



## Derecho a La Memoria: ¿Derecho Cultural Implícito en el Sistema Constitucional Chileno?

### Right to Remembrance: ¿Implicit Cultural Right on The Chilean Constitutional System?

Carmen Cabezas Del Fierro<sup>1</sup>  
cabezas.carmen@hotmail.com

Gonzalo Fibla Cerda<sup>1</sup>  
gonzalo.fibla@gmail.com

Constanza Jerez Mundaca<sup>1</sup>  
jerez.constanza.alej@gmail.com

I Escuela de Derecho, Coquimbo.  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad Católica del Norte.

**Artículo recibido:** 28- Junio- 2013

**Aceptado:** 14- Octubre- 2013

**Publicado:** 29- Noviembre- 2013

## RESUMEN

*El artículo analiza el complejo tema del derecho a la memoria como derecho humano de carácter cultural así como su consagración en el ordenamiento jurídico chileno. El trabajo alude a la problemática del reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales y el modo de hacerlos efectivos, para lo cual se analizará la estructura de dicho derecho en cuanto a su contenido esencial, titularidad y garantías. Finalmente, se plantea el tema de la protección de los derechos implícitos a través de una interpretación sistemática del sistema constitucional chileno.*

## ABSTRACT

*This article analyzes the complex subject of the right to remembrance as a cultural human right, as well as its recognition on the Chilean system of law. The paper refers to the problem of the recognition of new fundamental rights as well as the different ways to make it effective, in order to analyze the structure of such right in relation to its essential content, ownership and guaranties. Finally, it alludes to the subject of protection to such implicit right through the systematic interpretation of Chilean law.*

**Palabras clave:** *Derecho a la memoria, derecho al olvido, derecho al recuerdo, derechos implícitos y garantías jurisdiccionales.*

**Keywords:** *right to remembrance, right to forget, right to remember, implicit rights and jurisdictional guaranties.*

*Recordar: del latín re-cordis,  
volver a pasar por el corazón.*

Eduardo Galeano

*Es una posesión, porque  
el olvido,  
es una de las formas de la memoria.  
Su vago sótano,  
la otra cara secreta de la moneda.*

Jorge Luis Borges

## **I** **Introducción**

En la actualidad, la tarea de implementar un sistema universal de promoción y defensa en el ámbito de los derechos humanos no ha sido fácil. La ciencia del Derecho, que se ha ocupado de ello, ha tenido que ir avanzando paso a paso ante la renuencia de los Estados de otorgar vigencia y eficacia real a los derechos humanos que, ellos mismos, han reconocido a través de diversos instrumentos internacionales, así como la necesidad de dejar de lado los principios clásicos para resolver cuestiones de derechos humanos. Dichos instrumentos no sólo se limitan a establecer derechos para las personas y obligaciones para los Estados partes, sino que se erigen como un mecanismo cuya finalidad última es lograr la protección de la dignidad humana, constituyendo esta el verdadero interés y finalidad de todos los Estados.

Una correcta aplicación de los principios que informan el sistema constitucional chileno, permitiría una coherente protección de nuevos derechos que emanan de la dignidad de las personas (Rolla, 2002). Sin embargo, el derecho a la memoria, tal como otros “nuevos derechos” con contornos difusos, plantea desafíos ineludibles y, al mismo tiempo, complejos de abordar conforme a la teoría general de los derechos humanos.

La presente investigación tiene por objetivo demostrar que el derecho humano a la memoria puede ser plenamente garantizado sin la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico vigente. Para la consecución de dicho cometido será preciso el análisis dogmático de la dignidad como sustrato axiológico de los derechos humanos; y, asimismo, de la estructura del derecho en cuanto a su titularidad, contenido esencial y garantías. Particularmente, se hará referencia a la justiciabilidad del derecho en

comento en el ordenamiento jurídico chileno.

## **II. El Derecho a la Memoria como Derecho Cultural**

Una primera aproximación al asunto de los Derechos Culturales ha de comenzar necesariamente con el concepto de cultura. Actualmente, el alcance de su significado se plantea en términos amplios, superando la concepción elitista que lo restringía a expresiones refinadas del arte y la literatura. El concepto vasto, en cambio, hace alusión a una forma de vida en que aspectos como la religión, la lengua y la historia en común tienen un papel importante. La cultura no es entonces un mero producto de consumo, sino que una realidad compleja que se vincula a la identidad misma de la comunidad, así como también a sus costumbres y formas de pensar. La conformación de esta se produce por una serie de acciones que tienen como resultado cambios estructurales y coyunturales en distintos ámbitos de la realidad (Luther, 2010). En tal sentido, parece lógico señalar que la cultura se alza como un concepto que -más allá de una definición exacta- resulta relevante en cuanto existe; y, asimismo, en cuanto la cultura funciona e interacciona con el sistema valórico de las sociedades democráticas pluriculturales.

En cuanto a la trascendencia de la cultura en el campo jurídico, esta no ha estado exenta de problemas y beligerancias. Así, el impacto primigenio de la irrupción de la cultura ha implicado reformular las tradicionales concepciones de Derecho, según las cuales el ámbito jurídico constituía una realidad retraída de los devenires sociales. En el universo jurídico, la idea de cultura que prevalece en los contextos tradicionales es que “es un producto de la evolución de la humanidad y se va perfeccionando como una tecnología” (Moreira, 2008: 469). Por lo cual, queda intrínseca la idea de que la cultura responde a una lógica progresiva, en cuya virtud los grupos étnicos y sociedades rudimentarias resultan postergados en el devenir histórico y, con ello, presentan una incomodidad metodológica para el Derecho que solo podrá salvarse mientras se apliquen las reglas de la cultura dominante. Bajo ese contexto, la positivación de la cultura quedó restringida a un escuálido contenido como sinónimo de costumbre, de hábitos sociales o creencias sociales con cierta permanencia histórica en una sociedad determinada.

Sin embargo, el nuevo escenario marcado por la irrupción de los derechos humanos y nuevas ideas en el contexto de la sociedad multicultural implica romper los paradigmas conceptuales tradicionales en cuanto a la cultura, pues surgen nuevos derechos e ideas que se derivan de ellos; se hace preciso el cambio a una concepción de lo plural que trascienda de la mera retórica liberal decimonónica. Por lo tanto, el tratamiento de los Derechos Culturales y su alcance no puede agotarse en la idea restringida de cultura, es decir, como el derecho a gozar de una expresión artística en particular, sino como una categoría implícita de derechos humanos que están relacionados con la propia identidad cultural como parte de la dignidad humana.

Si bien la cultura resulta compleja de definir en términos estrictamente jurídicos, pues carece de contornos claros y de un significado unívoco, el Derecho no puede desconocer su trascendencia, so pena de provocar una restricción o incluso alienación de la identidad cultural; por lo tanto, resulta crucial su desarrollo en vista de su poco tratamiento en comparación con los demás derechos humanos. No obstante lo anterior, a la hora de determinar el alcance de estos, resulta visible el *carácter transversal* (Donders, 2004) de los derechos culturales, pues pueden inferirse dentro de otros derechos, incluso civiles, como lo son la libertad de religión y la libertad de expresión; y, por otro lado, el derecho a participar en la cultura, se inserta en la lógica de los derechos sociales y económicos. La segunda consecuencia de dicho carácter radica en la consideración de éstos como posición intermedia entre los derechos individuales y colectivos.

El derecho a la memoria, el cual se abordará en extenso en esta investigación, responde precisamente a la lógica antes desarrollada. Es un derecho cultural que trasciende a las menciones restringidas de cultura resguardadas por los instrumentos de derecho internacional clásico<sup>1</sup> y que a pesar de su falta de escrituración, supone una exigencia de adecuado resguardo para el Estado Constitucional de Derecho, pues es expresión del acervo cultural y de la amplia concepción de cultura, amparada por el concepto omnicompreensivo de la dignidad humana (Taboada, 2006).

---

1 Véase artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

### III. Derecho a la Memoria ¿es un Derecho Humano?

El progresivo avance tecnológico y las cada vez más complejas relaciones sociales han llevado a un fenómeno de proliferación de nuevos derechos cuya aceptación apriorística y acrítica como derechos humanos resultaría perjudicial para lograr una efectiva garantía de los mismos. Sin embargo, desconocer la posibilidad del surgimiento de nuevos derechos implicaría la negación de la idea de los derechos humanos como categorías históricas. Por ello es necesario determinar la vinculación existente entre estos con la dignidad de la persona, para así establecer si se trata o no de un derecho fundamental que deba ser amparado por nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido Pérez Luño (1991: 205) señala que “la tarea de precisar el catálogo de derechos de la tercera generación es, portanto, un *work in progress*, ni fácil, ni cómodo, aunque, precisamente por ello, urgente y necesario. En función de esa labor estimo que pueden apuntarse algunos rasgos peculiares que avalan la pertinencia de esta nueva generación de derechos humanos”. De este modo se recalca la idea de que los derechos humanos se nutren de la realidad social, pues la pretensión de trato deferente hacia la persona constituye una exigencia inexorable de su condición gregaria; la persona no desarrolla su espíritu sino en cuanto se conecte con otros; y en la medida en que estos otros y el Estado, coadyuven a la consolidación de un clima de respeto hacia ella.

Los derechos fundamentales no son únicamente los asegurados expresamente en el texto constitucional, ya que además se encuentran los derechos implícitos, los cuales permiten considerar que no es necesario que un derecho esté configurado en la Constitución formal o en el derecho internacional para ser derecho esencial, humano o fundamental (Nogueira, 2010). Los derechos pueden deducirse tanto de valores, principios y fines, así como también de razones históricas que retroalimentan el derecho positivo constitucional e internacional. Es indudable que el Derecho es una creación cultural que adolece de un retraso estructural respecto a la realidad social; específicamente, el sistema de derechos humanos tiene carencias normativas y –a la vez– cuestiones implícitas que resultan imposibles de prever o anticipar, por lo cual será necesario para su plena expresión desprenderlas

del sustrato valórico y axiológico que informa el sistema constitucional: la dignidad. Elemento supremo y omnicomprensivo del carácter valioso de la persona humana.

El derecho a la memoria se inserta en esta lógica, puesto que ni el constituyente ni los instrumentos internacionales lo han previsto de modo explícito. Sin embargo, a pesar de su carácter novísimo y *sui generis*, goza de las características de universalidad, indivisibilidad e interdependencia, como cualquier otro derecho humano; y, en tanto derecho cultural, es una expresión y exigencia específica de la dignidad humana.

La dignidad de la persona, término que “designa en latín lo que es estimado o considerado por sí mismo, no como derivado de otro significa el valor interno e insustituible que le corresponde al hombre en razón de su ser, no por ciertos rendimientos que prestara ni por otros fines distintos” (Ferrer, 1996: 191). Es el sustrato axiológico básico sobre el cual se articula el sistema constitucional chileno<sup>2</sup>; y al ser un enunciado constitucional que goza de eficacia directa y aplicabilidad inmediata (García, 1991), tiene primacía sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en ella (Nogueira, 2006).

Si atendemos a la inspiración iusnaturalista racional de nuestra Constitución podemos asegurar que los derechos humanos emanan directamente de la dignidad de las personas y no de su consagración positiva en normas legales o constitucionales, por lo tanto, nuestra constitución no crea dichos derechos, sino que más bien los garantiza y asegura a través de los distintos mecanismos que esta misma establece.

Asimismo, como señala Ríos Álvarez (1985: 205), la dignidad de la persona tiene también el carácter de contenido integrador del vacío que puede llegar a producir la falta de reconocimiento o la omisión de un derecho indispensable o esencial a la preservación de la persona humana (Ríos, 1985). Lo anterior haya complemento en lo resuelto por el Tribunal Constitucional chileno en el considerando 25° de la sentencia Rol N°226 en la cual se advierte que:

---

2 Véase Artículo 1° inciso 1° de la Constitución chilena: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

“la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación de las normas fundamentales [...] los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”.

Así, la dignidad sirve como elemento de enlace entre derechos no consagrados en textos constitucionales y su subsecuente protección constitucional en cuanto los referidos derechos son precisamente una emanación de ella.

El artículo 1º inciso 1º de la Carta Fundamental constituye un precepto base para todo el ordenamiento jurídico. Por ende, el valor de la dignidad humana constituye una pauta interpretativa que determina la actuación no solo de los poderes estatales, sino también para toda persona, institución o grupo, configurando con ello una comprensión amplia de la supremacía constitucional en Chile y reafirmando la irradiación de su contenido material. Queda demostrado así, que los derechos fundamentales en cuanto tienen su fuente en la dignidad humana y en cuanto buscan el libre desarrollo de la persona, exigen del ordenamiento jurídico positivo su protección y garantía. De hecho, puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en el futuro como tales, dadas nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras. Tradicionalmente, se ha considerado que el Estado tiene un deber de respeto hacia los derechos humanos, que se traduce en una posición negativa o de abstención hacia los mismos, en tanto éste se encuentra llamado a no violarlos por medio de sus agentes; no obstante, dicha posición es insuficiente si se pretende dar plena eficacia a tales derechos. En tal sentido, el Estado está además obligado a garantizar<sup>3</sup>, lo que implica la adopción de medidas positivas por parte de todas las funciones estatales<sup>4</sup>.

---

3 Véase artículo 1º Convención Americana de Derechos Humanos.

4 En este sentido, se ha pronunciado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el acto de celebración del quincuagésimo cuarto aniversario del Centro Universitario de formación oficial de la Policía Nacional de Colombia en Manizales (2006). Las obligaciones del Estado y de los particulares frente a los Derechos Humanos, 7-8. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0680.pdf> (consultado en: 4 de abril de 2013).

Por lo tanto, si bien el derecho a la memoria no se encuentra explícitamente consagrado en nuestro ordenamiento, al realizar una interpretación sistémica y coherente del mismo, se puede concluir que la no positivización de este no impide su adecuada protección y garantía, pese a implicar esta interpretación una ardua labor debido a que la dignidad posee una carga ética, lo cual dificulta la aprehensión del concepto (Pelè, 2004). En síntesis, el derecho a la memoria, al formar parte de la propia identidad cultural de las personas y al ser expresión de la misma, se vincula directamente con el concepto de dignidad, por cuanto la historia de los pueblos es siempre el resultado de procesos culturales y sociales de enorme complejidad que constituyen un imperativo inexcusable en la vida de los hombres, en cuanto su historia, las huellas de su pasado que permiten el acercamiento a sus raíces, confieren identificación cultural y reafirman el sentido de pertenencia a una sociedad determinada (Medina & Escalona, 2012).

#### **IV. Derecho a la Memoria: Contenido Esencial**

El Tribunal Constitucional chileno señala que: la esencia del derecho debemos conceptualizarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el “libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica<sup>5</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana define contenido esencial como:

“el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”<sup>6</sup>.

---

5 Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 43 de 24 de febrero de 1987, considerandos 20 y 21.

6 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-176, de 4 de mayo de 1998.



Así, debemos determinar el contenido esencial del derecho a la memoria teniendo presente que la memoria es un concepto que admite una pluralidad de acepciones –biológicas, psicológica, culturales, filosóficas, técnicas, sociológicas, etc. (Luther, 2010) – dentro las cuales nos resulta relevante destacar la memoria como un concepto cultural. En tal sentido, la memoria es aquel fenómeno propiamente humano, en virtud del cual se retiene y recuerda el pasado, entendido como un conjunto de relaciones, valores, creencias, convicciones, tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados<sup>7</sup>. Al formar parte de nuestra identidad cultural debe entenderse como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad.

La determinación del contenido esencial del derecho a la memoria es una tarea sumamente ardua por cuanto su desarrollo jurisprudencial y doctrinal es muy escaso. Esta tarea tiene importancia vital, pues ella permite determinar las facultades mínimas de ejercicio del derecho, y para ello es necesario considerar el derecho a la memoria en sus dos dimensiones: como derecho al recuerdo y derecho al olvido.

Con respecto al derecho al recuerdo, su contenido esencial consistiría en el derecho de toda persona a que a lo largo de toda su existencia pueda traer al plano del presente hechos, historias y vivencias acaecidas en el pasado, ya sea individual como colectivamente. Dentro de las facultades que se protegen como consecuencia del contenido esencial, encontramos las siguientes:

- Resguardo de la memoria nacional y cultural, que contribuya al libre y pleno desarrollo de su identidad, siempre que se respeten los derechos de los demás y la diversidad.
- Esclarecimiento de la verdad respecto de aquellos sucesos del pasado inconclusos o cuya verdad se desconozca.
- Preservación de los datos personales y de los vestigios que den testimonio de la existencia de la persona, tanto en un soporte material como virtual.

---

<sup>7</sup> Véase en el Artículo 2° de la Declaración de Friburgo sobre los Derechos Culturales.

En segundo lugar, el derecho al olvido consiste en el derecho que toda persona tiene al cese de la remembranza acerca de hechos, datos e información sensible, cuyo titular no desea traer al plano del presente. Dentro de las facultades que este derecho confiere a su titular, se encuentran:

- Omisión de acontecimientos pasados con el objeto de no ser discriminado.
- Retiro del consentimiento al procesamiento de datos.
- Cancelación de los datos de carácter personal cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad en virtud de la cual hubieran sido recabados o registrados.

## **V. Titularidad del Derecho a la Memoria**

El derecho a la memoria constituye un claro ejemplo de los derechos de tercera generación, también conocidos como derechos de solidaridad o de los pueblos; los referidos derechos gozan de incidencia universal en la vida de los hombres y exigen para su concreción esfuerzos y, al mismo tiempo, responsabilidades de toda la sociedad a escala supraestatal. Entonces, no se puede obviar su carácter colectivo, que genera un fenómeno de doble titularidad: además de poseer una titularidad individual o personal, éste goza de una de carácter colectivo.

Cuando se hace referencia a la titularidad sobre el derecho a la memoria se hace con el sentido de determinar quiénes son las personas a las que se les pueda atribuir un derecho subjetivo o un interés tutelable sobre dicha memoria. Es indudable que el contenido lleno de matices y contornos poco precisos del derecho a la memoria supone una superación de la concepción clásica de legitimación procesal, de modo que es admisible la iniciativa de cualquier interesado, sea éste individual o colectivo, con el objeto de lograr la justiciabilidad del derecho. Por lo tanto, los desafíos en materia de la titularidad de los nuevos derechos son un problema aparente que no representa mayor dificultad, pues estamos frente a la superación de la concepción individualista de los derechos fundamentales, en tanto los llamados nuevos derechos escapan a la lógica y estructura de los derechos decimonónicos<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Otros ejemplos de los llamados derechos de tercera generación o derechos de los pueblos son: derecho a la paz, derecho a la identidad nacional y cultural, derecho al medioambiente, derecho al

La garantía de los derechos de las personas en nuestro ordenamiento permite determinar que tanto en el encabezado del artículo 19 de la Constitución chilena, como en el derecho convencional internacional de los derechos humanos, los titulares de los derechos fundamentales no son solamente las personas naturales, sino también las personas jurídicas e incluso las personas morales (Nogueira, 2006).

En cuanto a la legitimación pasiva, Pérez Luño (1987: 215) agrega:

“La flexibilidad en la legitimación procesal activa exige también, por la peculiaridad que entraña la defensa de estos derechos, una ampliación de la legitimación pasiva, que permita superar determinadas trabas formales que, con anterioridad, habían dejado en la impunidad conductas atentatorias o lesivas para los derechos fundamentales de la tercera generación”.

Finalmente, con respecto a la titularidad del derecho a la memoria, queda manifiesto el carácter de doble titularidad del mismo. En primer lugar, en relación al derecho al recuerdo, este permitiría tanto a una persona individual como a una colectividad, traer al plano del presente: hechos, historias y vivencias acaecidas en el pasado. Por otro lado, el derecho al olvido podría ser ejercido de la misma forma, facultando a su titular al cese de la remembranza acerca de hechos, datos e información sensible, que no desea traer al plano del presente.

## **VI. Reconocimiento y Protección del Derecho a la Memoria en el Sistema Constitucional Chileno**

A modo de síntesis de lo ya expuesto, queda comprobado que el derecho a la memoria es un derecho fundamental, con un contenido esencial delimitable tanto en su dimensión de derecho al recuerdo como de derecho al olvido; y con titulares determinados de una manera amplia.

El derecho a la memoria, al no estar expresamente positivado en nuestro ordenamiento jurídico, carecería *prima facie* de las garantías propias de aquellos explícitamente consagrados. No obstante, el concepto de derecho fundamental es omnicompreensivo tanto de valores, principios, fines y

---

agua, derecho al desarrollo, derecho al patrimonio común de la humanidad, entre otros.

razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. En este sentido, en base a una interpretación sistémica de las consecuencias de la dignidad humana y de los derechos consagrados en la Carta Fundamental, se deducen los derechos implícitos que consisten en:

“aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que son derechos esenciales [...] que si bien no son constitución en sentido formal, si son constitución en sentido material, ya que tales derechos de acuerdo a la norma constitucional nombrada constituyen un límite a la soberanía, por tanto al poder constituyente derivado y a los poderes constituidos e instituidos.”

(Nogueira, 2010: 26)

Por lo tanto, el derecho a la memoria goza del carácter de derecho implícito en el sistema constitucional chileno; en tanto se infiere del contenido de otros derechos consagrados positivamente: particularmente, el derecho a la honra. Con respecto a este, su contenido esencial que consiste en “una facultad que emana de la dignidad humana y de su realidad de persona inserta en la sociedad, que tiene una dimensión de *heteroestima* constituida por el aprecio de los demás por nuestros actos y comportamientos verdaderos, íntegros, honrados, probos, protegiendo la verdad e integridad de la persona y sus actos y comportamientos societales” (Nogueira, 2010: 762).

En base a dicho contenido esencial, podemos vincular el derecho a la memoria en sus dos facetas: el derecho al recuerdo y al olvido.

Con respecto al derecho al recuerdo, este se vincula a la honra en tanto una de sus facultades consiste en el esclarecimiento de la verdad respecto de aquellos sucesos del pasado inconclusos o cuya verdad se desconozca, puesto que la no rectificación de los mismos podría llegar a generar resultados perniciosos para el buen nombre y la reputación de su titular. O bien, cuando la reconstrucción de lo acaecido en el pasado cuando el esclarecimiento de la verdad sea una condición necesaria para el libre y pleno desarrollo de la identidad de un sujeto o comunidad. Al respecto, resulta relevante lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual manifiesta que: el derecho a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos humanos que ocurrieron, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, constituye

una obligación que el Estado debe satisfacer respecto de las familias de las víctimas y a la sociedad en general”<sup>9</sup>.

En relación al derecho al olvido, puede ser vinculado a la honra en tanto una de sus facultades consiste en la cancelación de los datos de carácter personal cuando éstos hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad en virtud de la cual hubieran sido recabados o registrados. Por consiguiente, es necesario que los datos de carácter personal digan relación con la situación actual de su titular, puesto que de no hacerlo, podrían eventualmente afectar de igual manera la reputación del mismo. En tal sentido, la Corte Suprema chilena en la sentencia Rol N° 1705 de 2012, argumenta -a propósito de la utilización de datos caducos por parte de una entidad bancaria- que la utilización de datos irrelevantes implican conculcar la honra de la persona afectada, pues desacredita la fama de ésta cuando, en lo particular, le imposibilita la obtención de un crédito por considerarla insolvente, cuando en realidad no lo es<sup>10</sup>.

Por lo tanto, el derecho a la memoria en su sentido amplio, se considera implícito dentro del derecho a la honra, y en ese entendido, goza de la misma protección que éste.

Por otro lado, la autodeterminación informativa, un derecho que se deduce de la vida privada, posee un contenido esencial que comparte ciertos aspectos en común con el derecho a la memoria. Así, la autodeterminación informativa permite que su titular pueda ejercer control sobre sus datos personales dentro de los cuales se concibe perfectamente la inclusión de las vivencias, recuerdos, datos y hechos acaecidos en un tiempo pretérito. La autodeterminación informativa como derecho concreto, posee una garantía jurisdiccional específica consagrada en la Ley N°19.628 de protección de datos personales. Esta Ley según su artículo 2° literal o) *permite recolectar, almacenar, gravar, organizar, elaborar, seleccionar [...] cancelar o utilizar cualquier tipo de datos.*

---

9 Comisión IDH, Informe Número 136/99, de fecha 22 de diciembre de 1999, caso Ignacio Ellacuría y otros, párrafo 221.

10 Corte Suprema, Rol N° 1705 de 2012, Considerando duodécimo.

En este sentido es viable sostener que el derecho a la memoria, y en concreto el derecho al olvido en este caso, poseen cierto grado de protección a través de este instrumento, creado a propósito de la autodeterminación informativa, mecanismo que ha demostrado escasa eficacia práctica.

Como consecuencia de lo anterior pareciera ser que los titulares de estos derechos no contarían con un mecanismo completamente eficaz de protección. Sin embargo, a través de la acción de protección reconocida constitucionalmente en el artículo 20 se logra finalmente una tutela mucho más efectiva y real de aquellos derechos fundamentales, en el sentido de poseer mecanismos procesales más rápidos y que comprenden todas las facultades que emanan del derecho a la memoria, si se compara con el habeas data. De esta forma el derecho a la memoria logra a través de la honra, el reconocimiento como un derecho implícito y susceptible de protección, de manera que es efectivamente justiciable en nuestro sistema constitucional.

## **VII. Algunas manifestaciones prácticas del Derecho a la Memoria**

Durante el régimen militar se dicta el Decreto Ley N° 2.191<sup>11</sup> que otorga la amnistía a determinados delitos ocurridos en dicha época, consagrando en su artículo 1°: *“Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”*. El objetivo de esta amnistía se expresa en ambiguos términos en los considerandos del presente decreto ley, que dicen relación con “1°: *La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país (...)*; 2°: *(...) conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos;* 3°: *“La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile”*.”

Como consecuencia de esta medida, fueron muchísimos los casos que quedaron impunes, a la espera del posible esclarecimiento de los hechos y

---

11 Decreto Ley N° 2.191, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 18 de abril de 1978.

acontecimientos ocurridos. No obstante, esta facultad de olvidar aquellos crímenes bajo la modalidad de la amnistía ha sido declarada contraria al derecho internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos puesto que dichos acontecimientos constituyen crímenes de lesa humanidad<sup>12</sup> y poseen la calidad de inolvidables<sup>13</sup>.

Dado el carácter de inolvidables, nace para las víctimas el derecho a exigir el esclarecimiento de los hechos y la búsqueda de la verdad como consecuencia de una real investigación, lo que configuraría una de las facultades reconocidas por el derecho a la memoria.

De esta forma se han presentado a lo largo los años distintas iniciativas con el objeto de aclarar la verdad respecto de aquellos hechos poco conocidos ocurridos durante la dictadura, que significaron graves violaciones a los derechos humanos; y contribuir de esta forma también al fortalecimiento de la memoria histórica de nuestro país. En razón de ello se crearon la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, además de la iniciativa presidencial “No hay mañana sin ayer” y la apertura del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, entre otros.

## **VIII. Conclusiones**

El derecho a la memoria se inserta en la lógica de los derechos culturales, los cuales trascienden las menciones restringidas de cultura. Al mismo tiempo, este derecho no expresamente positivado, supone una exigencia de adecuado resguardo para el Estado Constitucional de Derecho, pues es expresión del acervo cultural y de la amplia concepción de cultura, amparada por el concepto omnicompreensivo de la dignidad humana.

12 “Son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de humanidad como víctima”. Véase en Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso Prosecutor Vs. Erdemovic, 29 de noviembre de 1996.

13 Véase como ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Estado de Chile, Serie C N° 154, 26 de septiembre de 2006.

Debido a la proliferación de la tecnología y el proceso de globalización, entre otros factores, resulta complejo precisar *a priori* un catálogo exhaustivo de derechos: sin embargo, no es posible desconocer a éstos como categorías históricas. Por otro lado, el hecho de que no haya mención expresa de un derecho, no impide que éste encuentre fundamento en la dignidad de la persona; además, la concepción iusnaturalista de nuestro ordenamiento, permite afirmar que los derechos fundamentales existen independientemente de su positivización.

Si bien el tratamiento del contenido esencial del derecho a la memoria es escaso, resulta crucial a la hora de precisar las facultades mínimas de ejercicio. Es así como distinguimos dos dimensiones del mismo: derecho al olvido y derecho al recuerdo. El primero, permitiría traer al plano del presente hechos, vivencias y acaecidas en el pasado.

Por otro lado, el derecho al recuerdo facultaría al titular el cese de la remembranza de hechos datos e información sensible cuando ésta haya dejado de resultar trascendente.

El derecho a la memoria en cuanto a su titularidad, implica superar las concepciones tradicionales de legitimación activa. Posee el carácter de titularidad doble: tanto colectiva como individual, que no representan mayor dificultad en cuanto a su protección dado el encabezado del artículo 19 de la Constitución chilena. En cuanto a la legitimación pasiva, cabe señalar que al igual que otros derechos de tercera generación, tienen incidencia universal en la vida de los hombres, exigiendo esfuerzos de la sociedad completa, por ello se hacen éstos justiciables a todos sus miembros.

En nuestro ordenamiento tiene protección constitucional en virtud de un análisis sistémico y evolutivo de éste que permite afirmar su carácter de derecho implícito en tanto se colige del derecho a la honra. Así, el derecho a la memoria goza de efectividad y tutela en virtud de la acción constitucional de protección. Cabe señalar, que es además justiciable a través del criticado instrumento “habeas data”, creado a propósito de la autodeterminación informativa, derecho con el cual se comparten ciertos aspectos en común.



## BIBLIOGRAFÍA

- Donders, Y. (2004). El Marco Legal del Derecho a Participar en la Vida Cultural [en línea]. Disponible en: [http://www.culturalrights.net/descargas/drets\\_culturals82.pdf](http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals82.pdf) (consultado en: 4 de abril de 2013).
- Ferrer, U. (1996). La Dignidad y el Sentido de la Vida. *Cuadernos de Bioética* (26), 191-201.
- García de Enterría, E. (1991). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- Moreira, M. (2008). El concepto de cultura en el Derecho. *Revista de Ciencias Sociais* (8) 466-481.
- Luther, J. (2010). El Derecho a la Memoria como Derecho Cultural del Hombre en Democracia. *Revista Española de Derecho Constitucional* (89), 45-74.
- Medina, M.; Escalona, A. (2012). La memoria cultural como símbolo social de preservación identitaria. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Universidad de Málaga. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/17/> (consultado en: 4 de abril de 2013).
- Nogueira, H. (2006). *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*. Santiago: Librotecnia, 224.
- Nogueira, H. (2010). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Tomo I. Santiago: Librotecnia.
- Organización de las Naciones Unidas, Alto Comisionado (2006). Las obligaciones del Estado y de los particulares frente a los Derechos Humanos, 7-8. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0680.pdf> (consultado en: 4 de abril de 2013).

- Pelè, A. (2004). Una aproximación al concepto de dignidad humana. *Revista Universitas de Filosofía, Derecho y Política, Universidad Carlos III de Madrid* (1), 11.
- Pérez Luño, A. (1991). Las Generaciones de Derechos Humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (10) 203-219.
- Ríos, L. (1985). Dignidad de la Persona en el Ordenamiento Jurídico Español. *Jornadas chilenas de Derecho Público Universidad de Valparaíso* (15), 205.
- Rolla, G. (2002). El Valor Normativo del Principio de la Dignidad Humana. Consideraciones en torno a las Constituciones Iberoamericanas. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (6) 463-489.
- Taboada, P. (2006). *La Dignidad de la Persona como Fundamento de la Ética*. Centro de Bioética, Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile.