰; o *Í.A. c. Turquía*⁴¹), considerando el TEDH que, si bien las manifestaciones del demandante no estaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión, no se podía concluir que las mismas incitaran directa o indirectamente a la violencia. La conclusión es que fuera del genocidio cometido por los nazis, la aplicación de los arts. 10.2 o 17 dependerá de la valoración que los jueces hagan de las circunstancias que rodeen el caso, siendo muy complicado adivinar la perspectiva que adoptará cada juez *a priori*⁴².

³¹ Belavusau, U. (2013). *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, London y New York: Routledge, p. 189.

³² En este sentido López Ulla, J. M. (2017). «Libertad de expresión y discurso del odio», *Frangmentum*, 50, pp. 139-161, concretamente, p. 139.

³³ Decisión de la Comisión de 24 de junio de 1996 (n. 31159/96).

³⁴ Decisión de inadmisión de 20 de octubre de 2015 (n. 25239/13).

³⁵ Decisión de inadmisión de 24 de junio 2003 (n. 65831/01).

³⁶ Sentencia de 4 de noviembre de 2008 (n. 72596/01).

³⁷ Sentencia de 16 de julio de 2009 (n. 15615/07).

³⁸ Sentencia de 9 de febrero de 2012 (n. 1813/07).

³⁹ Sentencia de 2 de octubre de 2008 (n. 36109/03).

⁴⁰ Sentencia de 10 de julio de 2008 (n. 15948/03).

⁴¹ Sentencia de 13 de septiembre de 2005 (n. 42571/98).

⁴² Recuérdesse al efecto la distinta valoración que unos mismos hechos hizo el Tribunal Constitucional (Sentencia 177/2015) y el TEDH en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (Sentencia de 13 de marzo de 2018, ns. 51168/15 y 51186/15). Al respecto, López Ulla, J. M. (2018). «El discurso del odio como concepto: las dificultades del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para

II. EL CARÁCTER CONFLICTIVO DE LAS LEYES DE MEMORIA

A pesar de que las leyes de memoria son concebidas como instrumentos para la paz y la reconciliación de sociedades divididas⁴³, con frecuencia generan importantes debates internos o conflictos diplomáticos de cierta intensidad. En el momento en que estas asignan responsabilidades sobre graves violaciones de los derechos humanos en el pasado, la polémica está servida. Y es que, la memoria y la historia no son inmunes a la influencia y al debate políticos. La relatora de Naciones Unidas sobre los derechos culturales lo advertía en 2013: «los desacuerdos agudos sobre el pasado pueden avivar tensiones contemporáneas entre comunidades o países»⁴⁴.

En Europa del Este, Belavusau⁴⁵, Gliszczyńska-Grabias⁴⁶, Kopusov⁴⁷, o Mrozik y Holubec⁴⁸ advierten que algunas leyes de memoria más que para inculcar una cultura democrática respetuosa con los derechos humanos han desarrollado narrativas históricas centradas en el Estado con el propósito de fortalecer una identidad nacional. Allí, por ejemplo, el debate que estas leyes han generado no ha sido en torno a la prohibición o no de la negación de los crímenes del comunismo sino sobre el uso de la memoria para responsabilizar a otros países de las injusticias del pasado, lo que normalmente se hace con la intención de glorificar al Estado-nación.

En contra de esta política de la memoria se ha posicionado el Parlamento Europeo en su Resolución de 19 de septiembre de 2019, sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa⁴⁹. Concretamente, en relación con la ley rusa de 2014 que penaliza «la diseminación a sabiendas de falsa información de la actividad de la URSS durante la segunda guerra mundial», el Parlamento «muestra su profunda preocupación por los esfuerzos de los actuales dirigentes rusos por distorsionar los hechos históricos y ocultar los crímenes perpetrados por el régimen totalitario soviético, esfuerzos que constituyen un peligroso elemento de la guerra de la información librada contra la Europa democrática con el objetivo de dividirla, y

definirlo en la práctica», en Caruso, M. V. y Alberdi, R. (Dir.), *Diálogos Judiciales en el sistema europeo de protección de Derechos: una mirada interdisciplinar*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 399 a 412.

⁴³ Así lo recuerda el Preámbulo de la LMD (último párrafo del apartado III), y también las siguientes leyes autonómicas de memoria: Ley 2/2017, de Andalucía, cit.; Ley 4/2014, de creación del Instituto de la Memoria, la Convivencia y los Derechos Humanos, del País Vasco; Ley Foral 29/2018, de lugares de la memoria histórica de Navarra; Ley 2/2018 de memoria y reconocimiento democráticos de las Illes Balears; Ley 14/2017 de Valencia, cit.; la Ley 14/2018 de Aragón, cit.; la Ley 8/2021, de Cantabria, cit.; y la ley 5/2022, de La Rioja, cit.

⁴⁴ Shaheed, F. (2013). *Informe de la relatora especial sobre los derechos culturales*, Asamblea General de Naciones Unidas. Doc.: A/68/296, 9 de agosto, párrafo 24.

⁴⁵ Belavusau, U. (2014). «Hate Speech and Constitutional Democracy in Eastern Europe: Transitional and Militant (Czech Republic, Hungary and Poland)», *Israel Law Review*, 47 (1), pp. 27-62.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 169.

⁴⁷ *Ob. cit.*, p. 306.

⁴⁸ Mrozik, A. y Holubec, St. (2018). *Historical memory of Central and East European communism*, New York: Routledge, p. 14.

⁴⁹ Doc. 2019/2819(RSP).

pide a la Comisión que luche firmemente contra ellos». El punto 15 de esta Resolución advierte que Rusia sigue siendo la mayor víctima del totalitarismo comunista y que su evolución hacia un Estado democrático seguirá obstaculizada mientras el Gobierno, la élite política y la propaganda política continúen encubriendo los crímenes comunistas y ensalzando el régimen totalitario soviético. La entrada en vigor, el 16 de abril de 2022, del Código de Delitos Administrativos, que tipifica como crimen la equiparación de la actuación de la Unión Soviética y la Alemania Nazi durante la Segunda Guerra Mundial, viene a confirmar, sin embargo, la política del presidente Vladímir Putin en materia de historia.

Otro claro ejemplo de las tensiones que a veces generan las políticas de memoria lo encontramos en Ucrania. En este país, tras la revolución naranja (2004), que potenció al prooccidental Viktor Yushchenko hacia la Presidencia, el Parlamento reconoció como genocidio la hambruna que el pueblo ucraniano sufrió en 1932/1933 (conocida como Holodomor), responsabilizando al régimen soviético (murieron de hambre entre 7 y 12 millones de personas). El Ministro de Asuntos Exteriores de Rusia, Sergei Lavrov, denunció que la utilización del concepto genocidio en contra de los intereses de Rusia, suponía un intento consciente de reescribir la historia que tendría «consecuencias prácticas»⁵⁰. También entre Polonia y Rusia o entre Polonia y Alemania se han tensado las cuerdas a cuenta de los crímenes de lesa humanidad de la Segunda Guerra Mundial, en el primer caso, o de la represión contra los vencidos, en el segundo⁵¹.

Los ejemplos no se circunscriben a la Europa del este. Entre Francia y Turquía también hubo problemas a raíz del proyecto de ley cuya inconstitucionalidad fue declarada posteriormente⁵², que sancionaba a quien negara, entre otros, el genocidio armenio. Turquía respondió a la aprobación de este texto suspendiendo la cooperación militar y los acuerdos bilaterales y contratos económicos suscritos con Francia, y tipificando en el Código penal la calumnia a la nación turca y a la República de Turquía, de tal manera que en este país hoy se castiga a quien considere que fue un genocidio lo que sucedió en 1915 contra los armenios⁵³.

En Francia, el Presidente de la República, Nicolás Sarkozy, convirtió la memoria en uno de los temas principales de su campaña electoral en 2007, declarando que todos los que hacían juicios críticos sobre determinados aspectos del pasado

⁵⁰ Nuzov, I. (2017). «The Dynamics of Collective Memory in the Ukraine Crisis: A Transitional Justice Perspective», *International Journal of Transitional Justice*, 11, pp. 132–153, concretamente, p. 160.

⁵¹ Entre Alemania y Polonia también se generaron tensiones con motivo de la construcción en Berlín del *Centre against Expulsions in Germany*, financiado por el Gobierno alemán, al objeto de homenajear a los alemanes que fueron expulsados de Polonia durante y después de la Segunda Guerra Mundial (Koposov, *ob. cit.*, p. 160).

⁵² Decisión n. 2012-647 DC, de 28 de febrero de 2012, cit.

⁵³ Entre quienes han sido acusados por manifestaciones de este tipo está Orhan Pamuk, escritor turco galardonado con el premio Nobel de literatura en 2006. Los cargos contra él fueron finalmente retirados después de una intensa presión desde la Unión Europea, que tuvo lugar en el marco de las negociaciones para el ingreso de Turquía en la Unión.

de la nación, no amaban a Francia. Diez años más tarde, el 14 de febrero de 2017, el Presidente, Emmanuel Macron, calificó la colonización francesa de «crimen contra la humanidad», lo que provocó la reacción inmediata del líder del partido de la oposición, Laurent Wauquiez, que arremetió contra esa especie de «cultura del arrepentimiento»⁵⁴.

La idea parece haber prendido. El 27 de marzo de 2019, el presidente de México, Andrés Manuel López Obrador solicitó al Rey Felipe VI que España pidiera perdón a los pueblos originarios de México por la conquista⁵⁵. A lo que se apunta el Presidente de la Generalidad de Cataluña, que en su discurso con motivo del día de la Diada (fiesta de la Comunidad Autónoma), exigió «al Gobierno español un acto solemne en el que el jefe de Estado y el jefe de Gobierno, públicamente, pidan disculpas por la persecución, detención y fusilamiento del presidente Companys y de todos los miles de catalanes muertos en el exilio, en los campos nazis de concentración o en las prisiones catalanas»⁵⁶. El art. 48.2.c) de la LMD parece estar en esa línea cuando ordena que la Administración General del Estado realice acciones «tendientes a restablecer la dignidad de las víctimas y a difundir lo sucedido mediante» una serie de medidas, entre las que se contempla el «reconocimientos públicos y solicitudes de perdón»⁵⁷.

De todo lo anterior concluimos que las leyes de memoria son conflictivas en la medida en que determinan una lectura del pasado. En los epígrafes que siguen trataremos de justificar por qué del derecho a la verdad, tal y como ha sido reconocido por el Derecho internacional de los derechos humanos, no se deriva que los poderes públicos deban establecer una verdad histórica en relación con las graves violaciones de derechos acaecidas durante un periodo. A nuestro juicio, esta es la razón por la que la LMD apenas consiguió en el Congreso y en el Senado el 50% de los votos⁵⁸.

⁵⁴ Wauquiez (de la UMP, Union pour un mouvement populaire, de centro-derecha) se expresaba en los siguientes términos: «en lugar de transmitir nuestra historia, hablaremos de esclavitud, cruzadas, colonización. No me gusta eso. Nunca hemos necesitado tanto el rearme republicano» (Flamen, 2015: 49).

⁵⁵ Noticia de la que se hizo eco la prensa nacional e internacional. Entre otros, el diario *El País*: https://elpais.com/internacional/2019/03/25/mexico/1553539019_249884.html; o la BBC: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-47701387>.

⁵⁶ Noticia publicada por *ABC* el 11 de septiembre de 2020. Accesible en https://www.abc.es/espana/catalunya/politica/abci-torra-exige-gobierno-y-pida-perdon-forma-solemne-fusilamiento-lluís-companys-202009102111_noticia.html

⁵⁷ Apartado c) del precepto citado. Exactamente en el mismo sentido, el artículo 49.2 del Anteproyecto de Ley de septiembre de 2020, y con anterioridad, el artículo 11.2.d) de la Proposición de Ley de Memoria Histórica y Democrática, presentada en enero de 2020 por el Grupo Parlamentario Socialista y retirada en septiembre de ese año.

⁵⁸ La LMD fue aprobada en el Congreso de los Diputados (sesión plenaria n. 195, de 14 de julio de 2022) por 173 votos (el 50% de los presentes, y el 49,57% del total de los miembros que conformaban la Cámara) contra 159 (el 45,95% de los presentes, y el 45,56% de los miembros de la Cámara), siendo 14 las abstenciones (el 4,01%) y 3 los diputados que no votaron. Véase en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n. 202, de 14 de julio 2022. En el Senado fue aprobada (sesión plenaria n. 56, de 4 de octubre de 2022) por 128 votos (el 49,4% de los presentes) contra 113 (el 43,6%

A la vista de este resultado, pareciera que aún no ha transcurrido el tiempo suficiente para generar, en una norma como esta, el consenso deseado. Y no lo ha sido por el motivo que hemos apuntado, por eso la cuestión principal que queremos abordar en los epígrafes que siguen es si del derecho a la verdad deriva este deber de memoria que la LMD estatal y también las autonómicas traducen en la necesidad de establecer una verdad histórica sobre las circunstancias y motivos de aquella violencia.

En nuestra opinión, además de medidas de justicia y reparación, lo que el derecho a la verdad exige es que los poderes públicos preserven la memoria de las víctimas y sus familiares y que aquel sufrimiento no se olvide, pues para que los hechos no se repitan la premisa de partida es que la historia sea conocida. Pero al Estado no corresponde predeterminar ese relato.

III. OBJETO Y FINALIDAD DE LA LEY 20/2022, DE 19 DE OCTUBRE, DE MEMORIA DEMOCRÁTICA

El objeto y finalidad de la LMD se determina en su artículo 1, que tiene tres párrafos. El primero se refiere a «la recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática, entendida ésta como conocimiento de la reivindicación y defensa de los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales a lo largo de la historia contemporánea de España, con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales». Esta definición del concepto «memoria democrática» coincide prácticamente con la que ofrece el art. 4.a) de la Ley 2/2017 de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía⁵⁹, texto que sirve a su vez como modelo o inspiración para las leyes autonómicas de memoria que se aprueban después que ella, como las de Valencia⁶⁰, Extremadura⁶¹, Aragón⁶², Asturias⁶³ y La Rioja⁶⁴. La diferencia más relevante entre la LMD y estas otras es que mientras las autonómicas delimitan el periodo de la me-

se los presentes), siendo 18 las abstenciones (el 6,9% de los presentes). Véase el Diario de Sesiones n. 104, de 5 de octubre de 2022.

⁵⁹ De acuerdo con el art. 4.a) de la Ley de memoria andaluza, por «Memoria Democrática de Andalucía» se debe entender «la salvaguarda, conocimiento y difusión de la historia de la lucha del pueblo andaluz por sus derechos y libertades para hacer efectivo el ejercicio del derecho individual y colectivo a conocer la verdad de lo acaecido en la lucha por los derechos y libertades democráticas en el período que abarca desde la proclamación de la Segunda República española, el 14 de abril de 1931, hasta la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía de Andalucía, el 11 de enero de 1982, así como la promoción del derecho a una justicia efectiva y a la reparación para las víctimas andaluzas del golpe militar y la Dictadura franquista»

⁶⁰ Ley 14/2017, cit., art. 3.a).

⁶¹ Ley 1/2019, cit., art. 4.a).

⁶² Ley 14/2018, cit., art. 5.h).

⁶³ Ley 1/2019, cit., art. 2.2.

⁶⁴ Ley 5/2022, cit., art. 6.a).

moria, aquella, con esa genérica referencia a «la historia contemporánea de España», decide que el periodo de la memoria no quede encerrado entre los límites de unas fechas bien determinadas.

En relación con el periodo que abarca la memoria histórica y/o democrática en las leyes autonómicas, hemos de advertir que unas lo alargan más que otras. Esto es, no todas coinciden en la duración de la misma. En apretada síntesis y de mayor a menor, por lo que a su extensión se refiere, los periodos son los siguientes: en Andalucía, Valencia e Islas Baleares, desde la proclamación de la Segunda República, el 14 de abril de 1931 hasta la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía⁶⁵; Aragón y Extremadura lo inician en el mismo momento pero finalizándolo con la aprobación/promulgación de la Constitución, respectivamente; en Navarra, Asturias, Cantabria, La Rioja y Canarias, el periodo de la memoria es el que transcurre desde la Guerra Civil hasta la entrada en vigor (las cuatro primeras) o la aprobación (la última) de la Constitución⁶⁶; y finalmente, en Castilla y León y Castilla-La Mancha el periodo que se toma en consideración es el mismo que en la Ley estatal 52/2007, esto es, la Guerra Civil y la Dictadura⁶⁷.

Este baile de fechas en leyes que tienen prácticamente el mismo objeto y finalidad, no tiene demasiado sentido⁶⁸, como tampoco lo tiene que la nueva LMD prescinda de los criterios utilizados en estas otras para delimitar el periodo de la memoria cuando el Preámbulo, al justificar la necesidad de esta nueva ley, precisamente se refiere a la conveniencia de actualizar la Ley estatal a la luz del desarrollo de la memoria en el ámbito autonómico⁶⁹. Dicho esto, del conjunto de la LMD se deriva, a nuestro juicio, que la memoria democrática objeto de este texto es, en puridad, la referida en el art. 1.2, esto es, la que trata de recordar la violencia acaecida en España a raíz del Golpe de Estado del 18 de julio de 1936.

El art. 1.2 de la LMD señala que también es objetivo de esta ley recordar individual y colectivamente a «quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el período comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, así como promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva, adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre

⁶⁵ Las leyes de Andalucía y Valencia ya han sido citadas. La de las Islas Baleares es la Ley 2/2018, cit..

⁶⁶ Ley Foral 29/2018, de lugares de la memoria histórica de Navarra, cit.; Ley 1/2019, de Asturias, cit.; Ley 8/2021, de Cantabria, cit.; Ley 5/2022, de La Rioja, cit.; Ley 5/2018 de memoria histórica de Canarias y de reconocimiento y reparación moral de las víctimas canarias de la guerra civil y la dictadura franquista.

⁶⁷ Decreto 9/2018 de la memoria histórica y democrática de Castilla y León y Decreto 109/2021, de Castilla-La Mancha, cit.

⁶⁸ López Ulla, J. M. *ob.*, cit., 2021, pp. 82 y 103.

⁶⁹ Apartado III del Preámbulo de la LMD.

la ciudadanía y promover lazos de unión en torno a los valores, principios y derechos constitucionales». Estamos, en nuestra opinión, ante el motivo que verdaderamente justifica a la LMD frente a la Ley 52/2007: mientras que esta se dictó principalmente para dignificar a las víctimas, individualmente consideradas, la nueva no solo apela a esta memoria personal y familiar sino también a una memoria colectiva que a juicio del legislador hay que «preservar y mantener (...) a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas», según declara el Preámbulo.

Es cierto que la exposición de motivos de la LMD ofrece otras razones en relación con la necesidad del nuevo texto, pero a nuestro juicio sin la suficiente solidez. En primer lugar, el legislador advierte que el art. 11.1 de la Ley 52/2007 tan solo contempla la intervención de las Administraciones Públicas en las actividades de indagación, localización e identificación de los desaparecidos cuando los descendientes directos de las víctimas soliciten su colaboración, cuando el art. 24.3 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁷⁰ obliga a los Estados buscar de oficio a los desaparecidos, y efectivamente así es. Pero para acomodar la ley a la Convención hubiera bastado con una reforma puntual en ese sentido, pues a excepción de este extremo ningún otro reproche cabe hacerle a la ley de 2007 en relación con esta Convención internacional.

Otro de los motivos que apunta el Preámbulo justificando la necesidad de la nueva Ley es la Resolución del Parlamento de la Unión Europea, de 2 de abril de 2009, que subraya la importancia de honrar la memoria de las víctimas que lo fueron por defender los valores democráticos. Sin embargo, la Ley 52/2007 se aprobó justo con esa intención, como se deriva con claridad de su art. 1.2⁷¹, y de su prefacio, donde se advierte que hay que implementar «políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática». Luego, el argumento de la Resolución europea parece no tener el suficiente fundamento.

Como tampoco lo tiene el tercer motivo que el legislador pone encima de la mesa, que son «las visitas impulsadas por las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias y el Relator especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, Pablo de Greiff, [que] se plasmaron en dos influyentes informes en 2014». Estas dos visitas, que para el legislador representan «dos hechos fundamentales en la internacionalización creciente del desarrollo de las políticas de memoria democrática en España», en puridad no vinieron más que a recordar que, a la luz de la Convención Internacional de 2006, antes citada, España no podía dejar en manos de la iniciativa privada la búsqueda de sus desaparecidos,

⁷⁰ Esta Convención Internacional fue aprobada por Resolución 61/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006 (A/RES/61/177, 12 de enero de 2007). Fue ratificada por el Rey el 14 de julio de 2009 (*Boletín Oficial del Estado* n. 42, de 18 de febrero de 2011), esto es, ya vigente la Ley 52/2007.

⁷¹ El art. 1.2 de la Ley 52/2007 señala que con «la presente Ley, como política pública, se pretende el fomento de los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra Civil y la Dictadura».

esto es, vinieron a constatar un compromiso asumido que no se estaba cumpliendo, pero que el Gobierno podía atender perfectamente sin necesidad de reforma legislativa alguna, como acabamos de señalar.

A partir de aquí, el Preámbulo menciona una serie de hitos en materia de memoria que a nuestro juicio no justifican el cambio de una ley por otra, como es la creación en 2018 de una Dirección General para la Memoria Histórica, la conmemoración del 80 aniversario del exilio republicano, o la exhumación, en 2019, de los restos de Francisco Franco del Valle de los Caídos. Igualmente se apela a la responsabilidad que tiene el Estado de adecuar de manera permanente «las políticas de memoria democrática a las nuevas necesidades a escala nacional, autonómica y local, así como a los nuevos paradigmas memoriales y de defensa de los derechos humanos que se articulan en el ámbito internacional», pero sin concretar en absoluto a qué necesidades se refiere.

La razón que verdaderamente justifica esta ley, como antes apuntábamos, es la decisión política de impulsar una memoria a partir de una verdad sobre la violencia que la Guerra Civil y la Dictadura trajeron consigo. El legislador de 2007 no olvidó la dimensión colectiva que el conocimiento de la verdad sobre las graves violaciones de los derechos humanos tiene. Conocía que, de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos, el pueblo tiene derecho a conocer la historia de su opresión a partir de la revelación de aquellos hechos de violencia. La diferencia es que el legislador de 2022, a partir de la revelación de tales episodios, trata de construir una memoria apelando al derecho a la verdad⁷².

El art. 1 de la LMD termina con un tercer párrafo que «repudia y condena el golpe de Estado del 18 de julio de 1936 y la posterior dictadura franquista, en afirmación de los principios y valores democráticos y la dignidad de las víctimas», y «declara ilegal el régimen surgido de la contienda militar iniciada con dicho golpe militar y que, como consecuencia de las luchas de los movimientos sociales antifranquistas y de diferentes actores políticos, fue sustituido con la proclamación de un Estado Social y Democrático de Derecho a la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978, tras la Transición democrática». Puesto que el citado art. 1 lleva por epígrafe «objeto y finalidad», queda claro que esta ley también se aprueba con la intención de rechazar total y absolutamente el régimen que surge del Golpe de Estado del 18 de julio de 1936. La Ley 52/2007 ya declaraba «el carácter radicalmente injusto» de todas sus condenas y sanciones por razones políticas, ideológicas o religiosas, y la ilegitimidad de los órganos que las dictaron⁷³, pero la LMD da un

⁷² Véase en este sentido el último párrafo del apartado I del Preámbulo de la LMD: «Por otro lado, esta Ley persigue preservar y mantener la memoria de las víctimas de la Guerra y la dictadura franquista, a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas, el establecimiento de la justicia y fomento de la reparación y el establecimiento de un deber de memoria de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o totalitarismo».

⁷³ La Ley 52/2007, arts. 2.1, 3.1 y 3.2.

paso más. Supone un juicio de culpabilidad, una enmienda de rechazo a la totalidad del régimen que derrocó a la II República.

Dos son los problemas de relevancia constitucional que esta ley plantea a nuestro juicio: el concepto de víctima y la lectura de la historia que el texto trata de establecer.

Por lo que a la primera a cuestión se refiere, la ley no discrimina a las víctimas en razón de su posición ideológica; no hace distinciones de ningún tipo; no diferencia en función de la postura que sobre el conflicto la víctima pudiera haber mantenido, o de si fue represaliada por unos u otros; comprende a todas las que «padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el período comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978» (art. 1.2). Y este carácter omnicompreensivo queda confirmado en el art. 3, que al definir el concepto de víctima abraza a todas las que padecieron persecución o violencia por las razones apuntadas.

Ahora bien, más allá de estos dos preceptos, de la lectura completa de la LMD se deriva que es la memoria de los represaliados por el franquismo la que el legislador trata de recuperar y preservar. Esto es, todas son víctimas, pero la memoria que trata de recuperar esta ley es particularmente la de los republicanos. El texto no es tibio al respecto. Los ejemplos son abundantes. Entre otros, el adjetivo que califica a la memoria dificulta que esta pueda comprender a quienes se alzaron en armas contra la República, lo que no se compadece bien con el alcance que se deriva de los citados arts. 1.2 y 3. Por otra parte, de los tres párrafos del art. 1, donde se identifica el objeto y finalidad de la ley, se deriva con meridiana claridad que la memoria que se trata de recuperar no es la de quienes entendieron que había motivos para alzarse contra el gobierno del Frente Popular. De las 45 ocasiones que la ley habla de represión, siempre es en referencia a la infligida por las fuerzas de Franco. Y el derecho inalienable de la ciudadanía al conocimiento de la verdad se invoca respecto del «proceso de violencia y terror impuesto por el régimen franquista, así como sobre los valores y los actos de resistencia democrática que llevaron a cabo quienes cayeron víctimas de su represión»⁷⁴. No son estos los únicos ejemplos.

La cuestión de constitucionalidad no es si una ley puede recordar tan solo a las víctimas del franquismo, que a nuestro juicio sería una ley válida porque existen motivos que la justificarían, sino, si una ley que pretende reconocer a todos los que padecieron graves violaciones de derechos humanos durante una época puede invocar la memoria de una sola de las partes en el conflicto, lo que a nuestro juicio resulta

⁷⁴ Apartado II del Preámbulo de la LMD.

contradictorio con el art. 1.2 del propio texto legal, con la Constitución (art. 10.1 CE) y con el Derecho internacional de los derechos humanos⁷⁵.

La segunda cuestión de relevancia constitucional, en la que queremos centrarnos a partir de este momento, es si una ley puede establecer y ordenar una determinada interpretación de la historia. Y esto viene al caso porque, si bien uno de los objetivos de esta ley es que las víctimas, sus familiares y la sociedad en general puedan conocer los hechos de violencia que acaecieron en España con ocasión de la Guerra y la Dictadura (art. 15), lo cierto es que con ella el legislador no solo trata de que se esclarezcan los episodios aún por resolver, sino que trata de establecer una lectura del pasado que se presenta en términos de verdad.

Esta lectura o interpretación de los hechos se deriva en primer lugar del propio texto de la ley. Basta con leer el art. 1 para llegar a tal conclusión. De los párrafos 1 y 2 se desprende con meridiana claridad que el legislador atribuye la condición de demócratas a todas las víctimas del franquismo, con lo que se podrá o no estar de acuerdo, pero a todas luces supone una determinada manera de comprender los hechos. Como lo es entender que el régimen del 78 es consecuencia «de las luchas de los movimientos sociales antifranquistas» (art. 1.3).

Más allá de la verdad que desliza el propio texto, el legislador contempla, en el art. 57.5, la creación de una Comisión a la que confía no solo el esclarecimiento de los hechos de violencia que aún estén por resolver sino también la tarea de elaborar un informe que sistematice la información existente sobre las violaciones de derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura con el objeto de superar la fragmentación de la memoria. En la medida en que la ley ordena la difusión de esta memoria en los diferentes ámbitos educativos [Educación Secundaria Obligatoria, Formación Profesional y Bachillerato (art. 44.1)] y de formación del profesorado (art. 44.2), el fomento de la investigación en la materia (art. 45), o la inclusión de contenidos específicos relacionados con ella en los planes de formación continua de la Administración General del Estado (art. 47), es por lo que concluimos que esta memoria nace predeterminada. La ley efectivamente quiere sensibilizar y promover el conocimiento de la historia democrática española, pero a partir de los planteamientos establecidos en la ley. A excepción del Decreto 9/2018 de Castilla y León, igual sucede en todas las leyes autonómicas de memoria, que con el mismo enfoque tratan de preservar una memoria que se presenta como la verdad que se deriva de aquellos episodios de violencia⁷⁶.

⁷⁵ En especial, véase la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de Naciones Unidas, *por la que se aprueban los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, cuyo parágrafo 8 (epígrafe V) comprende a todas las personas.

⁷⁶ La Ley 2/2017 de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía atribuye a todas las víctimas del franquismo el valor de haber luchado por la defensa de las libertades y derechos que hoy disfrutamos (apartado I de la Exposición de Motivos). También, las siguientes leyes autonómicas de memoria: Ley

Reivindicar la memoria de los represaliados por el franquismo es un acto de justicia que nada tiene que ver con el establecimiento de una verdad histórica, o de una memoria colectiva. La Ley 52/2007 se centró especialmente en lo primero, reconociendo expresamente que «no es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva»⁷⁷. El legislador de 2022, recogiendo el sentir de parte de la doctrina, que en su día lamentó que la Ley *de memoria histórica* tan solo abordara la dimensión individual o familiar de la misma⁷⁸, aborda en esta nueva ley esta otra dimensión. La cuestión a resolver es, como hemos anticipado, si es conforme o no con la Constitución que una ley alimente una determinada lectura de la historia. Si convenimos que la memoria a la que apela el legislador es el resultado de una determinada interpretación de los hechos que pudiera condicionar la libertad de pensamiento de la ciudadanía, la respuesta estaría ya bien pergeñada.

IV. VERDAD Y MEMORIA

La verdad representa uno pilares en los que se fundamentan la LMD y las leyes autonómicas de memoria. En la Ley 52/2007, *de memoria histórica*, este concepto, sin embargo, no aparecía en absoluto, ni como principio ni como derecho⁷⁹. Se trata de un vivo ejemplo de ese proceso de gestación que necesitan los derechos para nacer. Como Bobbio recuerda, todos son fruto de su tiempo⁸⁰.

El derecho a la verdad sobre las graves violaciones de los derechos humanos se invoca por primera vez en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, aprobado en 1979, cuyo art. 32 reconoce el derecho de las familias a conocer la suerte de sus miembros y la obligación correlativa de los Estados a buscar

catalana 13/2007, cit. (art. 2); Ley 33/2013 Foral de Navarra (parte final de su Exposición de Motivos), cit.; Ley 4/2014 del País Vasco; Ley 14/2017 de Valencia (preámbulo y art. 33.1); Ley 2/2018 de las Islas Baleares (art. 21); Ley 14/2018 de Aragón (preámbulo y art. 3); Ley de Extremadura (art. 21); Ley de Asturias (arts 25.2 y 27); Ley de Cantabria [art. 3.a)]; Ley de La Rioja [art. 4.a)].

⁷⁷ Último párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 52/2007.

⁷⁸ En este sentido se pronunciaron, entre otros, Gómez Isa, F. (2006). *El derecho a la memoria*, San Sebastián: Diputación Foral de Guipúzcoa; Abad Licerias, J. M. (2009). *Ley de memoria histórica*, Madrid: Dykinson; Clavero Salvador, B. (2015). *España 1978: la amnesia constituyente*, Madrid: Marcial Pons; Luther, J. (2010). «El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 89, pp. 45-76.

⁷⁹ Dice el art. 2.1 de la LMD en su primera parte: «Esta ley se fundamenta en los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición (...)». Al respecto también, por ejemplo, el art 2.1 de la Ley 2/2017 de Andalucía, cit.; art. 2.1.a) de la Ley 14/2017, de Valencia; art. 2 de la Ley 2/2018, de las Islas Baleares; art. 2 de la Ley 14/2018, de Aragón, cit.; art. 2.1.a) de la Ley 1/2019, de Extremadura, cit.; el art. 1 de la Ley Foral de Navarra 29/2018, cit.; art. 1.1. de la Ley 1/2019 de Asturias, cit.; art. 2.a) de la Ley 8/2021, de Cantabria; art. 3.a) de la Ley 5/2022 de La Rioja; art. 2.2 del Decreto 109/2021 de Castilla-La Mancha.

⁸⁰ Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, Madrid: Editorial Sistema.

a las personas desaparecidas. Desde entonces, el reconocimiento de este derecho ha sido progresivo, destacando en su proceso de consolidación, la adopción por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas del *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, en 1997, actualizados en 2005. En el informe final que acompaña a la versión original de este documento, que elabora L. Joinet, se subraya la idea de que el conocimiento de la verdad ayuda a comprender las causas subyacentes de un conflicto, y contribuye a evitar que éstos se vuelvan a repetir, destacando el valor de este derecho como instrumento fundamental para combatir la impunidad y para fortalecer la confianza de la ciudadanía en el Estado de Derecho y en sus instituciones⁸¹.

Este aspecto que acabamos de subrayar apela a la dimensión colectiva que al derecho a la verdad se le atribuye, que junto a la individual configura el contenido del mismo. Mientras que esta última reconoce el derecho de las víctimas, individualmente consideradas, a que sean concebidas como tales, a que el daño sobre ellas infligido sea públicamente reconocido, y a que se depuren las responsabilidades que de tales hechos se pudieran derivar, la dimensión pública trata de evitar el olvido de tales episodios de violencia como garantía de no repetición. Desde esta segunda perspectiva, y a este propósito del derecho que la sociedad tiene a que la verdad se conozca, deriva el deber de preservar la memoria que los poderes públicos habrán de atender con todos los medios a su alcance (v.gr., aclarando los hechos que fuera menester, recabando testimonios o conservando y difundiendo las fuentes originarias de información).

Otro documento de Naciones Unidas que destaca especialmente esa doble dimensión, individual y colectiva de este derecho es la Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 con el título *Principios y Directrices sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones*, donde se subraya que conocer por qué sucedieron las cosas y quiénes fueron los responsables, además de para depurar responsabilidades penales, también representa una medida de reparación, una garantía de no repetición y una fórmula para que la sociedad se reconcilie con su historia⁸².

Pero en relación con el reconocimiento progresivo del derecho a la verdad, el documento más importante es la Convención de Naciones Unidas *para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006, cuyo art. 24.2 reza de la siguiente manera: «cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto»⁸³.

⁸¹ Así lo reconocen los principios 1 y 3 de este documento. Para la versión original: E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 2 octubre; para la versión actualizada, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

⁸² Resolución cit., Véanse los párrafos 18 y 22.

⁸³ Doc. cit.

Aunque este precepto solo hace referencia a la dimensión individual que a la verdad se le reconoce en este ámbito de las graves violaciones de los derechos humanos, lo importante es que por primera vez cristaliza este derecho en un tratado internacional de carácter universal. La dimensión colectiva del mismo nunca se ha cuestionado desde que en 1997 L. Joinet subrayara esa doble dimensión en el documento antes citado⁸⁴. Por lo que a los sistemas regionales de protección de derechos humanos se refiere, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el TEDH han subrayado de manera suficiente este doble aspecto⁸⁵.

En relación con el objeto de este trabajo, esta segunda dimensión que del derecho a la verdad se predica es particularmente importante, pues en ella fundamentan la LMD y las leyes autonómicas su deber de preservar y difundir la memoria colectiva de las graves violaciones de derechos acaecidas durante la Guerra Civil y la Dictadura. Por lo que a la LMD se refiere, el derecho a la verdad se reconoce en el art. 15 en los siguientes términos:

Su primer párrafo reconoce «el derecho de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, a la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de los motivos y circunstancias en que se cometieron las violaciones del Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra y de la Dictadura y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero». A tales efectos, el párrafo segundo ordena que la Administración General del Estado impulse «el conocimiento científico imprescindible para el desarrollo de la memoria democrática en los términos definidos en esta ley». Este enfoque al que hace referencia el precepto no puede ser otro que el que se

⁸⁴ A los documentos ya citados en el texto podemos sumar el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con el título *Estudio sobre el derecho a la verdad* (Doc. E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006) o la Resolución Consejo de Derechos Humanos 12/12, sobre *El derecho a la verdad* (A/HRC/RES/12/12, 12 de octubre de 2009).

⁸⁵ El reconocimiento de esta doble dimensión en el ámbito del sistema interamericano de los derechos humanos ha sido particularmente importante. La primera sentencia de la Corte Interamericana donde se advierte es la dictada en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Tras ella, recomendamos los casos *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 197; o *Gudiel Álvarez y otros («diario militar») Vs. Guatemala*, de 20 de noviembre de 2012, párrafos 301 y 302. Entre las últimas, resulta de particular interés la reflexión que sobre el derecho a la verdad hace el magistrado Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto particular a la sentencia dictada en el *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 14 de noviembre de 2014. En cuanto al TEDH, la sentencia señera es la dictada en el caso *El-Masri c. ex-república yugoslava de Macedonia* (n. 39630/09), de 13 de diciembre de 2012. Con posterioridad a ella, aunque prácticamente en los mismos términos, las sentencias *Husayn (Abu Zubaydah)*, párrafo 489 y *Nashiri*, párrafo 482, ambas contra Polonia y de fecha de 24 de julio de 2014 (ns. 7511/13 y 28761/11, respectivamente). En relación con esta protección en los sistemas interamericano y europeo de protección de derechos humanos, López Ulla, J. M. (2015). *El derecho a la verdad y las desapariciones forzadas*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 95.

derive del informe sobre las violaciones de derechos humanos que el art. 57.5 ordena, como ya hemos adelantado, de lo que nos ocuparemos en el próximo epígrafe. Y, por último, en relación con este fomento de la investigación histórica, el párrafo tercero subraya «el papel esencial que desempeña el debate histórico (...) al amparo de la libertad de creación científica reconocida en el art. 20.1 b) del Texto Fundamental», pero circunscribiendo tal impulso al debate que contribuya a «la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática».

Si de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos, la dimensión colectiva del derecho a la verdad apela a la necesidad de revelar las graves violaciones de derechos humanos que hubieren podido acaecer en el pasado para que tales hechos no se repitan en el futuro, en el próximo epígrafe trataremos de justificar por qué la memoria colectiva a la que apela la LMD y las leyes autonómicas de memoria no se ajusta exactamente a este concepto. Establecer y difundir una verdad sobre la violencia acaecida supone realizar una lectura de los hechos que no es tarea del poder político. A los poderes públicos corresponde establecer y preservar las vías para que la verdad pueda ser revelada, pero sin condicionar el resultado.

V. LA MEMORIA COMO ESPACIO PARA CONFORMAR UNA CONCIENCIA HISTÓRICA COLECTIVA

V.1. *Introducción*

El art. 1.1 de la derogada Ley 52/2007, *de memoria histórica*, tenía por objeto reconocer derechos, reparar el daño moral y recuperar la memoria personal y familiar de quienes «padecieron persecución o violencia por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa»⁸⁶, pero añadiendo, a renglón seguido, que con ella también se pretendía fomentar «la cohesión y solidaridad» entre los españoles «en torno a los principios, valores y libertades constitucionales». En relación con esta segunda intención, el art. 1.2 ordenaba que, «como política pública» se fomentara «el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra civil y la Dictadura, (...) asegurando la preservación de los documentos relacionados con ese período histórico y depositados en archivos públicos».

En este primer párrafo de la ley citada se advertían las dos dimensiones que en el derecho a la verdad están presentes. En primer lugar, la individual, que apela a la necesidad de atender a las víctimas y a sus familiares. Recuérdese, al efecto, que la Exposición de Motivos de esta ley señala que con ella se pretendía «dar cumplida y definitiva respuesta a las demandas (...) legítimas y justas» de distintas asociaciones

⁸⁶ En relación con las razones de esa violencia, el art. 1.2 de la LMD también alude a la sufrida por razón «de pensamiento, u opinión, de conciencia (...), de orientación e identidad sexual».

cívicas, que «nuestra democracia (...), en el marco de la Constitución, no [podía] dejar de atender». Y es que, en aquel primer momento, el movimiento memorialista reclamaba, sobre todo, la imperiosa necesidad de localizar a los desaparecidos de la guerra y la dictadura. Entre los pasos que al efecto había que dar, lo primero era encontrarlos para enterrarlos con la dignidad que merecían, honrar su memoria y que se reconociera públicamente la represión de la que habían sido objeto. A partir de ahí, había que tratar que esos episodios de violencia nunca más se volvieran a repetir, para lo cual resultaba imprescindible darlos a conocer y evitar el olvido. Se trata de la segunda la dimensión colectiva que del derecho a la verdad también se predica.

De esta segunda vertiente, que reconoce el derecho que la sociedad tiene a conocer su historia de opresión a partir de la revelación de las graves violaciones de derechos del pasado y de las circunstancias y los motivos que condujeron a tal situación⁸⁷, no se deriva, sin embargo, la necesidad de construir una «memoria colectiva». Lo advertía así la derogada Ley 52/2007 en su Exposición de Motivos: «no es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva» sino «reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía democrática, fomentar los valores constitucionales y promover el conocimiento y la reflexión sobre nuestro pasado, para evitar que se repitan situaciones de intolerancia y violación de derechos humanos como las entonces vividas».

No es esta, como estamos comprobando, la posición de la LMD y de la mayoría de las leyes autonómicas de memoria, que parten de una «verdad histórica» que hay que revelar y conocer, lo que supone un cambio radical con respecto a la Ley 52/2007. A diferencia de lo que esta reconocía, la LMD entiende que hay que superar la fragmentación de la memoria para conformar «un espacio para la formación de una conciencia histórica colectiva»⁸⁸.

Sin embargo, esta verdad histórica que hay que difundir para que los hechos no se olviden, que es lo que el legislador denomina «memoria colectiva», no deriva exactamente de la dimensión colectiva que del derecho a la verdad se predica. Esta, como hemos comprobado en el epígrafe anterior, apela al deber que tiene el Estado de hacer lo posible para que los hechos violentos del pasado no se olviden, que nada tiene que ver, advierte Ricoeur, con la existencia de una verdad sobre la historia⁸⁹. Esto es, que el conocimiento de las graves violaciones de los derechos humanos interpele

⁸⁷ Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, doc. cit., Principio 1.

⁸⁸ Art. 57.5 y apartado IV del Preámbulo de la LMD. En la misma dirección, el apartado I *in fine* del Preámbulo reconoce que hay que «afrontar la verdad y la justicia sobre nuestro pasado» reclamando, al efecto, el «derecho inalienable» de la ciudadanía y de las víctimas «al conocimiento de la verdad histórica sobre el proceso de violencia y terror impuesto por el régimen franquista, así como sobre los valores y los actos de resistencia democrática que llevaron a cabo quienes cayeron víctimas de la represión» (apartado II).

⁸⁹ Ricoeur, P. (2004). *La memoria, la historia, el olvido*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 32.

a la sociedad en general (dimensión colectiva del derecho a la verdad) no presupone que exista una verdad sobre la historia. Si existe una memoria en términos de verdad es porque antes ha sido inoculada, pues la memoria evoca siempre una versión subjetiva del pasado⁹⁰. Esta intervención del poder político en la manera en la que se han de recordar las cosas, que tanto debate generó en Francia con motivo de la aprobación de la *Ley Mekachera*, como en el primer epígrafe hemos recordado, es la discusión que late ahora en España a raíz de estas leyes de memoria. No es lo mismo fomentar el conocimiento del pasado que declarar que fue lo sucedido. En relación con lo primero, el Estado debe articular los medios necesarios. La pregunta es si corresponde al poder político establecer y difundir una verdad sobre la historia.

V.2. *La Comisión de la verdad*

Para garantizar el derecho a la verdad que el art. 15 reconoce a las víctimas, sus familiares y a la sociedad en general, el art. 57.5 LMD ordena que se constituya una Comisión independiente y de carácter no judicial que esclarezca las violaciones de derechos humanos perpetradas durante la Guerra y la Dictadura a la que se le encomienda la elaboración de unas conclusiones y recomendaciones «para la reparación de las víctimas y evitar que tales hechos vuelvan a repetirse en el futuro»⁹¹ así como «un informe para sistematizar la información existente sobre las violaciones de derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura». El precepto citado también faculta a dicha Comisión para que proponga «un plan ordenado de investigaciones» sobre el tema, así como «metodologías y protocolos de actuación en este ámbito»⁹²; y por último, establece que por vía reglamentaria se determine su composición, el plazo en que habrá de acometer sus tareas, así como las condiciones en las que el Consejo de Memoria validará y difundirá las conclusiones de sus informes, asegurando la participación y el reconocimiento oficial de las víctimas y sus familiares⁹³.

⁹⁰ La Exposición de Motivos de la Ley 4/2014, del País Vasco, cit., expresa bien esta idea: «la memoria es la facultad que permite mantener presente el recuerdo de lo sucedido. Se asienta en la referencia de hechos objetivos que forman parte de lo que se recuerda, pero se configura subjetivamente en cada persona. No hay dos memorias exactamente iguales. La memoria pública es, en este sentido, una construcción conflictiva, dinámica y poliédrica».

⁹¹ Art. 57.5.1 de la LMD: «En relación con lo establecido en el artículo 15, en el seno del Consejo de la Memoria Democrática se constituirá una Comisión de ámbito estatal, de carácter académico, temporal y no judicial, independiente, con la finalidad de contribuir al esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura, como forma de favorecer la convivencia democrática, mediante la recepción de testimonios, información y recopilación de documentos y de otros antecedentes que le permitan, con objetividad e imparcialidad, la elaboración de conclusiones y recomendaciones para la reparación de las víctimas y evitar a que tales hechos vuelvan a repetirse en el futuro».

⁹² Art. 57.5.2 de la LMD.

⁹³ Art. 57.5.3 de la LMD.

En relación con la creación de esta Comisión, nada hay que objetar por lo que atañe a la tarea de contribuir al esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura, más bien al contrario. Ninguna violación de los derechos humanos debe caer en el olvido. Lo que inquieta es el informe que el párrafo segundo ordena «para sistematizar la información existente sobre las violaciones de derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura», y, sobre todo, ese «plan ordenado de investigaciones», «la promoción de metodologías y protocolos de actuación en este ámbito», o el «mecanismo formal» que el párrafo tercero anuncia para la validación, presentación y difusión de las conclusiones que se alcancen.

Esta Comisión, que aunque formalmente no se denomine «de la verdad» tiene esa tarea encomendada, es muy parecida a la «Comisión de la Verdad» que con este título ordenaba la Proposición de Ley para la reforma de la Ley 52/2007, que el Grupo Parlamentario Socialista presentó en diciembre de 2017⁹⁴, que a su vez se inspiraba en el art. 41 de la Ley de la Ley 2/2017, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía. El art. 6.1 de aquella iniciativa socialista, que la concebía igualmente como una Comisión temporal y de carácter no judicial, señalaba que la misma se constituiría «con la finalidad de conocer la verdad de lo ocurrido, contribuir al esclarecimiento de las violaciones a derechos humanos y las graves infracciones cometidas, promoviendo así el reconocimiento de las responsabilidades de quienes participaron en la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, como forma de favorecer la convivencia democrática». En relación con la primera de estas funciones, el párrafo segundo de este precepto encomendaba a dicha Comisión la tarea de «elaborar un informe incluyente y global que contribuya al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas y las garantías de no repetición sobre los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos durante la Guerra Civil Española y la dictadura franquista, hasta la aprobación de la Constitución Española el 6 de diciembre de 1978».

Más allá del error en la fecha señalada⁹⁵, lo relevante es la intención que esta norma tenía de establecer una verdad sobre aquellos episodios de la historia, lo que motivó que más de doscientos historiadores e intelectuales firmaran un «Manifiesto por la historia y la libertad», publicado el 18 de marzo de 2018 en la prensa española, denunciando que imponer un único relato de la historia conculcaba la libertad de pensamiento, de expresión, de investigación, de cátedra y el pluralismo político, tal y como años antes había sucedido en Francia con la última de sus leyes de memoria⁹⁶.

⁹⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, n. 190-1, de 22 de diciembre de 2017. Esta Proposición de ley decayó al finalizar la XII legislatura.

⁹⁵ La Constitución no fue aprobada el 6 de diciembre sino el 31 de octubre de 1978, en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado. El 6 de diciembre es cuando fue ratificada por el pueblo español en referéndum, siendo sancionada por el Rey ante las Cortes, el 27 del mismo mes, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 29 de diciembre, fecha de su entrada en vigor.

⁹⁶ Así lo hemos recordado en el primer epígrafe de este trabajo.

Es por ello que en principio pudiera parecer un acierto que el párrafo primero del art. 57.5 LMD haya conferido a la Comisión en él prevista tan solo la función de «contribuir al esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura», sin aludir a la tarea de dar a «conocer la verdad de lo ocurrido» (art. 6.1 de la Proposición), pues como venimos defendiendo a lo largo de este trabajo, no corresponde al poder político declarar la verdad de la historia sino crear las condiciones para que esa verdad pueda ser estudiada y declarada, fuera de cualquier norma jurídica que imponga una determinada lectura. Lo que sucede es que, a renglón seguido, el art. 57.5 de la LMD atribuye a esta Comisión una serie de tareas que tienen el claro propósito de determinar la verdad sobre estos episodios de violencia a partir de una determinada visión de los hechos, como venimos comentando.

La cuestión, por tanto, es si el Estado merma o limita la libertad de expresión e información que la Constitución garantiza en el art. 20, junto a la libertad científica, que representa una determinada proyección de estas, cuando declara y difunde en la sociedad una verdad sobre la historia. El bien jurídico protegido de este derecho fundamental no es solo la existencia de una opinión pública libre como presupuesto de la democracia sino también la búsqueda de la verdad. En una sociedad abierta, el flujo de ideas no debe estar mediatizado por el Estado⁹⁷.

El segundo aspecto que merece ser comentado es que si bien del art. 57.5 LMD desaparece la referencia que el art. 6.1 de la Proposición de ley socialista contenía atribuyendo a su Comisión de la verdad la tarea de promover «el reconocimiento de las responsabilidades de quienes participaron en la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra», la realidad es que la LMD no renuncia a la posibilidad de que se puedan imputar esta clase de responsabilidades, pues el art. 2.3 advierte que «todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía» habrán de ser interpretadas y aplicadas «de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables»⁹⁸. En consecuencia, aunque la ley citada no haya sido expresamente

⁹⁷ En este sentido se pronuncian Díez-Picazo, L. M. (2005). *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson & Civitas, p. 34; y Salvador Coderch, P. y otros (1990). *El mercado de las ideas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 43.

⁹⁸ Entre los textos de Derecho Internacional en el marco de las Naciones Unidas que proclama el carácter no amnistiable de los crímenes de lesa humanidad: véanse los arts. 1.2, 3, 4, 6 y 7 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, cit.; y con anterioridad, los principios 19, 20 y 32 del *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, de la Comisión de Naciones Unidas de Derechos Humanos, doc. cit. O también la Comunicación 322/1988 del Comité de Derechos Humanos en el caso *Rodríguez c. Uruguay* (1994), donde se subraya la obligación estatal de investigar cualquier acto de tortura, aun cuando los hechos hubieran ocurrido bajo un régimen político anterior, advirtiendo que tal obligación es incompatible con leyes o medidas de amnistía y que la víctima tiene

derogada, el nuevo texto está recordando que a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos (art. 10.2 CE), el Estado tiene la obligación de garantizar «el derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas»⁹⁹, por lo que entendemos que el objetivo de que se reconozcan las responsabilidades por la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra, a la que se refería la Proposición socialista de 2017, no desaparece en puridad de la LMD¹⁰⁰.

De acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados. Las dificultades que este principio irrenunciable puede generar en la práctica cuando el objetivo principal es transitar en paz hacia una democracia son evidentes¹⁰¹. Pero afortunadamente hace años que

el derecho a que los responsables sean identificados (Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto 1994, párrafos 12.3 y 14); o los Informes del Alto Comisionado de los derechos humanos sobre el derecho a la verdad de 2006 y 2007 (respectivamente, párrafos 39, 45 y 86 del Doc. de Naciones Unidas E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006, y Doc. de Naciones Unidas A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007 párrafo 23). En el sistema interamericano de derechos humanos, la prohibición de las leyes de amnistía para esta clase de crímenes se reconoce en muchos textos. Véase, especialmente, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe n. 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez v. El Salvador, OEA/Ser.L/V/II.106, 13 de abril de 2000, párrafo 142; o el Informe n. 135/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros v. El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párrafo 221. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es también abundante. Por todas, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrafos 41 a 49. En cuanto al sistema europeo de protección, véase por todas, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la Resolución 1956 (2013), Final version.— Missing persons from Europe's conflicts: the long road to finding humanitarian answers, adoptada el día 3 de octubre de 2013. Sesión ordinaria AS (2013) CR 35. AA13 CR 35, apartado 7.2. Y en cuanto al TEDH, la sentencia dictada en el caso *Marguš c. Croacia*, n. 4455/10, de 27 de mayo de 2014, donde se subraya que la amnistía contraviene los artículos 2 y 3 del CEDH

⁹⁹ Así lo recuerda el Preámbulo.

¹⁰⁰ El apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2017 de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía denuncia la derogación de la Ley de Amnistía en los siguientes términos: «los crímenes cometidos por el franquismo durante todo el período están claramente definidos como crímenes contra la humanidad o crímenes de lesa humanidad (...)». Por ello, apunta, «estos crímenes serían imprescriptibles, y debe asegurarse su persecución universal, por lo que no puede aplicarse a ellos la prescripción de la acción penal o de la pena mediante el establecimiento de leyes de amnistía o de cualquier otro modo. Desde esta perspectiva, que sostiene una parte relevante de la doctrina, en cumplimiento del Derecho Internacional sobre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, debería derogarse o modificarse cualquier norma legal de carácter estatal que se oponga o contravenga esta normativa internacional».

¹⁰¹ Es sumamente interesante el debate entre los *human rights*, quienes defienden que no hay paz sin verdad, justicia y reparación, principios para ellos irrenunciables de la justicia transicional, y los *peace makers*, que no estando en desacuerdo con los primeros advierten que a veces esos principios han de ceder cuando no se atisba otra manera de transitar hacia la democracia que haciendo determinadas concesiones en términos de (in)justicia. Por razones de espacio no debemos detenernos en este punto, pero entre los primeros, léase a Bernal Pulido, C., y Barbosa Castillo, G. (2016). «Introducción», en VV.AA., *Justicia transicional: verdad y responsabilidad*, Universidad Externado de Colombia&Ejército Nacional de Colombia, pp. 15-26; y entre los segundos, a Rodotà, St. (2012). «Il diritto alla verità», en Resta, G. y Zeno-Zencovich, V., «La storia «giuridificata», *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra*

España superó con éxito ese momento, por lo que no nos detendremos ahora en esta cuestión. Es la primera, la que pensamos que más interés reviste en relación con la ley recientemente aprobada: que las conclusiones sobre la violencia desatada durante la Guerra Civil y la Dictadura, a las que pueda llegar una comisión adscrita al Ministerio competente en la materia, puedan ser impuestas a la ciudadanía a través de las medidas de divulgación que la LMD contempla en la Sección 3.^a del Capítulo IV del Título II de la LMD.

Si, como venimos recordando, de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos, la dimensión colectiva que del derecho a la verdad se predica tiene la finalidad de que los hechos de violencia del pasado sean conocidos y recordados por la sociedad, con la intención de evitar que se repitan en el futuro, «el deber de memoria», que trata de «neutralizar el olvido»¹⁰², está correctamente contemplado en el art. 34 de la LMD, pues ordena que las administraciones públicas adopten todas las medidas necesarias para tratar de que no se repitan las violaciones de derechos humanos que se produjeron durante el golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura. El problema surge cuando el legislador trata de que las violaciones de los derechos humanos no se olviden difundiendo entre la población una verdad que resulta de la lectura que de tales episodios lleva a cabo el poder político, pues, a nuestro modo de ver, parece claro que la tarea que la Ley encomienda a la Comisión prevista en el art. 57.5 inevitablemente cristalizará en una manera de interpretar los hechos.

«El olvido no es opción para una democracia», advierte con acierto el Preámbulo de la LMD (apartado I), y por esto la historia debe ser recordada. Pero en democracia no corresponde a los poderes públicos implantarla. Estos tienen la obligación de allanar los caminos para que la historia sea conocida, y esto pasa por que los hechos sean revelados y difundidos. Pero el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, tal y como se reconoce en los textos internacionales, nada tiene que ver con la construcción de la «conciencia histórica colectiva» a la que alude el apartado IV del Preámbulo de la LMD y cristaliza en el art. 15.3, donde se advierte la necesidad de conformar una «conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática». No es esta, a nuestro juicio, la tarea que al legislador compete, como advierte la Exposición de Motivos de la derogada Ley 52/2007. Al Estado corresponde velar por que la memoria sea posible a partir del esclarecimiento de los hechos, no revelar la verdad de la historia.

storici e giuristi, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 497 a 515, concretamente, pp. 497 a 499; y Ben Ami, Sh. (2017). «Colombia: desafíos de la paz y del postconflicto», en Gil Gil, A., Maculan, E. y Ferreira, S., *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado-UNED, pp. 15 a 20, concretamente, p. 16.). Una visión panorámica sobre este debate, Garfunkel, I. (2015). «Verdad Y Justicia: Términos incompatibles en la justicia transicional», *American University International Law Review*, Vol. 32, n. 2, pp. 409-436, concretamente, p. 436; y Gil Gil, A. (2015). «El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia», en la obra colectiva coordinada por la autora, cit. pp. 21-52, en concreto, p. 27.

¹⁰² Expresión utilizada en el apartado I de Preámbulo de la LMD.

Los elementos del binomio «verdad histórica» normalmente se repelen. El Estado debe fomentar la investigación, la crítica científica, pero sin establecer presupuestos de partida que condicionen los resultados. Aunque la exteriorización del pensamiento no se reprima —lo que debe de estar limitado a las conductas tipificadas como delito (como la apología de la violencia o la incitación al odio)—, las verdades oficiales sobre la historia debieran quedar exclusivamente circunscritas en relación con hechos fehacientemente demostrados. La historiografía no se rige por las reglas que ordenan los procedimientos judiciales, donde hay que concluir con un fallo que determine de una vez y para siempre qué fue lo sucedido¹⁰³. Son los historiadores quienes tienen las herramientas para dar cuenta del pasado, no el Derecho¹⁰⁴.

VI. CONCLUSIONES

Corresponde en este último epígrafe resumir las conclusiones más relevantes sobre el tratamiento que la memoria recibe en la Ley 20/2022, de Memoria Democrática (LMD). La cuestión principal que abordamos es si compete al poder político conformar una memoria colectiva. Al efecto hemos tomado en consideración el reconocimiento que la memoria recibe en el Derecho internacional de los derechos humanos, en las normas autonómicas que hasta la fecha se han aprobado sobre la materia y en lo que disponía la derogada Ley 52/2007, popularmente conocida como *de la memoria histórica*.

En el primer epígrafe nos hemos acercado a la memoria como categoría normativa, advirtiendo que, si bien todas las leyes parten de una determinada lectura del pasado, no resulta fácil encasillarlas a partir de ahí, pues no todas tienen un componente normativo y las que lo tienen, no coinciden en la misma intensidad.

En el segundo, hemos querido hacer referencia al carácter conflictivo que la mayoría de las leyes de memoria tienen, advirtiendo que, si bien todas son en principio concebidas como un instrumento para la paz y reconciliación de los pueblos, su aprobación suele generar intensos debates internos y, a veces, conflictos diplomáticos.

¹⁰³ En relación con este tema son muy interesantes las reflexiones de la STS 101/2012 sobre las diferencias entre la verdad histórica y la verdad procesal, y sobre los métodos distintos que la historiografía y el Derecho emplean para llegar a la verdad.

¹⁰⁴ La posición de los historiadores en torno a la memoria es un tema de extraordinario interés pero que no podemos abordar en este trabajo. En el primer epígrafe al menos lo señalamos cuando nos referimos al debate que abrieron las leyes de memoria francesas. La bibliografía al respecto es abundante. Pierre Nora fue uno de los primeros en advertir la necesidad de no confundir memoria con historia, posicionándose en contra de que esta sea dictada por el legislador [«Entre mémoire et histoire» (pp. 23-43), en Nora, P. (2001), *Les lieux de mémoire*, t. 1, París: Gallimard, pp. 23-43]. También, en esta dirección, Ash, T. G. (1998). «The truth about dictatorship», *The New York Review of Books*, 19 de febrero, pp. 35-40. Entre los historiadores españoles, Santos Juliá (2006) también se ha posicionado en contra de una lectura oficial de la historia («Bajo el imperio de la memoria», *Revista de Occidente*, n. 302-303, pp. 7-20).

Esto sucede especialmente cuando la norma asigna responsabilidades sobre graves violaciones de derechos en el pasado y/o impone una determinada manera de interpretar la historia.

En relación con el objeto y la finalidad de la LMD, en el tercer y cuarto epígrafe advertimos que la principal diferencia entra esta y la norma que deroga radica en que la Ley 52/2007 estaba sobre todo centrada en la dignificación de las víctimas, individualmente consideradas, mientras que la nueva a este propósito añade la voluntad de construir una memoria colectiva, invocando a tal efecto el derecho a conocer la verdad histórica de los episodios de violencia que la Guerra Civil y la Dictadura desataron.

Al respecto, hemos recordado que el derecho a la verdad tiene una doble dimensión: la individual, que apela a la necesidad de reparar el daño moral personal y familiar de quienes han sido víctimas de graves violaciones de los derechos humanos; y la colectiva, que trata de subrayar la obligación de recordar el pasado para que tales hechos no se repitan en el futuro. De esta segunda vertiente, que reconoce el derecho que un pueblo tiene a conocer su historia de opresión, no se deriva, sin embargo, que el poder político deba construir una memoria colectiva, entendida esta como el establecimiento de una verdad sobre la violencia acaecida. No es lo mismo fomentar el conocimiento del pasado, que determinar y establecer que fue lo sucedido. Y es aquí donde la LMD marca la diferencia con respecto a la anterior.

De la Exposición de Motivos y del articulado de la LMD se deriva con claridad una determinada interpretación histórica de la República, del Golpe de Estado y de la Dictadura que la ley trata de establecer contemplando la creación de una Comisión (art. 57.5 LMD) que recibe el encargo de «contribuir al esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos».

En el último epígrafe de este trabajo hemos justificado nuestras dudas sobre la legitimidad constitucional de la encomienda que a esta Comisión se le confiere, cuyas conclusiones la ley ordena que se incluyan, por ejemplo, en los planes de estudio del sistema educativo (art. 44). A nuestro juicio, no corresponde al poder político declarar la verdad de la historia sino crear las condiciones para que cada uno pueda alcanzarla.

La dimensión colectiva que el Derecho internacional de los derechos humanos advierte en el derecho a la verdad nada tiene que ver con la construcción de una conciencia histórica colectiva, a la que alude el apartado IV del Preámbulo de la LMD y cristaliza en el art. 15.3. Al Estado no le corresponde revelar la verdad de la historia sino velar por que la memoria sea posible a partir del esclarecimiento de los hechos.

Title:

From the Right to the Truth to the Duty to Remember: Spain's new Democratic Memory Law

Summary:

I. MEMORY AS A NORMATIVE CATEGORY. II. THE CONFLICTIVE NATURE OF MEMORY LAWS. III. OBJECT AND PURPOSE OF THE LAW OF DEMOCRATIC MEMORY. IV. TRUTH AND MEMORY. V. MEMORY AS A SPACE FOR SHAPING A COLLECTIVE HISTORICAL CONSCIENCE. 1. Introduction. 2. The Truth Commission.

Resumen:

Uno de los objetivos de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, es cumplir con el deber que el Estado tiene de preservar la memoria de las graves violaciones de derechos humanos. Esta obligación es consecuencia de la dimensión colectiva que el Derecho internacional advierte en el derecho a la verdad. El propósito de este trabajo es estudiar el tratamiento que la memoria ha recibido en esta nueva ley, y en las doce leyes autonómicas de memoria aprobadas hasta la fecha. Todas ellas reconocen estar fundamentadas en los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, que rigen la denominada justicia transicional. La cuestión es si la Constitución (y el Derecho internacional de los derechos humanos) ampara el establecimiento de una verdad sobre la historia. El derecho que toda sociedad tiene a conocer la historia de su opresión ha de ser compatible con una interpretación amplia de la libertad de pensamiento.

Abstract:

One of the goals of the new Spanish memory law, enacted on 5 October 2022, is to fulfil the State's duty to preserve the memory of serious human rights violations. This obligation derives from the collective dimension that the right to truth has. In this paper we deal with the treatment that memory has received in this law, and in the twelve regional memory laws that have been enacted to date. All of them recognise that they are based on the principles of truth, justice, reparation and guarantee of non-repetition, which govern the so-called transitional justice. The question to be resolved is whether a reading of what happened can be derived from this law. The right of every society to know the history of its oppression must be compatible with a broad interpretation of freedom of speech.

Palabras clave:

Ley de Memoria Democrática. Derecho a la verdad. Memoria colectiva. Libertad de expresión. Justicia transicional.

Key Words:

Democratic Memory Law. Right to the truth. Collective memory. Freedom of Speech. Transitional Justice