

LA NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO COMO DERECHO PENAL DE LA MEMORIA VISTO A TRAVÉS DE LAS LENTES NÓRDICAS

HOLOCAUST DENIAL AS MEMORY CRIMINAL LAW SEEN THROUGH THE NORDIC LENSES

Kimmo Nuotio¹

Director del Instituto de Criminología y Política Legal
Universidad de Helsinki (Finlandia)

Fecha de recepción: 21 de febrero de 2025.

Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2025.

RESUMEN

El tratamiento jurídico de asuntos históricos se ha vuelto más común, aunque casos como el Holocausto, que han captado la atención legislativa, siguen siendo excepcionales. La memoria dolorosa de tales hechos ha exigido un replanteamiento de las bases políticas y legales en Europa. Cuando el derecho penal protege esa memoria y a las víctimas, se entra en una legislación simbólica. En Europa Continental, el debate sobre criminalizar la negación del Holocausto comenzó en los años 70 y se consolidó en los 90.

Los países nórdicos han sido más lentos en adoptar estas medidas. Este artículo busca situar a esos países en este contexto, presentando el debate a la audiencia académica nórdica e informando a la internacional sobre perspectivas nórdicas, en especial finlandesas. Es hora de que la academia penal nórdica participe activamente, aportando desde su marco jurídico y teórico. Esta contribución pretende impulsar ese diálogo.

¹ El autor es profesor de derecho penal en la Universidad de Helsinki. Me gustaría agradecer al evaluador anónimo y a los editores por sus comentarios constructivos. También me gustaría agradecer a los participantes del coloquio sobre Legislación de Discurso de Odio de la UE, Presiones conflictivas entre memoria, construcción de identidad y derecho penal, organizado en Helsinki el 12 de junio de 2023, por Eurostories, por las discusiones útiles sobre un borrador. Agradecimientos especiales a Dan Frände, Céline Dujardin y Saramaria Kalkku por sus comentarios sobre el borrador del artículo.

Este es un artículo de acceso abierto bajo los términos de la Licencia Creative Commons Attribution 3.0 Unported (<http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/>), permitiendo todo uso, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que el trabajo original sea apropiadamente citado.

ABSTRACT

The legal treatment of historical issues has become increasingly common, although cases such as the Holocaust, which have drawn legislative attention, remain exceptional. The painful memory of such events has demanded a reconsideration of the foundational premises of political and legal life in Europe. When criminal law is used to protect that memory and the victims, it enters the realm of highly symbolic legislation. In Continental Europe, discussions on criminalising Holocaust denial began in the 1970s and became firmly established by the 1990s.

The Nordic countries have been slower to engage in such developments. This article aims to position these countries within this broader context by introducing the debate to a Nordic academic audience and informing the international scholarly community about Nordic—particularly Finnish—perspectives. It is time for Nordic criminal law scholars to engage with these debates, contributing insights grounded in their legal traditions and theoretical approaches. This article seeks to foster such dialogue.

PALABRAS CLAVE

Derecho Penal, legislación simbólica, memoria histórica, negacionismo, países nórdicos.

KEYWORDS

Criminal law, denialism, historical memory, Nordic countries, symbolic legislation.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. UN VOCABULARIO RICO. 3. CONFIGURANDO EL ESCENARIO. 4. LA ANATOMÍA VARIABLE DE LAS LEYES DE LA MEMORIA Y LAS LEYES PENALES DE LA MEMORIA. 5. FINLANDIA, POSICIONADA EN LA ESCENA. 6. EL DESAFIO DE PASAR LA PRUEBA DE CONSTITUCIONALIDAD. 7. NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO, UN ASUNTO PARA EUROPA. 8. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. A RICH VOCABULARY. 3. SETTING THE SCENE. 4. THE VARIABLE ANATOMY OF MEMORY LAWS AND CRIMINAL MEMORY LAWS. 5. FINLAND POSITIONED ON THE STAGE. 6. THE CHALLENGE OF PASSING THE CONSTITUTIONALLY TEST. 7. HOLOCAUST DENIAL, A MATTER FOR EUROPE. 8. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN.

Los académicos del derecho penal doctrinal tienden a evitar situar las normas del derecho penal en un contexto histórico y político. El concepto de validez legal y el presente es lo que importa, no el pasado, no el futuro. La legislatura decide sobre la criminalización que los tribunales luego aplican en casos individuales. En el funcionamiento ordinario de la justicia penal esto parece ser suficiente. La historia ha tenido un lugar limitado en la esfera del derecho penal hasta ahora.

Una vez que comenzamos a discutir temas como la negación del Holocausto, entramos en un campo en el que la historia política atrae el foco. Es una era histórica que se extiende hacia el futuro. Los eventos malvados ocurrieron hace dos, tres generaciones, pero su sombra sobre lo que representa la humanidad sigue ahí. Todas las naciones tienen sus heridas, pero algunas heridas son comúnmente europeas.

El tratamiento legal del pasado introduce nuevos tipos de temas para la discusión, especialmente cuando tendríamos que priorizar ciertas memorias sobre otras. Quedamos atrapados en dilemas ya que legislar sobre asuntos históricos no es lo usual que hacemos en el campo del derecho penal. El concepto de leyes de la memoria ha sido introducido para describir este fenómeno. El término “leyes de la memoria” (lois mémorielles) fue acuñado en Francia en los años 2000 precisamente para referirse a la legislación que penaliza la negación del Holocausto o reconoce ciertos eventos como crímenes contra la humanidad sin prohibir su negación.² Por consiguiente, hablamos de la significancia de ciertos hechos históricos establecidos y vinculamos obligaciones legales a las formas en que estos hechos históricos pueden ser abordados en público. Las leyes de la memoria tienen como objetivo proteger y preservar ciertas verdades históricas que se considera que poseen un mérito y valor particular. Legislar memorias también las convierte en una herramienta para la política. La legislación puede usarse para varios propósitos. Las leyes de la memoria sobre violaciones de derechos humanos son una forma de respetar a las víctimas de esos crímenes. El tema de la negación del Holocausto es el ejemplo paradigmático aquí.

Otra vía también ha sido utilizada: Los Estados pueden igualmente buscar protegerse a sí mismos mediante la política de la memoria. Las leyes de la memoria pueden usarse como herramientas para propósitos nacionalistas. Turquía es un ejemplo de una política de memoria más centrada en el estado: Ofender al estado y sus órganos clave ha sido convertido en un delito. Barkan y Lang ponen esto en palabras:³

“si vamos a trazar una tipología de las leyes de la memoria, debemos distinguir entre aquellos países que aprueban leyes de la memoria para reconocer su propio pasado criminal y proteger contra la difamación de minorías, y países que promueven leyes de la memoria para reprimir minorías e inventar una tradición nacionalista depurada”.

² Koposov (2018) p. 1.

³ Sobre las dos líneas de fuentes de leyes de la memoria, ver Barkan y Lang (2022) pp. 3-6, 12. Más adelante volveremos a Turquía y otros ejemplos contemporáneos.

En lo siguiente trataremos principalmente con temas de Europa Continental sobre la negación del Holocausto y genocidio, pero aún es importante tener en mente que la política de la memoria puede surgir de otras preocupaciones distintas a los derechos humanos. Ambas vertientes son históricamente condicionadas. Resumiré algo de eso aquí ya que estos desarrollos pueden no ser tan familiares para los lectores en los círculos del derecho penal nórdico.

Los países nórdicos han estado en la periferia de estos desarrollos, y también han sido generalmente vacilantes en adoptar leyes de la memoria, especialmente leyes penales de la memoria. En libros académicos y artículos sobre el tema, escritos principalmente por historiadores, los países nórdicos no se discuten frecuentemente.⁴ Los países nórdicos se ven a sí mismos como pioneros en proteger la democracia, la libertad de expresión y los derechos humanos. Sin embargo, el discurso de la negación del Holocausto no ha estado fuertemente presente en las agendas políticas, y la literatura legal sobre leyes penales de la memoria en lenguas nórdicas es escasa. Parece que las discusiones han llegado principalmente a los países nórdicos a través del derecho internacional y europeo. Dentro de la academia, la vertiente tradicional de las leyes de la memoria orientada a la dignidad humana se considera más prevalente que la vertiente que enfatiza el orgullo nacional de países (usualmente) autoritarios. Hacer de la 'incitación al odio' un acto punible encaja en el sistema de derecho penal mucho más fácilmente que tener un delito de insultar el orgullo de un país, para dar un ejemplo.

Mientras que la criminalización del uso de símbolos nazis ha sido algo discutida en los países nórdicos, la negación del Holocausto ha atraído considerablemente menos atención. El uso de símbolos nazis ha sido entendido como cayendo bajo el delito llamado "incitación al odio". El código penal noruego incluye una mención separada de que los símbolos cuentan como expresiones, pero esto no trae el uso de símbolos nazis automáticamente bajo esa provisión criminal.⁵ De hecho, hay jurisprudencia que apunta más bien en la dirección opuesta.⁶ Noruega no es un Estado Miembro de la Unión Europea y por tanto no está obligada a implementar la Decisión Marco (DM) de la UE sobre racismo y xenofobia.⁷ Durante años recientes no ha ocurrido debate público sobre la necesidad de introducir provisiones sobre la negación del Holocausto. Noruega es, sin embargo, parte de la Alianza Internacional para la Memoria del Holocausto (IHRA) y apoya sus actividades en el campo.⁸

Suecia aplica la provisión sobre incitación al odio racial al uso de símbolos nazis. Una jurisprudencia de más de 100 condenas prueba que esto de hecho sucede. Por tanto, en Suecia hay rica jurisprudencia sobre este delito.⁹ Sin embargo, no se han aprobado normas específicas sobre la negación del Holocausto. En 2021, se estableció

⁴ Ver, sin embargo, Simonsen (2021) y Miklóssy (2021).

⁵ Straffeloven § 185. Hatefulle ytringer.

⁶ Tribunal de Apelación de Agder 29 de junio de 2020 - LA-2019-152301. Tres hombres fueron absueltos de cometer discurso de odio después de poner banderas nazis en la ciudad de Kristiansand junto con el eslogan 'Hemos regresado'.

⁷ Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre de 2008 sobre la lucha contra ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia por medio del derecho penal. OJ L 328, 6.12.2008.

⁸ NOU 2022: 9, p. 201.

⁹ SOU 2019:27.

un comité compuesto por miembros del Parlamento para escrutar si había necesidad de enmendar la legislación existente sobre incitación al odio racial para asegurar que la negación del Holocausto y la negación del genocidio, así como algunas otras acciones, sean consideradas crímenes según el derecho penal sueco. El escrutinio fue provocado por la notificación de la Comisión de la UE sobre una falla en implementar correctamente la DM sobre racismo y xenofobia.¹⁰ El comité sueco ha presentado su informe unánime en abril de 2023, y para clarificación, propone la adopción de un delito específico.¹¹ Sin embargo, el proceso legislativo tomará algún tiempo ya que la constitución sueca necesita ser enmendada también.

Finlandia recibió una notificación similar de la Comisión Europea, pero no ha abierto (aún) un procedimiento de revisión similar. Tampoco lo ha hecho Dinamarca. En Finlandia se ha tomado una decisión política para añadir una criminalización específica de la negación del holocausto al Código Penal. La provisión del Código Penal finlandés sobre incitación al odio racial es muy similar a la sueca. La provisión legal finlandesa sobre incitación al odio está colocada en el capítulo 11 sobre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lo cual es una solución única en el entorno nórdico y da a la provisión un peso especial.

2. UN VOCABULARIO RICO.

La negación del Holocausto posee un vocabulario rico. Es tanto un tema moral como legal que puede ser abordado en el lenguaje de las leyes de la memoria. Se relaciona con simbolismo, derechos humanos y valores, constitución y construcción de identidad, nacionalismo y compromisos políticos, el universalismo de la protección de derechos humanos, reconocimiento colectivo concreto de la persecución y victimización de un grupo particular de personas por y dentro de un régimen político particular. Es versátil. Aunque las leyes de la memoria tratan con historia, el interés en esta historia es de naturaleza política. La negación del Holocausto es un tema político práctico, pero al mismo tiempo alcanza más allá de la política. Es un tema de historia política, pero en un sentido muy particular. Implica una definición política legal de características de la historia (nacional/europea). La promesa de “nunca más” de las normas de negación del Holocausto indica que la elección política de las leyes de la memoria está destinada a crear una base para la política después de un desastre de la política.

Por consiguiente, al entrar en la discusión sobre estos temas, primero tenemos que comprometernos a profundizar nuestra conciencia histórica y reconocer las sensibilidades que están vinculadas a ella. Pero también tendremos que estar conscientes del contexto en el que se están creando y usando las leyes de la memoria. Esta es evidentemente un área altamente tópica para discusiones sobre cómo el derecho se relaciona con la política. Las leyes de la memoria hablan sobre la propia entidad política que está emitiendo y atesorando tales leyes. Las leyes de la memoria son indicadores llamativos de ciertas cualidades de las entidades políticas en cuestión.

¹⁰ En Alemania la notificación llevó a una enmienda del StGB § 130 sobre incitación al odio racial en 2022.

¹¹ SOU 2023:17.

Las leyes de la memoria están siendo usadas para manifestar y construir identidades colectivas. Esto es lo que las hace políticamente tentadoras. En Europa, todo comenzó con la discusión sobre la significancia del Holocausto. El Holocausto fue un evento histórico singular o una cadena de eventos que se ha convertido en una especie de tabú, y con razón. El mal absoluto de destruir un grupo entero de personas por medio de una persecución industrialmente organizada exigió la fundación de un régimen de derechos humanos para prevenir que tal evento volviera a ocurrir.

Y aunque la significancia del Holocausto ha establecido el tono para la Europa post-Segunda Guerra Mundial, diferentes partes de Europa también han tenido sus propias experiencias individuales, puntos de vista, relaciones y conciencias históricas que pesan cuando se relacionan con temas de cómo y por qué criminalizar y cómo poner la negación del Holocausto o genocidio en contexto. Europa fue reconstruida sobre cenizas. El asesinato sistemático de judíos y otros grupos en Europa fue la bancarrota ética absoluta de la política nazi y una memoria dolorosa que nos perseguirá para siempre.¹² La persecución no fue llevada a cabo violando el orden legal, sino que fue organizada a través de medios legales. Más tarde volveremos a temas sobre abuso de derecho. El derecho nazi fue abusivo en su totalidad. La dignidad humana y el valor igual de todos los seres humanos serían los elementos definitorios del nuevo orden ético y legal que emergería después.

En la literatura, hay referencias al hecho de que el surgimiento de la política de la memoria y la idea de constituir identidades a través de leyes de la memoria también puede vincularse a cambios en las sociedades contemporáneas. El surgimiento del derecho de derechos humanos, el fin de Europa siendo dividida en dos bloques ideológicamente diferentes, el avance de la integración europea y el debilitamiento de una visión nacional-conservadora sobre la historia, y muchos otros factores han jugado un papel y han moldeado el espacio para que emerjan las leyes de la memoria. Es en este entorno que la idea de las leyes de la memoria comenzó a ganar terreno. La cuestión de criminalizar la negación del Holocausto se destaca como un punto focal europeo en estos debates. El surgimiento de movimientos fascistas o neo-nazis en Europa en los años 1970 planteó estos temas. Parece que la vertiente nacionalista centrada en el estado de las leyes de la memoria surge de un trasfondo diferente. Está más bien basada en lecturas de la historia como auto-victimización combinada con el objetivo de restaurar el orgullo nacional.

3. CONFIGURANDO EL ESCENARIO.

La fundación de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa así como la Unión Europea son todas más o menos reacciones a los horrores de la guerra, sin mencionar los desarrollos en el campo de la protección de derechos humanos. La República Federal de Alemania fue establecida, y su Constitución incluyó provisiones *Ewigkeitsklausel* que nunca deberían ser enmendadas - ni siquiera con la mayor mayoría en el Parlamento Federal. Ciertos fundamentos fueron políticamente bloqueados. La dignidad humana, el

¹² Por ejemplo, Snyder (2011).

derecho a la vida y la integridad física fueron definidos como valores constitucionales centrales.

El juicio de Núremberg de los líderes nazis fue de hecho más sobre el crimen de agresión, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad más que directamente sobre el Holocausto. Los cargos contra los líderes nazis se enfocaron en la guerra agresiva más que en la horrible destrucción de judíos. Los EE.UU. organizaron el procesamiento de los perpetradores del Holocausto en doce juicios adicionales concernientes a los actores de nivel medio del régimen nazi. La idea de responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional tuvo su avance, y el concepto de crímenes contra la humanidad basado en derechos humanos fue introducido, con Hersch Lauterpacht habiendo sido el teórico influyente en esa empresa. El crimen de genocidio, el término acuñado por Raphael Lemkin, estaba siendo construido y la convención internacional sobre genocidio fue redactada (1948). Con el tiempo, el Holocausto se ha convertido en un símbolo importante de la maldad del régimen nazi.¹³ Sin embargo, justo después del fin de la guerra y los juicios de Núremberg, el Holocausto aún no se había convertido en un punto focal, ni siquiera en los países de Europa Central. Las percepciones de lo que había pasado, y lo que se consideraba importante, variaron. Fue solo en los años 1970 que la negación del Holocausto se convirtió en un asunto socialmente relevante, al menos en parte debido al surgimiento de movimientos revisionistas y fascistas ruidosos que causaron disturbios sociales en algunos países de Europa Central.

Francia es el hogar de las leyes de la memoria y la política de la memoria relacionada a través del derecho. La Ley Gayssot de 1990 penaliza el negacionismo del Holocausto, y la 'ley armenia' de 2001 reconoce la masacre de 1915 de armenios en el Imperio Otomano como un genocidio. Algunas de las leyes francesas de la memoria penalizan el negacionismo mientras que algunas de ellas son declaratorias y así vinculadas a las otras leyes. En resumen, durante el tiempo de Gaulle, la interpretación de los eventos históricos era percibirlos desde un punto de vista nacional-conservador y celebrar la resistencia (La Résistance) hacia la ocupación nazi. Hacia los años 1970, una visión izquierdista ganó terreno en Francia rechazando rehabilitar esta historia nacionalista y por consiguiente admitir una responsabilidad francesa del Holocausto. Una prueba para esta batalla fue cuando un profesor francés de literatura llamado Faurisson había negado la existencia de cámaras de gas para propósitos de exterminio en un artículo en Le Monde en 1978. Esto causó un debate sobre los límites de la libertad de expresión y provocó una demanda. El affaire Faurisson llevó a la visión de que si una persona que emite tales declaraciones no se preocupa por buscar la verdad, tales afirmaciones negacionistas merecen ser consideradas discurso de odio.¹⁴ Como no era no problemático aportar evidencia en un tribunal ordinario de derecho sobre tales temas, surgió la idea de redactar una ley sobre el asunto. El juicio de Klaus Barbie y otros eventos contribuyeron a la creciente popularidad de criminalizar la negación del

¹³ Sobre el trasfondo de estos desarrollos, ver, por ejemplo, Stands (2016).

¹⁴ Koposov (2018) pp. 82-84. Faurisson continuó sus actividades y fue finalmente despedido de su cátedra en Lyon. Llevó su condena al Comité de Derechos Humanos de la ONU, que no encontró violación de la libertad de expresión en su condena. Robert Faurisson v. Francia, Comunicación No. 550/1993U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996).

Holocausto. Emergió un consenso político, apoyado por la mayoría de intelectuales. También se ha mencionado que más tarde, después de 2000, Francia se convirtió en un centro de crítica intelectual de las leyes de la memoria como la Ley Gayssot.¹⁵

Concomitantemente, en los años 1970 y 1980, se emprendieron varios esfuerzos en Alemania para introducir una criminalización específica sobre la negación del Holocausto. Estos comenzaron durante el período socialdemócrata Brandt-Schmidt y fueron continuados bajo el gobierno del demócrata cristiano Kohl. Resultó imposible acordar un delito específico de negación del Holocausto, pero se introdujo una criminalización más amplia que también cubría la negación de otros eventos genocidas por gobiernos autoritarios. Este compromiso permitió un apoyo más amplio de que no solo un mal particular estaba siendo abordado. Al mismo tiempo, allanó el camino para debates sobre otros males comparables.

Construir consenso social (e identidad europea) alrededor del legado del antifascismo fue importante para la integración de la tradición política de la izquierda en el orden post-Guerra Fría (que se estaba desplazando gradualmente hacia la derecha).¹⁶

El Historikerstreit en Alemania en 1986-1987 fue sobre si había pasado suficiente tiempo para que la culpa de Alemania se hubiera debilitado y para que el país regresara como una nación entre naciones. Ernst Nolte, por ejemplo, había afirmado que el Holocausto no había sido un evento singular y que también podía ser visto como una defensa contra la amenaza del comunismo. Pero para muchos, el Holocausto era un tabú que no debía ser tratado.¹⁷

La petición de un crimen distinto de negación del Holocausto fue entonces provocada por una decisión judicial: en 1994 el Tribunal Federal de Justicia anuló un veredicto de incitación al odio contra el líder del partido neo-nazi Partido Nacional Democrático de Alemania ('NPD').¹⁸ Alemania criminalizó la negación del Holocausto ya el mismo año. Incluso antes de eso, pudo haber sido un crimen debido a otras descripciones de delitos existentes.¹⁹ El Tribunal Constitucional Federal alemán revisó la nueva ley en términos de su compatibilidad con los derechos constitucionalmente protegidos, especialmente la libertad de expresión. Según Dieter Grimm, el Tribunal aprobó la criminalización solo debido a condiciones alemanas específicas. El factor decisivo no fue que el Holocausto hubiera sido visto como 'el mal como tal', sino que fue el interés de los judíos que aún viven en Alemania, 70 años después, lo que exigía protección. Grimm observa que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece aceptar una criminalización más amplia.²⁰

¹⁵ Koposov (2018) pp. 84-85

¹⁶ Koposov (2018) p. 80.

¹⁷ Wandres (1999) p. 26.

¹⁸ Rhein-Fischer y P– Mensing S (2022) p. 14.

¹⁹ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze v. 28. 10. 1994. Wandres (1999) pp. 123-141.

²⁰ Grimm (2009) pp. 557-561.

Como tal, tomó casi medio siglo desde los eventos reales del Holocausto hasta la criminalización de su negación. La negación del Holocausto se abrió camino a la Acción Conjunta que fue adoptada por el Consejo de la Unión Europea en 1996. Entonces, sin embargo, la Acción Conjunta aún no era un instrumento legalmente vinculante sino más bien una expresión de una voluntad política común. Además, el término Holocausto no apareció en el texto de la AC. En su lugar, se cubrió un alcance más amplio:

(b) aprobación pública, por un propósito racista o xenófobo, de crímenes contra la humanidad y violaciones de derechos humanos;

(c) negación pública de los crímenes definidos en el Artículo 6 de la Carta del Tribunal Militar Internacional adjunta al Acuerdo de Londres del 8 de abril de 1945 en la medida en que incluye comportamiento que es despectivo de, o degradante para, un grupo de personas definidas por referencia al color, raza, religión u origen nacional o étnico;²¹

Un deber legalmente vinculante de criminalizar la negación del Holocausto surge de la Decisión Marco (DM) de la UE contra el racismo y la xenofobia de 2008²² que fue adoptada siguiendo una iniciativa alemana. Las negociaciones duraron siete años, aunque varios Estados Miembros ya habían introducido para entonces leyes de la memoria sobre el tema. Los debates concernían principalmente si el uso de símbolos nazis debería incluirse también, y si los crímenes de los regímenes comunistas serían cubiertos. Al final, ambos fueron descartados.²³

Siguiendo el principio adoptado ya en 1996, la esfera de la criminalización se extendió más allá de la negación del Holocausto. La DM fue fundada en los valores de la Unión Europea. Ya en el Artículo principal 29 del Tratado de Ámsterdam de la UE (1997/1999), combatir el racismo y la xenofobia fue mencionado como un objetivo de la Unión. También podríamos referirnos al Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea de 2009:

La Unión está fundada en los valores de respeto por la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, el estado de derecho y respeto por los derechos humanos, incluyendo los derechos de personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados Miembros en una sociedad en la cual prevalecen el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

La DM ha contribuido a un número incrementado de criminalizaciones nacionales en el campo.²⁴ El Consejo de Europa ha redactado un Protocolo Adicional a

²¹ 96/443/JHA: Acción Conjunta del 15 de julio de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del Artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, concerniente a la acción para combatir el racismo y la xenofobia.

²² Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA pp. 55-58.

²³ Matuschek (2011) p. 239.

²⁴ Para una revisión del estado actual de los asuntos, ver el informe: Bąkowski (2022).

su Convención sobre Ciberdelitos. Aborda la negación del Holocausto prácticamente de la misma manera que la Unión Europea.²⁵

En 2022, la Asamblea General de la ONU emitió una resolución sobre la negación del Holocausto, siguiendo dos anteriores de 2005 y 2007.²⁶ Promover la criminalización de la negación del Holocausto aún no se ha convertido en un proyecto completamente global. Al ir más allá del Occidente liberal, los países que respaldan esa resolución no son tan numerosos.

4. LA ANATOMÍA VARIABLE DE LAS LEYES DE LA MEMORIA Y LAS LEYES PENALES DE LA MEMORIA.

La idea de las leyes de la memoria es reconocer males pasados y asegurar la presencia de esos males en la sociedad y política contemporáneas. Las políticas y leyes de la memoria pueden tener un vínculo con museos y días de la memoria: Establecen una verdad, a menudo originalmente desagradable, y son signos de un cambio. A menudo, incluso hablamos de un 'deber de recordar' (*devoir de mémoire*): El Holocausto nunca debe ser olvidado.

No recordar el Holocausto o negar la verdad sobre él son consideradas acciones erróneas. Y, de hecho, lo son, ya que distanciarse de estas verdades a menudo está vinculado con ambiciones políticas de repetir algo similar. Pueden representar un renacimiento de ideologías que estuvieron detrás de esos eventos en el pasado. Hay así tanto razones prácticas contemporáneas como razones teóricas y relacionadas con valores profundas para ver la negación del Holocausto como una acción errónea.

Las leyes de la memoria cuentan la historia de una victimización. La memoria del Holocausto no es solo la memoria de los crímenes horribles que el Holocausto representa, sino que incluye la memoria de las víctimas del genocidio. Las leyes penales de la memoria son más que solo leyes ordinarias de la memoria. Las leyes penales de la memoria criminalizan la negación, mitigación o trivialización de verdades históricas. La esfera de las leyes penales de la memoria es así más limitada que la de las leyes de la memoria en general. Las leyes de la memoria en este sentido más amplio no son tan problemáticas y tan excepcionales como las leyes penales de la memoria. Las memorias de este tipo caen fuera de lo que usualmente ha sido protegido por medio del derecho penal. Sin embargo, tienen un vínculo con proteger los derechos de un grupo. Criminalizar actividades negacionistas está estrechamente relacionado con provisiones sobre incitación al odio, que tienen un trasfondo en el derecho internacional. Estas ya han entrado en los códigos penales de los órdenes legales del mundo hace algunas décadas debido a obligaciones siguiendo la adopción de la convención de la ONU ICERD en 1965 (Art 4), por ejemplo.

La negación del Holocausto (o genocidio) es un tema específico ya que una negación expresa una acción difamatoria no solo vis-à-vis grupos específicos de

²⁵ Protocolo Adicional a la Convención sobre Ciberdelitos, concerniente a la criminalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos. (2003).

²⁶ <https://new-york-un.diplo.de/un-en/-/2507408>. Último acceso 11.9.2023.

personas, sino también insultando la memoria de las víctimas de la cadena factual histórica de eventos. La incitación al odio es un crimen bien establecido, y la negación del Holocausto comparte características con él. La negación del Holocausto se destaca como una criminalización aún más simbólica. Es una extensión de la incitación al odio. Las leyes penales de la memoria que abordan violaciones graves de derechos humanos son una especie de subcategoría de incitación al odio, pero no todas las provisiones de incitación al odio comparten el carácter de las leyes de la memoria. Algunas leyes penales de la memoria nacionalistas centradas en el estado no están conectadas con la supresión de la incitación al odio.

Las leyes de la memoria son un signo de recordar colectivo. Las memorias colectivas son importantes en la construcción de identidad, y hay aspectos políticos involucrados en elegir las cosas que recordar. El tema de las leyes de la memoria, como se ejemplifica por la negación del Holocausto, es en un sentido académico un terreno de encuentro para la academia jurídica, la historia política y los estudios políticos más en general. Las leyes de la memoria son signos de política de la memoria que señalan hechos históricos como constructores de identidad. Hablan no solo sobre víctimas en un sentido colectivo, sino también sobre nuevas identidades políticas manteniendo su distancia de ciertas prácticas. En la historia política, leer las cuestiones teóricas pertenece a la elección de los males que cargan consigo mismos un significado histórico que las leyes de la memoria entonces pueden operacionalizar. Las leyes de la memoria también son un tema tópico simplemente debido a un surgimiento general de temas de memoria e identidad durante las últimas décadas. Muy obviamente, las leyes de la memoria pueden aparecer en un contexto nacionalista y son parte de las naciones tratando con el pasado.

Desde la perspectiva de los estudios políticos, que hoy en día es algo crítica hacia el uso de la historia en la construcción de identidad, un problema es la utilización selectiva de las verdades y la simplificación relacionada de la historia. El Holocausto, por ejemplo, fue un fenómeno complejo, y aunque los principales impulsores fueron los líderes nazis, hubo muchos colaboradores incluyendo ciudadanos de los países ocupados. En Francia, por ejemplo, algunos historiadores han estado protestando contra la idea de las leyes de la memoria. En 2008, en el mismo año de la arriba mencionada DM de la UE contra el racismo y la xenofobia, una asociación de historiadores publicó un manifiesto “Llamado de Blois” (Appel de Blois) que fue firmado por varios historiadores de clase mundial incluyendo Eric Hobsbawm y Jacques Le Goff.²⁷ Sin embargo, en los debates europeos también otros legados oscuros del pasado europeo han sido vistos como dignos de memorizar y abordar. El colonialismo pasado e imperialismo han causado sufrimiento enorme y aún proyectan una sombra sobre el lugar de Europa en la historia humana. El agrandamiento de la Unión Europea trajo también los crímenes cometidos en nombre de regímenes comunistas y otros

²⁷ Un extracto en inglés: 'La historia no debe ser esclava de la política contemporánea ni puede ser escrita bajo el comando de memorias competidoras. En un estado libre, ninguna autoridad política tiene el derecho de definir la verdad histórica y restringir la libertad del historiador con la amenaza de sanciones penales.' El llamado fue publicado en francés en Le Monde: ver Nora (2008). Ver, generalmente sobre la crítica por historiadores, Koposov (2018) pp. 119-125.

dictatoriales. Recientemente incluso el Holodomor, la hambruna artificial en Ucrania ha sido listado entre ellos.²⁸

Durante el gobierno comunista en la antigua Unión Soviética, los memoriales del Holocausto fueron interpretados en línea con el antifascismo. La Gran Guerra Patriótica de la Unión Soviética había terminado los crímenes fascistas. En Rusia, esta narrativa aún domina. Ganar la guerra cuenta más que los crímenes contra la humanidad de los que el régimen de Stalin fue responsable. La cultura de victimización por así decirlo no jugó el mismo papel que en Occidente. En Rusia, el pueblo soviético fue considerado tanto las víctimas como los héroes de la guerra.²⁹ En los países del Este europeo comunista, los disidentes fueron objetivos de 'leyes de la memoria' que criminalizaron expresiones que podrían ser interpretadas fascistas o calumnia contra el estado.³⁰ Después de la caída del comunismo, las leyes de la memoria a veces abordaron la negación tanto de los crímenes nazis como de los crímenes comunistas. Polonia hizo esto en 1998. La negación del Holocausto fue cubierta por la ley, pero solo implícitamente. El modelo polaco fue más tarde adoptado por Lituania, Hungría, Letonia y Ucrania.³¹

De hecho, Ucrania es un caso ejemplar al mirar cómo funciona la política de la memoria. Para Ucrania, la memoria del Holodomor era un símbolo que podía unir a la gente mejor que la memoria de los crímenes nazis. La Gran Guerra Patriótica rusa no era políticamente una opción, y como los héroes nacionales ucranianos habían estado colaborando con los nazis, eso también era problemático. El Holodomor era un evento casi olvidado, que podía ser activado en la memoria. La memoria del Holodomor también encajaba en la historia de los crímenes comunistas y proporcionaba una distancia tentadora de la política de la memoria rusa.³² La situación ucraniana llevó a desacuerdos sobre la interpretación del pasado, y varias propuestas de ley se siguieron unas a otras. Una ley de 2015 exigía memorizar todas las víctimas de la Segunda Guerra Mundial, pero también la victoria sobre el nazismo tenía su Día Memorial.³³

El caso de Rusia es especial ya que la política de la memoria y las leyes de la memoria ocupan una posición particular en el gobierno de Putin. El colapso del gobierno comunista en 1991 llevó a un período cuando el legado soviético fue evaluado críticamente. Hacia el final de los años 1990, la política de la memoria comenzó a atraer más atención, y los modelos europeos tuvieron una influencia en las discusiones. Cuando Putin llegó al poder, las actividades extremistas fueron convertidas en un delito administrativo.³⁴ La política de la memoria fue desarrollada junto con la tecnología política. En 2012, siguió un giro conservador adicional. La percepción de Stalin se desplazó hacia el heroísmo, pero como la memoria del pueblo sobre Stalin aún era controvertida, un nuevo objeto para una memoria colectiva tenía que ser encontrado.

²⁸ Ver la discusión en Löytömäki (2014) Capítulo 2, esp. p. 34: 'En el presente podemos encontrar un exceso de memoria en Europa.'

²⁹ Koposov (2018) p. 137.

³⁰ Koposov (2018) pp. 148-152.

³¹ Koposov (2018) p. 160.

³² Koposov (2018) pp. 181-187.

³³ Koposov (2018) p. 202. Ver también Zhurzhenko (2022) pp. 97-130.

³⁴ Koposov (2018) p. 237.

La Gran Guerra Patriótica tomó ese lugar y la victimización de la guerra fue realocada de los judíos a los rusos. La guerra fue sobre luchar contra el fascismo, y fue una guerra trágica peleada por el pueblo ruso y el estado ruso. Este es un resultado notable de un refinamiento tecnológico de una memoria. Esta memoria podía ser compartida por todos los rusos, y al mismo tiempo otorgaría legitimidad al liderazgo ruso.³⁵ La guerra contra Ucrania ha estrechado el núcleo de la memoria: el objetivo es proteger la gloria militar de Rusia.³⁶

Aprender sobre los muchos propósitos para promulgar leyes de la memoria (penales) en Europa demanda una reflexión sobre cómo se establecen dentro de nuestros sistemas de justicia penal. Para que nosotros los académicos legales respondamos a la crítica de que las legislaturas están seleccionando selectivamente símbolos y usándolos en la construcción de identidad, necesitaríamos explicar las razones para abordarlos en la ley, incluso por medio del derecho penal. Aquí, hay dos rutas diferentes disponibles para razonar y abordar estos temas. La primera enfatizaría los riesgos y peligros de un regreso de movimientos e ideologías con programas obviamente discriminatorios, y a menudo con puntos de vista iliberales y autoritarios. La otra ruta sería más compleja. Específicamente, podríamos buscar fundamentar las leyes de la memoria con una sustancia más amplia, incluso universal. En lugar de negación del Holocausto podríamos hablar sobre la negación de violaciones graves de derechos humanos, o la negación de crímenes internacionales centrales, por ejemplo. Esto estaría cerca del enfoque de la Unión Europea, que defiende la igualdad de toda la humanidad así como defender los derechos fundamentales. Este enfoque estaría basado en la función expresiva del derecho más que en preocupaciones consecuencialistas utilitarias.³⁷

Como el derecho penal solo debería usarse para proteger derechos e intereses, surge la pregunta: ¿Cuál es el interés en este caso? Una memoria en sí misma no puede ser comprendida tan fácilmente como un interés protegido, a menos que una cierta memoria sea considerada como una parte de nuestra autodefinición como personas, como sociedades, como países, o como naciones. Tal uso del derecho penal parece más bien cuestionable ya que la criminalización no solo concierne hechos naturales e institucionales, sino fenómenos políticos. En un orden político donde los derechos y libertades del individuo son valores centrales, tal perspectiva de derecho público sobre la construcción de identidad a través del derecho penal parece sospechosa.

Podríamos también mirar el fenómeno de la negación del Holocausto como un delito desde otro punto de vista. Quizás uno puede considerar que ese tipo de criminalización sea una expresión de valores subyacentes más profundos como la humanidad y la dignidad humana.³⁸ En ese sentido una criminalización de la negación del Holocausto y la negación de las violaciones más graves de derechos humanos en

³⁵ Koposov (2018) pp. 243-253.

³⁶ Koposov (2022) p. 165: 'La legislación rusa del pasado y su aplicación se enfoca casi exclusivamente en la gloria militar del país. Esto hace que esta legislación sea exactamente lo opuesto de su homóloga de Europa Occidental.'

³⁷ Ver Sunstein (2021) p. 2045.

³⁸ Jeremy Waldron ha estado abogando por un enfoque basado en la dignidad para la limitación del discurso libre en el interés del discurso de odio. Ver Waldron (2012).

general sería el punto central de referencia en el sistema de derecho penal en general. No solo es el genocidio el crimen de los crímenes, sino también en términos de valores: Representa una antítesis, una violación de una concentración de los valores que informan un orden legal basado en derechos humanos y antidiscriminación. La negación del Holocausto así como los símbolos nazis condensan contenido que simplemente debe ser excluido. En el contexto europeo de derechos humanos, la doctrina del abuso de derechos toma el escenario aquí. Los 'programas' que estos símbolos representan amenaza el orden legal y político liberal. Por tanto, tendrán que ser excluidos como una cuestión de principio.

Es este vínculo con los valores más profundos lo que conecta un mal concreto específico con valores universales. Esto, a su vez, también debería ser traído con el aspecto de la temporalidad. La culpa pública por delitos malvados concretos puede disminuir con el tiempo. A menudo no hay estatuto de limitaciones para casos de asesinato pero aún no enfatizaríamos la necesidad de recordar todos los asesinatos. Los males individuales tienen diferente escala que los males colectivos. Las sociedades no pueden solo mirar hacia atrás; tendrán que seguir adelante. El asunto con el genocidio es diferente. Debido a su significancia y sus conexiones con valores constitucionales centrales, uno podría mantener que tal memoria del pasado no debería debilitarse con el tiempo. El universalismo del fenómeno puede fundamentar el argumento de que el paso del tiempo no debería permitirse que socave la memoria.

Más tarde volveré al tema de las banderas nazis y cómo su uso debería o podría ser criminalizado hoy. Notablemente, una bandera nazi no es solo un símbolo general, sino un símbolo particular de un régimen político muy particular. Ondear una bandera nazi en público envía mensajes a transeúntes y paseantes. Dispara memorias, connotaciones y sensibilidades. Fue el signo del régimen que causó los horrores del Holocausto y otras atrocidades. Necesitaríamos movernos a un escrutinio semiótico. Una bandera nazi iguala con el mal en un nivel semiótico hoy en día. Es el epítome de la afirmación por la primacía de la raza aria y la eliminación del judaísmo. También deberíamos ser conscientes de que la ideología nazi fue fuertemente propagada por herramientas modernas de medios masivos. Los símbolos nazis fueron herramientas incrementales para la propaganda nazi. Esto subraya aún más el valor simbólico de los símbolos nazis y los convierte en una incitación al odio. Es imposible refutar la presunción de que estos símbolos no estaban conectados con el odio dirigido a minorías.

El valor semiótico anula los objetivos individuales, sean cuales sean, y los objetivos del portador de la bandera. De hecho es difícil ver cualquier otro propósito para la bandera que la promoción de la ideología nazi, si la persona está en su sano juicio. La bandera está directamente conectada con el objeto de la memoria que ha sido abordado en las leyes de la memoria. El universalismo de los valores constitucionales subyacentes exige una prohibición de usar banderas nazis, al menos en público.

Hay algo profundamente contradictorio en incluso intentar justificar el uso de una bandera nazi. El elemento contradictorio viene con la característica de que una bandera nazi representa una negación total de los derechos de grupos de personas. Una bandera nazi representa el derecho nazi y su visión sobre minorías y las ideas de

derechos. No es coincidencia que las banderas nazis caigan en el área de abuso de derechos, el abuso del derecho. No puedes reclamar un derecho para usar símbolos nazis ya que tal uso cae fuera de cualquier idea de un ejercicio de un derecho. Así, prohibir el uso de símbolos nazis no está realmente restringiendo ningún derecho, ya que no puede haber un derecho.³⁹ Esta es una constelación excepcional en el campo del derecho penal, donde usualmente puedes decir que las prohibiciones penales están precisamente limitando el ejercicio de derechos. Así, no sería sorprendente considerar que el uso de símbolos nazis constituiría una incitación al odio como está prohibido por las leyes penales en Europa, ya que el símbolo es en sí mismo amenazante.

No podemos entrar en detalle aquí, pero es importante notar que el Holocausto ha dado un nombre a un régimen específico. La persecución del pueblo judío, y otros grupos, no fue una característica separada aleatoria de una gobernanza estatal 'normal', sino que fue una parte elemental del pensamiento e ideología nazi emergente. Al condenar el pasado nazi, estamos condenando toda la forma de pensar sobre la ley y la justicia en esos términos. El pensamiento legal nazi se presentaba como una entidad materialmente justificada, como un derecho con cualidades éticas. Como abogados y como académicos legales, tendríamos que molestarnos en profundizar en esto para entender la profundidad de la bancarrota intelectual que siguió. Fue algo muy diferente del pensamiento positivista legal que comienza con la letra de la ley.⁴⁰

Indudablemente, el Holocausto se convirtió en un momento definitorio en la historia europea del siglo 20. Es comprensible que se hayan promulgado leyes de la memoria para cimentar aún más la fundación del derecho europeo y la identidad constitucional europea definiéndola como una elección universal de valores. Suprimir el crimen de odio, el discurso de odio y la negación del Holocausto no son solo temas para el derecho doméstico de los Estados Miembros de la UE, sino una parte importante del derecho penal europeo. Hay un vínculo también con un constitucionalismo europeo en desarrollo.⁴¹ El universalismo en Europa no, sin embargo, iguala a ser universal globalmente.

Pero no solo es relevante discutir el universalismo en términos de cobertura geográfica, ya que hay otros factores que deben ser tomados en cuenta al discutir la legitimidad de las leyes penales de la memoria. Las leyes penales de la memoria están restringiendo la libertad de expresión, y un entendimiento de cómo esto puede suceder es una parte de la pregunta. Los EE.UU. son conocidos por una protección muy fuerte de la libertad de expresión mientras que en la tradición constitucional y de derechos humanos europea las restricciones pueden ser más fácilmente introducidas. Así podríamos decir que el derecho de derechos humanos europeo, que es parcialmente un producto del desarrollo legal y político post Segunda Guerra Mundial, ha sido un prerrequisito para que emerjan las leyes penales de la memoria.⁴²

³⁹ Wagrandl (2019) nombra esto una autocontradicción performativa.

⁴⁰ Jouanjan (2017). Cf. también Fraenkl (2017).

⁴¹ Cf. algunas de las observaciones en Nuotio (2011) pp. 311-337.

⁴² Ver, por ejemplo, la discusión en Knechtle (2008) pp. 41-66.

Las leyes penales de la memoria comparten una naturaleza fuertemente simbólica. Preservan memorias para asegurar que estos hechos no sean negados y olvidados. Winfried Hassemer, entre otros, ha señalado riesgos en enfatizar demasiado la naturaleza simbólica de la criminalización.⁴³ Mientras más enfatizamos tales aspectos, más difícil será evaluar la necesidad y efectividad de tal regulación. Es simplemente el valor simbólico fundacional lo que podría motivar un enfoque de legislar a través de leyes penales de la memoria.

5. FINLANDIA, POSICIONADA EN LA ESCENA.

Ahora buscaré vincular la discusión previa a un punto de vista finlandés particular, sabiendo que los pensamientos presentados aquí son de un carácter de hipótesis más que verdades establecidas. Creo que tiene sentido comenzar una discusión de estas cosas en el derecho, especialmente en el derecho penal, y creo que aquí podríamos ganar nuevos conocimientos sobre el papel de la historia y la política en nuestra academia de derecho penal.

Finlandia ratificó la Convención sobre Genocidio en 1970 y enmendó el Código Penal finlandés en consecuencia. A principios de los años 1970, se añadió una provisión sobre incitación al odio. En el Proyecto de Ley del Gobierno se estableció que la criminalización está basada en las obligaciones internacionales de Finlandia, y es improbable que alguna vez sea aplicada. Sin embargo, desde 1990, ha emergido jurisprudencia sobre incitación al odio. El Código Penal finlandés no incluye criminalización específica sobre símbolos nazis o la negación del Holocausto, pero un entendimiento común entre expertos ha sido que la provisión de incitación al odio se aplica para actos de este tipo.⁴⁴

El estado actual de los asuntos fue discutido en el Proyecto de Ley del Gobierno finlandés (2010) que trató entre otros temas con la implementación nacional de la DM sobre racismo y xenofobia. Se explicó en el Proyecto que las leyes sobre la negación del Holocausto eran típicas de países que habían sido ocupados por los alemanes durante la guerra, mientras que los países nórdicos no habían enfrentado ese camino. También eran fuertes partidarios de la libertad de expresión. Se hizo referencia a la jurisprudencia del TEDH, como *Lehideux e Isorni v. Francia*, en la cual una acción negacionista de negación del Holocausto había sido considerada como no protegida por el Art. 10 del CEDH, la provisión sobre la libertad de expresión.⁴⁵ Como resultado, Finlandia debería aplicar la provisión de incitación al odio racial del código penal en casos en los cuales un motivo racista e incitador pueda ser probado. Uno debería, sin embargo, ser capaz de discutir los eventos del Holocausto en relatos periodísticos y en escritos de historia académica, ya que esto puede arrojar luz sobre estos eventos. También se estableció que las afirmaciones negacionistas simples caen bajo incitación al odio. En ese

⁴³ Hassemer (1989).

⁴⁴ Ver, generalmente, Nuotio (2021).

⁴⁵ *Lehideux e Isorni v. Francia*. El caso concernía un anuncio invitando a una rehabilitación del Mariscal Pétain quien actuó como cabeza de la administración de Vichy bajo la ocupación. Fue más bien obiter dicta que el Tribunal observó que una negación del Holocausto habría caído fuera del alcance de protección del Art. 10. Ver, *ibid.*, párr. 47.

momento, esto fue confirmado por un fallo de un tribunal de apelación, en el cual un escrito negacionista en medios había llevado a una condena.⁴⁶ Finlandia ratificó el Protocolo Adicional de la Convención sobre Ciberdelitos, pero ha mantenido en vigor las reservas respecto a la protección de la libertad de expresión. Lo mismo se aplica a los otros cuatro países nórdicos.

Las formulaciones arriba hablan de un enfoque calmado y con principios. Las afirmaciones negacionistas ya son consideradas acciones criminales, pero algunos detalles de la negación del Holocausto pueden aún estar abiertos a debate. Por un lado, podría decirse que el enfoque finlandés podría no ser categorizado como el de las leyes penales de la memoria, ya que la memoria del Holocausto no ha sido elevada como un tabú que se encuentre fuera de lo que puede ser cuestionado en ciencia y periodismo. Por otro lado, la razón práctica para criminalizarlo surge de la obvia conexión con la política de hoy en día: promover una ideología neo-nazi. Así, de hecho, esto no es tan diferente de las otras expresiones que están cubiertas por esa pieza de legislación. En la muy limitada jurisprudencia, el negacionismo de hecho ha sido vinculado con la ideología nazi y el racismo también de otra manera. Presumiblemente, este será a menudo el caso: El negacionismo estará incrustado en un contexto que en sí mismo constituye los elementos necesarios por la descripción del delito.

Tales ideologías han ganado algún respaldo de una pequeña minoría, aunque una marginal. En los años 1970 en Finlandia algunas pequeñas asociaciones con un carácter (neo-)nazi fueron ordenadas por un tribunal a disolverse basado en las reglas sobre prohibir una asociación que opera ilegalmente y viola las buenas costumbres. Recientemente esto se volvió tópico otra vez. En su decisión (2020:68) la Corte Suprema finlandesa (CSF) ordenó la prohibición de la asociación Frente de Resistencia Nórdico que estaba promoviendo un programa de supremacía del hombre blanco nórdico. La CSF razonó que los objetivos Nacional Socialistas y las agendas anti-judías incluyendo la negación o la trivialización del Holocausto, y la aceptación de acciones violentas para ese propósito, justificaban prohibir la asociación. Varios aspectos en el programa de la asociación equivalían a incitación al odio como está definido por la provisión de derecho penal. La asociación no estaba protegida por la libertad de asociación o la libertad de expresión ya que la CSF consideró que las actividades indicaban un abuso de tales derechos y libertades. El abuso de derechos es un principio bien establecido y una doctrina que está proporcionada por el artículo 17 del CEDH, por ejemplo. La Constitución finlandesa permanece silente sobre este principio.

En agosto de 2021, el Tribunal de Distrito de Helsinki emitió su fallo sobre un caso donde el fiscal había presentado cargos contra miembros del arriba mencionado Movimiento de Resistencia Nórdico por cuentas de incitación al odio.⁴⁷ El fiscal afirmó que la bandera nazi era una expresión de la ideología nacional socialista que llevaba connotaciones de persecución del pueblo judío, de la negación o la trivialización del

⁴⁶ El Proyecto de Ley del Gobierno finlandés 317/2010 vp. – Había de hecho dos fallos por el Tribunal de Apelación: un fallo del 25.5.2007 (R 07/629) y uno del 18.2.2009 (R 08/607). Esta línea de interpretación es confirmada aún más en dos fallos recientes del Tribunal de Distrito de Helsinki (30.12.2022, 5.6.2023, dos vertientes de R 21/5462, no definitivos).

⁴⁷ Tribunal de Distrito de Helsinki, fallo 30.8.2021, R 20/1163.

Holocausto así como creencias racistas. Las banderas habían sido usadas durante una marcha en el Día de la Independencia finlandés y podrían ser consideradas como una declaración fuerte y clara contra la comunidad judía pero también más generalmente contra la inmigración e inmigrantes.

Sorprendentemente, el Tribunal, consideró que la acción no era criminal. Según el Tribunal, el caso se parecía al caso de *Faber v. Hungría* en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había reflexionado sobre usar una vieja bandera húngara que era el símbolo del régimen nazi de corta duración en Hungría. También en este caso, el acto había consistido solo en el uso de la bandera, pero no se había establecido otra amenaza verbal de violencia o equivalente. El TEDH permite un margen de apreciación y que las circunstancias nacionales sean consideradas. El Tribunal de Distrito de Helsinki sostuvo que Finlandia y la Alemania nazi habían sido aliados durante el tiempo de guerra y que los nazis no dirigieron sus crímenes contra Finlandia o nacionales finlandeses. Los pocos ciudadanos judíos que fueron deportados desde Finlandia habían estado bajo jurisdicción finlandesa y las decisiones habían sido tomadas por las autoridades finlandesas. La bandera nazi en sí misma no estaba prohibida en Finlandia. El Tribunal sostuvo que la persecución nazi de los judíos y el Holocausto eran hechos indisputados, y los acusados habían difundido los mensajes opuestos. Pero también sostuvo que sin una interpretación extensa de las acciones y las expresiones que los acusados habían estado usando, la provisión del Código Penal finlandés sobre incitación al odio no podía ser aplicada. Una apelación está pendiente en el Tribunal de Apelación de Helsinki.

El razonamiento del Tribunal de Distrito de Helsinki ofrece no solo un enfoque estrecho y legalista para interpretar una provisión del Código Penal, sino también un enfoque relativizante al tema de la ideología nazi. El relativismo no concierne la ideología subyacente de los nazis o los eventos del Holocausto en sí mismo. Más bien aparece en la referencia a la relación de Finlandia y el pueblo finlandés con esos contenidos que crean una cierta distancia, tanto temporal, geográfica y políticamente. Para decirlo sin rodeos, Finlandia y el pueblo finlandés no estuvieron entre las víctimas del régimen nazi. Finlandia fue aliada con la Alemania nazi en su guerra contra la Unión Soviética. El tiempo ha pasado.

Es cierto que Finlandia estaba siguiendo un camino propio antes y después de la Segunda Guerra Mundial. Aunque durante la Guerra de Continuación Finlandia fue militarmente aliada con Alemania, Finlandia no entregó a los ciudadanos judíos finlandeses a los nazis. Sin embargo, un puñado de refugiados judíos y prisioneros de guerra fueron extraditados a Alemania y más tarde ejecutados.⁴⁸ Finlandia mantuvo su independencia a lo largo de los tiempos de guerra, y después desarrolló su identidad como un país neutral y buscó mantenerse fuera de las luchas políticas entre las grandes potencias y sus alianzas. Finlandia colaboró con Occidente, pero se unió al Consejo de Europa primero después de que la cortina de hierro había caído. También se unió a la Unión Europea en 1995. Finlandia había experimentado guerras duras, pero no había sido ocupada ni había habido tiempos como los de un régimen nazi.

⁴⁸ Ylikangas (2004) p. 34.

El relativismo del Tribunal de Distrito de Helsinki puede ser comprensible. Es cierto que desde un punto de vista finlandés, la ideología nazi y el Holocausto son fenómenos distantes, y la alianza con la Alemania nazi fue estratégica, no ideológica. Comparado con la historia política en la Europa Continental, el papel de los movimientos nazis ha sido limitado en Finlandia. Solo el Movimiento de Resistencia Nórdico, que atrajo atención después de la ola de refugiados a Europa alrededor de 2015-2016, podía ser visto como un portador visible de esa antorcha, y, como se explicó arriba, esa organización y sus banderas fueron efectivamente prohibidas. La decisión plantea, sin embargo, la pregunta de si el relativismo es compatible con un entendimiento europeo profundo del Holocausto.

Finlandia, como los países nórdicos en general, no tiene leyes de la memoria del tipo referido arriba. Deberíamos, sin embargo, ser conscientes de que como Finlandia había estado en guerra contra las Fuerzas Aliadas, los Tratados de Paz de París habían sido concluidos en 1947 entre las partes. En el artículo 8 del Tratado de Paz con Finlandia, Finlandia se comprometió a disolver todas las asociaciones políticas y militares fascistas, y que nunca permitiría otra vez que existieran y operaran organizaciones que tengan como objetivo negar a la gente sus derechos democráticos. Este acuerdo de paz está algo desactualizado en otros aspectos, y podría ser dudoso si uno aún hoy debería seguirlo literalmente. Pero da, en cualquier caso, apoyo adicional a la visión de que Finlandia debería defender su democracia contra movimientos iliberales especialmente de tipo fascista. En ese sentido, el tema de criminalizar y prohibir ciertos tipos de acciones no es solo un requerimiento que surge del derecho internacional y siendo extraño a la historia nacional de Finlandia, sino que hay un vínculo directo conectando a Finlandia con las condiciones de paz después de la guerra.

Las condiciones políticas en Finlandia son, de cualquier manera, algo diferentes de las de Europa Continental. Las primeras dos décadas de independencia fueron tiempos de fuertes divisiones políticas, e incluso una organización fascista IKL (Movimiento Nacional Patriótico) desafió el débil estado de derecho de una nación joven. La Constitución y el orden legal sobrevivieron esta prueba, y las instituciones legales y políticas lograron dirigir al país lejos de esas aguas tormentosas. Después de la Segunda Guerra Mundial, los viejos lazos culturales con Alemania fueron debilitados debido a la bancarrota ética de ese país.

Desde la perspectiva finlandesa, criminalizar el uso de símbolos nazis y la negación del Holocausto podría tener sentido como una parte de la construcción de identidad en Europa, ya que Finlandia y el pueblo finlandés se identifican fuertemente con Europa en este sentido más profundo que se manifiesta también en el posicionamiento político después de la caída de la cortina de hierro. El sistema europeo de derechos humanos fue incluso usado como un modelo al redactar la nueva declaración de derechos para la Constitución finlandesa en 1995. En términos de una identidad constitucional, la Constitución finlandesa es ciertamente altamente europea y en línea con las tradiciones constitucionales europeas. El enfoque finlandés se sentaría bien con una interpretación universalista de la negación del Holocausto como una negación de una violación grave de derechos humanos que a su vez constituye el principio fundacional de la comunidad política europea. Los derechos humanos, la

democracia liberal y el estado de derecho son inseparables, y tanto la democracia como la gente necesitan ser protegidas contra esfuerzos para introducir leyes y prácticas discriminatorias que irían contra esa fundación.

Desde el punto de vista del derecho penal, el problema es que las leyes de la memoria, que apuntan a la construcción abstracta de identidad y reconocimiento de una victimización colectiva, parecen escapar a los principios usuales de criminalización.⁴⁹ Es más fácil introducir provisiones constitucionales escritas, que son de naturaleza simbólica, que hacer esto en el campo del derecho penal. Un factor adicional es que las normas de derecho penal también deberían ser aplicadas y no permanecer como letra muerta cuando casos relevantes lleguen a un tribunal.

En el derecho penal finlandés, el delito de incitación al odio ha sido colocado en el Capítulo 11 sobre Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad. Esto da a la provisión penal un estatus específico. Es un delito grave aunque solo consista en expresión, ampliamente tomada. En el Código Penal finlandés hay otro Capítulo potencialmente relevante, específicamente el Capítulo 17 sobre Crímenes contra el Orden Público. Estos días las criminalizaciones en ese capítulo ya no son tantas, pero si echamos un vistazo más de cerca al contenido, encontramos algo relacionado. El delito de quebrantar la paz de una tumba es de hecho una especie de ley de la memoria aunque nunca pensamos en ello. El delito cubre por ejemplo difamación de una tumba o un monumento memorial. Para repensar el papel del derecho penal en esta área, uno tendría que mirar el entendimiento de los delitos contra el orden público también. Podríamos decir que provisiones como la concerniente al quebrantamiento de la paz de una tumba muestran que tenemos alguna criminalización en vigor que sirve el propósito de proteger valores simbólicos que no pueden ser fácilmente reducidos a los intereses del individuo.

Los países nórdicos tienen un historial fuerte en proteger la libertad de expresión. Esta puede ser una de las razones por las que las leyes de la memoria no se han vuelto populares. Los derechos humanos como la libertad de expresión y la libertad de asociación han sobrepasado la protección de los valores de la memoria en la esfera del derecho penal. Al mismo tiempo, sin embargo, los países nórdicos han sido pragmáticos y han aceptado la política de hacer punible la incitación al odio en términos amplios. Los tribunales suecos tienen una amplia jurisprudencia sobre castigar el uso de símbolos nazis como incitación al odio. En Noruega, la provisión del Código Penal sobre incitación al odio ha sido enmendada para cubrir el uso de símbolos también, pero no cubre automáticamente el uso de símbolos nazis ya que también otros criterios legales tienen que ser cumplidos para disparar la punibilidad. En la ley finlandesa, esta pregunta no está del todo clara aún, especialmente tomando en cuenta el fallo del Tribunal de Distrito de Helsinki, referido arriba.

Interpretaría la situación actual de manera que a través de criminalizar la incitación al odio, los países nórdicos se han alineado con las obligaciones del derecho internacional. Las tradiciones fuertes en el derecho de derechos humanos y un compromiso con los valores de la integración europea de posguerra lo han hecho

⁴⁹ Melander (2017).

relativamente fácil. Dinamarca y Noruega incluso experimentaron un tiempo bajo el gobierno alemán nazi mientras que Suecia y Finlandia no. En el entendimiento nórdico, la razón para suprimir los símbolos nazis está incrustada en la protección de la democracia, derechos humanos y antidiscriminación como un todo. El foco está en las protecciones y restricciones legales de hoy más que en el reconocimiento de la historia. Tal vez uno también podría decir que los países nórdicos no han experimentado tal crisis de identidad difícil como Alemania y Francia han, y los nórdicos nunca han cuestionado su identidad tan profundamente. Alemania y Francia y ciertamente algunos otros países también están profundamente traumatizados por su historia, y el negacionismo del Holocausto dispara ese trauma. La pregunta de la negación del Holocausto es tal vez la más difícil precisamente porque es una construcción más compleja que las formas ordinarias de incitación al odio. Tiene el toque más fuerte de ley de la memoria.

Después de las elecciones parlamentarias en Finlandia en 2023 y un debate acalorado sobre racismo el nuevo gobierno emitió una declaración indicando un conjunto de nuevas iniciativas políticas y legislativas para abordar los temas. En esa declaración la criminalización de la negación del holocausto ha sido incluida. Así, Finlandia puede estar siguiendo el modelo sueco. La declaración incluye también otras iniciativas relacionadas con la memoria. Un día memorial para víctimas de persecución será introducido en Finlandia. El gobierno también se compromete a la tarea de investigar si el uso de símbolos nazis y símbolos comunistas podría ser criminalizado cuando esto suceda en el contexto de promover esas ideologías.⁵⁰

6. EL DESAFÍO DE PASAR LA PRUEBA DE CONSTITUCIONALIDAD.

Aunque las leyes penales de la memoria sobre la negación del Holocausto expresan los valores de las tradiciones constitucionales y de derechos humanos, ellas mismas pueden tener obstáculos para encajar en ese sistema. Aquí otra vez, el tema es la compatibilidad con la libertad de expresión.

El Comité de Derecho Constitucional del Parlamento finlandés ha desarrollado un conjunto de criterios que las nuevas criminalizaciones deberían pasar para ser limitaciones legítimas de los derechos del individuo. El Comité ha notado que la criminalización meramente simbólica no pasaría la prueba.⁵¹ Los principios de criminalización están siendo aplicados cuando se están haciendo enmiendas al derecho doméstico, pero parece que cuando la enmienda está basada en una obligación internacional, la prueba no es completamente aplicable. La teoría detrás de lo que es simbólico y lo que no es, sin embargo, está subdesarrollada en la práctica finlandesa de la revisión del derecho constitucional.

Con respecto a la criminalización de la negación del Holocausto, la Decisión Marco de la UE requiere que los Estados Miembros introduzcan una a menos que ya esté cubierta por la ley. En ese sentido, los temas de construcción de identidad, y los aspectos de ley de la memoria han sido abordados en un nivel europeo. Como se observó arriba, la Decisión Marco fue más allá del mandato vago de la Unión Europea

⁵⁰ Valtioneuvoston tiedonanto (2023).

⁵¹ Por ejemplo, Comité de Derecho Constitucional del Parlamento finlandés, Opinión 29/2001.

del tiempo. No ha sido tan fácil transferirla a una era post-Lisboa ya que la lista de los Euro-crímenes tendría que ser enmendada primero.

También deberíamos ser conscientes del hecho de que las leyes de la memoria pueden ser usadas para varios propósitos. No solo pueden respaldar identidades y valores regionales europeos o universales, sino que pueden ser aprovechadas para propósitos nacionalistas más estrechos. Hace una diferencia si introducimos leyes penales de la memoria sobre violaciones serias de derechos humanos, o si demandamos respeto por la gloria de un estado como Turquía o Rusia están haciendo.

La temática del derecho constitucional también tiene que ver con el tema de universalidad y tiempo. ¿Hasta qué punto debería el contexto de las acciones negacionistas ser tomado en cuenta? ¿Pueden las memorias ser protegidas para siempre, o se necesita algún relativismo?

En tiempos recientes, hay algunas señales de que el delito de negación de genocidio podría ser problemático desde el punto de vista de la protección de la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional español entregó un fallo en noviembre de 2007 (no. 235/2007; BOE-T-2007-21161) declarando el delito de negación de genocidio establecido en el Artículo 607 § 2 del Código Penal español inconstitucional. Estableció que España no era una democracia militante y que la Constitución española no conocía la doctrina del abuso de derechos. Así, la Constitución no prohibía la expresión contraria a su esencia a menos que pudiera efectivamente dañar los derechos constitucionales. El Consejo Constitucional francés declaró un acto criminalizando la negación de genocidio inconstitucional estableciendo por ejemplo lo siguiente: 'Una provisión legislativa con el propósito de 'reconocer' un crimen de genocidio no puede en sí misma tener el alcance normativo adjunto a la ley.'⁵² Más tarde, el Consejo mitigó esta decisión y reconoció el principio del abuso de derecho de la libertad de expresión en relación con crímenes contra la humanidad.⁵³

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lleva un peso especial en tales temas. De particular relevancia es el caso de *Perincek v. Suiza*.⁵⁴ Un político y líder de partido turco ha emitido declaraciones en Suiza en las cuales abordó el tema del genocidio armenio repetidamente y en términos coloridos. Afirmó que el genocidio armenio era una mentira y explicó las raíces históricas y políticas de esa mentira. Los tribunales suizos lo habían encontrado culpable de la negación del genocidio. El TEDH, sin embargo, consideró que los tribunales suizos no habían tratado cuidadosamente con la libertad de expresión del Sr. Perincek.

Tomando en cuenta todos los elementos analizados arriba – que las declaraciones del solicitante versaron sobre un asunto de interés público y no equivalieron a un llamado al odio o intolerancia, que el contexto en el cual fueron hechas no fue marcado por tensiones elevadas o matices históricos especiales en Suiza, que las declaraciones no pueden ser consideradas como afectando la

⁵² Decisión del 28 de febrero de 2012, El Consejo Constitucional francés.

⁵³ Decisión del 8 de enero de 2016, El Consejo Constitucional francés.

⁵⁴ Caso de *Perinçek v. Suiza*.

*dignidad de los miembros de la comunidad armenia al punto de requerir una respuesta de derecho penal en Suiza, que no hay obligación de derecho internacional para Suiza de criminalizar tales declaraciones, que los tribunales suizos parecen haber censurado al solicitante por expresar una opinión que divergía de las establecidas en Suiza, y que la interferencia tomó la forma seria de una condena penal – el Tribunal concluye que no fue necesario, en una sociedad democrática, someter al solicitante a una pena criminal para proteger los derechos de la comunidad armenia en juego en el presente caso.*⁵⁵

El TEDH subrayó que una condena de derecho penal es una intervención seria de parte de un estado y que un balance apropiado necesita ser logrado entre la libertad de expresión y los derechos de la gente protegida.

Aunque la saga del delito de negación del Holocausto y negación de genocidio en general aún no ha terminado, podemos ver que el derecho de derechos humanos que fue una de las condiciones de las leyes de la memoria sobre genocidio para desarrollarse, también está estableciendo límites al desarrollo de las leyes penales de la memoria. También parece en base a la jurisprudencia que entre los genocidios la negación del Holocausto ocupa una posición especial. Con respecto a la negación del Holocausto, parece que tales expresiones por definición van y pueden ser interpretadas como racistas y como socialmente intolerables, incluso a un punto en el cual tales puntos de vista podrían ser considerados un abuso de derechos. En Europa, la memoria del Holocausto ocupa una posición en la cual los contextos de las expresiones importan menos, mientras que la negación de otros genocidios sería tratada diferentemente por los Tribunales Europeos y los tribunales nacionales europeos.

Interesantemente, *Perincek v. Suiza* y algunas otras decisiones podrían ser vistas como introduciendo un toque de relativismo en un campo que se suponía había sido construido sobre el universalismo de la protección de la dignidad humana. El TEDH notó, por ejemplo, que los eventos que tuvieron lugar en 1915 fueron más distantes en tiempo que los eventos del Holocausto.⁵⁶ También la lejanía geográfica a Suiza fue mencionada. Los jueces disidentes señalaron los riesgos involucrados en tal forma relativista de razonamiento. Preguntaron: ¿Se debilitaría también la memoria del Holocausto con el tiempo de manera que una criminalización de la negación del Holocausto ya no resistiría una prueba de derechos humanos?

Mientras las legislaturas europeas han estado morando en la confección de leyes de la memoria concernientes al genocidio armenio, Turquía ha respondido criminalizando expresiones sobre el genocidio armenio como insultos a la nación turca y al gobierno. La denigración pública de la nación turca y el estado turco y sus cuerpos políticos y jurídicos ha sido convertida en punible en 2008 por una sentencia de encarcelamiento.⁵⁷

⁵⁵ Ibid., párra 280.

⁵⁶ Ibid., párras 249-250.

⁵⁷ Koposov (2018) pp. 111-112.

Así, desde el principio, hubo tensión y conflicto en las leyes de la memoria. Las interpretaciones de eventos pasados coloreadas por el nacionalismo han prevalecido, que fue el caso cuando Polonia en 2018 introdujo una ley prohibiendo declaraciones de que nacionales polacos habían estado involucrados en el Holocausto en suelo polaco. La criminalización fue pronto derogada debido a crítica internacional y doméstica. El involucramiento fue un hecho realmente.⁵⁸

Si regresamos a Finlandia, o Suecia, deberíamos mencionar que la provisión principal de derecho penal, la sobre incitación al odio, ha sido escrita en términos vagos y no contiene ninguna cláusula limitante que establecería el requerimiento de la amenaza al orden público, o peligro abstracto o concreto. El gobierno finlandés había propuesto en 1993 que un elemento de peligro abstracto sería añadido a la descripción del acto lo cual habría mejorado su calidad y su precisión, pero el Comité de Derecho del Parlamento no consideró tal enmienda necesaria. Se refirió al hecho de que la aplicación de la provisión no había enfrentado dificultades en los tribunales. La enmienda propuesta habría estrechado la aplicabilidad de la provisión penal.⁵⁹

7. NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO, UN ASUNTO PARA EUROPA.

El ejemplo de la negación del Holocausto como una ley penal de la memoria muestra características interesantes cuando se mira en la perspectiva de hoy. Hemos presenciado una marcha de leyes de la memoria incluyendo leyes penales de la memoria primero en el entorno nacional de unas pocas jurisdicciones continentales importantes. La criminalización de la negación del Holocausto estaba bien alineada con los valores fundacionales tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea, lo cual permitió que estos temas fueran planteados en el nivel europeo, terminando, siendo una parte del derecho penal europeo. Los ejemplos recientes de Suecia y Alemania muestran cómo la legislación europea influye en los órdenes legales nacionales.

El tema de la negación del Holocausto ha probado poseer algunas características raras que le han permitido progresar en el nivel normativo aunque se construya sobre un uso del derecho penal para propósitos simbólicos que no es común en el derecho penal. En caso de que no quisiéramos identificar el negacionismo como incitación al odio, podríamos elaborar sobre adoptar una provisión sobre el tema dentro del contexto de crímenes contra el orden público. Tal vez también empujaría ese concepto al límite ya que en Finlandia la idea ha sido no especialmente referida a ninguna moralidad social, sino más bien orden social y seguridad en términos más concretos.

Todo esto resalta el poder de las leyes de la memoria, de tal deber de recordar legalmente consagrado. Se ha convertido en una fuente de la identidad europea y la cohesividad política regional. Tal vez esta es la razón por la cual ya no tiene sentido recurrir al argumento de que la distancia histórica de un país al Holocausto disminuiría su deber de recordar. Ser europeo significa comprometerse con los mismos valores, en

⁵⁸ Sobre el abuso de las leyes penales de la memoria en Polonia, ver Grabowski (2022) pp. 75-95

⁵⁹ El Proyecto de Ley del Gobierno finlandés HE 94/1993 vp; El Comité de Derecho finlandés, Opinión 22/1994 vp.

este caso encontrar o construir un consenso sobre la ley penal de la memoria sobre la negación del Holocausto.

La negación del Holocausto, al convertirse en un tema europeo, también es relevante para el desarrollo del constitucionalismo europeo. Resuena con los valores europeos fundacionales. El camino al estado actual de los asuntos ha sido serpenteante, y el derecho de derechos humanos europeo y las tradiciones domésticas de la protección de la libertad de expresión han moldeado la fabricación de este edificio legal particular. Ha sido un caso de prueba para el derecho penal europeo. Nosotros, académicos, legisladores, jueces y practicantes aún estamos en el medio de un proceso formativo y no es posible predecir en detalle cómo todo terminará. Los tribunales constitucionales ya han tenido algo que decir, y continuarán ejerciendo influencia sobre cómo las leyes penales de la memoria serán ajustadas a los marcos constitucionales nacionalmente. Aún no hemos visto al Tribunal de Justicia de la UE dejar su huella. Eso podría tomar lugar de dos maneras. Las notificaciones de los Estados Miembros sobre temas de infracción serían una tal ocasión. La otra vía sería el método usual de fallo preliminar.

Parece que el debate crítico de historia política que ha puesto en cuestión el valor de legislar sobre la memoria no ha sido capaz de eliminar los resultados de la discusión previa y las acciones legislativas. Por tanto, los próximos pasos serán tomados en niveles legales y políticos. Diferentes entidades políticas se definirán a sí mismas en y a través de estas batallas. Para Europa, la herencia crucial de las leyes de la memoria es el compromiso con principios de dignidad humana e igualdad ante la ley.

La maquinaria político-legislativa ha operado y producido las leyes europeas de la memoria. Puede ser precisamente el vínculo cercano al constitucionalismo europeo lo que ha convertido esta historia europea común demasiado importante para ser dejada solo a una conciencia histórica natural: Las leyes de la memoria han sido redactadas para dar evidencia de compromisos de valor europeos compartidos. Si este camino también fuera seguido en el futuro y si los tribunales constitucionales permitirán que esto suceda, la regulación de la negación del Holocausto en algún punto alcanzará su objetivo: Una base de valor europeo universal en protección de la dignidad humana será manifestada por un compromiso compartido para luchar contra la negación del Holocausto por medio del derecho penal. Los principios constitucionales subyacentes son lo que realmente importa, incluso más que la jurisprudencia de nivel superficial. Pero es importante que la jurisprudencia confirme los fundamentos sólidos como se explicó arriba.

El abuso de las leyes de la memoria para propósitos nacionalistas, si podemos usar estas palabras, revela que estos instrumentos pueden ser desviados del objetivo único de proteger los derechos humanos. Me parece que estos abusos deberían llevarnos a reflexionar críticamente sobre el uso de herramientas de derecho penal para reconocimiento simbólico y construcción de identidad. El derecho penal de la memoria es como un fuego. El uso controlado de él puede estar bien, pero cuando se descontrola, puede destruir todo el edificio. Incluso en Europa ya tenemos ejemplos de usos problemáticos como se refirió arriba.

En la teoría del derecho penal nórdico la llamada prevención general positiva es a menudo nombrada como el objetivo del castigo siguiendo el trabajo de muchos académicos, incluyendo el famoso Johannes Andenaes.⁶⁰ Encaja bastante bien con el objetivo de comunicar valores legales básicos por medio del derecho penal. La punibilidad efectiva de la negación del holocausto es un recordatorio para todos nosotros de los valores básicos del sistema legal, especialmente el de la dignidad humana. Es el peso especial de ese tipo de acto ilícito lo que legitimaría el uso del derecho penal simbólico para este propósito.

El pragmatismo nórdico también puede ser un enfoque útil.⁶¹ Siguiendo el enfoque finlandés, podríamos ver que criminalizar la negación del Holocausto ya sea separadamente o incluyéndola en el delito de incitación al odio son ambas soluciones posibles al dilema. Aunque los finlandeses no estuvieron muy directamente involucrados en los horrores del Holocausto, tiene perfecto sentido que Finlandia reconociera la gravedad y significancia de esas atrocidades y se comprometiera a reconocer su estatus especial. También tiene sentido ver que criminalizar la negación del Holocausto, como el gobierno finlandés ha anunciado en agosto de 2023, también tiene razones que se relacionan con rechazar movimientos políticos iliberales. No necesitamos hablar sobre democracia militante, ya que no estamos en guerra.⁶² Más bien estamos defendiendo un estado democrático de derecho excluyendo el uso de derechos liberales para propósitos manifiestamente iliberales.

Desde un punto de vista nórdico, el entendimiento de Europa del Este de que los crímenes de los regímenes comunistas también fueron horribles, es completamente comprensible. Sin embargo, como están las cosas ahora mismo, tal vez no hay necesidad apremiante de incluirlos en el derecho penal de la memoria europea. Hay un núcleo europeo de derecho penal de la memoria que ya ha sido establecido y que se espera que los estados miembros de la Unión Europea adopten. Este núcleo es el que mejor adopta los valores de la Unión Europea junto con la tradición constitucional liberal europea. Es el núcleo que lleva más fuerte las premisas universalistas de proteger la dignidad humana, para la cual una relativización no puede ser aceptada. Las representaciones simbólicas como los símbolos nazis caen en esta área central. Mientras más nos distanciemos del núcleo, más tendremos que permitir una significancia de perspectivas nacionales. El tema de los crímenes de los regímenes comunistas es un ejemplo de eso.

⁶⁰ Andenaes (1966).

⁶¹ Zweigert y Kötz (1998) p. 277 ff.

⁶² Ver, para varias interpretaciones, Rhein-Fischer P y Mensing S (2022) pp. 109-113.

8. BIBLIOGRAFÍA⁶³

Agder Appeal Court. (2020, June 29). *LA-2019-152301* (Norway).

Andenaes, J. (1966). The general preventive effects of punishment. *University of Pennsylvania Law Review*, 114(7), 949–983.

Bąkowski, P. (2022). *Holocaust denial in criminal law: Legal frameworks in selected EU Member States*. European Parliamentary Research Service. Available at: (URL) Last accessed on 21 June 2023.

Barkan, E., & Lang, A. (2022). Mapping memory laws. In E. Barkan & A. Lang (Eds.), *Memory laws and historical justice: The politics of criminalizing the past* (pp. 1–21). Palgrave Macmillan.

Council of the European Union. (1996, July 15). *Joint action 96/443/JHA adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, concerning action to combat racism and xenophobia*.

Council of the European Union. (2008, November 28). *Council framework decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law*. *Official Journal of the European Union*, L 328, 6.12.2008.

Decision of 28 February 2012 (Décision no 2012-647 DC du 28 février 2012). The French Constitutional Council.

Decision of 8 January 2016 (Décision no 2015-512 QPC du 8 janvier 2016). The French Constitutional Council.

ECtHR. (1998). *Lehideux and Isorni v. France*, case no. 55/1997/839/1045, application no. 24662/94, Publication 1998-VII, no. 92.

ECtHR. (2015, October 15). *Perinçek v. Switzerland*, application no. 27510/08.

Finnish Government. (1993). *Government Bill HE 94/1993 vp*.

Finnish Government. (2010). *Government Bill HE 317/2010 vp*.

Finnish Law Committee. (1994). *Opinion 22/1994 vp*.

Fraenkl, E. (2017). *The dual state: A contribution to the theory of dictatorship*. Oxford University Press. (First published 1941).

⁶³ Los enlaces URL largos han sido acortados a '(URL)'.

Grabowski, J. (2022). Polish memory laws and the distortion of the history of the Holocaust. In E. Barkan & A. Lang (Eds.), *Memory laws and historical justice: The politics of criminalizing the past* (pp. 75–95). Palgrave Macmillan.

Grimm, D. (2009). The Holocaust denial decision of the Federal Constitutional Court of Germany. In I. Hare & J. Weinstein (Eds.), *Extreme speech and democracy* (pp. 557–561). Oxford University Press.

Hassemer, W. (1989). Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. *Neue Juristische Wochenschrift*, 553–558.

Helsinki Court of Appeal. (2007, May 25). *Judgment R 07/629*.

Helsinki Court of Appeal. (2009, February 18). *Judgment R 08/607*.

Helsinki District Court. (2021, August 30). *Judgment R 20/1163*, not final.

Helsinki District Court. (2022, December 30). *Judgment R 21/5462*, not final.

Helsinki District Court. (2023, June 5). *Judgment R 21/5462*, not final.

Jouanjan, O. (2017). Justifier l'injustifiable: L'ordre du discours juridique nazi. *Leviathan*. Presses Universitaires de France.

Knechtle, J. C. (2008). Holocaust denial and the concept of dignity in the European Union. *Florida State University Law Review*, 36(1), 41–66.

Koposov, N. (2018). *Memory laws, memory wars*. Cambridge University Press.

Koposov, N. (2022). Holocaust remembrance, the cult of the war, and memory laws in Putin's Russia. In E. Barkan & A. Lang (Eds.), *Memory laws and historical justice: The politics of criminalizing the past* (p. 165). Palgrave Macmillan.

Löytömäki, S. (2014). *Law and the politics of memory: Confronting the past*. Routledge.

Matuschek, M. (2011). *Erinnerungsstrafrecht: Eine Neubegründung des Verbots der Holocaustleugnung auf rechtsvergleichender und sozialphilosophischer Grundlage*. Duncker & Humblot.

Melander, S. (2017). Criminalization and its limitations: The Finnish perspective. *Peking University Law Journal*, 5(1), 51–75.

Miklóssy, K. (2021). Kulttuuritaistelu muistin hegemoniasta Unkarissa ja Puolassa. *Historiallinen Aikakauskirja*, 119(4), 432–444.

NOU 2022: 9. (2022). *En åpen og opplyst offentlig samtale: Ytringsfrihetskommisjonens utredning*.

Nuotio, K. (2011). European criminal law under the developing constitutional setting of the European Union. In N. Walker, J. Shaw & S. Tierney (Eds.), *Europe's constitutional mosaic* (pp. 311–337). Hart Publishing.

Nuotio, K. (2021). Sananvapausrikosten sääntelyn ja soveltamisen kehitystrendejä ja kehittämiskohteita eräiden kotimaisten oikeustapausten valossa. In P. Korpisaari (Ed.), *Viestin viemää: Viestintäoikeuden vuosikirja 2021* (pp. 47–63). University of Helsinki.

Robert Faurisson v. France, Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996).

Rhein-Fischer, P., & Mensing, S. (2022). *Memory laws in Germany: How remembering National Socialism is governed through law*. Torkel Opsahl Academic EPublisher.

Sands, P. (2016). *East West Street: On the origins of genocide and crimes against humanity*. Weidenfeld & Nicolson.

Simonsen, K. B. (2021). Holocaustbenektelse på norsk: Et historisk perspektiv. In E. Rees et al. (Eds.), *Minoritetsdiskurser i norsk litteratur* (pp. 181–200). Universitetsforlaget. Available from: (URL). Last accessed 11.9.2023.

Snyder, T. (2011). *Bloodlands: Europe between Hitler and Stalin*. Basic Books.

SOU 2019:27. (2019). *Rasistiska symboler: Praxisgenomgång och analys*.

SOU 2023:17. (2023). *En tydligare bestämmelse om hets mot folkgrupp*.

Sunstein, C. R. (2021). On the expressive function of law. *University of Pennsylvania Law Review*, 144, 2045.

UN General Assembly. (n.d.). *Resolution on Holocaust denial*. Available at: <https://new-york-un.diplo.de/un-en/-/2507408>. Last accessed 11.9.2023.

Valtioneuvosto (Finnish Government). (2023). *Valtioneuvoston tiedonanto 2/2023: Yhdenvertaisuuden, tasa-arvon ja syrjimättömyyden edistämisestä suomalaisessa yhteiskunnassa*.

Wagrandl, U. (2019). The prohibition to abuse one's human rights: A theory. *European Law Journal*, 25(6), 577–592.

Waldron, J. (2012). *The harm in hate speech*. Harvard University Press.

Wandres, T. (1999). *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*. Duncker & Humblot.

Ylikangas, H. (2004). Selvitys valtioneuvoston kanslialle.

Zhurzhenko, T. (2022). Legislating historical memory in post-Soviet Ukraine. In E. Barkan & A. Lang (Eds.), *Memory laws and historical justice: The politics of criminalizing the past* (pp. 97–130). Palgrave Macmillan.

Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). *Introduction to comparative law* (3rd rev. ed.). Oxford University Press.