Universidade de Itaúna

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Ano VI, Número 11- Semestral - ago./dez. 2024 - ISSN 2675-260X

Universidade de Itaúna
UMA GRANDE UNIVERSIDADE

REVISTA CONFRONTOS

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Itaúna – Minas Gerais – Brasil
Publicação semestral

ANO VI, NÚMERO 11 – SEMESTRAL – AGO./DEZ. 2024
ISSN 2675-260X

Itaúna
2024

Revista Confrontos
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

SUMÁRIO

Editorial ano VI, n. 11, Semestral, ago.-dez., 2024

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

Deilton Ribeiro Brasil ……..……..……..… **10-12**

1. THE SUBJECT AND METHODOLOGY OF HISTORY OF STATE AND LAW OF FOREIGN COUNTRIES

EL OBJETO Y LA METODOLOGÍA DE LA HISTORIA DEL ESTADO Y EL DERECHO DE LOS PAÍSES EXTRANJEROS

Elena E. Gulyaeva

Elena N. Trikoz **13-23**

2. ACERCAMIENTO CONCEPTUAL A LA DIGNIDAD HUMANA EN COLOMBIA

ABORDAGEM CONCEITUAL DA DIGNIDADE HUMANA NA COLÔMBIA

Jessika Paola Guerrero Ospina ……..……..… **24-59**

3. THE ROLE OF POLITICAL PARTICIPATION IN THE IMPORTANCE OF POLITICAL DEVELOPMENT: THE CASE OF JUSTICE AND DEVELOPMENT PARTY

EL PAPEL DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA IMPORTANCIA DEL DESARROLLO POLÍTICO: EL CASO DEL PARTIDO JUSTICIA Y DESARROLLO

Melike Kayıral **60-76**

4. EL LEGISLADOR ANTE LA HISTORIA: EL DEBATE EN TORNO A LAS "LEYES MEMORIALES"

O LEGISLADOR ANTE A HISTÓRIA: O DEBATE EM TORNO DAS "LEIS MEMORIAIS"

Alejandro González-Varas Ibáñez …….…… **77-95**

Revista Confrontos
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

EL LEGISLADOR ANTE LA HISTORIA: EL DEBATE EN TORNO A LAS "LEYES MEMORIALES"

O LEGISLADOR ANTE A HISTÓRIA: O DEBATE EM TORNO DAS "LEIS MEMORIAIS"

Alejandro González-Varas Ibáñez
Catedrático de Derecho la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza
E-mail: agvaras@unizar.es

Resumen: Este trabajo analiza la legitimidad del legislador para aprobar normas sobre "memoria histórica". Se trata de un tema controvertido que ha dado lugar a pronunciamientos por parte de los tribunales y a debates doctrinales. También expondrá de qué modo estas normas pueden afectar a algunos derechos fundamentales.

Palabras-clave: Memoria histórica. Funciones del legislador. Derechos fundamentales

Recibido el: 30.09.2024
Aceptado en: 06.11.2024

Introducción

En los últimos años han aparecido en algunos países leyes memoriales o "leyes de memoria histórica", del mismo modo que también las organizaciones internacionales han aprobado textos de este tipo. Se ha suscitado un debate en torno a estas disposiciones porque, más allá de resarcir a algunas víctimas por las lesiones e injusticias sufridas en tiempos pasados, exponen una interpretación concreta de la Historia. Algunas de ellas incluso pretenden que se instaure en la sociedad una "memoria colectiva" sentada sobre las bases de su visión específica de esos períodos históricos. En algunos casos se trata, además, de hechos controvertidos a nivel social

que siguen siendo objeto de debate entre los ciudadanos y los historiadores, y donde aún las heridas del pasado no están suficientemente cauterizadas.

Esta situación propicia que nos podamos preguntar si los parlamentos - o aquellos órganos que tengan cualquier potestad normativa - se hallan legitimados para enjuiciar la Historia y emitir versiones oficiales de la misma. En ocasiones se ha dicho que algunos de estos textos son simbólicos. Precisamente por ello también podemos cuestionarnos si el Derecho puede adquirir una función simbólica que trasciende sus aspiraciones originales de normar la convivencia social y el logro de la justicia.

En este estudio se pretende analizar cuáles son las normas de este tipo que se han aprobado en dos países que son referencia en esta cuestión, como son Francia y España (apartado 2). Prueba del carácter controvertido de estas normas es que diferentes órganos jurisdiccionales se han tenido que pronunciar sobre su contenido y los posibles límites que establecen para ciertos derechos fundamentales como es principalmente el de libertad de expresión (apartado 3), lo que no excluye que haya otros derechos fundamentales afectados, como se irá comprobando. Obviamente, la reacción por parte de la doctrina científica ha sido significativa, lo que he pretendido reflejar en el apartado 4.

El método seguido ha sido el propio de las Ciencias jurídicas. El objeto del análisis han sido sobre todo normas, pronunciamientos de órganos jurisdiccionales y debates parlamentarios, además de doctrina científica. De su lectura se han pretendido inferir los principales contenidos de estas normas y sentencias, para deducir cuáles son los aspectos más problemáticos y ofrecer las reflexiones oportunas.

2. La legislación sobre memoria histórica. Los casos de Francia y España

No resulta extraño comprobar la difusión que está adquiriendo los textos que han aprobado los Estados e incluso las organizaciones internacionales que suponen un enjuiciamiento de hechos acaecidos en tiempos pasados. Estas “normas memoriales” no sólo pretenden reparar ciertos agravios o injusticias cometidos en tiempos pasados sino que, más allá de ello, a veces juzgan tal pasado y ofrecen una

versión determinada del mismo. En ocasiones no sólo introducen las sanciones correspondientes, sino incluso también mediadas educativas en un afán de asegurar la transmisión a las generaciones futuras de su valoración de la Historia. Con ello se corre el riesgo de que la libertad de expresión sobre tales hechos quede reducida, o que los investigadores no se encuentren seguros sobre las consecuencias que les pueden traer sus trabajos científicos según que su contenido se alinee en las posiciones del legislador o se aparte de ellas.

Algunos de los primeros ejemplos los encontramos en Francia a finales de la pasada centuria. En 1990 aprobó la denominada Ley *Gayssot*[1] cuya finalidad consistía en sancionar la negación de los crímenes contra la humanidad allí descritos, particularmente el holocausto nazi.

La Asamblea Nacional francesa volvió emitir su criterio sobre acontecimientos históricos a través de otras normas. Una de ellas fue la ley destinada a condenar expresamente el genocidio armenio[2]. Cinco meses más tarde, en mayo de 2001, la Cámara aprobó la ley que reconocía el tráfico de personas de color y la esclavitud como crímenes contra la humanidad[3]. A diferencia de la Ley *Gayssot,* ninguna de estas leyes introducía sanciones para quienes negaran los hechos en ellas descritos. Se quedaban, por tanto, en un plano meramente declarativo. Ello no evitó que la última ley mencionada incorporaba medidas educativas, pues su artículo segundo establecía que los programas de las escuelas y los de investigación en Historia y Ciencias humanas otorgarían a estos hechos el tratamiento que merecían.

La siguiente norma que reguló cuestiones de este tipo se promulgó en 2005. Se trató de la ley[4] dictada para mostrar el agradecimiento a las mujeres y hombres que participaron en el trabajo realizado por Francia en los antiguos departamentos franceses de Argelia, Marruecos, Túnez e Indochina, y demás territorios que

[1] Ley 90-615, de 13 de julio de 1990, sobre la represión de todo acto de racismo, antisemitismo o xenofobia.
[2] Se trata de la Ley 2001-70, de 29 de enero de 2001, referente al reconocimiento del genocidio armenio de 1915.
[3] Ley 2001-434, de 24 de mayo de 2001, que reconoce el tráfico de personas de raza negra y la esclavitud como crimen contra la humanidad.
[4] Ley 2005-158, de 23 de febrero de 2005, sobre el reconocimiento de la Nación y de la contribución nacional en favor de los franceses repatriados.

estuvieron bajo la soberanía francesa, además de rendirles homenaje por su sufrimiento y sacrificio (artículo 1). Establece la prohibición de insultarles y difamarles, o disculpar las ofensas que se perpetraron contra ellos (artículo 5). También se proyecta sobre el ámbito educativo, pues indica que los programas universitarios de investigación de Historia deben abordar la presencia francesa a en el extranjero, en particular en el norte de África (artículo 4).

En España, salvando algunos antecedentes a los que luego se hará mención, el debate acerca de la legitimidad del legislador para juzgar la Historia y emitir versiones oficiales sobre ella se inició con la aprobación de la Ley 52/2007, conocida popularmente como "Ley de Memoria Histórica"[5]. Esta norma ha sido derogada por la disposición derogatoria única, apartado segundo, de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática. Debe asimismo mencionarse un amplio número de normas autonómicas que también se han centrado en esta cuestión (LÓPEZ ULLA 2023, p. 101 y ss. IDEM 2021).

Estas leyes memoriales están centradas en la violencia ejercida durante la guerra civil española (1936-1939) y dictadura posterior, que se prolongó hasta la muerte del General Franco acaecida en 1975. Esto no ha evitado que -como se tendrá ocasión de indicar más adelante- la ley 20/2022, de memoria democrática, ha prolongado su arco temporal hasta la Transición, e incluso haya emitido juicios sobre el s. XIX en su preámbulo. El hecho de que sólo hable de los crímenes cometidos por uno de los bandos de la contienda sin hacer referencia al otro, o que incluso omita la actitud de las autoridades republicanas que se establecieron en 1931, ha sido causa de discusiones e incluso de intensos debates durante la tramitación de esta ley[6].

Interesa tener en cuenta que la Ley 20/2022 prevé distintos medios para el establecimiento a nivel social de su concepto de verdad histórica. Por una parte, incorpora un nuevo derecho como es el derecho individual a la memoria histórica

[5] Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.
[6] Véanse los debates parlamentarios recogidos principalmente en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente*, n. 130, de 14 de octubre de 2021. Ibid., n. 202, de 14 de julio de 2022. *Diario de Sesiones del Senado. Comisión constitucional,* n. 427, de 29 de septiembre de 2022.

proveniente de la ley de 2007, inédito hasta el momento en el panorama jurídico español y buena parte del comparado (SAUCA CANO 2008, 73-104). Junto a ello, añade el deseo de construir –dentro de un conjunto de políticas públicas que explica en el preámbulo y desarrolla en el articulado- una memoria colectiva.

En este sentido, el asentamiento de este concepto de la Historia recibe impulso a través de su necesaria difusión en los distintos niveles educativos (artículo 44.1), en la formación del profesorado (artículo 44.2), entre los funcionarios de la Administración General del Estado (artículo 47), y la obtención de particulares beneficios para la investigación (artículo 45). Para ello se partirá de los trabajos que, al efecto, desarrolle un Consejo específico designado en el artículo 57.

También procederá al reconocimiento de las asociaciones memorialistas (artículo 56), mientras que disuelve otras asociaciones (disposición adicional séptima) y extingue fundaciones (disposición adicional quinta). Por otra parte, podría plantearse que algunas otras medidas han sido susceptibles de poner en riesgo otros derechos fundamentales como el de libertad religiosa (A. GONZÁLEZ-VARAS 2023b). Interesa recordar al respecto que el artículo 16 de la Ley 52/2007, así como los artículos 38 y 54 de la Ley 20/2022 se refieren a la exhumación de ciertas personas que estaban enterradas en templos y cementerios católicos que, por tanto, tienen la condición de lugares sagrados. Estas exhumaciones no siempre se han realizado con el consentimiento de los familiares ni de la autoridad eclesiástica con jurisdicción sobre estos espacios. A ello debe añadirse que, en ocasiones, llegar a ciertos restos para exhumarlos supone la manipulación de otros de personas beatificadas o canonizadas que adquieren, de este modo, la condición canónica de reliquias y están sujetas a un régimen de manejo determinado. En consecuencia, la libertad religiosa de los descendientes de estas personas o, en su caso, de la propia Iglesia católica, así como la garantía de la inviolabilidad que el propio Estado reconoce a los lugares de culto, quedan en entredicho.

A esto se añade un replanteamiento del régimen de los símbolos y de los elementos contrarios a esta memoria democrática que llega a exigir su eliminación (artículos 5 de la Ley 52/2007, y 35 a 37 de la Ley 20/2022). Esta medida afecta sobre todo a las denominadas “cruces de los caídos” (ALENDA SALINAS y PINEDA

MARCOS 2018). Se trata de unos monumentos con forma de cruz que se erigieron en los años posteriores a la guerra civil por parte del bando vencedor con el fin de recordar la victoria y la defensa de la religión católica, así como rendir homenaje a las personas de la localidad donde se ubicaban y que habían caído luchando en el "bando nacional" o sublevado que finalmente triunfó. En su origen la cruz y estos nombres solían ir acompañados de símbolos de carácter político. En la actualidad, muchos de ellos han sido resignificados, de forma que quedaba sólo la cruz sin esa simbología e, incluso, sin los nombres de las personas antes indicadas.

La aplicación de las leyes memoriales ha llevado a la retirada de estas cruces, con independencia de que mantuvieran la simbología política o hubieran quedado despojadas de ella. Para algunos tribunales la cruz podría permanecer si estaba desprovista de esos elementos políticos, pues era evidente que presentaba un simple carácter religioso que no impedía que estuviera en la vía pública[7]. En cambio, otros órganos jurisdiccionales han considerado que debía removerse en el caso de que los nombres de los fallecidos permanecieran por ser un recuerdo de la contienda[8], o incluso habiendo sido ya quitados previamente[9].

De un modo u otro, el propio paso del tiempo -que en algunos casos se aproxima ya a la centuria- permite pensar que estas cruces –especialmente las desprovistas de elementos políticos- han perdido en una amplia medida su significado político, quedando únicamente como símbolos religiosos o como parte del patrimonio histórico-artístico. Por tanto, su remoción podría suponer una lesión de la libertad religiosa de aquella parte de la población que desea que este símbolo religioso continúe donde siempre se ha hallado (PINEDA MARCOS 2019). No debe olvidarse que el mismo Tribunal Constitucional ha exhortado a interpretar los símbolos no tanto

[7] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STSJ) de Navarra, Sala de lo contencioso-administrativo, n. 361/2014, de 19 septiembre de 2014. STSJ de Galicia, Sala de lo contencioso-administrativo, n. 54/2015, de 5 de febrero de 2015. Sentencia n. 73/2010 del Juzgado de lo contencioso-administrativo n. 1 de Cuenca, de 25 de febrero de 2010.
[8] STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo, n. 321/2021, de 25 de junio. Sentencia del mismo Tribunal y Sala n. 56/2018, de 2 de febrero; STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo n. 280/2023, de 22 de junio; sentencia del mismo TSJ y Sala en la sentencia n. 268/2023, de 19 junio.
[9] STSJ de Navarra, Sala de lo contencioso-administrativo, n. 265/2023, de 29 de septiembre.

en razón de su origen, sino en función de su percepción en el tiempo presente[10]. A ello se añade que estas cruces -aun en el supuesto de que mantuvieran la simbología política del momento en que se establecieron- podrían recordar esa época pasada, pero resultaría difícil que se identificaran con una exaltación habida cuenta de ese sentido histórico o religioso prevalente, máxime cuando son resultado de un modo de expresar mensajes a los que actualmente ya no estamos acostumbrados y nos resultan ajenos y lejanos (I. GONZÁLEZ-VARAS, 2023, pp. 13, 19, 25, y 225-240).

Estaríamos, por tanto, ante vestigios del pasado que más allá de su origen político que a buena parte de la población hoy resultaría difícil de identificar, acaban revistiendo un valor religioso, cultural e histórico-artístico. Prueba de ello es que algunas Comunidades Autónomas se han aprestado a declarar bien de interés cultural a algunos de estos bienes con el fin de preservar su retirada o demolición[11], y salvaguardar de este modo la integridad del patrimonio cultural en su territorio.

3. Los pronunciamientos de los tribunales sobre estas normas

Volviendo nuevamente a Francia se comprueba que el Consejo Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las leyes memoriales aprobadas en este país. En un primer momento[12] aceptó los argumentos de los recurrentes, que consideraban que una ley de este tipo era inconstitucional porque suponía un atentado contra la libertad de expresión y de comunicación, así como un cercenamiento de la libertad de investigación y –por otro lado- desconocía el principio de igualdad, pues

[10] Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 34/2011, FJ 4. Asimismo sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 4 de marzo de 2013, FJ 2.
[11] Este ha sido el caso del Acuerdo 16/2024, de 29 de febrero, de la Junta de Castilla y León, por el que se declara la Pirámide de los Italianos, en Valle de Valdebezana (Burgos), bien de interés cultural con categoría de monumento, que puede consultarse en el *Boletín Oficial del Estado,* n. 64, de 13 de marzo de 2024. Asimismo, la Comunidad Autónoma de Madrid ha intentado proteger las mencionadas cruces a través de su inclusión en el patrimonio etnográfico, artículo 74.1.c) de la Ley 8/2023, de 30 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid.
[12] Sentencia n. 2021-647 DC, de 28 de febrero de 2012, dictada con ocasión del recurso presentado contra la ley que, aprobada por la Asamblea Nacional y el Senado en 2012 -pero que no llegó a entrar en vigor-, pretendía reprimir la negación de los genocidios reconocidos por ley.

reprimía solo a quienes negaran o minimizaran los tipos de genocidios allí identificados[13]. Llegó a criterios semejantes en otra sentencia de 2017[14].

Sin embargo, encontramos resoluciones que ofrecen razonamientos distintos. Ante otro caso semejante, aseguró que no se estaba produciendo quiebra alguna de la igualdad pues el legislador había tratado de forma diferente hechos que eran en sí mismos también distintos[15]. Por otra parte, no debía considerarse que se había producido una limitación indebida de la libertad de expresión porque el castigo de la negación de los crímenes contra la humanidad a los que se refería la norma recurrida tenía como objeto la prevención de la incitación al racismo o al antisemitismo, además de evitar un abuso del ejercicio de la libertad de expresión y comunicación que atentara contra el orden público y los derechos de terceros. En consecuencia, según la misma sentencia, la lesión al ejercicio de la libertad de expresión que de aquí se derivaba era necesaria, adecuada y proporcional al objetivo que persiguía el legislador.

Salvo estos temas, que se entienden incontrovertidos, se admite que el debate queda abierto y bajo el amplio amparo de la libertad de expresión. Como indica nuevamente el Consejo Constitucional francés, lo que se reprime es la negación -implícita o explícita- de unos crímenes definidos o su excesiva minoración, sin ánimo alguno de prohibir debates sobre Historia[16]. Fuera de esos casos, podrán expresarse cuantos juicios se consideren oportunos sobre temas históricos o políticos controvertidos y abiertos, incluso a través de caricaturas u otras maneras de expresarse que podrían resultar llamativas[17].

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado un posicionamiento cercano. También ha partido de que las garantías que ofrece la libertad de expresión no alcanzan a hechos históricos graves que ni siquiera son objeto de debate entre los historiadores sino que, al contrario, están claramente

[13] Sentencia n. 2021-647 DC, de 28 de febrero de 2012, § 3.
[14] Sentencia n. 2016-745 DC, de 26 de enero de 2017.
[15] Consejo Constitucional, sentencia 2015-512 QPC, de 8 de enero de 2016.
[16] Consejo Constitucional, decisión 2015-512 QPC, de 8 de enero de 2016, § 8.
[17] Tribunal Supremo de Francia, sentencia de la Sala Penal de 12 de septiembre de 2000, recurso nº 99-82.281; sentencia del mismo Tribunal y Sala de 31 de marzo de 2009, nº 07-88.021. Cfr. también la sentencia del mismo órgano y sala de 23 de junio de 2009, nº 08-85.651.

establecidos y que no pueden negarse. Ejemplo evidente de ello es el holocausto judío, cuya existencia y gravedad no puede ser objeto de negación[18]. La invocación de la contribución a un debate público y científico, o que se trataba no tanto de una obra histórica como política –tal como afirmaba el escritor Garaudy ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras su condena en Francia por delito de negacionismo- no han servido a este Tribunal para justificar tales propuestas. Antes bien, Estrasburgo ha entendido[19] que la negación de crímenes contra la humanidad se muestra como una de las formas más sutiles de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio. Estaríamos ante unos actos contrarios a la democracia y a los derechos del hombre. El mismo órgano jurisdiccional[20] ha indicado que la criminalización del negacionismo se debe a que este fenómeno responde invariablemente a una ideología antidemocrática y antisemita, o contraria a aquellos colectivos respecto de los que se produce la negación. Como se ha tenido ocasión de comentar en el caso de Francia, podemos entender que también aquí, salvo en el caso de estos crímenes contra la humanidad, se admite una invocación más amplia de la libertad de expresión.

Aunque desde un punto de vista teórico estos posicionamientos pueden ser asumibles, sucede que en la práctica cualquier tema histórico se halla sujeto a interpretaciones y reformulaciones. Por eso, es posible que haya algunos temas, como el holocausto, sobre los que haya un acuerdo más generalizado sobre la atrocidad de los hechos; pero no siempre será así con todas las materias. Ante muchas de ellas no existirá un grado de consenso semejante y resultará difícil diferenciar si no se debe admitir ninguna crítica o, por el contrario, debe permitirse un debate más abierto. Esta es la dificultad de cerrar *a priori* el debate sobre unos temas determinados. Por estos motivos, puede considerare que unos argumentos como los expuestos por la jurisprudencia francesa y europea pueden resultar escasos.

---

[18] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, STEDH) del caso Lehideux et Isorni contra Francia, de 23 de septiembre de 1998, § 47. STEDH del caso Garaudy contra Francia, de 24 de junio de 2003, FJ único. STEDH del caso Chauvy contra Francia, de 29 de septiembre de 2009, § 69. Cfr. la STEDH del caso Varela Geis contra España, de 5 de marzo de 2013.
[19] STEDH del caso Garaudy contra Francia, de 24 de junio de 2003, FJ único. STEDH del caso Gollnish contra Francia, de 7 de junio de 2011, § 1.
[20] STEDH del caso Perinçek contra Suiza, de 15 de octubre de 2015, §§ 243 y 253.

En esta última línea señalada parece posicionarse el Tribunal constitucional español pues, desde su punto de vista, las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean y lo alejadas que estén de la evidencia de la Historia, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución española) e ideológica (artículo 16). Por eso el propio Tribunal admite que no debe entrar a enjuiciarlas, sino que sostiene que deben entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos[21]. Todo ello, obviamente, siempre que se actúe dentro de los límites de la libertad de expresión y no se derive en lesiones a la dignidad de la persona, la incitación al odio, u otras conductas sancionables[22].

Quizá convenga recordar que este mismo Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar que la afirmación de la verdad absoluta es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa[23]. Por eso él mismo ha subrayado la necesidad de que exista una ciencia histórica libre basada en el trabajo que los historiadores decidan desarrollar del modo que consideren más apropiado, y es así como los ciudadanos podrán formar su propio juicio y visión del mundo[24].

De un modo u otro, tal como han explicado el Tribunal Supremo galo[25] y el Tribunal Constitucional español[26], la manifestación de dudas sobre cuestiones históricas objeto de polémica está amparado, en términos generales, por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, sin que los tribunales –como también podríamos predicar respecto de cualquier otro poder público- estén legitimados para imponer una determinada tesis histórica que se convertiría en “Historia oficial”. El tribunal español ha añadido que, habida cuenta de que la investigación histórica es siempre polémica y discutible, pues no es posible estar seguro de la verdad objetiva de los hechos que

[21] SSTC 214/1991, FJ 8; 235/2007, FJ 4.
[22] SSTC 214/1991, FJ 8: 13/2001, FJ 7; 235/2007, FJ 5.
[23] STC 176/1995, FJ 2, texto recogido también en la STC 43/2004, FJ 5.
[24] STC 43/2004, FFJJ 4 y 5.
[25] Casación Civil 1, sentencia de 16 de octubre de 2013, nº 12-35.434. En este sentido, Casación Penal, sentencia de 9 de marzo de 2010, nº 10-80816. Véase también la sentencia del mismo Tribunal y Sala de 14 de febrero de 2006, nº 05-82475. Asimismo, Sentencia del TGI de París de 8 de julio de 1981.
[26] STC 43/2004, FJ 5.

se juzgan, la libertad científica de la que gozan los historiadores merece una protección acrecida respecto de la que opera las libertades de expresión e información[27]. Ha añadido que el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas[28].

Por estos motivos, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[29], como el Tribunal Constitucional Español[30], y los mismos tribunales franceses[31] han rechazado emitir juicios sobre la veracidad de los trabajos históricos, ni han querido zanjar las controversias suscitadas en ellos. Antes bien, han sostenido que los debates de carácter histórico sobre hechos controvertidos deben formar parte del debate público y constituyen una manifestación del legítimo ejercicio de la libertad de expresión[32]. En definitiva, si los propios tribunales consideran que el debate sobre la Historia –en Francia y ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al menos en relación con hechos que se no consideran incontrovertibles, puesto que el Tribunal Constitucional español mantiene un posicionamiento más amplio- queda amparado por la libertad de expresión, forman parte del debate público, y no deben juzgarse, ¿por qué entonces el legislador emite juicios sobre estas cuestiones? Prueba de que esta actividad es inoportuna son las críticas doctrinales que ha recibido esta actitud, tal como se tiene ocasión de exponer a continuación.

[27] STC 43/2004, FJ 5.
[28] STC 235/2007, FJ 4.
[29] STEDH del caso Lehideux et Isorni contra Francia, de 23 de septiembre de 1998, § 47. STEDH del caso Giniewski contra Francia, de 30 de abril de 2006, § 51. STEDH del caso Monnat contra Suiza, de 21 de diciembre de 2006 § 57. STEDH del caso Chauvy contra Francia, de 29 de septiembre de 2009, § 69. STEDH del caso Fatullayev contra Azerbayán, de 4 de octubre de 2010, § 87.
[30] SSTC 176/1995, FJ 2; 43/2004, FFJJ 5 y 6.
[31] TGI de París, sentencia de 14 febrero 1990, caso Faurisson. TGI París, sentencia de 1 de febrero de 1984, caso Zeev Sternhell.
[32] STEDH del caso Giniewski contra Francia, de 30 de abril de 2006, § 51. STEDH del caso Monnat contra Suiza, de 21 de diciembre de 2006 § 57. STEDH del caso Chauvy contra Francia, de 29 de septiembre de 2009, § 69. STEDH del caso Fatullayev contra Azerbayán, de 4 de octubre de 2010, § 87. STEDH del caso Perinçek contra Suiza, de 15 de octubre de 2015, §§ 221-224, 230. Cfr. STEDH del caso Witzsch contra Alemania, de 13 de diciembre de 2005, § 3, y del caso Schimanek contra Austria, de 1 de febrero de 2000, § 2.

4. El planteamiento doctrinal

Se ha tenido ocasión de comprobar que los tribunales se han mostrado reacios a que se propongan versiones oficiales de la Historia, de tal manera que debe dejarse un espacio de libertad para la investigación científica y la opinión en estos temas, al menos en aquella amplia mayoría de materias que no se muestran incontrovertidas.

Por parte de la doctrina, las limitaciones a la libertad de expresión, ideológica, o a otros posibles derechos que pueden provenir de leyes de este tipo, también se han visto sujetas a objeciones. Hay quien ha entendido que, en el mejor de los casos, el legislador no se está encargando de reescribir la Historia, sino que con estas normas está cumpliendo con su función de proteger a sus víctimas (JAKHIAN 2009). Sin embargo, tal como hemos adelantado, puede considerarse que también se esté estableciendo una suerte de verdad oficial, en lugar de dejar a los historiadores que busquen libremente la verdad histórica (MORANGE 2007, 228). Desde el momento en que son normas que condenan hechos históricos y que, con frecuencia, atribuyen su autoría a unos sujetos concretos, son textos polémicos que generan debates internos cuando no, incluso, conflictos diplomáticos (LÓPEZ ULLA 2023, 108-111). Tanto es así que el solo hecho de que estas normas apelen a la “memoria histórica” en lugar de la sola “Historia” ya es significativo (BRAZZODURO 2006, 405-412. I. GONZALEZ-VARAS 2023, 19-23), pues se está dando muestra de que no prevalece tanto el deseo de descubrir los hechos del pasado a través del correspondiente distanciamiento de los mismos y de analizarlos desde una visión crítica y científica -lo cual es propio de la Historia-, sino que predomina una visión subjetiva de tal pasado y el ofrecimiento de su propio relato de los acontecimientos -así sucede con la memoria-.

Otro reproche que se dirige contra estas leyes es su carácter exclusivo. Esto significa que se centran solamente en algunos acontecimientos históricos, pero otros que también han sido igualmente reprobables no entran bajo su ámbito de aplicación y por eso pueden discutirse, negarse o minorizarse con total impunidad (MORANGE 2007, 228).

De un modo u otro, de nuevo en la opinión de Morange (*Ibid.*), la verdad histórica, incluso la que es incontestable, debe desprenderse de los trabajos de los historiadores y no de las leyes. Además, esas normas tienen un objeto parcial y, en el caso de las que son penales, carecen de la precisión que se requiere a una ley de este tipo, especialmente cuando los hechos en cuestión no pueden ser constatados por los tribunales. También suele suceder, que estamos ante disposiciones que ciertamente incorporan algunas normas que pretenden resarcir de agravios cometidos en el pasado, pero a la vez muestran un carácter ciertamente simbólico, se expresan de un modo más político que jurídico, con términos imprecisos y conceptos jurídicos indeterminados, e invocando -o creando- unos derechos vagos e imprecisos. Esto provoca que no siempre sea fácil comprobar cuál es el bien jurídico que se pretende proteger y, en consecuencia, se dificulta el ejercicio de las oportunas acciones. Se suscita con ello el interrogante sobre si el Derecho puede ser simbólico, o si no sería más conveniente que los poderes públicos expresaran las proclamas de este tipo a través de unos cauces distintos de las normas jurídicas (GARCÉS 2020).

En el concreto caso español, la instrumentalización de la Historia por medio de estas leyes puede tener unos efectos aún más perversos. Es susceptible de alcanzar incluso a las bases que sustentan la propia Constitución que pueden derivar, en último término, en el cuestionamiento de la unidad nacional y de la pervivencia del Estado. Con estas leyes memoriales se rompe el pacto del silencio al que se había llegado con la Transición tras la muerte de Franco y que sirvió de base legitimadora de la Constitución de un modo indiscutido durante lustros, junto a otros elementos de carácter material como la proclamación de la democracia o las garantías de los derechos fundamentales. En palabras de García Amado, “se renuncia a la historia o se la usa solamente con ánimo de cerrarla y superarla, pero no de censurarla o de impedir su conocimiento. Es el uso político de la historia lo que se quiere evitar, para conseguir una convivencia que atienda al porvenir y permita construirlo de consuno dentro de las nuevas reglas del juego político y jurídico (GARCÍA AMADO 2008, 60. GARCÉS 2020, 106 y 172-173).

Tal vez porque las leyes memorialistas han impactado en la legitimidad de la Constitución de 1978 a través de un uso político de la historia es por lo que han

suscitado estos arduos debates a nivel político y social. Prueba de ello es que la posible falta de atención y agravios a quienes sufrieron algún tipo de represión durante la guerra y años posteriores se ha pretendido resarcir mediante distintas normas dictadas desde los tiempos de la Transición[33], y que hasta ahora han beneficiado a unas seiscientas mil personas[34]. No por ello, empero, dieron lugar a la contestación que han recibido las leyes de memoria histórica o democrática. La diferencia entre unas normas y otras y, por consiguiente, la distinta reacción entre ellas, puede deberse a que en la normativa memorial no se ha percibido un mero ánimo reparador y compensador de aquellas víctimas, sino que traen consigo un nuevo propósito como es el de renovar los fundamentos históricos legitimadores del orden constitucional presente, hasta ahora centrados en los acuerdos logrados en la Transición (GARCÍA AMADO 2008, 62 y 69).

Situados en este contexto, no puede resultar extraño que con la promulgación de estas leyes memoriales se hayan desatado algunas críticas a la Transición, de manera que deja de mostrarse como ese momento ejemplar de la política, el Derecho, y la sociedad en su conjunto de España, sino como una prolongación del régimen de Franco, aunque fuera de un modo velado (ESCUDERO ALDAY 2009, 34. MARTÍN PALLÍN 2008, 30-33). Como consecuencia de este planteamiento -que ya se empieza a percibir desde la promulgación de la Ley 52/2007-, la Ley 20/2022 en su disposición adicional 16ª ha ampliado hasta 1983 el período en el que se han cometido atentados

[33] Son múltiples las disposiciones aprobadas en este sentido. Baste como simple ejemplo la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil. Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana. Ley 6/1982, de 29 de marzo, de pensiones a los mutilados civiles de guerra. Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República. Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional. Asimismo, Real Decreto Ley 13/2005, de 28 de octubre, de cesión de bienes del patrimonio sindical incautado; Real Decreto 1791/2008, de 3 de noviembre, sobre la declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

[34] Así lo indica el propio Gobierno de España en el documento del Consejo Europeo de Derechos Humanos titulado *Comentarios de España al informe preliminar de seguimiento de la visita del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (Carta de 4 de junio de 2021)*, de 6 de septiembre de 2021, A/HRC/48/60/Add.4.

contra los derechos humanos, tal como ya habían hecho anteriormente algunas normas autonómicas (ESCUDERO ALDAY 2021, 171). Como resultado, no es extraño que haya autores que afirmen que se presenta un futuro incierto para la Constitución y cuanto en ella se fundamente (GARCÍA AMADO 2008, 58).

Ante una situación como la descrita cabe concluir que lo que más bien les corresponde a los poderes públicos es el establecimiento y preservación de las vías para que la verdad pueda ser revelada, pero sin condicionar el resultado, ni construir una "conciencia histórica colectiva", ni "revelar la verdad de la historia" (LÓPEZ ULLA 2023, 120 y 126).

Nos hallamos, por tanto, ante una deconstrucción de la sociedad que parte de una interpretación parcial de la Historia, y del establecimiento de una verdad oficial sobre la base de una ideología previamente escogida e impuesta (A. GONZÁLEZ-VARAS 2023a). A través de estas leyes se afirma una "soberanía sobre el pasado" propia de Estados que tutelan una determinada reconstrucción del pasado que no sólo debe "ser recordado", sino "recordado de una determinada manera" (BRAZZODURO 2006, 414).

En definitiva, si tuviéramos la seguridad de que el Estado va a limitarse a condenar la negación de hechos históricos incontrovertidos –como es el holocausto- tal vez pudiera llegar a plantearse la admisibilidad de este tipo de leyes. Sin embargo, habrá hechos históricos cuya objetividad no siempre será fácil de apreciar. Este es el caso, como se ha tenido ocasión de comprobar, de las normas españolas sobre memoria histórica que se centran en hechos aún controvertidos y dolorosos para una buena parte de los españoles como fueron la guerra civil y años posteriores. Se corre el riesgo, por tanto, de hacer interpretaciones oficiales de la Historia según la conveniencia del legislador, actitud que excede de sus facultades. Ante este riesgo, parece más razonable que el legislador no se adentre en esta materia.

Sin embargo, esta tendencia, lejos de aminorarse, parece que se va incrementando a la luz de las nuevas normas que se van aprobando. Además, desde distintas instituciones y organizaciones internacionales[35] se están aprobando textos

[35] Véase, entre otros, el Documento 10737 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 2005, que recoge el Informe Brincat (Relator del Comité de Asuntos Políticos) titulado

que reprueban determinados períodos históricos y exhortan a que se elaboren políticas de Estado en favor de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, y que se instaure una cultura de la memoria histórica. Como se ha comentado, se trata de posicionamientos que pueden ser objeto de reservas (HAUPAIS 2010), pues tampoco las organizaciones internacionales pueden erigirse en tribunales de la Historia.

Conclusiones

Las normas referidas a hechos históricos pasados pueden perseguir el establecimiento de medidas concretas destinadas a restablecer injusticias o lesiones de bienes jurídicos que acaecieron durante esa época. Existen múltiples ejemplos de ello, como son las que se dictaron en España desde el inicio mismo de la Transición. Otra cosa distinta es que haya leyes que, más allá de este alcance, emitan juicios sobre ese pasado e indiquen cuál es el verdadero modo de interpretarlo, tal como sucede con las leyes memorialistas o de "memoria histórica". La situación se agrava cuando planifican el desarrollo de una serie de políticas públicas destinadas a crear una conciencia colectiva y asegurar la transmisión de la verdad escogida por el legislador a las generaciones futuras, e incluso prevén un sistema sancionador para quien afirme contenidos que se alejen de la nueva verdad que instauran. También puede suceder que también se quiera transformar el espacio público eliminando no sólo los símbolos políticos de la época histórica denostada, sino construcciones que,

---

Need for international condemnation of the Franco regime. Asimismo, en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se encuentra el *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff*, *Misión a España*, A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014.la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, *sobre la conciencia europea y el totalitarismo*, P6TA(2009)0213; resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 2019, sobre la *Importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa* (2019/2819 RSP). Nota del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la *Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, de 12 de octubre de 2017, A/72/523. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional* (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición), de 9 de julio de 2020, A/HCR/45/45.

aunque en su origen obedecieron a motivos políticos, el paso del tiempo ha velado esta connotación de modo que ahora prevalece un aséptico sentido histórico, artístico, o incluso religioso –como ha sucedido en España con las denominadas “cruces de los caídos”-.

A mi modo de ver, con este modo de obrar se trascienden las posibles exigencias de justicia y restaurativas, para entrar en el terreno de lo ideológico. Con ello, además, se entra en el riesgo de lesionar algunos derechos fundamentales. Tal vez el más evidente sea el de libertad de expresión y el de libertad de cátedra o de investigación; pero también pueden quedar afectados otros derechos fundamentales como el de asociación, reunión, o el de libertad religiosa, tal como se ha explicado en este trabajo.

Es significativo comprobar que los tribunales de los países analizados han considerado que la verdad histórica debe ser buscada libremente por los historiadores. Es cierto que en los órganos jurisdiccionales franceses y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han admitido la legalidad de las normas que consideran delito el negacionismo o minoración de los que denominan “hechos históricos incontrovertibles”, como es el holocausto nazi. Desde este punto de vista, se trataría de un límite proporcionado a la libertad de expresión. Ante esta posición, parece más garante de los derechos fundamentales la postura de los tribunales españoles que no han admitido que pueda haber límites materiales de este tipo. La libertad de expresión alcanzaría por tanto, al debate sobre todo tipo de temas. Cuestión distinta es que se abuse de este derecho que, como cualquier otro derecho fundamental, no es ilimitado. Por tanto, no podría invocarse la libertad de expresión para justificar el discurso de odio u otras conductas ilícitas. Por otra parte, habrá caso en los que grado de acuerdo que existe hace que los hechos enjuiciados puedan calificarse de incontrovertidos, pero no siempre será fácil saber si otras situaciones merecen o no ese calificativo.

En cualquier caso, el conjunto de los órganos jurisdiccionales arriba referidos ha renunciado a pronunciarse sobre la veracidad de las interpretaciones del pasado que se les proponían. Por eso mismo resulta difícil entender que otros poderes públicos - como los que tiene potestad normativa - se adentren en este complejo campo y tomen posiciones propias que pretenden que sea asumidas por la sociedad

sin reticencias. Semejante modo de obrar trasciende de las funciones del legislador, llamado a regular la convivencia social, por lo que es dudoso que pueda utilizar el Derecho de forma simbólica, o menos aún que asuma funciones de historiador.

Bibliografía

ALENDA SALINAS, M., PINEDA MARCOS, M. (2018), "Símbolos religiosos y paradojas del franquismo a la luz de la Ley de Memoria Histórica", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 34, pp. 1-35.

BRAZZODURO, A. (2006), "Una storia di Stato? Leggi memoriali, religione civile, conflitto", in *Studi Storici*, 47/2, pp. 405-422.

ESCUDERO ALDAY, R. (2009), "La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada Ley de Memoria Histórica", in FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F. y GARCÍA LÓPEZ, D.J. (Eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*. Comares. Granada, pp. 33-60.

ESCUDERO ALDAY, R. (2021), "La vía autonómica para la recuperación de la memoria histórica en España: leyes, derechos y políticas públicas", in *Revista Catalana de Derecho Público*, 63, pp. 166-184.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Á. (2020), *El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos.* Iustel. Madrid.

GARCÍA AMADO, J. A. (2008), "Usos de la historia y legitimidad constitucional", in MARTÍN PALLÍN, J. A. y ESCUDERO ALDAY, R. (Eds.), *Derecho y memoria histórica*. Trotta. Madrid, pp. 47-71.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. (2023a), *Ideologías y creencias en la formación del Derecho en un contexto global*. Olejnik. Santiago de Chile.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. (2023b), "La inviolabilidad de los lugares de culto", in PEÑA, C. - BERNAL PASCUAL, J. (Coords.), *El Derecho canónico en una Iglesia sinodal. Aportaciones en el 40º aniversario del Código*. Dykinson, Madrid, pp. 277-315.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, I. (2023), *El culto a la memoria*. Cátedra. Madrid,

HAUPAIS, N. (2010), "Sur de nouveaux concepts onusiens: la diffamation des religions et la lutte contre les «phobies» religieuses", in *Societé, Droit et Religion*, 2010/1, pp. 29-43.

JAKHIAN (2009), "Négationisme et Pénalisation", in AA.VV., *Mélanges en l'honeur du Professeur Petros J. Pararas*. Sakkoulas-Bruylant. Atenas-Bruselas, pp. 269-281.

LÓPEZ ULLA, J. M. (2023), "Del derecho a la verdad al deber de memoria: a propósito de la nueva Ley de Memoria Democrática", in *Revista de Derecho Político*, 117, pp. 101-128.

LÓPEZ ULLA, J. M. (2021), *Las normas de memoria histórica: la ley andaluza en el contexto del Estado autonómico*. Tirant lo Blanch. Valencia.

MARTÍN PALLÍN, J. A. (2008), "La ley que rompió el silencio", in MARTÍN PALLÍN, J. A. y ESCUDERO ALDAY, R. (Eds.), *Derecho y memoria histórica*. Trotta. Madrid, pp. 19-46.

MORANGE, J. (2007), *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*. PUF. Paris.

PINEDA MARCOS, M. (2019), "Memoria histórica y cruces de caídos: un debate social entre la legalidad y la afrenta a los sentimientos religiosos", in COMBALÍA, Z. –DIAGO, M. P. – GONZÁLEZ-VARAS, A. (Coords.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*. Ediciones del LICREGDI. Zaragoza, pp. 350-374.

SAUCA CANO, J. M. (2008), "El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido", in MARTÍN PALLÍN, J. A. y ESCUDERO ALDAY, R. (Eds.), *Derecho y memoria histórica*. Trotta. Madrid, pp. 73-104.