

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2021

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofia del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

uc3m

Universidad
Carlos III
de Madrid

La pubblicazione di questo numero di Diacronia è stata resa possibile da un finanziamento del Vicerrectorado de Política Científica de la Universidad Carlos III de Madrid (Convocatoria 2020 de ayudas para la organización de congresos y reuniones científicas y workshops).

© Copyright 2021 IUS - Pisa University Press srl
Società con socio unico Università di Pisa
Capitale Sociale € 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126 Pisa
Tel. + 39 050 2212056 - Fax + 39 050 2212945
press@unipi.it
www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-103-5

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi - Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali - Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - Tel. (+39) 02 89280804 - E-mail: info@clearedi.org - Sito web: www.clearedi.org

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento

Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

Filosofia del derecho e historia: cuestionones metodológicas

a cura di Francisco Javier Ansuátegui Roig

Non solo i classici? La questione dell'invisibilità nella storia della filosofia del diritto
Thomas Casadei.....13

Appunti per una riflessione 'discronica' su potere e obbedienza: da Arendt a Epicuro
Lorenzo Milazzo.....45

βία: storie (filosofiche) del diritto
Francesco Mancuso.....81

Un classico dei classici della filosofia giuridica. Schmitt e Olivecrona lettori di Locke
Ilario Belloni.....117

Il diritto come fatto. Prime notazioni su Vico e la filosofia giuridica tra Otto e Novecento
Valeria Marzocco.....141

Las teorías críticas en la historia de los derechos humanos
María del Carmen Barranco Avilés.....163

Historia, memoria y justicia transicional
Cristina García Pascual.....189

Gli inizi di una visione storica del mondo nella filosofia del Novecento
Adriano Ballarini.....217

Saggi

Legge e giusto mezzo: la filosofia del diritto di Mosè Maimonide
Lucia Corso, Cosimo Nicolini Coen.....235

Tra antiquari e orologiai. Filosofia del diritto e dimensione storica
Andrea Porciello.....267

Note

La teologia politica moderna
Vincenzo Omaggio.....295

Per un'eredità del pluralismo classico. Politica e diritto in Romano, Schmitt e Mortati
Pier Giuseppe Puggioni.....311

Questo fascicolo di Diacronia è dedicato a Franco Bonsignori in occasione del suo ottantesimo compleanno

HISTORIA, MEMORIA Y JUSTICIA TRANSICIONAL*

Cristina García Pascual

Abstract

The recovery of traumatic pasts is a global process that is not without controversy, fraught with paradoxes, practical difficulties, and plagued by detractors. The discussion around memory has only grown in recent times, and lawyers and historians have often found themselves at the center of the debate. This article examines some of the tensions caused to lawyers and historians by demands of transitional justice, particularly those related to the right to truth and the duty to remember.

Keywords

Transitional justice; Collective memory; Laws of memory; History.

Ya nada de eso queda. ¿Dónde fue a parar esa vida? ¿Dónde están aquellos sufrimientos horribles? ¿Es posible que no haya quedado nada? ¿Es posible que nadie responda por todo aquello? ¿Que todo se olvide, sin una palabra?

La hierba lo cubrirá todo.

Vassilij Grossman, *Todo Fluye*

* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto *Seguridad Internacional y Europea: de la prevención de conflictos armados a las estrategias para la construcción de una ciudadanía inclusiva y plural*, PROMETEO/2018/156 Generalitat Valenciana.

1. Introducción

¿Qué país no tiene en su pasado una guerra, un período oscuro de represión política y social, crímenes a gran escala de los que avergonzarse? El siglo XX arroja una historia de sangre de violencia de la que pocos, contados, países se libran. A vueltas con un pasado difícilmente asumible muchas sociedades han probado el camino del olvido, de la amnesia auto-inducida o incluso el de la negación. A veces el sufrimiento desborda los límites de lo soportable y como un individuo incapaz de asumir un trauma, pero deseoso de vivir, algunas sociedades pretenden proyectarse hacia el futuro sin echar la vista atrás. Tal vez sea esta una reacción primaria estrechamente unida a nuestra naturaleza humana. El carácter trágico de la vida nos pesa demasiado, ansiamos una despreocupada alegría y una cierta superficialidad nos sostiene. Si a la dureza de nuestra existencia cotidiana añadimos esas historias terribles, eso que el poeta Cesar Vallejo llamará «los heraldos negros», un exceso de dolor que parecen no caber en las dimensiones de una vida humana, ¿quién no querría dormirse hoy y despertar mañana en una vida nueva? Ciertamente la psicología abunda en la necesidad de enfrentar los propios traumas y nos enseña que la alternativa del olvido no es tan fácil, no produce el equilibrio deseado, los recuerdos permanecen en alguna parte de nuestro cerebro y la única solución pasa por enfrentarlos, aprender a vivir con ellos, tal vez, por asumir nuestras culpas. Y, aunque el parangón entre la sociedad y el individuo tenga, sin duda, sus límites, podríamos decir que historiadores y juristas, recuerdan a la sociedad, como el psicólogo recuerda al individuo, que tras un pasado de crímenes en masa el olvido no es una opción. No lo es, desde luego, para el historiador que con su trabajo rompe el silencio, nos ofrece un relato en el que no cabe ocultar lo incomodo, lo terrible, lo doloroso. Gracias a los historiadores, dice Julián Casanova en su último libro, contamos con esa variedad caleidoscópica de voces y lecturas que nos ofrecen el cuadro preciso de la violencia indómita del siglo XX europeo¹.

¹ J. Casanova, *Una violencia indómita. El siglo XX europeo*, Crítica, Barcelona 2021.

El olvido tampoco es una opción para el jurista impelido por la mirada retrospectiva que se impone en el proceso y por tantas normativas estatales y sobre todo internacionales que en nuestros días recogen ampliamente los principios de eso que se ha denominado justicia transicional: el derecho a la justicia, (la investigación, persecución y sanción de los perpetradores), el derecho a la reparación de las víctimas y el derecho a la verdad con su reverso el deber de memoria.

En este último sentido desde ya hace muchas décadas asistimos al auge de los movimientos memorialistas en estrecho vínculo con los desarrollos de la justicia de transición. La inmensidad de los crímenes cometidos en la primera mitad del siglo XX, generó inmediatamente el problema de cómo debían ser recordados, de qué lugar debían ocupar en el imaginario colectivo de las sociedades, que los habían provocado, sufrido o vergonzosamente tolerado, si su memoria era algo que pudiera y debiera ser impulsado por el Estado o por el contrario debiera ser disuadido. Mientras que en los años de la postguerra mundial se impuso el silencio, ni siquiera sobre el Holocausto se desarrolló una reflexión profunda, a partir de los años noventa la lectura renovada de autores como Adorno o Walter Benjamin convirtió la rememoración colectiva en el mejor instrumento para evitar lo peor, en una forma de educación para el futuro. La consideración de que la recuperación del pasado traumático propicia la autocrítica social, impide a la sociedad repetir los mismos errores se extenderá por los espacios geográficos más diversos haciendo del memorialismo un proceso global que debe ser estudiado como tal. Si la recuperación de la memoria se extiende en el espacio también lo hace en el tiempo. Sin un marco temporal claramente delimitado las reivindicaciones memorialistas se alargan hacia pasados cada vez más lejanos. De los crímenes del siglo XX a la crueldad de los procesos coloniales del siglo XIX o a la violencia que acompañó a lo que los europeos llamarón el descubrimiento del nuevo mundo. En tiempos de luchas por el reconocimiento el olvido carece totalmente de legitimidad y sin embargo el proyecto de rememorar no deja de ser polémico, cargado de paradojas, de dificultades prácticas, plagado de detractores. La discusión en torno a la memoria no ha hecho más que crecer en las

últimos tiempos y juristas e historiadores se han encontrado a menudo en el centro del debate.

En este sentido, más allá de la estrecha y tradicional relación que la historia y el derecho mantienen con la memoria, a menudo de tránsito, de lo recordado al escenario de un proceso, a las palabras de una sentencia o a las páginas de un libro de historia, en nuestros días se interpela a juristas e historiadores para que intervengan activamente en la reconstrucción de una memoria colectiva que haga justicia a las víctimas, a los grupos discriminados. La respuesta de historiadores y juristas no es siempre comprensiva a menudo se parte de una indisimulada sospecha o incluso de un cierto menosprecio, el de quien construye su saber, historiador o jurista, desde el rigor científico² frente a quien nos habla desde el sentimiento, desde la experiencia en bruto. La mirada del jurista y del historiador refleja escepticismo ante las posibilidades de franquear el paso de lo individual a lo colectivo y temor frente a las posibles manipulaciones del propio trabajo. Cabe que nos preguntemos si existe la memoria colectiva más allá de la historia o si la aspiración a la verdad puede constituir un derecho y la rememoración un deber, si es posible, en definitiva, conciliar historia, memoria y derecho.

2. La historia al servicio de la memoria

El imperativo del recuerdo preside la historiografía contemporánea que señala al siglo XX como el más sangriento de la historia. A la génesis de esa violencia, a su desarrollo y consecuencias vuelven una y otra vez los historiadores³. Una constante producción bibliográfica se dirige desde hace mu-

² S. Juliá, *Memoria histórica como ideología política*, en Id. *Elogio de Historia en tiempo de Memoria*, Marcial Pons Historia, Madrid 2011, pp. 179-203.

³ Parece todavía cierto aquello que dijera Habermas en los años ochenta al sostener que en Europa la historia contemporánea se mantiene fijada en el período que va de 1933 a 1945. (J. Habermas, *Vom öffentlichem Gebrauch der Historie*, «Die Zeit», 7(XI) (1986); *Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania*, en «Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo», 24

chas décadas a dar precisa cuenta de lo ocurrido, pero también a responder a la pregunta sobre cómo debe ser narrado o cómo debe ser recordado.

La historiografía del siglo XX aparece atravesada por debates y muchos de ellos tienen que ver con la tensa relación entre memoria e historia. Muy conocida es la polémica en torno a la imposibilidad de representar el Holocausto⁴ y por tanto sobre los límites de la historia para dar cuenta de eso que los filósofos denominaron el mal absoluto; o la disputa de los historiadores alemanes (*Historikerstreit*) sobre la comprensión del pasado nazi⁵, es decir, sobre el compromiso de los historiadores con los valores democráticos y su capacidad para transmitir a los alemanes el peso de su responsabilidad colectiva. También es de destacar el impacto que en Francia, y en otros países, tuvo la obra de Pierre Nora *Les lieux de mémoire*⁶ que apelaba a la necesidad de una nueva forma de hacer historia bajo la imperativo de la memoria.

Pero ¿qué añade al proyecto historiográfico el discurso de la memoria?, ¿qué supone para el historiador comprometerse con los valores democráticos?, ¿en qué se diferencia la historia de la memoria o a qué no referimos cuando acompañamos el sustantivo memoria con adjetivos, como colectiva, histórica o democrática? Responder a esas pregun-

(2007), p. 77). O tal vez en Italia deberíamos ampliar esa franja temporal al periodo que va desde 1922 a 1945 y en España al comprendido entre 1933 a 1939 y a las consecuencias de esos años que se extiende desde los tiempos más oscuros del franquismo hasta la transición política.

⁴ Cuando en 1985 Claude Lanzmann estrenó el documental *Shoah* no sólo ofrecía un documento difícilmente clasificable sobre lo ocurrido en los campos de concentración y de exterminio, sino que abría el debate sobre los modos y posibilidades de representación del horror en el que ha participado filósofos, teóricos del cine, historiadores del arte y directores cine.

⁵ La disputa tuvo como protagonistas al historiador Ernst Nolte y al filósofo Jürgen Habermas en los años ochenta, aunque se reabrió cuando a inicios del siglo XXI Nolte recibió un premio literario. (J. Habermas, *Vom öffentlichen gebraucht der Historie*, «Die Zeit», 7(XI) (1986), cit.).

⁶ P. Nora (Ed.), *Les lieux de mémoire*; I voll.: *La République*; II voll.: *La Nation*, (3 tomos); III voll.: *Les France* (3 tomos), Gallimard, Paris 1984-1992.

tas precisa un ejercicio previo clarificación conceptual. Un conocido artículo de filósofo Paul Ricoeur⁷ nos puede servir en esa empresa. El filósofo francés, apoyándose en Aristóteles, establece lo que podría ser una fenomenología de la memoria⁸. En esta debemos distinguir, de un lado, el recuerdo de lo vivido (*mnéme*) que de alguna manera puede aparecer en nuestra mente al evocarlo espontáneamente y, de otro lado, la reminiscencia (*anámnesis*), es decir, el esfuerzo o el trabajo por traer a la memoria algo que permanecía en ella, pero que no brota fácilmente. A la fenomenología de la memoria también pertenece el reconocimiento, la experiencia *prínceps*, el instante en que el esfuerzo de traer a la memoria, de rememorar tiene su éxito.

Así desde el inicio, el acto de recordar se nos presenta en toda su complejidad, sujeto a múltiples limitaciones, las propias de la mente humana. Nuestros recuerdos son limitados, a menudo confusos, cambiantes en el tiempo. Nuestra mente nos puede traicionar, y no solo eso, nuestros recuerdos pueden confundirse con nuestro deseos permeados como están por nuestros sentimientos, deformados por nuestros miedos. Con los recuerdos y sus limitaciones deberá vérselas el historiador, la dimensión documental de su trabajo se alimenta, entre otras cosas, de ellos, de testimonios individuales, de relatos experienciales, del rescate de fragmentos de vida escondidos que el historiador de alguna manera probará a desvelar y a interpretar. La memoria individual es alimento para la historia y la historia transita a menudo desde la memoria. No obstante, en el debate sobre la memoria y la historia, o en la reivindicaciones memoriales frente a la historia, la memoria se conjuga siempre en plural, como experiencia colectiva, como reminiscencia colectiva, incluso como construcción de una memoria para una comunidad que no la tiene, y no la podría tener si no fuera inducida a ello, también como representaciones colectivas de nuestro pasado.

⁷ P. Ricoeur, *L'écriture de l'histoire et la représentation du passé*, en «Annales. Histoire, Sciences Sociales», 4 (2000), pp. 731-747.

⁸ Ivi, p. 733.

Pero ¿podemos hablar con propiedad de una memoria colectiva y del historiador como quien da cuenta de esa memoria?, ¿es posible el tránsito de lo individual a lo colectivo? O más aún, ¿es posible orientar a las sociedades en sus recuerdos haciendo efectivo ese supuesto deber de memoria?

Para Jon Elster el término memoria, usado con rigor, no puede significar más que «los recuerdos conscientes a nivel individual de acontecimientos anteriores, que el individuo bien presencié directamente como observador o bien supo cuándo sucedieron y estuvo cerca de donde ocurrieron»⁹. Pero si tomamos este estrecho concepto de memoria íntimamente ligado a la emoción personal e intransferible, ¿cómo explicar, por ejemplo, el sentimiento de vergüenza que muchos alemanes dicen tener en relación a los crímenes cometidos por sus antepasados?

Sin duda, sentimientos como la vergüenza y el orgullo por lo no vivido querrán decir cosas bien distintas de la vergüenza o el orgullo que podamos sentir por algo en lo que nosotros mismos hemos participado¹⁰. En el primer caso nos encontraremos en el ámbito de la responsabilidad colectiva, en el segundo en el de la responsabilidad individual o de la culpa. Dos espacios diferentes, pero igualmente relevantes y hasta cierto punto complementarios. Si la rememoración fuese solo un proceso individual no podríamos ser mas que espectadores de lo que otros vivieron y, sin embargo, ante la violencia extraordinaria que sacude a una sociedad en su totalidad es la sociedad entera la que debe ser llamada a

⁹ J. Elster, *Memory and Transitional Justice*, documento para el taller «Memory and War», MIT, enero 2003, p. 11.

¹⁰ No es fácil separar el ámbito de lo individual del ámbito de lo colectivo. Para David Rieff no hay duda, «simplemente no se puede conjugar el verbo recordar en plural a menos que nos refiramos a los que presenciaron lo recordado, pues recordamos en cuanto individuos, no como colectividades...» (D. Rieff, *Contra la memoria*, tr. esp. de A. Major, Debate, Barcelona 2012, p. 60). Y sin embargo, Avishai Margalit sugiere la posibilidad de articular deliberadamente un «recuerdo compartido», que tendría que ser el producto de una división mnemotécnica del trabajo. La memoria no sería tanto una obligación personal como un deber de todos (vid. A. Margalit, *Ética del recuerdo*, Herder, Barcelona 2002, pp. 43-46).

rendir cuentas¹¹. La responsabilidad por lo actuado y el derecho a la reparación del daño sufrido no se puede alcanzar si en la comunidad donde esa orgía de violencia colectiva fue posible no emprende un esfuerzo de reflexión, de autointerpretación y autocomprensión ético-política.

No podemos negar así que además de los recuerdos de acontecimientos vividos colectivamente también compartimos representaciones colectivas de algunos hechos que nunca vivimos, pero que forman parte del relato de nuestro continuo devenir como comunidad. Al igual que el recuerdo individual, y por encima de las evidentes diferencias, podríamos afirmar que el recuerdo colectivo es memoria entendida como «la presencia de algo del pasado en la mente o por la búsqueda de dicha presencia»¹².

En los años setenta del siglo pasado fue el sociólogo Maurice Halbwachs quien introdujo justamente la idea de memoria colectiva en buena medida como una reivindicación de la sociología sobre la historia¹³. La expresión tendría repercusión en la obra del historiador francés Pierre Nora, primero en seminarios y publicaciones y mas tarde en la conocida obra *Les Lieux de la mémoire* (1984-1992). A partir de ahí su uso se extendió.

Para Nora los historiadores deben dar cuenta justamente de lo que podría denominarse la historia simbólica de una comunidad, es decir,

¹¹ En palabras de J. Habermas: «También los nacidos después de esos hechos han crecido en una forma de vida en la que aquello fue posible [...]. Nuestra forma de vida está vinculada con la forma de vida de nuestros padres y abuelos a través de una trama casi inextricable de transmisiones familiares, locales, políticas y también intelectuales, es decir, a través de un medio histórico que es el que nos ha hecho ser lo que somos y quienes somos» (J. Habermas, *Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania*, en «Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo», 24 (2007), p. 79).

¹² P. Ricœur, *L'écriture de l'histoire et la représentation du passé*, cit., p. 734.

¹³ M. Halbwachs, *Les cadres sociaux de la mémoire* (1925), Albin Michel, Paris 1994; tr. esp. de M.A. Baeza y M. Mujica, *Los marcos sociales de la memoria*, Anthropos, Barcelona 2004. Para Halbwachs «el individuo recuerda cuando asume el punto de vista del grupo y la memoria del grupo se manifiesta y se realiza en las memorias individuales» (ivi, p. 11).

las representaciones del pasado que se construyen a través del tiempo y en relación a lugares conformado una secuencia de momentos simbólicos. Dicho en otras palabras, existe también un historia de la memoria colectiva, de las representaciones sobre nuestro pasado, condensadas en lugares símbolo. Estos lugares los debemos entender no solo como monumentos o acontecimientos memorables, objetos puramente materiales, físicos, palpables y visibles, sino también como objetos inmateriales. El «lugar de la memoria» es una noción, pues, abstracta, puramente simbólica, destinada a desentrañar la dimensión rememoradora de los objetos.

El punto de partida de Nora es enfrentar la crisis de la historia nacional de Francia, y «contribuir a instituir una historia de tipo simbólico, que respondiera, más que la historia clásica, a las necesidades científicas y cívicas de nuestro tiempo, y tomando como ejemplo el francés, especialmente bien adaptado, proponer otro tratamiento de la historia nacional, que fuera eventualmente utilizable en otros contextos nacionales»¹⁴. A la pregunta sobre cuáles debemos entender son las «necesidades científicas y cívicas de nuestro tiempo» Nora dirá que se trata de aquellas vinculadas a los cambios que empezaron a producirse a partir de los años sesenta del siglo XX cuando muchos grupos cuestionaron los relatos históricos «oficiales» y cuando en su proceso de emancipación reivindicaron su propias memorias: memorias femeninas, religiosas, campesinas, judías, gays, de los pueblos coloniales¹⁵. Las reclamaciones de estos grupos dirigidas a desvelar su lugar en el pasado constituyen un reto para el historiador, una llamada a introducir en los relatos históricos el pasado de enteros grupos que nunca antes habían sido tenidos en cuenta, cuyas vidas se habían considerado irrelevantes en el sucederse de los acontecimientos más determinantes para una sociedad.

¹⁴ P. Nora, *La aventura de Les Lieux de mémoire*, en «Ayer», 32 (1998), p. 9.

¹⁵ P. Nora, *El historiador es un árbitro de las diferentes memorias*, entrevista de E. Erlj en «Letras Libres», 197 (2018), p. 20.

Frente a esas nuevas exigencias y frente a la decadencia del rol de historiador como aquel que contribuye a la formación de un único gran relato nacional, Nora propone:

Una historia que se interesa menos por los determinantes que por sus efectos; menos por las acciones memorizadas e incluso conmemoradas que por el rastro de estas acciones y por el juego de estas conmemoraciones; que se interesa menos por los acontecimientos en sí mismos que por su construcción en el tiempo, por su desaparición y por el resurgir de sus significaciones; menos por el pasado tal como ha acontecido que por su reutilización, sus malos usos, su impronta sobre los sucesivos presentes; menos por la tradición que por la manera en la que ha sido formulada y transmitida. En síntesis, – dirá – una historia que no es ni resurrección, ni reconstitución, ni reconstrucción, ni incluso representación, sino rememoración en el sentido más fuerte de la palabra. Una historia que no se interesa por la memoria como recuerdo, sino como economía general del pasado en el presente¹⁶.

De lo cronológico pasamos a lo simbólico, a un conocimiento que nos lleva inmediatamente al presente porque «hoy en día el trabajo de un historiador ya no es llevar el pasado al futuro, sino trabajar en el presente»¹⁷.

De esta transformación en los intereses del historiador dos aspectos llaman la atención. De un lado, comprobamos como inevitablemente gana peso, como objeto de estudio, lo contemporáneo. Tal vez, no pueda ser de otro modo teniendo en cuenta la densidad de acontecimientos que sacudieron el siglo XX y las primeras dos décadas del XXI y las enormes transformaciones que ha sufrido el mundo y las formas de vida, es ese período. De otro lado, parece inevitable observar como los efectos del «presentismo» que caracteriza nuestro mundo impactan también sobre el trabajo del historiador. Vivimos en un mundo en el que hemos visto desmoronarse las grandes utopías. Los hombres no se proyectan hacia un futuro mejor sostenido por la idea de progreso, sino

¹⁶ P. Nora, *La aventura de Les Lieux de mémoire*, cit., pp. 25-26.

¹⁷ P. Nora, *El historiador es un árbitro de las diferentes memorias*, cit., p. 21.

que el futuro se nos muestra cerrado, negándonos cualquier esperanza de mejora. Proliferan las distopías en tantas manifestaciones culturales, pero también en nuestro sentir individual. Si el futuro nos es negado, «el pasado no acaba de pasar». Las condiciones de vida de muchos grupos hoy tienen que ver con las injusticias sufridas en tiempos pretéritos y sus reivindicaciones van dirigidas a exigir que sus propias memorias sean reconocidas, encuentren un lugar en la historia de la comunidad o mejor en la memoria colectiva, es decir, tengan un impacto sobre el presente. La tarea del historiador, objeto de las reivindicaciones grupales, gana en complejidad y en capacidad de levantar polémicas. Trabajando sobre el tiempo contemporáneo habrá muchos testigos de los hechos relatados prontos a rebatirlos o a refirmarlos. La figura del historiador se percibe ahora como un agente privilegiado en la identificación de la génesis de las desigualdades sociales de nuestros días.

La apelación a la memoria, pues, mira a la transformación del presente y se conjuga principalmente en plural envuelta siempre en paños reivindicativos. Podríamos imaginar un camino que nos llevara de la memoria individual, a la colectiva, a la histórica, a la democrática, a la memoria crítica a medida que avanzamos de una a la otra nos alejamos del sujeto que en primera persona tiene el recuerdo (el testimonio) y los indicios¹⁸ adquieren mayor relevancia hasta convertirse en el único material sobre el que se reconstruye el recuerdo, o, atendiendo a Halbwachs, se construye. La memoria colectiva designa acontecimientos que, a fin de cuentas, no han sido recuerdo de nadie pero que pueden contribuir a construir una memoria¹⁹. El calificativo de histórica, democrática o crítica buscará elevar el estatus de la memoria colectiva. El adjetivo «histórica» indicaría que al final la historia de una comunidad

¹⁸ «Así» – dirá Ricœur – «se instaura lo que Carlo Ginzburg llama el “paradigma indiciario”, común a todas las disciplinas de conocimiento indirecto y conjetural, de la medicina y la psiquiatría a la novela policial» (P. Ricœur, *L'écriture de l'histoire et la représentation du passé*, cit., p. 738). También la historia y el derecho, el proceso judicial, participarían de ese paradigma.

¹⁹ Ivi, p. 738.

no sería más que una memoria que ha superado el filtro de la historia, o que de alguna manera, ha obtenido el sello de la autenticidad que el historiador puede dar²⁰, también una historia que se muestra sensible a las reivindicaciones grupales. Mientras que el adjetivo «democrática» nos mostraría que se trata de una memoria ordenada a los fines de la justificación y de la defensa de los valores democráticos. El sustantivo memoria combinado con el adjetivo «crítica», por su parte, evocará la capacidad de transformar los posibles relatos oficiales impuestos desde arriba en un diálogo interactivo, en un proceso de toma conciencia²¹. Y ciertamente aquí, con todas estas matizaciones, se abre un amplio espacio para la polémica, ante la posibilidad de una memoria manipulada o constreñida, de una historia desvirtuada al servicio de las reivindicaciones de los distintos grupos. El mismo Nora, quien reivindicase una nueva orientación para la historiografía en nombre de la memoria, se muestra alerta frente a las derivas de las reivindicaciones memoriales y frente a la traducción de sus aspiraciones en normas jurídicas dirigidas a perseguir desviaciones revisionistas o negacionistas. Ante estos peligros el historiador, «arbitro entre las distintas memorias»²², afirma la independencia de su oficio. La historia debería volver a las manos de los historiadores.

En el años 2005 en el marco de lo que en Francia se llamaron las «guerras de la memoria» Nora liderará el manifiesto *Liberté pour l'histoire!* en el que se contenía una rígida distinción entre el ámbito de la memoria, del derecho y de la historia, expresada de esta manera:

L'histoire n'est pas une religion. L'historien n'accepte aucun dogme, [...]. L'histoire n'est pas la morale. L'historien n'a pas pour rôle d'exalter ou de condamner, il explique. L'histoire n'est pas l'esclave de l'actualité. L'historien ne plaque pas sur le passé des schémas idéologiques contemporains et n'introduit pas dans

²⁰ F. Hartog, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps*, Le Seuil, Paris 2003.

²¹ R. Robin, *La mémoire saturée*, ed. Stock, Paris 2003, pp. 16-17.

²² P. Nora, *El historiador es un árbitro de las diferentes memorias*, cit., p. 21.

*les événements d'autrefois la sensibilité d'aujourd'hui. L'histoire n'est pas la mémoire. L'historien, dans une démarche scientifique, recueille les souvenirs des hommes, les compare entre eux, les confronte aux documents, aux objets, aux traces, et établit les faits. L'histoire tient compte de la mémoire, elle ne s'y réduit pas. L'histoire n'est pas un objet juridique. Dans un Etat libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique. La politique de l'Etat, même animée des meilleures intentions, n'est pas la politique de l'histoire*²³.

Las palabras del manifiesto, tan solemne en sus términos, ilustran el temor a la pérdida de libertad de los historiadores, algún ejemplo de historiador denunciado ante los tribunales por sus interpretación de la historia abundaría en ese sentido²⁴. Y no obstante, mas allá de episodios concretos del todo excepcionales, resulta extraño imaginar que la constante producción historiográfica se haya visto seriamente perturbada en democracias contemporáneas como la francesa por las presiones de los movimientos memorialistas. Ciertamente la manipulación de la historia puede ser real, como nos recuerda Todorov, los regímenes totalitarios fueron fundados justamente sobre el control de la información, con una clara intención de reescribir la historia y de borrar el recuerdo de la existencia de grupos enteros de población²⁵. Es en este sentido que la rememoración constituye prima facie, un acto de oposición al poder. Aquí, sin duda, radica buena parte de su prestigio. Pero no solo ahí,

²³ *Liberté pour l'histoire!*, en «Libération», 13 de diciembre 2005. Además de Pierre Nora fueron firmantes Jean-Pierre Azéma, Elisabeth Badinter, Jean-Jacques Becker, Françoise Chandernagor, Alain Decaux, Marc Ferro, Jacques Julliard, Jean Leclant, Pierre Milza, Mona Ozouf, Jean-Claude Perrot, Antoine Prost, René Rémond, Maurice Vaisse, Jean-Pierre Vernant, Paul Veyne, Pierre Vidal-Naquet e Michel Winock.

²⁴ En septiembre del 2005 la asociación *Collectif des Antillais, Guyanais, Réunionnais et Mahorais*, denunció al historiador francés Olivier Pétré-Grenouilleau, acusándolo del delito de negación por haber sostenido que la trata de esclavos mas que un genocidio fue un crimen contra la humanidad. La denuncia fue el detonante del manifiesto *Liberté pour l'histoire!*

²⁵ T. Todorov, *Les abus de la mémoire*, Arléa, Paris 2015.

fuera del contexto del totalitarismo deberíamos tener en cuenta que en nuestros días la sociedad consume información con la misma rapidez con la que la olvida. Y que el consumismo y la instantaneidad convierten en banal e indistinto las noticias sobre los crímenes más abyectos.

En este sentido las reivindicaciones memorialista debería leerse por los historiadores no como una amenaza, no como una llamada a que abandonen su rigor metodológico, sino como una muestra de sus relevancia social o de su rol en la conformación de sociedades humanas conscientes y libres. En sentido contrario muchos debates en torno a la interpretaciones históricas del pasado no deberían, parafraseando a Habermas, ser interpretados como «controversias epistemológicas» por que el tema que nos ocupa no es la neutralidad axiológica, sino «el uso público de la historia»²⁶.

Con estas premisas parecería razonable esperar que la historia sirva para despertar la conciencia crítica, para asumir responsabilidades, para reconocer a las víctimas de los abusos pasados o para impulsar políticas públicas dirigidas a que los crímenes mas terribles no vuelvan a repetirse. ¿No serían estas las consecuencia deseable de un trabajo histórico realizado con rigor?

3. Historia, memoria y derecho

Las reivindicaciones memorialistas no solo inciden sobre el trabajo del historiador. La reconstrucción de la memoria colectiva requiere de otras disciplinas y de muchos otros actores, destacadamente se apoya en el derecho y en el compromiso del jurista. Si lo que se pretende es no solo una mejor representación de lo acontecido, (qué ocurrió realmente), sino sobre todo reconocer la presencia del pasado en el ahora (qué huella dejó lo ocurrido) y modificar sus injustas consecuencias, el derecho y el jurista resultan especialmente valiosos para proyectar o disuadir

²⁶ J. Habermas, *Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania*, cit., p. 82.

ambas transformaciones. En este sentido, para los grupos memorialistas el derecho es objeto de crítica, por su inmovilismo, por la rigidez de sus instituciones, conceptos y categorías y, a la vez, es instrumento de la memoria por su capacidad para impulsar cambios sociales. Muchos de los objetivos de la justicia transicional se expresan así, en normas jurídicas y se impulsan, a través de la dimensión sancionadora y represiva del derecho o de su dimensión promocional. Como el historiador, también el jurista se ve interpelado por las reivindicaciones memorialistas que apelan a su responsabilidad social. De un lado, se le exigirá que haga posible el procesamiento a los perpetradores de los crímenes haciendo del proceso el escenario privilegiado para la construcción de la memoria. De otro lado, con el derecho se querrá fijar la realidad indudable de los crímenes pasados y sancionar el negacionismo o el revisionismo histórico. Veámoslo.

3.1. Procesar a los perpetradores, reconocer a las víctimas, alentar la memoria

Si la violencia extraordinaria, los abusos masivos que tuvieron lugar en el pasado, fueron expresión de arbitrariedad, de ‘no derecho’, enfrentarlos pasa por juzgarlos, por afirmar que no se trató de política ejercida con otros medios, sino que fueron crímenes y como tales deben ser investigados, perseguidos y sancionados. Este es el significado del derecho a la verdad jurídica en el marco de un Estado de derecho: la obligación dirigida a lo poderes públicos de «constatar todas las circunstancias en las que se ha verificado cada concreto hecho delictivo, determinando no sólo las víctimas y las modalidades de su asesinato, de su desaparición forzada o de las torturas que sufrieron, sino, además, y sobre todo la identidad de los sujetos directa e indirectamente responsables de estos acontecimientos»²⁷.

²⁷ M. Taruffo, *Proceso y verdad en la transición*, tr. esp. de J.M. García Moreno, en «Jueces para la democracia. Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez», 90 (2017), p. 97.

Parece obvio pues que tras masivas violaciones de derechos humanos, tras la quiebra de las reglas más básicas de un Estado de derecho se recomponga la esfera jurídica y la justicia penal juegue un rol importante. Las reivindicaciones memorialistas se envuelven de este modo con la bandera de la lucha contra la impunidad vinculando, de alguna manera, la defensa y protección de los derechos humanos a los procesos penales. La presencia del pasado en el presente, «el pasado que no pasa» se expresa en términos jurídicos en la declaración de imprescriptibilidad de los grandes crímenes. Para estos, como es sabido, no rige la regla que limita la persecución general de los delitos en un espacio temporal concreto. En relación a los crímenes de genocidio o de lesa humanidad la edad actual del perpetrador o el tiempo que haya transcurrido desde el momento en que cometió la acción no serán obstáculo para el proceso. Lo acontecido está todavía en el ahora, en el dolor de las víctimas, en la culpabilidad de los perpetradores, tal vez también en la terrible indiferencia de amplias capas de la población.

El proceso, en el marco de la justicia transicional, sirve para identificar las responsabilidades individuales e idealmente para desvelar la responsabilidad colectiva, una oportunidad para mostrar que más allá de los perpetradores considerados individualmente los crímenes de masa exigen una cierta complicidad social, un clima político particular, precisan de actores, pero también de ciudadanos que simplemente miran hacia otro lado, toleran o consienten²⁸. En este sentido, se suele afirmar que para los fines de la justicia transicional o, si se quiere, para la reconstrucción de la memoria colectiva, es más importante el proceso que la sanción.

La intervención penal frente a los grandes crímenes no deja de ser una consecuencia obvia en el marco del Estado de derecho y, sin embar-

²⁸ Sobre la importancia para el trabajo de la memoria de poner el acento en el proceso que transforma a un ciudadano «normal» en un agente del mal Vid., G. Schwarz, *Les Amnésiques*, Paris Flammarion, 2017. Hay versión en esp. *Los amnésicos. Historia de una familia europea*, tr. esp. de N. Viver Barri, Epílogo de J. Álvarez Junco, Tusquets, 2019.

go, algunos juristas²⁹ y no pocos actores políticos expresan de manera reiterada su escepticismo sobre su adecuación en contextos de transición. El alto número de víctimas, de perpetradores, la extendida implicación social haría poco factible que se llevase a cabo procedimientos judiciales respetuosos con los principios del derecho penal. La imprescriptibilidad, la aplicación retroactiva de la ley penal, junto a los peligros de manipulación del proceso a los fines de la reconstrucción de la memoria colectiva serían ejemplos de la tensión que ponen las demandas de los grupos de víctimas sobre las estructuras jurídicas. Hay quien ha llegado a acusar, en este sentido, a los movimientos memorialistas de violentar el derecho o de apuntarse al llamado populismo punitivo característico hoy de una forma de hacer política³⁰. Si el objetivo es la paz social a veces esta requeriría, antes que sanciones, pragmatismo, olvido y sobre todo un escrupuloso respeto de las normas.

Antes los miedos del jurista que, como el historiador, cree ver peligrar la neutralidad de su oficio, tal vez lo primero que cabría recordar es que, a pesar de los desarrollos de la justicia transicional en las últimas décadas, la regla general es la escasa y deficiente persecución penal de los grandes crímenes. En este marco, la acusación dirigida a los movimientos memorialistas de abrazarse al populismo punitivo parece como mínimo exagerada, sobre todo si tenemos en cuenta que lo que se demanda no es el aumento del área de relevancia penal, sino la atención a lo que debería ser su núcleo, lo más básico, la extraordinaria violencia. Es decir la reprobación penal de aquello que consideramos lo más grave, o de aquello que daña los bienes jurídicos que no son más valiosos y además lo hace de manera masiva. Sorprendentemente, si la intervención penal no ha necesitado justificarse cada vez que afrontamos un delito ordinario, por ejemplo, un robo o un homicidio, sí, se ha

²⁹ Sirva como ejemplo, D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Editori Laterza, Roma-Bari 2006.

³⁰ D.R. Pastor, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, «Nueva doctrina penal», 1 (2016), pp. 73-114.

debido hacer cuando se ha tratado de enfrentar lo extraordinario: las persecuciones masivas, las limpiezas étnicas, los genocidios...³¹.

Diferentes serían las consideraciones que podrían hacerse sobre el peligro de instrumentalización del proceso en beneficio de la reconstrucción de la memoria histórica. Aquí, creo, resulta necesario advertir de manera inmediata lo que es obvio: que la verdad judicial no es la verdad histórica. A pesar de los vínculos entre el quehacer de jueces e historiados las exigencias de los respectivos métodos son diferentes. Como sostiene Carlo Ginzburg «las tareas del historiador y el juez implican la habilidad de demostrar, de acuerdo con reglas específicas, que *x* hizo *y*, en donde *x* puede designar al actor principal, [...], e *y* designa cualquier tipo de acción. Pero en ocasiones, los casos que un juez descartaría por ser jurídicamente inexistentes, se vuelven provechosos a los ojos de un historiador»³². Es preciso aceptar pues que lo que obtenemos a través del proceso es un tipo de verdad particular, esa que se denomina verdad procesal, resultado de procedimientos formalizados, de tasados medios de prueba y limitada al momento en que se alcance la sentencia definitiva.

Ningún juez puede ir mas allá de las pruebas legalmente obtenidas, de las reglas procesales y el mismo proceso no puede ser una causa general, no puede fijar la historia tampoco la memoria colectiva, aunque pueda contribuir a ambos objetivos, ofreciendo fragmentos de verdad, obtenidos a través de un método sofisticado, pequeñas piezas en el puzzle de la memoria, en la costosa empresa de rememoración del pasado.

Dicho de otra manera, del proceso se espera que no solo sirva para castigar a los culpables, que no solo determine reparaciones, sino que vaya mas allá, que sea el escenario donde las víctimas expresan su dolor, donde se escenifica la reprobación por lo ocurrido y se hace pedagogía

³¹ Sobre la justificación de la sanción penal en el ámbito de la justicia transicional me permito citar: C. García Pascual, *La Justicia transicional y el dilema de la sanción. Proceso penal y responsabilidad colectiva*, en «Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho», 35 (2017), pp. 45-63.

³² C. Ginzburg, *Checking the Evidence: The Judge and the Historian*, en «Critical Inquiry», 18 (1991), 1, p. 83.

social. A menudo estos objetivos extrajudiciales quedan defraudados. Si no podemos acusar de punitivista al que cree que los autores de crímenes de genocidio deben de ser investigados, juzgados y sancionados, si que deberemos reconocer que peca de ingenuo quien atribuye al proceso judicial un efecto catártico inmediato en una sociedad altamente envenenada por el uso de la violencia. A este respecto cabe recordar que los procesos de Núremberg fueron vistos con muchísimo rechazo por la sociedad alemana en el momento³³, que se necesitaron décadas para que el trabajo de la memoria cambiara la percepción que los alemanes tenían sobre su responsabilidad como sociedad en los crímenes del nazismo³⁴. Tampoco el juicio a Slobodan Milošević transformó sustancialmente la opinión que de él tenía la población serbia³⁵.

De modo que si existe el derecho a la verdad y el deber de memoria, como sostienen tantos documentos de justicia transicional, habrá que afirmar que para el primero, para el derecho a la verdad, el proceso penal puede ser útil, incluso imprescindible, sin que, en ningún caso, pueda agotar la sed de verdad que expresan los movimientos memorialistas. Respecto al segundo, el deber de memoria, deberemos aceptar que la memoria no es algo que pueda imponerse de manera autoritaria y mucho menos a través de un proceso judicial³⁶. La posibilidad de que lo verificado en el proceso despierte la conciencia social, anime la auto-crítica necesitará tiempo y un marco de interpretación que no deriva de manera inmediata de la sanción jurídica.

³³ F. Muñoz Conde y M. Muñoz Aunión, *¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Stanley Kramer «El juicio de Nuremberg»*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

³⁴ G. Schwarz, *Les Amnésiques*, Flammarion, Paris 2017, cit., donde la autora hace un recorrido por los tiempos de esa transformación.

³⁵ Vid. M. Koskenniemi, *La politique du droit International*, tr. fr. de H. Cadet, S. Cassella, G. Hourriez y A. Martineau, Éditions A. Pedone, Paris 2007, p. 257. (Hay versión española M. Koskenniemi, *La política del derecho internacional*, introducción C. García Pascual, tr. esp. de J.A. García Sáez y A. Lastra, Trotta, Madrid 2020).

³⁶ Ivi, p. 261.

La circunscrita verdad que se concreta a través del proceso fundamenta la memoria colectiva y resulta un elemento básico e inexcusable si pretendemos construir o consolidar un Estado de derecho. Estaríamos ante un concepto de verdad aprehensible y modesto en cuanto circunscrito a límites materiales y formales. Y no obstante, pretender esa verdad del derecho, limitada y modesta, es una empresa extremadamente exigente porque demanda un elevado compromiso político y unas estructuras de administración de justicia sólidas y eficaces.

Y desde luego podría ocurrir, como de hecho ha ocurrido en tantas sociedades, que entre verdad, en el sentido jurídico, y paz social exista una tensión irresoluble, pero la renuncia a ese objetivo de verdad primario, el que se obtiene a través de los procesamientos, no podrá mostrar más que estamos ante una democracia o un Estado de derecho imperfecto o con serias deficiencias en sus estructuras más básicas. Michelle Taruffo pone el ejemplo del fin de los sistemas totalitarios en Italia o España, donde la transición se realizó sin que se haya producido una averiguación a través del derecho de la verdad de los crímenes cometidos. Cabría preguntarse, siguiendo al jurista italiano, «si se puede hablar realmente de democracia en referencia a un sistema político que evita sistemáticamente investigar la verdad sobre sus precedentes históricos inmediatos, aunque sean evidentes la cantidad y la calidad de los crímenes cometidos»³⁷.

3.2. Revisionismo, negacionismo y trabajo de la memoria

Tras acontecimientos de violencia extraordinaria no son extrañas las lecturas revisionistas que proponen una falsa representación de lo ocurrido, o simplemente lo niegan. La lucha contra ambos fenómenos, el negacionismo y el revisionismo, se ha realizado en muchos Estados democráticos utilizando el derecho. De un lado, a través de normas jurídicas se ha querido fijar la realidad de acontecimientos pasados, su correcta representa-

³⁷ M. Taruffo, *Proceso y verdad en la transición*, cit., p. 99.

ción o su adecuada interpretación histórica y se ha ordenado su presencia en los programas formativos de los escolares. De otro lado, se ha perseguido como crimen la negación, en sus diversos matices, de la realidad de las masivas violaciones de derechos humanos acontecidas en el pasado.

La norma precursora en Europa en ese campo fue la llamada *Ley Gaysot* (13 de julio 1990) que en Francia impuso pena de reclusión a quien negase la existencia de uno o mas crímenes contra la humanidad definidos en el artículo 6 del Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional. Con posterioridad a la ley francesa muchos otros países introdujeron el delito de negación en sus códigos penales. En 1992 en Austria, en 1993 en Suiza, en Alemania en 1994, mientras que en Bélgica y España en 1995...³⁸ Todas estas legislaciones parecen tener una misma inspiración, aunque mantienen pequeñas y no irrelevantes diferencias. En algunos textos, por ejemplo, se persigue simplemente la negación, (aprobación, o justificación), mientras que en otros como en Alemania también la minimización³⁹. En algunos países la negación se centra en el Holocausto, mientras que en otros, en todos los crímenes previstos en el Estatuto de Londres o en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En algunas normativas se añaden específicamente los crímenes comunistas, en otras, se circunscribe la negación genéricamente al genocidio o a los crímenes contra la humanidad. Todo este abanico de matices no abunda en la certeza jurídica. Por otra parte si se trata de la negación de delitos, ciertamente, cabe preguntarse que institución tiene el título para decidir qué evento histórico puede ser considerado delito y de qué tipo o si la negación solo alude a los que han sido ya juzgados y sancionados por un tribunal.

³⁸ Otros como Gran Bretaña o los países nórdicos consideraron que un delito tal se oponía al derecho a la libertad de expresión. Mientras que algunos como Italia simplemente se mostraron indiferentes a estas nuevas iniciativas legislativas.

³⁹ En España el Tribunal Constitucional (STC235/2007) declaró parcialmente inconstitucional el artículo 607.2 que introdujo el delito de negación y justificación del genocidio afirmando que solo la justificación del genocidio puede ser objeto de sanción penal.

Impulsados por la inseguridad que reflejan la variedad de normativas contra el negacionismo las instituciones europeas han dictado normas dirigidas a su armonización dentro del marco de la lucha contra el racismo y la xenofobia. La más relevante de estas normas fruto de muchos años de propuestas y de resistencias destacadamente italianas⁴⁰ es la *Decisión marco sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia* de 28 de noviembre de 2008⁴¹ cuyo punto de partida es que «determinadas manifestaciones graves del racismo y la xenofobia deben constituir un delito en todos los países de la UE y ser punibles mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias».

La Decisión Marco de 2008 considera punibles entre otros actos: la apología pública, la negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se define en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional siempre y cuando «las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo».

La expansión en Europa del delito de negación, con sus peculiaridades será el marco propicio del debate entre memoria, historia y derecho que se repetirá en muchos países de Europa, aunque tal vez en ninguno con la intensidad con la que se ha desarrollado en Francia. En este país la necesidad de proteger la correcta representación o interpretación de determinados hechos históricos impulso a partir de la ley Gaysot ulteriores normativas conocidas bajo el nombre de leyes memoriales (*lois*

⁴⁰ Para un detallado relato del debate que se generó en Italia sobre el delito de negación vid., L. Cajani, *Diritto penale e libertà dello storico*, in G. Resta e Zeno Zencovich (a cura di), *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 383 y ss.

⁴¹ Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, *relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal*. Además de las normativas también se ha generado una notable jurisprudencia de tribunales constitucionales o del TEDH a este respecto Vid. A. Gascón Cuenca, *La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XXXIV (2018), pp. 177-200.

memorielles). En 2001 impulsada por la asociación franco-armenia se dicta una ley de un solo artículo: «*La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915*»⁴² y ese mismo año asociaciones de ciudadanos franceses de origen africano lograron la adopción de la llamada ley Taubira⁴³ que define como crímenes contra la humanidad tanto la trata de esclavos como la esclavitud practicada a partir del siglo XV. A diferencia de la ley Gayssot estas dos últimas normativas son meramente declarativas y, aunque la ley Taubira prescribía que a la trata de esclavos se le reservase «*la place qu'elle mérite*» en los programas escolares, no despertaron gran interés ni entre los historiadores, ni entre los enseñantes.

Todo cambió con una nueva normativa la denominada ley Mekachera de 23 de febrero 2005 donde se expresaba el reconocimiento a la contribución nacional de los ciudadanos franceses repatriados y se disponía la enseñanza del rol positivo de la colonización en la escuelas: «*Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord*»⁴⁴.

Podría decirse que esta frase prendió la llama del debate nacional⁴⁵. Las críticas no tardaron, y se extendieron mas allá del polémico precep-

⁴² *Loi n. 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.*

⁴³ *Loi n. 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité.*

⁴⁴ El artículo 1 reza así: «La Nation exprime sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'oeuvre accomplie par la France dans les anciens départements français d'Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française...».

⁴⁵ La precisa valoración que hace la ley de los acontecimientos históricos, especialmente el reconocimiento del carácter positivo de la colonización, indignó a las asociaciones y grupos que representaban a las poblaciones de ultramar y dio lugar a un sinnúmero de críticas de académicos y de historiadores dirigidas a la abrogación o al menos a la modificación de esa parte de la ley que pretendía constreñir a los docentes a una concreta representación del colonialismo francés. Se hicieron llamamientos contra la obligación de la enseñanza de una "historia oficial" y se fundaron asociaciones de historiadores que llamaban a una resistencia activa a la ley Mekachera como la asociación *Liberté pour l'histoire* que nació a través del manifiesto homónimo o el *Comité de vigilance face aux usages publics de l'histoire*.

to de la ley. En el manifiesto *Liberté pour l'histoire!*, ya citado, se pedía la abolición de todas las leyes memoriales a partir de la Ley Gayssot. Los firmantes fueron acusados de insensibles a las demandas sociales, o simplemente de corporativistas. Algunas personalidades, como Claude Lanzmann, se mostraron extremadamente críticos con esa iniciativa sosteniendo que las tres primeras leyes memoriales no limitaban en modo alguno la libertad de expresión y preguntándose si debía ser el historiador el único ciudadano por encima de la ley.

En 2006 un notable grupo de juristas, animados por el constitucionalista Bertrand Mathieu suscribieron su propio manifiesto⁴⁶ *Appel des juristes contre les lois mémorielles* en el que se denunciaba la lógica comunitarista que inspiraba leyes memoriales, el desafío a los derechos fundamentales de libertad de expresión y de opinión o la imprecisión de la naturaleza de las infracciones que perjudicaba los principios de legalidad de las penas y de seguridad jurídica. Concretamente sobre la ley que convirtió la negación del genocidio armenio en delito Bernard Mathieu dirá:

S'il est vrai que le crime de génocide est prévu par le code pénal, le législateur n'est pas compétent pour juger et le juge peut seul appliquer une qualification pénale à des faits! Où l'on voit [...] l'inutilité, puisque le juge, outre qu'il ne saurait être lié par une qualification que le législateur a retenue, au mépris de sa compétence, ne serait pas assuré de pouvoir un jour statuer sur des faits dont les auteurs ont physiquement disparu⁴⁷.

Parece evidente que existe una diferencia entre negar la realidad de un evento histórico, negar la calificación jurídica realizada por un tribunal o discutir su interpretación histórica. Todos estos matices se confunden en muchos debates, pero también en muchos textos legis-

⁴⁶ *Appel des juristes contre les lois mémorielles*, recogido en *Assemblée Nationale, Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, Président-Rapporteur M. Bertrand Accoyer* (enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 novembre 2008), p. 475 y ss.

⁴⁷ B. Mathieu, *Génocide, une loi inconstitutionnelle*, «Libération», 23 enero 2012.

lativos. No parece lo mismo refutar la realidad de un acontecimiento histórico que discutir si determinados hechos constituyen un crimen de genocidio o de lesa humanidad siguiendo la distinción del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Las críticas de los juristas franceses inciden así sobre las incorrecciones técnicas de las leyes de la memoria y sobre los límites del derecho para servir a un relato colectivo, pero también parecen apuntar más allá. Una cierta «lógica comunitarista» se encuentra ya en la misma configuración del delito de genocidio⁴⁸ y en su diferenciación con el delito de lesa humanidad. Ambos tipos penales nos dan una plástica representación de la tensión entre lo colectivo y lo individual que se reproduce en tantos aspectos de la justicia transicional e inevitablemente en los debates sobre la memoria.

Si el delito de genocidio, como sabemos, protege al grupo en cuanto tal, el de lesa humanidad protege al individuo. Y la distinción no es solo cualitativa sino también de grado, porque lo que parece peor en la escala penal es atentar contra el grupo antes que contra el sujeto individual. Como nos indica Philip Sands si bien es cierto que normalmente los crímenes masivos se dirigen contra unas personas determinadas porque forman parte de un colectivo, y no por sus características individuales, también es verdad, que cuando ponemos el énfasis en proteger a un grupo contra la violencia se refuerza el sentimiento de que hay un «ellos» y un «nosotros», es decir, acentuamos los sentimientos de identidad grupal⁴⁹ y hacemos que la reconciliación sea menos probable.

⁴⁸ En el debate entre R. Lemkin creador del término genocidio y el gran internacionalista H. Lauterpacht (R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington 1944) (reimpresión: The Lawbook Exchange, Nueva Jersey 2008) (H. Lauterpacht y L. Oppenheim, *International Law. A Treatise*, 1 voll., Peace, London, 1955, p. 744, y H. Lauterpacht, *Review of Raphael Lemkin: Axis Rule in Occupied Europe*, en «Cambridge Law Journal», 9 (1945), p. 140). Sobre las diferencias entre ambos juristas Vid. P. Sands, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, Weidenfeld & Nicolson, London 2016.

⁴⁹ Muy próxima a la preocupación de Lauterpacht y de Sands se encuentran las consideraciones de Francisco Laporta cuando sostiene que «la sustanciación de lo

Cabe añadir que a menudo la entidad del colectivo golpeado por la violencia no es más que una construcción en la mente del agresor, que establece criterios de pertenencia al grupo con independencia de la propia adscripción personal de los sujetos integrados a la fuerza en él. De manera que, si adoptamos la visión grupal, de algún modo damos carta de naturaleza a una identidad, la reforzamos, la convertimos en algo jurídicamente relevante y (teniendo en cuenta que el delito de genocidio es el más grave en cualquier orden normativo penal) en el bien jurídico que merece mayor protección. El poder de la identidad y la asociación colectiva de grupo es un valor importante, pero también una fuente de peligros⁵⁰.

Creo con Sands que la mejor técnica jurídica nos debería haber llevado a disolver la distinción entre genocidio y crimen lesa humanidad, en un único tipo indiferenciado y general de crimen contra la humanidad. Pero a la vez sabemos que difícilmente habrá vuelta atrás en los códigos penales, en las normativas internacionales y en las reivindicaciones memoriales, entre otras cosas porque el término genocidio tiene un valor fuera del ámbito jurídico, forma parte de ese grupo de

colectivo, es decir, la transformación de las realidades humanas colectivas en “seres” o “entes” con vida propia independiente, es siempre un peligro para la supervivencia o la identidad moral del individuo» o que «la única realidad moral para impedir la repetición del holocausto tiene que ser el ser humano individual» (F.J. Laporta, *Auschwitz y la justicia*, en A. Gómez Ramos y C. Sánchez Muñoz (Eds.), *Confrontando el mal. Ensayos sobre memoria, violencia y democracia*, Plaza y Valdés, Madrid 2017, pp. 157-158, p. 161).

⁵⁰ Advierte Sands, por otra parte, que el crimen de genocidio distorsiona el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y de los delitos contra la humanidad. Pues para muchas personas que han sufrido graves violaciones de derechos humanos, ser etiquetado como una víctima del genocidio se convierte en «un componente esencial de la identidad nacional», como si el reconocimiento del daño causado no fuese completo sin la etiqueta de genocidio, sin que ello contribuya a la resolución de disputas históricas o a hacer que los asesinatos masivos sean menos frecuentes (Cfr. P. Sands, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, cit., pp. 380 y ss.).

neologismos que sirvieron para designar en sentido estricto (jurídico) o en sentido amplio (en el lenguaje corriente) un horror que a las sociedades les pareció inédito. Por encima de los elementos del tipo penal, el término genocidio da cuenta de esas realidades inéditas (como fueron las cámaras de gas en el exterminio de los judíos) o al menos de una percepción nueva, y por tanto también inédita, de una realidad antigua (la esclavitud aparejada al colonialismo), una consideración de lo que los hombres son capaces y una expresión del impacto que esa constatación nos deja como sociedad.

El ejemplo francés ilustra las dificultades de un trabajo de la memoria construido desde arriba, guiado desde la política, dictado por las leyes. Y a la vez también nos muestra la miríada de conflictos, tensiones, problemas jurídicos que sale a la luz en el momento que asumimos como deseable hacer consciente a la sociedad de su responsabilidad respecto al pasado. Atrapados entre lo colectivo y lo individual, entre la historia y la memoria o entre las exigencias del derecho y la paz social parecería que no avanzamos, que estamos anclados a un peso muerto que nos lleva siempre al origen, pero como dijera Hannah Arendt «este pasado... no lleva hacia atrás sino que impulsa hacia delante y, en contra de lo que se podría esperar, es el futuro el que nos lleva hacia el pasado»⁵¹.

⁵¹ H. Arendt, *Between Past and Future, Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, New York 1961, p. 11; *Entre el pasado y el futuro Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, tr. esp. de A. Poljak, Península, Barcelona 2016, p. 16.