

LA NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO COMO DERECHO PENAL DE LA MEMORIA VISTO A TRAVÉS DE LAS LENTES NÓRDICAS¹

HOLOCAUST DENIAL AS MEMORY CRIMINAL LAW SEEN THROUGH THE NORDIC LENSES

Kimmo Nuotio²

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

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2025.

Fecha de aceptación: 14 de mayo 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,

¹ Este artículo es una traducción autorizada del texto original publicado en: Nuotio, K. (2023). Holocaust Denial as Memory Criminal Law Seen Through the Nordic Lenses. *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, 11(1), 1–29. <https://doi.org/10.15845/bjclcj.v11i1.4038>

² 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 trabajo fue publicado en 2023 en su Versión Original en la Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 11, núm. 1. Disponible en: <https://boap.uib.no/index.php/BJCLCJ/article/view/4038>. DOI: <https://doi.org/10.15845/bjclcj.v11i1.4038>.

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.

aportando desde su marco jurídico y teórico. Esta contribución pretende impulsar ese diálogo.

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

I. INTRODUCCIÓN. II. UN VOCABULARIO RICO. III. CONFIGURANDO EL ESCENARIO. IV. LA ANATOMÍA VARIABLE DE LAS LEYES DE LA MEMORIA Y LAS LEYES PENALES DE LA MEMORIA. V. FINLANDIA, POSICIONADA EN LA ESCENA. VI. EL DESAFÍO DE PASAR LA PRUEBA DE CONSTITUCIONALIDAD. VII. NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO, UN ASUNTO PARA EUROPA. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. A RICH VOCABULARY. III. SETTING THE SCENE. IV. THE VARIABLE ANATOMY OF MEMORY LAWS AND CRIMINAL MEMORY LAWS. V. FINLAND POSITIONED ON THE STAGE. VI. THE CHALLENGE OF PASSING THE CONSTITUTIONALLY TEST. VII. HOLOCAUST DENIAL, A MATTER FOR EUROPE. VIII. BIBLIOGRAPHY.

I. 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. El legislador 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 específicamente 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.³ 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 aquí el ejemplo paradigmático.

También se ha utilizado otra vía: 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 se ha transformado en delito. Barkan y Lang lo expresan así:⁴

“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”.

³ Koposov (2018) p. 1.

⁴ 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.

A continuación trataremos principalmente 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 estos temas no se discuten con frecuencia.⁵ 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 presente con intensidad 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, por mostrar un ejemplo.

Mientras que la criminalización del uso de símbolos nazis ha merecido alguna discusión en los países nórdicos, la negación del Holocausto ha atraído considerablemente menos atención. El uso de símbolos nazis ha sido entendido como una manifestación del delito denominado "incitación al odio". El código penal noruego incluye una mención específica relativa a que los símbolos pueden equivaler a expresiones, pero ello no implica que el uso de símbolos nazis se tipifique automáticamente bajo esa previsión penal.⁶ De hecho, hay jurisprudencia que apunta más bien en la dirección opuesta.⁷ 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.⁸ De este modo, durante los años más recientes no ha existido un 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 de manera efectiva sus actividades.⁹

Suecia aplica el delito sobre incitación al odio racial al uso de símbolos nazis. Una jurisprudencia que cuenta con más de 100 condenas prueba que esto, de hecho, sucede.

⁵ Ver, sin embargo, Simonsen (2021) y Miklóssy (2021).

⁶ Straffeloven § 185. Hatefulle ytringer.

⁷ 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'.

⁸ 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.

⁹ NOU 2022: 9, p. 201.

Por tanto, en Suecia existe una rica jurisprudencia sobre este delito.¹⁰ Sin embargo, no se han aprobado normas específicas sobre la negación del Holocausto. En 2021, se estableció 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, fueran consideradas crímenes según el derecho penal sueco. El estudio se originó con la notificación de la Comisión de la UE sobre una falla en implementar correctamente la DM sobre racismo y xenofobia.¹¹ El comité sueco ha presentado su informe unánime en abril de 2023, y como aclaración, propone la adopción de un delito específico.¹² Sin embargo, el proceso legislativo tomará algún tiempo ya que la constitución sueca también requiere ser enmendada.

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 se ubica 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 norma un peso especial.

II. UN VOCABULARIO RICO.

La negación del Holocausto cuenta con un vocabulario propio y abundante. Es un asunto tanto moral como jurídico, que puede abordarse desde el prisma de las denominadas leyes de memoria. Se vincula con el simbolismo, los derechos humanos y los valores, con la Constitución y la construcción de identidades, con el nacionalismo y los compromisos políticos, con el universalismo en la protección de los derechos humanos, así como con el reconocimiento colectivo —explícito— de la persecución y victimización sufridas por un grupo específico de personas bajo un régimen político determinado. Es, por tanto, un fenómeno versátil. Aunque las leyes de memoria se ocupen de hechos históricos, el interés por esa historia es, en realidad, de naturaleza política. La negación del Holocausto es un problema político práctico, pero al mismo tiempo trasciende lo estrictamente político. Es, en esencia, un asunto de historia política, aunque en un sentido muy particular: implica definir jurídicamente rasgos concretos de la historia nacional o europea. La promesa de «nunca más» que encierran las normas contra la negación del Holocausto refleja que la opción política de adoptar leyes de memoria busca sentar las bases para una política nueva, surgida tras un desastre político.

Por ello, al abordar este tipo de cuestiones, es imprescindible profundizar en la conciencia histórica y reconocer las sensibilidades asociadas a ella. También es necesario tener presente el contexto en el que se crean y utilizan las leyes de memoria. Este es, sin duda, un terreno de gran actualidad para el análisis de las relaciones entre el derecho

¹⁰ SOU 2019:27.

¹¹ En Alemania la notificación llevó a una enmienda del StGB § 130 sobre incitación al odio racial en 2022.

¹² SOU 2023:17.

y la política. Las leyes de memoria hablan de la propia entidad política que las promulga y las preserva, y constituyen indicadores reveladores de determinadas características de esas entidades. Estas leyes se emplean para manifestar y construir identidades colectivas, lo que explica su atractivo político. En Europa, el debate comenzó en torno al significado del Holocausto. Este fue un acontecimiento histórico único —o una cadena de acontecimientos— que, con razón, se ha convertido en un auténtico tabú. El mal absoluto que supuso la destrucción de un pueblo entero mediante una persecución planificada y organizada de forma industrial exigió el establecimiento de un régimen de derechos humanos destinado a impedir que algo semejante pudiera repetirse.

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.¹³ 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.

Si bien la relevancia del Holocausto marcó el rumbo de la Europa posterior a la Segunda Guerra Mundial, distintas regiones del continente han tenido sus propias experiencias, perspectivas, relaciones y memorias históricas, que influyen en la manera de abordar cuestiones como la criminalización de su negación o el encuadre jurídico de la negación de otros genocidios. Europa fue reconstruida sobre cenizas. El asesinato sistemático de judíos y otros grupos en el continente representó la quiebra ética total de la política nazi, y dejó una memoria dolorosa que nos acompañará para siempre. No se trató de una persecución realizada al margen de la legalidad, sino organizada mediante instrumentos legales. Volveremos más adelante sobre la cuestión del abuso del derecho: el ordenamiento nazi en su conjunto fue un abuso en sí mismo. De ahí que la dignidad humana y la igualdad de todos los seres humanos se convirtieran en los principios rectores del nuevo orden ético y jurídico surgido tras la guerra.

En la literatura especializada se alude al hecho de que el auge de la política de la memoria y la construcción de identidades a través de leyes de memoria están también vinculados a transformaciones en las sociedades contemporáneas. Entre los factores que han influido se encuentran la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos, el fin de la división de Europa en dos bloques ideológicos, el avance de la integración europea y el debilitamiento de visiones histórico-nacionalistas de corte conservador, entre otros. Todo ello creó el terreno propicio para que las leyes de memoria ganaran protagonismo. La cuestión de criminalizar la negación del Holocausto se convirtió así en un punto neurálgico del debate europeo. La reaparición de movimientos fascistas y neonazis en la Europa de los años setenta puso estos temas

¹³ Por ejemplo, Snyder (2011).

sobre la mesa. La vertiente nacionalista —centrada en el Estado— de las leyes de memoria responde, sin embargo, a un trasfondo diferente: se apoya, más bien, en una interpretación de la historia como auto-victimización, combinada con el propósito de restaurar el orgullo nacional.

III. CONFIGURANDO EL ESCENARIO.

La creación de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y, posteriormente, de la Unión Europea fue, en mayor o menor medida, una reacción a los horrores de la Segunda Guerra Mundial, así como al impulso de desarrollar mecanismos eficaces de protección de los derechos humanos. La República Federal de Alemania se constituyó dotándose de una Constitución que incluía las denominadas *Ewigkeitsklauseln* —cláusulas de eternidad—, disposiciones que no pueden ser modificadas ni siquiera con la mayoría más amplia en el Parlamento Federal. Algunos principios quedaron así blindados políticamente. Entre ellos, la dignidad humana, el derecho a la vida y a la integridad física, definidos como valores constitucionales esenciales.

El Juicio de Núremberg contra los dirigentes nazis se centró más en el delito de agresión, en los crímenes de guerra y en los crímenes contra la humanidad que en el Holocausto como tal. Los cargos se orientaron principalmente hacia la guerra de agresión, más que hacia la destrucción sistemática de la población judía. Posteriormente, Estados Unidos organizó doce juicios adicionales contra responsables de rango intermedio del régimen nazi, centrados específicamente en su papel en la persecución y exterminio. En este contexto, la idea de la responsabilidad penal individual en el derecho internacional dio un salto decisivo, y el concepto de *crímenes contra la humanidad* —enraizado en la noción de derechos humanos— fue incorporado, impulsado por la influencia teórica de Hersch Lauterpacht. Paralelamente, el crimen de genocidio, término acuñado por Raphael Lemkin, fue tomando forma, hasta que en 1948 se aprobó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Con el tiempo, el Holocausto se convirtió en un símbolo central de la maldad intrínseca del régimen nazi. Sin embargo, inmediatamente después de la guerra y de los Juicios de Núremberg, no ocupaba aún el lugar de referencia que tendría más tarde, ni siquiera en los países de Europa Central. Las percepciones sobre lo sucedido —y sobre qué debía considerarse relevante— variaban. No fue hasta la década de 1970 cuando la negación del Holocausto comenzó a adquirir verdadera relevancia social, en parte debido a la aparición de movimientos revisionistas y fascistas cada vez más ruidosos, que provocaron tensiones y escándalos en varios países de Europa Central.

Francia se convirtió en uno de los epicentros de la política de la memoria plasmada en leyes. La Ley Gayssot de 1990 penaliza el negacionismo del Holocausto, mientras que la llamada *ley armenia* de 2001 reconoce la masacre de armenios en 1915 en el Imperio Otomano como un genocidio. Algunas de estas leyes francesas de memoria incluyen sanciones penales; otras son meramente declarativas y se vinculan a normas complementarias.

Durante la era de De Gaulle, la narrativa oficial de la historia se enfocaba en una lectura nacional-conservadora, celebrando sobre todo la Resistencia frente a la ocupación nazi.

Sin embargo, a partir de la década de 1970 fue ganando fuerza una visión de izquierdas que rechazaba esta visión heroica y asumía una responsabilidad francesa en el Holocausto. Uno de los detonantes del debate fue el *affaire Faurisson*: en 1978, Robert Faurisson, profesor francés de literatura, publicó en *Le Monde* un artículo negando la existencia de cámaras de gas con fines de exterminio. El hecho desató un intenso debate sobre los límites de la libertad de expresión y acabó en los tribunales. La polémica llevó a la conclusión de que si quien formula tales afirmaciones no busca honestamente la verdad, dichas declaraciones pueden considerarse incitación al odio.

Como resultaba complejo probar ante un tribunal ordinario la falsedad de estas tesis negacionistas, surgió la idea de aprobar una ley específica sobre el asunto. El juicio contra Klaus Barbie y otros acontecimientos reforzaron la idea de criminalizar la negación del Holocausto, y con el tiempo se formó un consenso político en torno a ello, respaldado por la mayoría de los intelectuales. No obstante, después del año 2000, Francia también se convirtió en un foco de críticas intelectuales contra las leyes de memoria, incluida la Ley Gayssot.

Paralelamente, en las décadas de 1970 y 1980, en Alemania se intentó en varias ocasiones tipificar penalmente la negación del Holocausto. Estos intentos comenzaron bajo los gobiernos socialdemócratas de Brandt y Schmidt, y continuaron con el democristiano Helmut Kohl. Aunque no se consiguió aprobar un delito específico de negacionismo del Holocausto, sí se introdujo una figura penal más amplia que incluía la negación de otros genocidios cometidos por regímenes autoritarios. Este enfoque más general facilitó un mayor consenso político, al dejar claro que no se abordaba únicamente un mal particular. Además, abrió la puerta a futuros debates sobre otros crímenes de magnitud comparable

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).¹⁴

El *Historikerstreit* —la “disputa de los historiadores”— que tuvo lugar en Alemania entre 1986 y 1987 giró en torno a si había transcurrido el tiempo suficiente como para que el sentimiento de culpa histórica de Alemania se hubiera atenuado y el país pudiera volver a considerarse “una nación entre naciones”. Ernst Nolte, por ejemplo, sostenía que el Holocausto no había sido un acontecimiento único e irrepetible, y que podía interpretarse también como una reacción defensiva frente a la amenaza del comunismo. Sin embargo, para muchos el Holocausto constituía un tabú que no debía relativizarse ni reinterpretarse.

La demanda de tipificar un delito específico de negación del Holocausto se vio impulsada por una decisión judicial: en 1994, el Tribunal Federal de Justicia anuló una condena por incitación al odio contra el dirigente del partido neonazi Partido Nacionaldemócrata de Alemania (NPD). Ese mismo año, Alemania introdujo la criminalización expresa del

¹⁴ Koposov (2018) p. 80.

negacionismo del Holocausto. Incluso antes, tal conducta ya podía ser sancionada en virtud de otras figuras delictivas vigentes.

El Tribunal Constitucional Federal examinó la nueva disposición legal para determinar su compatibilidad con los derechos fundamentales, en especial con la libertad de expresión. Según Dieter Grimm, el alto tribunal avaló la criminalización únicamente por las circunstancias históricas y sociales específicas de Alemania. El elemento decisivo no fue la consideración del Holocausto como “el mal absoluto”, sino la necesidad de proteger los intereses y la dignidad de los judíos que aún residían en Alemania décadas después de los hechos. Grimm señala, además, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece aceptar un alcance de criminalización más amplio que el adoptado por el tribunal alemán.

En consecuencia, pasaron casi cincuenta años desde los acontecimientos del Holocausto hasta la tipificación expresa de su negación como delito. Esta cuestión acabaría abriéndose paso en la Acción Común aprobada por el Consejo de la Unión Europea en 1996. No obstante, en aquel momento, la Acción Común no constituía aún un instrumento jurídicamente vinculante, sino más bien la manifestación de una voluntad política compartida. Además, el término “Holocausto” no aparecía en su texto, que optó por abarcar un ámbito 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;¹⁵

La obligación jurídicamente vinculante de tipificar como delito la negación del Holocausto se deriva de la Decisión Marco de la Unión Europea de 2008¹⁶ relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, adoptada a iniciativa de Alemania. Las negociaciones para su aprobación se prolongaron durante siete años, aunque para entonces varios Estados miembros ya habían incorporado en sus ordenamientos nacionales leyes de la memoria en esta materia. Las discusiones se centraron, sobre todo, en si debía incluirse también el uso de símbolos nazis y si los crímenes cometidos por regímenes comunistas debían quedar igualmente abarcados. Finalmente, ambas propuestas fueron descartadas.¹⁷

Siguiendo el enfoque ya establecido en 1996, el ámbito de la criminalización se amplió más allá de la mera negación del Holocausto. La Decisión Marco se fundamentó en los valores constitutivos de la Unión Europea. Ya en el artículo 29 del Tratado de

¹⁵ 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.

¹⁶ Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA pp. 55-58.

¹⁷ Matuschek (2011) p. 239.

Ámsterdam (1997/1999) se mencionaba expresamente la lucha contra el racismo y la xenofobia como uno de los objetivos de la Unión. De igual modo, cabe remitirse al artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (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 creciente número de criminalizaciones nacionales en el campo.¹⁸ El Consejo de Europa ha redactado un Protocolo Adicional a su Convención sobre Ciberdelitos. Aborda la negación del Holocausto prácticamente de la misma manera que la Unión Europea.¹⁹

En 2022, la Asamblea General de la ONU emitió una resolución sobre la negación del Holocausto, siguiendo dos anteriores de 2005 y 2007.²⁰ La promoción de la criminalización de la negación del Holocausto no se ha convertido todavía en un proyecto plenamente global. Más allá del ámbito del Occidente liberal, el número de países que respaldan este tipo de disposiciones sigue siendo reducido.

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

La finalidad de las leyes de la memoria es reconocer los males del pasado y garantizar que su recuerdo permanezca presente en la sociedad y en la vida política contemporánea. Estas políticas y normas pueden vincularse con museos y con jornadas conmemorativas: establecen una verdad —a menudo incómoda en su origen— y son indicio de un cambio social. Con frecuencia se habla incluso de un *deber de recordar* (*devoir de mémoire*): el Holocausto no debe ser olvidado jamás.

Olvidar el Holocausto o negar su realidad se considera una conducta errónea. Y, en efecto, lo es, pues apartarse de estas verdades suele estar asociado a ambiciones políticas orientadas a repetir episodios semejantes. Tales actitudes pueden encarnar un resurgimiento de las ideologías que motivaron esos crímenes en el pasado. Por ello, existen tanto razones prácticas de actualidad como profundas razones teóricas y éticas para considerar la negación del Holocausto como una acción reprochable.

Las leyes de la memoria cuentan una historia de victimización. La memoria del Holocausto no solo remite a los crímenes atroces que este representa, sino también a la memoria de las víctimas del genocidio. Las leyes penales de la memoria son algo más que normas conmemorativas: tipifican como delito la negación, la minimización o la

¹⁸ Para una revisión del estado actual de los asuntos, ver el informe: Bąkowski (2022).

¹⁹ 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).

²⁰ <https://new-york-un.diplo.de/un-en/-/2507408>. Último acceso 11.9.2023.

trivialización de verdades históricas. Su ámbito de aplicación es, por tanto, más limitado que el de las leyes de la memoria en sentido amplio. Estas últimas, en general, no son tan excepcionales ni tan controvertidas como las leyes penales de la memoria, pues las memorias históricas de carácter conmemorativo suelen quedar fuera del alcance del derecho penal. Sin embargo, existe un vínculo entre la protección de tales memorias y la defensa de los derechos de un grupo determinado.

La criminalización de las actividades negacionistas está estrechamente relacionada con las disposiciones contra la incitación al odio, cuyo origen se encuentra en el derecho internacional. Estas disposiciones comenzaron a incorporarse a los códigos penales nacionales hace ya varias décadas, en cumplimiento de obligaciones internacionales como las derivadas de la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) de 1965, concretamente en su artículo 4.

La negación del Holocausto (o de un genocidio) es un fenómeno particular, pues implica un acto difamatorio no solo contra un grupo específico de personas, sino también un agravio a la memoria de las víctimas de una cadena de hechos históricos probados. La incitación al odio es un delito consolidado, y la negación del Holocausto comparte con ella numerosos elementos, aunque se configura como una tipificación todavía más simbólica. Puede entenderse como una extensión de la incitación al odio. Las leyes penales de la memoria que se centran en violaciones graves de derechos humanos constituyen una subcategoría de las disposiciones sobre incitación al odio, aunque no todas las leyes contra el discurso de odio tienen el carácter de leyes de la memoria. Existen, por ejemplo, leyes penales de la memoria de corte nacionalista y centradas en el Estado que no están vinculadas a la supresión de la incitación al odio.

Las leyes de la memoria son expresión de un recuerdo colectivo. Las memorias colectivas desempeñan un papel esencial en la construcción de identidades, y la selección de los elementos que se deciden recordar implica inevitablemente un componente político. El caso de la negación del Holocausto ejemplifica bien este fenómeno: en el plano académico, este ámbito se sitúa en el punto de encuentro entre el derecho, la historia política y los estudios políticos en general. Estas leyes son manifestaciones de una política de la memoria que eleva ciertos hechos históricos a la categoría de elementos fundacionales de la identidad colectiva. Se refieren no solo a las víctimas en sentido colectivo, sino también a la configuración de nuevas identidades políticas que se distancian de determinadas prácticas del pasado.

En la historia política, las cuestiones teóricas ligadas a estas normas están vinculadas a la selección de los males que se cargan de significado histórico y que, por ello, pueden ser objeto de operacionalización a través de las leyes de la memoria. Este es también un tema de actualidad debido al creciente interés por la memoria y la identidad en las últimas décadas. Con todo, es evidente que las leyes de la memoria pueden insertarse en contextos nacionalistas y formar parte de los mecanismos con que los Estados afrontan su pasado.

Desde la perspectiva de los estudios políticos, que hoy suelen mostrarse críticos con el uso de la historia para construir identidades, uno de los problemas reside en la utilización selectiva de las verdades históricas y en la simplificación que ello implica. El

Holocausto, por ejemplo, fue un fenómeno complejo: aunque sus principales responsables fueron los dirigentes nazis, contó con la colaboración de numerosos individuos, incluidos ciudadanos de los países ocupados.

En Francia, algunos historiadores han manifestado su oposición a la idea misma de las leyes de la memoria. En 2008 —el mismo año en que se adoptó la citada Decisión Marco de la UE contra el racismo y la xenofobia—, una asociación de historiadores publicó el manifiesto conocido como *Llamado de Blois (Appel de Blois)*, firmado por figuras de talla mundial como Eric Hobsbawm y Jacques Le Goff²¹.

No obstante, en los debates europeos han surgido también otros legados oscuros del pasado del continente que se consideran igualmente dignos de ser recordados y abordados. El colonialismo y el imperialismo europeos causaron un sufrimiento inmenso y todavía proyectan una larga sombra sobre el papel de Europa en la historia de la humanidad. La ampliación de la Unión Europea incorporó asimismo a su memoria común los crímenes perpetrados en nombre de regímenes comunistas y de otras dictaduras. Más recientemente, incluso el *Holodomor* —la hambruna artificial provocada en Ucrania— ha pasado a figurar entre esos episodios cuya memoria se considera esencial preservar²².

Durante el periodo comunista en la antigua Unión Soviética, los memoriales dedicados al Holocausto fueron interpretados en clave de antifascismo. Según la narrativa oficial, la Gran Guerra Patriótica había puesto fin a los crímenes fascistas. En la Rusia contemporánea, esta visión sigue siendo predominante: la victoria en la guerra pesa más que el reconocimiento de los crímenes contra la humanidad cometidos por el propio régimen de Stalin. La cultura de la victimización, por así decirlo, no desempeñó en este contexto el mismo papel que en Occidente. En la visión soviética, el pueblo fue considerado simultáneamente víctima y héroe de la contienda.²³ En los países de la Europa oriental comunista, las «leyes de la memoria» servían para perseguir a disidentes, penalizando expresiones que pudieran interpretarse como fascistas o como calumnias contra el Estado.²⁴ Tras la caída del comunismo, en algunos casos las leyes de la memoria pasaron a abarcar tanto la negación de los crímenes nazis como la de los crímenes comunistas. Polonia adoptó este enfoque en 1998: aunque la negación del Holocausto quedó incluida, lo fue únicamente de forma implícita. Este modelo polaco sería posteriormente replicado por Lituania, Hungría, Letonia y Ucrania.²⁵

Ucrania constituye un caso paradigmático para observar cómo opera la política de la memoria. En el contexto ucraniano, la memoria del Holodomor se erigió en un

²¹ 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.

²² Ver la discusión en Löytömäki (2014) Capítulo 2, esp. p. 34: 'En el presente podemos encontrar un exceso de memoria en Europa.'

²³ Koposov (2018) p. 137.

²⁴ Koposov (2018) pp. 148-152.

²⁵ Koposov (2018) p. 160.

símbolo capaz de unir a la población de manera más efectiva que la memoria de los crímenes nazis. La narrativa de la Gran Guerra Patriótica rusa no era políticamente viable, y dado que algunos héroes nacionales ucranianos habían colaborado con los nazis, también esta vía resultaba problemática. El Holodomor, en cambio, era un acontecimiento casi olvidado que podía reactivarse en la memoria colectiva. Además, su recuerdo encajaba en el marco de los crímenes del comunismo y ofrecía una atractiva distancia respecto a la política de la memoria rusa.²⁶ La situación ucraniana dio lugar a discrepancias en torno a la interpretación del pasado, lo que derivó en la presentación sucesiva de distintas propuestas legislativas. Una ley de 2015, por ejemplo, exigía conmemorar a todas las víctimas de la Segunda Guerra Mundial, estableciendo igualmente un Día de la Victoria sobre el nazismo.²⁷

El caso de Rusia es particular, pues la política y las leyes de la memoria ocupan un lugar destacado en la arquitectura de poder del presidente Putin. Tras el colapso del régimen comunista en 1991, se abrió un periodo de revisión crítica del legado soviético. Hacia finales de los años noventa, la política de la memoria empezó a cobrar mayor relevancia, y los modelos europeos influyeron en los debates. Con la llegada de Putin al poder, las «actividades extremistas» pasaron a tipificarse como delito administrativo²⁸. La política de la memoria se desarrolló en paralelo a las técnicas de la ingeniería política. En 2012 se produjo un nuevo giro conservador. La figura de Stalin fue progresivamente reinterpretada en clave heroica; sin embargo, dada la controversia que todavía suscitaba, se buscó un nuevo eje para articular la memoria colectiva. Ese lugar lo ocupó la Gran Guerra Patriótica, desplazando la victimización de la guerra de la población judía a la rusa. La contienda pasó a narrarse como una lucha contra el fascismo, una guerra trágica librada por el pueblo y el Estado rusos. Este es un ejemplo paradigmático del refinamiento tecnológico de la memoria: un relato que podía ser compartido por todos los rusos y, al mismo tiempo, otorgar legitimidad al liderazgo político.²⁹ La guerra contra Ucrania ha reducido aún más el núcleo de esta memoria: el objetivo primordial es preservar la gloria militar de Rusia..³⁰

Analizar los múltiples fines que persiguen las leyes (penales) de la memoria en Europa exige reflexionar sobre su encaje en nuestros sistemas de justicia penal. Para que los juristas podamos responder a la crítica de que los legisladores seleccionan de forma parcial símbolos y los instrumentalizan en la construcción de identidades, es preciso explicar las razones de su incorporación al derecho, incluso mediante la vía penal. En este sentido, pueden seguirse dos enfoques. El primero enfatiza los riesgos y peligros que entraña el resurgimiento de movimientos e ideologías con programas abiertamente discriminatorios y, a menudo, de corte iliberal y autoritario. El segundo es más complejo: se trataría de fundamentar las leyes de la memoria en un sustrato más amplio e incluso universal. En lugar de centrarse exclusivamente en la negación del Holocausto, podría hablarse de la negación de graves violaciones de derechos humanos

²⁶ Koposov (2018) pp. 181-187.

²⁷ Koposov (2018) p. 202. Ver también Zhurzhenko (2022) pp. 97-130.

²⁸ Koposov (2018) p. 237.

²⁹ Koposov (2018) pp. 243-253.

³⁰ 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.'

o de crímenes internacionales de especial gravedad. Este planteamiento se acerca a la posición de la Unión Europea, que aboga por la igualdad de todos los seres humanos y la protección de los derechos fundamentales. Se trata de un enfoque sustentado en la función expresiva del derecho, más que en consideraciones utilitaristas de corte consecuencialista..³¹

Dado que el derecho penal debería emplearse únicamente para proteger derechos e intereses, surge la pregunta: ¿Cuál es el interés en este caso? Una memoria en sí misma no puede entenderse con facilidad como un interés protegido, a menos que cierta memoria sea considerada parte de nuestra autodefinición como individuos, como sociedades, como países o como naciones. Un uso del derecho penal con este propósito resulta, sin embargo, cuestionable, pues la criminalización no se limita a hechos naturales o institucionales, sino que aborda fenómenos políticos. En un orden político en el que los derechos y libertades individuales son valores fundamentales, esta perspectiva de derecho público que utiliza el derecho penal para construir identidad resulta sospechosa.

También podríamos examinar el fenómeno de la negación del Holocausto como delito desde otra perspectiva. Quizá pueda considerarse que este tipo de criminalización expresa valores subyacentes más profundos, tales como la humanidad y la dignidad humana³². En ese sentido, la criminalización de la negación del Holocausto y de la negación de las violaciones más graves de los derechos humanos en general sería el punto central de referencia en el sistema del derecho penal en su conjunto. No solo es el genocidio el crimen de los crímenes, sino que también, en términos de valores, representa una antítesis: una violación de una concentración de valores que fundamentan un orden legal basado en los derechos humanos y la antidiscriminación. La negación del Holocausto, así como los símbolos nazis, condensan un contenido que simplemente debe ser excluido. En el contexto europeo de los derechos humanos, la doctrina del abuso de derechos toma aquí protagonismo. Los ‘programas’ que estos símbolos representan amenazan el orden legal y político liberal. Por tanto, deberán ser excluidos como cuestión de principio.

Es este vínculo con los valores más profundos lo que conecta un mal concreto y específico con valores universales. Esto, a su vez, también debería relacionarse con el aspecto temporal. La culpa pública por delitos concretos y atroces puede disminuir con el tiempo. A menudo no existe prescripción para casos de asesinato, pero aun así no enfatizaríamos la necesidad de recordar todos los asesinatos. Los males individuales tienen una escala diferente a los males colectivos. Las sociedades no pueden sólo mirar hacia atrás; tendrán que avanzar. El asunto con el genocidio es distinto. Debido a su significancia y a sus conexiones con valores constitucionales centrales, se podría sostener 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 socavar la memoria.

³¹ Ver Sunstein (2021) p. 2045.

³² 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).

Más adelante volveré al tema de las banderas nazis y a cómo su uso debería o podría ser criminalizado hoy. Notablemente, una bandera nazi no es solo un símbolo genérico, sino un símbolo particular de un régimen político muy específico. Ondeando una bandera nazi en público se envían mensajes a transeúntes y viandantes. Despierta memorias, connotaciones y sensibilidades. Fue el emblema del régimen que causó los horrores del Holocausto y otras atrocidades. Necesitaríamos aplicar un escrutinio semiótico. Hoy en día, una bandera nazi equivale al mal a nivel semiótico. Es el epítome de la afirmación de la supremacía de la raza aria y la eliminación del judaísmo. También debemos ser conscientes de que la ideología nazi fue propagada fuertemente por herramientas modernas de medios masivos. Los símbolos nazis fueron herramientas incrementales para la propaganda nazi. Esto subraya aún más el valor simbólico de estos símbolos y los convierte en una incitación al odio. Es imposible refutar la presunción de que estos símbolos estaban vinculados al odio dirigido hacia minorías.

El valor semiótico anula los objetivos individuales, cualesquiera que sean, y los propósitos del portador de la bandera. De hecho, es difícil imaginar otro propósito para el uso de la bandera que la promoción de la ideología nazi, si la persona está en pleno uso de sus facultades. 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 la prohibición del uso de banderas nazis, al menos en público.

Hay algo profundamente contradictorio en intentar siquiera justificar el uso de una bandera nazi. La contradicción radica en que una bandera nazi representa una negación total de los derechos de grupos de personas. Representa el derecho nazi y su concepción sobre las minorías y los derechos. No es coincidencia que las banderas nazis entren en el ámbito del abuso de derechos, el abuso del derecho. No se puede reclamar un derecho a usar símbolos nazis, pues tal uso queda fuera de cualquier idea legítima de ejercicio de un derecho. Así, prohibir el uso de símbolos nazis no restringe realmente ningún derecho, ya que ese derecho no puede existir³³. Esta es una constelación excepcional en el campo del derecho penal, donde usualmente se podría decir que las prohibiciones penales limitan precisamente el ejercicio de derechos. Así, no sería sorprendente considerar que el uso de símbolos nazis constituya una incitación al odio, tal 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 dio nombre a un régimen específico. La persecución del pueblo judío y de otros grupos no fue una característica aleatoria o separada 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 esa 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 académicos legales, tendríamos que esforzarnos en profundizar en esto para entender

³³ Wagrandl (2019) nombra esto una autocontradicción performativa.

la profundidad de la bancarrota intelectual que supuso. Fue algo muy diferente al pensamiento positivista legal que comienza con la letra de la ley³⁴.

Indudablemente, el Holocausto se convirtió en un momento definitorio en la historia europea del siglo XX. 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 también un vínculo con un constitucionalismo europeo en desarrollo.³⁵ El universalismo en Europa, sin embargo, no equivale a ser universal a nivel global.

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. Estas leyes restringen la libertad de expresión, y entender cómo esto puede suceder es parte de la cuestión. Estados Unidos es conocido 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 europeo de los derechos humanos, que es parcialmente un producto del desarrollo legal y político posterior a la Segunda Guerra Mundial, ha sido un prerrequisito para que surjan las leyes penales de la memoria.³⁶

Las leyes penales de la memoria comparten una naturaleza fuertemente simbólica. Preservan memorias para asegurar que estos hechos no sean negados ni olvidados. Winfried Hassemer, entre otros, ha señalado riesgos en enfatizar demasiado la naturaleza simbólica de la criminalización. Cuanto 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.

V. 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 carácter hipotético más que verdades establecidas. Creo que tiene sentido comenzar una discusión de estas cuestiones en el derecho, especialmente en el derecho penal, y creo que aquí podríamos obtener nuevos conocimientos sobre el papel de la historia y la política en nuestra academia de derecho penal.

³⁴ Jouanjan (2017). Cf. también Fraenkl (2017).

³⁵ Cf. algunas de las observaciones en Nuotio (2011) pp. 311-337.

³⁶ Ver, por ejemplo, la discusión en Knechtle (2008) pp. 41-66.

Finlandia ratificó la Convención sobre Genocidio en 1970 y enmendó su Código Penal en consecuencia. A principios de los años 70, se añadió una disposición sobre incitación al odio. En el Proyecto de Ley del Gobierno se estableció que la criminalización se basa en las obligaciones internacionales de Finlandia y que era improbable que alguna vez se aplicara. Sin embargo, desde 1990 ha surgido jurisprudencia sobre incitación al odio. El Código Penal finlandés no incluye criminalización específica sobre símbolos nazis o la negación del Holocausto, pero existe un entendimiento común entre expertos de que la disposición sobre incitación al odio se aplica a actos de este tipo³⁷.

El estado actual de estos asuntos fue discutido en el Proyecto de Ley del Gobierno finlandés (2010), que trató, entre otros temas, la implementación nacional de la Decisión Marco (DM) sobre racismo y xenofobia. En el Proyecto se explicó que las leyes sobre la negación del Holocausto eran típicas de países que habían sido ocupados por Alemania durante la guerra, mientras que los países nórdicos no habían transitado ese camino. También se destacó que los países nórdicos eran fuertes defensores de la libertad de expresión. Se hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como en *Lehideux e Isorni v Francia*, donde una acción negacionista fue considerada no protegida por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), relativo a la libertad de expresión.³⁸ Como resultado, Finlandia debería aplicar la disposición sobre incitación al odio racial del Código Penal en casos donde se pueda probar un motivo racista e incitador. Sin embargo, uno debería poder discutir los eventos del Holocausto en relatos periodísticos y escritos académicos, ya que esto puede arrojar luz sobre dichos eventos. También se estableció que las afirmaciones negacionistas simples caen bajo la categoría de incitación al odio. En ese momento, esto fue confirmado por un fallo de un tribunal de apelación, en un caso en el que un escrito negacionista en medios llevó a una condena.³⁹ Finlandia ratificó el Protocolo Adicional de la Convención sobre Ciberdelitos, pero ha mantenido reservas respecto a la protección de la libertad de expresión. Lo mismo se aplica a los otros cuatro países nórdicos.

Las formulaciones anteriores hablan de un enfoque calmado y con principios. Las afirmaciones negacionistas ya son consideradas acciones criminales, pero algunos detalles de la negación del Holocausto aún pueden estar abiertos a debate. Por un lado, podría decirse que el enfoque finlandés no debería ser categorizado como uno de leyes penales de la memoria, ya que la memoria del Holocausto no ha sido elevada a un tabú fuera de lo cuestionable en ciencia y periodismo. Por otro lado, la razón práctica para criminalizarlo surge de la clara conexión con la política contemporánea: la promoción de una ideología neonazi. Así, de hecho, esto no es tan diferente de otras expresiones que están cubiertas por esa legislación. En la muy limitada jurisprudencia, el

³⁷ Ver, generalmente, Nuotio (2021).

³⁸ *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.

³⁹ 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).

negacionismo ha sido vinculado con la ideología nazi y el racismo de diversas maneras. Presumiblemente, este será a menudo el caso: el negacionismo estará incrustado en un contexto que por sí mismo constituya los elementos necesarios para describir el delito.

Tales ideologías han ganado cierto respaldo de una pequeña minoría, aunque marginal. En los años 70 en Finlandia, algunas pequeñas asociaciones con carácter (neo) nazi fueron ordenadas a disolverse por un tribunal, basándose en las normas que prohíben asociaciones que operan ilegalmente y violan las buenas costumbres. Recientemente esto volvió a ser tema de actualidad. En su decisión (2020:68), la Corte Suprema de Finlandia (CSF) ordenó la prohibición de la asociación Frente de Resistencia Nórdico, que promovía 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 trivialización del Holocausto, y la aceptación de acciones violentas para ese propósito, justificaban prohibir la asociación. Varios aspectos del programa de la asociación equivalían a incitación al odio según la definición del derecho penal. La asociación no estaba protegida por la libertad de asociación ni por la libertad de expresión, ya que la CSF consideró que sus actividades indicaban un abuso de tales derechos y libertades. El abuso de derechos es un principio bien establecido y una doctrina proporcionada, por ejemplo, en el artículo 17 del CEDH. La Constitución finlandesa permanece silente respecto a este principio.

En agosto de 2021, el Tribunal de Distrito de Helsinki emitió un fallo en un caso en que el fiscal presentó cargos contra miembros del mencionado Movimiento de Resistencia Nórdico por cuentas de incitación al odio.⁴⁰ El fiscal afirmó que la bandera nazi era una expresión de la ideología nacional-socialista que conllevaba connotaciones de persecución del pueblo judío, la negación o trivialización del Holocausto, así como creencias racistas. Las banderas habían sido usadas durante una marcha en el Día de la Independencia finlandés y podrían considerarse como una declaración fuerte y clara contra la comunidad judía, pero también más generalmente contra la inmigración y los inmigrantes.

Sorprendentemente, el Tribunal consideró que la acción no era criminal. Según el Tribunal, el caso se parecía al caso *Faber v. Hungría*, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reflexionó sobre el uso de una antigua bandera húngara que había sido símbolo del régimen nazi de corta duración en Hungría. En ese caso, el acto consistió solo en el uso de la bandera, sin que se hubiera establecido otra amenaza verbal de violencia o equivalente. El TEDH permite un margen de apreciación para considerar las circunstancias nacionales. El Tribunal de Distrito de Helsinki sostuvo que Finlandia y la Alemania nazi fueron aliados durante la guerra, y que los nazis no dirigieron sus crímenes contra Finlandia o nacionales finlandeses. Los pocos ciudadanos judíos deportados desde Finlandia estuvieron bajo jurisdicción finlandesa y las decisiones fueron 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 que los acusados habían difundido mensajes opuestos. Sin embargo, también consideró que, sin una interpretación extensa de las acciones y expresiones de los acusados, la disposición del Código Penal

⁴⁰ Tribunal de Distrito de Helsinki, fallo 30.8.2021, R 20/1163.

finlandés sobre incitación al odio no podía aplicarse. Una apelación está pendiente en el Tribunal de Apelación de Helsinki.

El razonamiento del Tribunal de Distrito ofrece no solo un enfoque estrecho y legalista para interpretar la norma penal, sino también un enfoque relativista respecto a la ideología nazi. Este relativismo no afecta a la ideología nazi ni a los hechos del Holocausto en sí, sino que se basa en la relación particular de Finlandia y su pueblo con esos contenidos, creando una distancia temporal, geográfica y política. En pocas palabras, Finlandia y su pueblo no estuvieron entre las víctimas del régimen nazi. Finlandia fue aliada de Alemania nazi en la guerra contra la Unión Soviética. El tiempo ha pasado.

Cabe destacar que Finlandia siguió un camino propio antes y después de la Segunda Guerra Mundial. Aunque durante la Guerra de Continuación Finlandia fue aliada militar de Alemania, no entregó a sus ciudadanos judíos a los nazis. Sin embargo, un pequeño grupo de refugiados judíos y prisioneros de guerra sí fueron extraditados a Alemania y posteriormente ejecutados..⁴¹ Finlandia mantuvo su independencia durante la guerra y, después, fue desarrollando una identidad como país neutral, intentando mantenerse al margen de las luchas políticas entre las grandes potencias y sus alianzas. Finlandia colaboró con Occidente, pero no se unió al Consejo de Europa hasta después de la caída del Telón de Acero, y entró en la Unión Europea en 1995. Aunque Finlandia vivió guerras duras, nunca fue ocupada ni tuvo un régimen nazi como otros países europeos.

El relativismo mostrado por el Tribunal de Distrito de Helsinki puede entenderse desde esta perspectiva. Para Finlandia, la ideología nazi y el Holocausto son fenómenos lejanos, y su alianza con la Alemania nazi fue estratégica, no ideológica. Comparado con la historia política de Europa continental, el impacto de los movimientos nazis en Finlandia ha sido limitado. Solo el Movimiento de Resistencia Nórdico, que cobró notoriedad tras la ola de refugiados de 2015-2016, puede considerarse portador visible de esa ideología, y como se explicó anteriormente, esta organización y sus símbolos fueron prohibidos efectivamente. Esta decisión plantea la pregunta de si ese relativismo encaja con una comprensión europea profunda del Holocausto.

Finlandia, al igual que los demás países nórdicos, no cuenta con leyes de memoria como las mencionadas antes. Sin embargo, hay que tener presente que, tras la Segunda Guerra Mundial, Finlandia firmó los Tratados de Paz de París en 1947, que incluían, en su artículo 8, el compromiso de disolver todas las asociaciones políticas y militares fascistas, y de no permitir que existieran ni operaran organizaciones que pretendieran negar a las personas sus derechos democráticos. Aunque este acuerdo puede estar algo desactualizado en otros aspectos, sigue ofreciendo un respaldo adicional a la idea de que Finlandia debe proteger su democracia frente a movimientos iliberales, especialmente los de corte fascista. Por tanto, la criminalización y prohibición de ciertos actos no solo responden a obligaciones internacionales, sino que tienen una conexión directa con las condiciones de paz posteriores a la guerra.

⁴¹ Ylikangas (2004) p. 34.

Las circunstancias políticas en Finlandia son, en cualquier caso, algo diferentes a las de Europa continental. Las primeras dos décadas de independencia fueron tiempos de fuertes divisiones políticas, e incluso existió un movimiento fascista, el IKL (Movimiento Nacional Patriótico), que puso en jaque el débil estado de derecho de una nación joven. Sin embargo, la Constitución y el orden legal resistieron esas pruebas, y las instituciones legales y políticas lograron conducir al país lejos de esas turbulencias. Después de la Segunda Guerra Mundial, los viejos lazos culturales con Alemania se debilitaron 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 parte de la construcción de identidad europea, ya que Finlandia y su población se identifican fuertemente con Europa en este sentido, algo que se refleja también en su posicionamiento político tras la caída del Telón de Acero. El sistema europeo de derechos humanos sirvió incluso como modelo para redactar la nueva declaración de derechos de la Constitución finlandesa en 1995. En términos de identidad constitucional, la Constitución finlandesa es, sin duda, muy europea y coherente con las tradiciones constitucionales del continente. Así, el enfoque finlandés encajaría bien con una interpretación universalista de la negación del Holocausto como negación de una grave violación de derechos humanos, que a su vez constituye un 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 ciudadanía deben protegerse frente a intentos de introducir leyes o prácticas discriminatorias que socaven esos cimientos.

Desde la óptica del derecho penal, el problema es que las leyes de memoria, que apuntan a una construcción abstracta de identidad y al reconocimiento de una victimización colectiva, parecen escapar a los principios usuales de la criminalización⁴². Es más sencillo introducir disposiciones constitucionales, que tienen un carácter simbólico, que hacerlo en el ámbito penal. Además, las normas penales deben aplicarse realmente y no quedarse en letra muerta cuando casos relevantes llegan a los tribunales.

En el derecho penal finlandés, el delito de incitación al odio está incluido en el Capítulo 11, que trata sobre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lo que da a esta disposición un estatus particular. Es un delito grave aunque consista únicamente en expresión, en sentido amplio. En el Código Penal finlandés existe también el Capítulo 17, dedicado a crímenes contra el orden público, donde aunque las criminalizaciones actuales son limitadas, hay figuras relacionadas. Por ejemplo, el delito de quebrantar la paz de una tumba es una especie de ley de memoria, aunque no se piense en ella así. Este delito cubre, por ejemplo, la profanación de tumbas o monumentos memoriales. Para repensar el papel del derecho penal en este ámbito, sería necesario examinar también la comprensión de los delitos contra el orden público. Podríamos decir que disposiciones como la relativa a quebrantar la paz de una tumba muestran que ya existe criminalización para proteger valores simbólicos que no pueden reducirse fácilmente a intereses individuales.

⁴² Melander (2017).

Los países nórdicos tienen una larga tradición de proteger la libertad de expresión, lo que puede explicar por qué las leyes de memoria no han tenido tanta aceptación. Sin embargo, también han sido pragmáticos y han aceptado penalizar la incitación al odio de forma amplia. En Suecia, los tribunales cuentan con una amplia jurisprudencia para castigar el uso de símbolos nazis como incitación al odio. En Noruega, el Código Penal ha sido enmendado para incluir el uso de símbolos, aunque no automáticamente el de símbolos nazis, pues deben cumplirse otros requisitos legales para que se pueda sancionar. En Finlandia esta cuestión aún no está clara, sobre todo tras el fallo del Tribunal de Distrito de Helsinki que mencionamos antes.

Interpretaría la situación actual como que, mediante la criminalización de la incitación al odio, los países nórdicos han cumplido con las obligaciones del derecho internacional. Su fuerte tradición en derechos humanos y su compromiso con los valores de la integración europea de posguerra lo han facilitado. Dinamarca y Noruega incluso vivieron bajo la ocupación alemana, mientras que Suecia y Finlandia no. En el enfoque nórdico, la razón para prohibir los símbolos nazis está vinculada a la protección de la democracia, los derechos humanos y la lucha contra la discriminación en general. El foco está en las protecciones y limitaciones legales actuales, más que en el reconocimiento histórico. Podríamos decir que los países nórdicos no han sufrido una crisis de identidad tan profunda como Alemania o Francia, y nunca han cuestionado su identidad con tanta intensidad. Alemania y Francia, y otros países, tienen una relación mucho más traumática con su pasado, y la negación del Holocausto dispara ese trauma. La negación del Holocausto es una cuestión compleja, con un fuerte componente de ley de memoria, lo que la hace especialmente difícil.

Tras las elecciones parlamentarias finlandesas de 2023 y un intenso debate sobre racismo, el nuevo gobierno ha anunciado un conjunto de nuevas iniciativas políticas y legislativas para abordar estas cuestiones. Entre ellas, figura la criminalización de la negación del Holocausto, siguiendo probablemente el modelo sueco. También se propone la creación de un día de conmemoración para las víctimas de la persecución y se comprometen a estudiar la posibilidad de criminalizar el uso de símbolos nazis y comunistas cuando se utilicen para promover dichas ideologías.⁴³

VI. EL DESAFÍO DE PASAR LA PRUEBA DE CONSTITUCIONALIDAD.

Aunque las leyes penales de memoria que sancionan la negación del Holocausto reflejan los valores de las tradiciones constitucionales y de los derechos humanos, pueden presentar dificultades para encajar dentro de ese sistema. De nuevo, el problema radica en la compatibilidad con la libertad de expresión.

El Comité de Derecho Constitucional del Parlamento finlandés ha establecido una serie de criterios que las nuevas criminalizaciones deberían cumplir para considerarse limitaciones legítimas a los derechos individuales. El Comité ha señalado que una criminalización meramente simbólica no superaría esa prueba⁴⁴. Los principios de criminalización se aplican cuando se modifican las leyes nacionales, pero parece que

⁴³ Valtioneuvoston tiedonanto (2023).

⁴⁴ Por ejemplo, Comité de Derecho Constitucional del Parlamento finlandés, Opinión 29/2001.

cuando la enmienda se basa en una obligación internacional, esa prueba no siempre se aplica de forma estricta. La teoría sobre lo que se considera simbólico y lo que no lo es aún está poco desarrollada en la práctica finlandesa de revisión constitucional.

Respecto a la criminalización de la negación del Holocausto, la Decisión Marco de la Unión Europea exige a los Estados miembros que incorporen esta medida, salvo que ya esté contemplada en su legislación. En este sentido, los temas relacionados con la construcción de identidad y las leyes de memoria han sido abordados a nivel europeo. Como se ha señalado, esta Decisión Marco fue un paso más allá del mandato original y algo vago que tenía entonces la UE. Sin embargo, no ha sido fácil adaptar esta norma a la era posterior al Tratado de Lisboa, ya que sería necesario modificar primero la lista de los denominados euro-delitos.

También es importante tener en cuenta que las leyes de memoria pueden usarse para distintos fines. No solo sirven para respaldar identidades y valores europeos o universales, sino que también pueden ser aprovechadas con fines nacionalistas más restrictivos. Hay una gran diferencia entre promulgar leyes penales de memoria para proteger violaciones graves de los derechos humanos, o hacerlo para defender la glorificación de un Estado, como está ocurriendo en Turquía o Rusia.

En el ámbito del derecho constitucional también surge la cuestión de la universalidad y el paso del tiempo. ¿Hasta qué punto debe considerarse el contexto en que se producen los actos negacionistas? ¿Debe protegerse la memoria para siempre, o es necesaria una cierta dosis de relativismo?

En los últimos años, han aparecido indicios de que el delito de negación del genocidio podría plantear problemas desde el punto de vista de la protección de la libertad de expresión. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español emitió en noviembre de 2007 una sentencia (nº 235/2007; BOE-T-2007-21161) en la que declaró inconstitucional el delito de negación de genocidio recogido en el artículo 607, apartado 2, del Código Penal español. El Tribunal consideró que España no es una democracia militante y que la Constitución española no reconoce la doctrina del abuso de derechos. Por tanto, no se prohíbe expresamente la expresión contraria a la esencia constitucional a menos que pueda dañar efectivamente derechos constitucionales. De manera similar, el Consejo Constitucional francés declaró inconstitucional una norma que criminalizaba la negación del genocidio, argumentando, entre otras cosas, que “una disposición legislativa con el propósito de ‘reconocer’ un crimen de genocidio no puede en sí misma tener el alcance normativo que se atribuye a la ley”.⁴⁵ 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.⁴⁶

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene un peso particular en estas cuestiones. De particular relevancia es el caso de *Perincek v. Suiza*.⁴⁷ Un político y líder de partido turco hizo en Suiza declaraciones en las que abordó repetidamente y

⁴⁵ Decisión del 28 de febrero de 2012, El Consejo Constitucional francés.

⁴⁶ Decisión del 8 de enero de 2016, El Consejo Constitucional francés.

⁴⁷ Caso de *Perinçek v. Suiza*.

de forma muy vehemente el tema del genocidio armenio. Afirmó que el genocidio armenio era una mentira y explicó las raíces históricas y políticas de esa supuesta falsedad. Los tribunales suizos le declararon culpable de negación del genocidio. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró que los tribunales suizos no habían protegido adecuadamente la libertad de expresión del señor Perinçek.

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 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.⁴⁸

El TEDH destacó que una condena penal supone una intervención grave por parte del Estado y que es necesario encontrar un equilibrio adecuado entre la libertad de expresión y los derechos de las personas protegidas.

Aunque el debate sobre la criminalización de la negación del Holocausto y de genocidios en general aún no se ha cerrado, podemos observar que el derecho de los derechos humanos, que fue una de las bases para el desarrollo de las leyes de memoria sobre genocidio, también impone límites a la expansión de estas leyes penales. Además, según la jurisprudencia, la negación del Holocausto ocupa una posición especial entre los genocidios. En lo que respecta a la negación del Holocausto, este tipo de expresiones, por definición, pueden interpretarse como racistas y socialmente intolerables, hasta el punto de poder considerarse un abuso de derechos. En Europa, la memoria del Holocausto tiene un estatus en el que el contexto de las expresiones importa menos, mientras que la negación de otros genocidios suele ser tratada de forma diferente por los tribunales europeos y nacionales.

Curiosamente, el caso Perinçek contra Suiza, junto con otras sentencias, podría verse como un toque de relativismo en un ámbito que se suponía se basaba en el universalismo de la protección de la dignidad humana. El TEDH señaló, por ejemplo, que los acontecimientos de 1915 están más alejados en el tiempo que los del Holocausto⁴⁹. También se mencionó la distancia geográfica de Suiza con respecto a esos eventos. Los jueces discrepantes alertaron sobre los riesgos de este razonamiento relativista y se preguntaron si con el paso del tiempo se debilitaría también la memoria del Holocausto,

⁴⁸ Ibid., párra 280.

⁴⁹ Ibid., párras 249-250.

de modo que la criminalización de su negación ya no superaría el examen desde la perspectiva de los derechos humanos.

Mientras las legislaturas europeas han ido retrasando la aprobación de leyes de memoria sobre el genocidio armenio, Turquía ha respondido criminalizando expresiones sobre este genocidio, considerándolas insultos a la nación y al gobierno turcos. Desde 2008, la denigración pública de la nación turca, del Estado turco y de sus órganos políticos y judiciales puede ser castigada con pena de prisión.

Desde el principio, las leyes de memoria han estado rodeadas de tensión y conflicto. Las interpretaciones nacionalistas de hechos históricos han prevalecido, como sucedió en Polonia en 2018, cuando se aprobó una ley que prohibía afirmar que ciudadanos polacos habían participado en el Holocausto en territorio polaco. Esta criminalización fue rápidamente derogada ante las críticas internacionales y nacionales, ya que la participación polaca era un hecho comprobado.⁵⁰

Volviendo a Finlandia o Suecia, conviene destacar que la principal disposición penal sobre incitación al odio está redactada de forma ambigua y no incluye cláusulas que exijan la existencia de una amenaza al orden público, ni un peligro abstracto o concreto. En 1993, el gobierno finlandés propuso añadir un requisito de peligro abstracto para mejorar la precisión y calidad de la norma, pero el Comité Jurídico del Parlamento consideró que no era necesario, señalando que la aplicación de la ley no había presentado problemas en los tribunales. La enmienda hubiera reducido el ámbito de aplicación de la norma penal.⁵¹

VII. NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO, UN ASUNTO PARA EUROPA.

El ejemplo de la negación del Holocausto como ley penal de la memoria presenta características interesantes si lo analizamos desde la perspectiva actual. Hemos visto una proliferación de leyes de la memoria, incluyendo leyes penales de este tipo, primero en el ámbito nacional de algunas jurisdicciones continentales importantes. La criminalización de la negación del Holocausto encajaba bien con los valores fundacionales tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea, lo que permitió que estos asuntos se abordaran a nivel europeo, integrándose finalmente en el derecho penal europeo. Los ejemplos recientes de Suecia y Alemania muestran cómo la legislación europea influye en los ordenamientos jurídicos nacionales.

El tema de la negación del Holocausto ha mostrado ciertas particularidades que le han permitido avanzar normativamente, aunque se base en un uso simbólico del derecho penal, algo poco común en este ámbito. Si no quisiéramos identificar el negacionismo como incitación al odio, podríamos plantear introducir una norma al respecto dentro del contexto de crímenes contra el orden público. Esto, quizás, llevaría ese concepto al

⁵⁰ Sobre el abuso de las leyes penales de la memoria en Polonia, ver Grabowski (2022) pp. 75-95

⁵¹ El Proyecto de Ley del Gobierno finlandés HE 94/1993 vp; El Comité de Derecho finlandés, Opinión 22/1994 vp.

límite, dado que en Finlandia esa idea no se ha relacionado especialmente con una moralidad social, sino más bien con el orden social y la seguridad en términos concretos.

Todo esto pone de manifiesto el poder de las leyes de la memoria, de ese deber legalmente consagrado de recordar. Se ha convertido en una fuente de identidad europea y de cohesión política regional. Tal vez por eso ya no tiene sentido argumentar que la distancia histórica de un país respecto al Holocausto disminuye su deber de memoria. Ser europeo implica comprometerse con esos mismos valores, en este caso encontrar o construir un consenso sobre una ley penal de la memoria relativa a la negación del Holocausto.

La negación del Holocausto, al convertirse en un asunto europeo, es también relevante para el desarrollo del constitucionalismo europeo, ya que resuena con los valores fundacionales de Europa. El camino hasta el estado actual de las cosas ha sido complejo, y el derecho europeo de los derechos humanos junto con las tradiciones nacionales de protección de la libertad de expresión han ido moldeando esta construcción legal particular. Ha sido una auténtica prueba para el derecho penal europeo. Nosotros, como académicos, legisladores, jueces y operadores jurídicos, todavía estamos en pleno proceso formativo y no es posible predecir con exactitud cómo evolucionará. Los tribunales constitucionales ya han intervenido y seguirán influyendo en la adecuación de estas leyes penales de la memoria a los marcos constitucionales nacionales. Todavía no hemos visto una gran intervención del Tribunal de Justicia de la UE, lo que podría ocurrir de dos maneras: a través de procedimientos por incumplimiento iniciados contra los Estados miembros o mediante el mecanismo habitual de preguntas prejudiciales.

Parece que el debate crítico sobre la historia política, que ha cuestionado el valor de legislar sobre la memoria, no ha conseguido frenar las decisiones y acciones legislativas previas. Por tanto, los próximos pasos se darán en los ámbitos jurídico y político. Diversas entidades políticas se definirán a sí mismas a través de estas controversias. Para Europa, el legado crucial de las leyes de la memoria es el compromiso con principios como la dignidad humana y la igualdad ante la ley.

La maquinaria político-legislativa ha trabajado para crear estas leyes europeas de la memoria. Quizás es precisamente ese vínculo estrecho con el constitucionalismo europeo lo que ha hecho que esta historia común sea demasiado importante como para dejarla solo en manos de la memoria histórica espontánea: las leyes de la memoria han sido diseñadas para demostrar un compromiso con valores europeos compartidos. Si este camino se mantiene en el futuro y si los tribunales constitucionales lo permiten, la regulación de la negación del Holocausto alcanzará su objetivo: manifestar una base de valores universales europeos para la protección de la dignidad humana mediante un compromiso común para combatir la negación del Holocausto a través del derecho penal. Los principios constitucionales subyacentes son lo verdaderamente importante, incluso más que la jurisprudencia superficial. Pero es crucial que ésta confirme esos fundamentos sólidos, como se explicó anteriormente.

El uso indebido de las leyes de la memoria con fines nacionalistas revela que estos instrumentos pueden desviarse de su objetivo primordial, que es proteger los derechos humanos. Creo que estos abusos deberían hacernos reflexionar críticamente sobre el

uso del derecho penal para fines simbólicos y de construcción identitaria. El derecho penal de la memoria es como un fuego: un uso controlado puede ser beneficioso, pero si se descontrola, puede destruir todo el edificio. Incluso en Europa ya contamos con ejemplos problemáticos, como se mencionó más arriba.

En la teoría del derecho penal nórdico, la llamada prevención general positiva suele considerarse el objetivo del castigo, siguiendo el trabajo de muchos académicos, entre ellos el reconocido Johannes Andenæs.⁵² Encaja bastante bien con el objetivo de transmitir valores jurídicos fundamentales a través del derecho penal. La penalización efectiva de la negación del Holocausto es un recordatorio para todos nosotros de los principios básicos del sistema legal, especialmente el de la dignidad humana. Es la gravedad particular de este tipo de conducta ilícita lo que legitima el uso del derecho penal simbólico con este fin.

El pragmatismo nórdico también puede resultar un enfoque útil.⁵³ Siguiendo el enfoque finlandés, podríamos considerar que criminalizar la negación del Holocausto, ya sea de forma independiente o incluyéndola dentro del delito de incitación al odio, son ambas soluciones posibles al dilema. Aunque Finlandia no estuvo directamente implicada en los horrores del Holocausto, tiene todo el sentido que reconozca la gravedad y la importancia de esas atrocidades, y se comprometa a reconocer su estatus especial. También resulta lógico entender que la criminalización de la negación del Holocausto, tal y como anunció el gobierno finlandés en agosto de 2023, responde además a la necesidad de rechazar movimientos políticos iliberales. No hace falta hablar de democracia militante, ya que no estamos en guerra.⁵⁴ Más bien, estamos defendiendo un Estado democrático de derecho que excluye el uso de derechos liberales con fines manifiestamente iliberales.

Desde una perspectiva nórdica, es totalmente comprensible la visión de Europa del Este, que reconoce que los crímenes de los regímenes comunistas también fueron atroces. Sin embargo, tal y como están las cosas actualmente, quizás no haya una necesidad urgente de incluir esos crímenes en el derecho penal de la memoria europeo.

Existe ya un núcleo europeo del derecho penal de la memoria que se ha establecido y que se espera que los Estados miembros de la Unión Europea adopten. Este núcleo es el que mejor incorpora los valores de la Unión Europea junto con la tradición constitucional liberal europea. Es el que sostiene con mayor fuerza las premisas universalistas de protección de la dignidad humana, para las cuales no se puede aceptar relativismo alguno. Las representaciones simbólicas, como los símbolos nazis, forman parte de este núcleo central.

Cuanto más nos alejemos de ese núcleo, más deberemos admitir la relevancia de perspectivas nacionales. El caso de los crímenes cometidos por los regímenes comunistas es un ejemplo claro de ello.

⁵² Andenæs (1966).

⁵³ Zweigert y Kötz (1998) p. 277 ff.

⁵⁴ Ver, para varias interpretaciones, Rhein-Fischer P y Mensing S (2022) pp. 109-113.

BIBLIOGRAFÍA⁵⁵

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).

⁵⁵ 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.