

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

***REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA PENALIZACIÓN DE
LA EXALTACIÓN DEL FRANQUISMO***

***CRITICAL REFLECTIONS ON THE PENALISATION OF THE
GLORIFICATION OF FRANCOISM***

Jordi Martínez i Carrasco
Asesor en el Ayuntamiento de València

Palabras clave: discurso de odio; memoria histórica; verdad, justicia y reparación; libertad de expresión; delito de odio; negar, justificar, banalizar; complementariedad.

Keywords: Hate speech; historical memory; truth, justice and reparation; freedom of expression; hate crime; negation, justification, trivialisation; complementarity.

Número: 25 Año: 2025

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Miguel A. Ramiro (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytes (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA PENALIZACIÓN DE LA EXALTACIÓN DEL FRANQUISMO

CRITICAL REFLECTIONS ON THE PENALISATION OF THE GLORIFICATION OF FRANCOISM

Jordi Martínez i Carrasco

Asesor en el Ayuntamiento de València

Resumen: *Este artículo explora el contexto, los límites y la conveniencia de materializar la propuesta de tipificación de la apología o exaltación del franquismo en el marco de la protección de los derechos y libertades fundamentales y en relación al caso particular de justicia transicional en España. Partiendo de la falta de garantía de los derechos de verdad, justicia y reparación, el enaltecimiento del franquismo puede constituir una conducta típica de delito de odio, en su modalidad negacionista, siempre que contenga un juicio de desvalor de carácter objetivo y potencialmente lesivo para los bienes jurídicos protegidos. Más allá de su encaje constitucional y penal, este artículo reflexiona sobre la conveniencia de una política criminal que justifique una respuesta exclusivamente penal, incluso de adelantamiento de la barrera punitiva, para avanzar en el reconocimiento de los derechos de verdad, justicia y reparación de las víctimas de la dictadura franquista.*

Abstract: *This article examines the context, limits, and appropriateness of implementing the proposed criminalisation of the apology for, or glorification of, Francoism within the framework of the protection of fundamental rights and freedoms, and in relation to the specific case of transitional justice in Spain. Given the lack of effective guarantees of the rights to truth, justice, and reparation in Spain, the glorification of Francoism may amount to a hate crime, in its denialistic form, provided that it contains an objective element (*actus reus*) capable of causing harm to the protected legal rights. In addressing this issue, the article concludes that, beyond the constitutional and criminal justifications for such an offence, a crucial question remains concerning the appropriateness of a criminal policy that relies exclusively on punitive measures—indeed, pushing the punitive threshold forward—in response to the limited fulfilment of the rights to truth, justice, and reparation of the victims of the Franco dictatorship.*

Palabras clave: discurso de odio; memoria histórica; verdad, justicia y reparación; libertad de expresión; delito de odio; negar, justificar, banalizar; complementariedad.

Keywords: Hate speech; historical memor; truth, justice and reparation; freedom of expression; hate crime; negation, justification, trivalisation; complementarity.

1. Introducción

“El siglo XXI ha empezado con notables síntomas de sufrir serios desajustes”¹. Amin Maalouf define en estos términos el contexto global al que nos enfrentamos desde hace un par de décadas, caracterizado por imponentes crisis económicas acompañadas de vergonzosos aumentos de la desigualdad social. Una ecuación a la que se añade el resurgir de las viejas identidades excluyentes de tipo nacional, identitario o ideológico que ponen en tensión los sistemas democráticos en todo el mundo a través de discursos de odio que encuentran apoyo en el resurgir de una nueva ola de populismos xenófobos.

La gran variedad de democracias europeas ha venido afrontando esta situación desde diferentes enfoques y estrategias juridicopolíticas, una situación de amenaza que no es nueva para un continente azotado no solo por conflictos bélicos, sino también por regímenes de corte autoritario y, también, totalitario que han logrado poner contra las cuerdas los cimientos del Estado de Derecho de corte liberal. El constitucionalismo del siglo XX vino a salvaguardar los derechos fundamentales ya anunciados varios siglos atrás y a blindarlos jurídicamente por encima del debate político coyuntural. Aun así, no todas las democracias han reaccionado de igual manera a esas amenazas a las que se están viendo sometidas. Mientras que las llamadas “democracias de procedimientos” albergan textos constitucionales abiertos a la reforma y no delimitan fines prohibidos, las “democracias sustantivas”², por su parte, se autoimponen ciertos límites infranqueables a su propia reforma y se muestran militantes en cuanto a la defensa constitucional de sus principios y libertades fundamentales.

La joven e interrumpida democracia española se ha visto inevitablemente influida por el propio contexto sociopolítico de cada momento histórico. Así, la denominada, con acierto, “esquizofrenia política”³ de nuestro modelo constitucional ha venido a configurar un modelo de democracia hasta cierto punto contradictorio en cuanto a la autodefensa constitucional. Se trata de un modelo donde el equilibrio entre, por un lado, el respeto y la protección al derecho

¹ MAALOUF, A. *El desajuste del mundo*. Alianza Editorial, 2011.

² REVENGA SÁNCHEZ, M. El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España. *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005, pp.11-31.

³ REVENGA SÁNCHEZ, M. El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España. *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005, pp. 11-31.

fundamental a la libertad de expresión y, por el otro, la actuación en defensa del propio sistema constitucional, del pluralismo social y del régimen de libertades, no está exento de dificultades y contradicciones.

La criminalización de los denominados discursos de odio, entre los que se encuentra el delito de negacionismo, ha supuesto junto con otras figuras restrictivas de la libertad de expresión un intento del sistema (político)jurídico para afrontar los enemigos íntimos de la democracia⁴.

Desde esta lógica de la defensa democrática, España ha debido afrontar, de igual manera que la mayoría de democracias europeas, el reencuentro con su pasado autoritario. Aunque de manera intermitente, y acuciado por instancias internacionales, el legislador español inicia, bien entrado en el siglo XXI, un proceso de recuperación de la memoria histórica que encuentra plasmación no sólo en lo simbólico, sino también en los planos político, administrativo y legislativo, pero que dista fundamentalmente de los procesos de memoria histórica de otros países europeos. El fenómeno de los discursos de odio está suponiendo un obstáculo importante en el reconocimiento de la memoria democrática. De hecho, el negacionismo, vertiente particularmente inaceptable del revisionismo histórico⁵, abarca conductas de negación, justificación y trivialización de graves delitos internacionales que no únicamente supone la materialización de una forma concreta del discurso del odio⁶, sino que persigue dinamitar los objetivos fundamentales de la recuperación de la memoria histórica en nuestro país. La exaltación de la ideología franquista, en concreto, supone un discurso de odio que ataca el núcleo constitucional de protección de la dignidad y derechos fundamentales.

Es en este contexto social, político y jurídico en el que se encuadra la reciente propuesta parlamentaria de creación de un nuevo tipo penal referido al enaltecimiento o apología del

⁴ TODOROV, T. *Los enemigos íntimos de la democracia*. Galaxia Gutenberg, 2012.

⁵ FRONZA, E. *Memory and punishment. Historical denialism, free speech and the limits of Criminal law*. La Haya: Asser Press, 2018, pp. 4-9.

⁶ El nexo entre el discurso del odio y el negacionismo se reconoce tanto por parte del Consejo de Europa, como por parte de la Unión Europea: “Reconociendo que el discurso de odio puede adoptar la forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad” (ECRI. Recomendación de Política General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio, 8 diciembre 2015). “Delitos de carácter racista y xenófobo: (...) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”. (Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal).

régimen franquista⁷ en el ordenamiento jurídico español, una propuesta política que no es nueva por parte del legislador⁸ pero que, dada la aritmética parlamentaria actual, posee en este caso más posibilidades de materializarse y reformar, de nuevo, nuestro código penal para introducir un tipo penal autónomo de discurso de odio. Así, en esta comunicación se persigue analizar, por un lado, el estado de la cuestión en cuanto a la recuperación de la memoria histórica en España y, por otro, el modelo constitucional español a la luz de los modelos teóricos de democracia militante u ordenamientos abiertos, que podría determinar un mayor o menor encaje de la propuesta penal negacionista.

2. La (des)memoria histórica en el Estado español

Resulta necesario comenzar apuntando que la propuesta de tipificación de la apología o exaltación del franquismo no se produce de manera casual. La complicada relación del Estado español con su (des)memoria histórica y la configuración “esquizofrénica” de un modelo constitucional que se dice *abierto*, pero que avanza, *de facto*, hacia formas *protegidas* o *militantes*, abonan el terreno de una intervención penal que se adelanta cada vez más en el *iter criminis* con el objetivo de combatir las amenazas que suponen unos discursos del odio que envenenan nuestras democracias.

Partiendo del necesario contexto español y siguiendo las siguientes preguntas de investigación,

(1) ¿En qué medida el tratamiento jurídicopolítico del franquismo ha permitido el reconocimiento y garantía de los derechos de verdad, justicia y reparación en el marco de la lucha por la memoria histórica en el Estado español?, estos componentes básicos de la justicia transicional no se han garantizado suficientemente⁹ a la luz de lo denunciado por los organismos

⁷ Definido expresamente por la portavoz del principal grupo parlamentario en el Congreso como: “reformaremos el Código Penal para que la apología y la exaltación del franquismo sean al fin un delito”. Ver noticia: <https://www.elperiodico.com/es/politica/20200210/codigo-penal-apologia-franquismo-delito-gobierno-7842854>.

⁸ Así, en la historia legislativa reciente, ha habido varias propuestas de sanción penal del enaltecimiento del franquismo, a través de propuesta de ley de reforma de la Ley de Memoria Histórica (2017) o de enmiendas en el curso del proyecto de ley de reforma del Código Penal (2015): Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 190-1, de 22 de diciembre de 2017. Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014.

⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Las posibilidades legales de la memoria histórica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, arts. 14-12, 2012: “Si tuviésemos que hacer un diagnóstico esquemático del estado actual de la cuestión podríamos decir lo siguiente: la verdad podrá encontrarse, la justicia está gravemente impedida y la reparación es nuestra deuda con los que más sufrieron por los hechos y por el silencio que los ha envuelto”.

internacionales de protección de los derechos humanos. Sobresalen¹⁰ la falta de creación de una comisión de la verdad, así como el obstáculo jurídico de varias normas e interpretaciones jurisprudenciales que imponen un estado de “impunidad”¹¹ sobre las violaciones de derechos humanos cometidas, además de la persistencia de elementos franquistas en el espacio público. La Ley de Memoria Histórica, principal instrumento normativo elaborado por el Estado español para ofrecer una respuesta integral a las graves consecuencias de la guerra civil y el régimen franquista, se ha demostrado un instrumento poco eficaz y ambicioso¹². Además, está sujeta a una evidente politización de la cuestión de la memoria histórica en España, como demuestra el hecho de que el cumplimiento de dicha ley se haya visto condicionado por la voluntad política del gobierno de turno¹³. La memoria histórica, por tanto, en España, no constituye una política de Estado. Las razones de fondo apuntan a un exigido “silencio” durante la transición política en aras a la reconciliación que, sin embargo, ha perdurado tras la reinstauración de la democracia y que amenaza con convertirse en olvido. El análisis de este apartado evidencia la falta de ruptura clara con elementos del pasado autoritario y la gestión diferencial de la memoria democrática en España en comparación con otros países europeos, que sí incluyen tipos penales relativos a la exaltación de ideologías antidemocráticas¹⁴. La situación de “franquismo, después de Franco”¹⁵ desaconseja, en este punto de recuperación de la memoria histórica, adoptar modelos constitucionales ajenos, de criminalización de conductas que, a diferencia de otros

¹⁰ Siguiendo las recomendaciones de los organismos internacionales, Amnistía Internacional sintetiza cinco principales obstáculos: deficiente tipificación de la desaparición forzada en el código penal, ausencia de investigaciones judiciales, falta de cooperación judicial y de nulidad de las sentencias y privatización de las exhumaciones. Ver:

<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-las-prometedoras-intenciones-del-gobierno-con-las-victimas-de-la-guerra-civil-y-el-franqui/>

¹¹ Como apunta Manjón-Cabeza Olmeda (*ibid*), ya no únicamente una “impunidad jurídica”, sino también “fáctica” “que se ha ido consolidando con el transcurso del tiempo y la desaparición de la mayoría de los responsables vivos”.

¹² DE LA CUESTA, J. L.; ODRIozola, M. Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, p. 12.

¹³ Como ejemplos, la aprobación no unánime de la Ley, bajo un gobierno y mayoría parlamentaria progresista (2004- 2008), o la exclusión absoluta de las obligaciones económicas que implican los compromisos legales en los Presupuestos Generales del Estado, por parte de sucesivos gobiernos de signo conservador (2011- 2016). Y la adopción de nuevas medidas de carácter reparador por parte de nuevos gobiernos progresistas (2016-2020). Ver: https://www.eldiario.es/sociedad/Rajoy-Memoria-Historica-victimas-franquismo_0_756974666.html y <https://www.rtve.es>.

¹⁴ ARTICLE 19. *Responding to ‘hate speech’: Comparative overview of six EU countries*. Londres: 2018. Disponible en: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/ECA-hate-speech-compilation-report_March-2018.pdf.

¹⁵ En: “Después de Franco, el franquismo”, estudio sobre la persistencia de nomenclatura franquista en el espacio público en España. Disponible en: https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/Despues-Franco-franquismo_6_808829130.html.

países, aún persisten en la democracia española¹⁶.

3. La criminalización de los discursos de odio en España frente a la dicotomía democracia militante vs ordenamiento abierto

En este contexto, la propuesta de tipificación de la apología o exaltación del franquismo resulta necesario analizarla bajo un doble prisma constitucional y penal. Así, (2) ¿bajo qué criterios es compatible la sanción penal de los discursos de odio con el respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión dentro del modelo constitucional español? El modelo de democracia español, a pesar de los cambios efectuados en las últimas décadas hacia modelos más militantes, y a diferencia de la perspectiva del Convenio europeo de derechos humanos¹⁷, se sustenta, en palabras del Tribunal Constitucional, “en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional”¹⁸. Cabe tener en cuenta, por tanto, que la Constitución española no prohíbe o expulsa de protección, a priori, a ningún tipo de ideología, como podría ser la franquista, por el hecho de ser contraria a los principios y valores constitucionales, al menos en cuanto a manifestación ideológica y de pensamiento, se refiere.

El derecho fundamental a la libertad de expresión, además, goza de una “posición preferente” debido a su doble perspectiva, individual y de garantía institucional, que la consagra como uno de los pilares de una sociedad libre y democrática¹⁹. Ello no es óbice, no obstante, a que, debido a su carácter no absoluto, admita restricciones en aras a la protección de derechos e intereses constitucionalmente relevantes. Es necesario recordar esta como una exigencia, asimismo, de los principios que fundamentan el proceso penal y que restringen la capacidad de sanción a los ataques más graves a los bienes protegidos con un mayor rango normativo.

¹⁶ SÁNCHEZ RECIO, G. La persistencia del franquismo en la sociedad española actual. En: NAVAJAS ZUBELDÍA, C (ed). *Actas de IV Simposio de Historia Actual*, Logroño, 17-19 octubre de 2002. Logroño: Instituto de Estudios Riojanos, 2004, pp. 93-111.

¹⁷ Estas diferencias de modelo constitucional se explican en virtud de sus diferentes orígenes y contextos sociopolíticos, que “justifican la diferente comprensión de las libertades en aspectos como es el carácter más o menos militar o abierto de la democracia”. En: TERUEL LOZANO, G.M. La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal. *Revista para el análisis del Derecho*, 2015, Barcelona, pp.10-12.

¹⁸ En palabras del TC, “la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militar”, esto es, “un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” (STC, Pleno, 25/03/2014).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1986, de 12 de diciembre.

Por tanto, con base tanto en el carácter abierto y personalista del modelo constitucional español (aunque matizado), como en los principios de ofensividad y de exclusiva protección de bienes constitucionales del proceso penal, los bienes o valores que pueden justificar un límite a la libertad de expresión deberían apuntar al *honor* o la *dignidad humana*, evitando bienes de carácter social y, además, difusos como el *orden público*, la *paz social* o la *moral*. En cuanto a las conductas típicas que integran un contenido de injusto suficiente y superan el filtro de constitucionalidad, los discursos insultantes, vejatorios o humillantes, así como amenazantes hacia personas integrantes de grupos diana, especialmente vulnerables, no merecen protección constitucional. Asimismo, las incitaciones directas o indirectas a la violencia o tipos delictivos concretos o la forma de provocación que, de manera encubierta, genere un peligro *cierto e inminente* de crear un *clima de violencia* y hostilidad, también son susceptibles de integrar un contenido típico de delito de odio.

A la hora de delimitar las conductas típicas específicas de un delito de odio en su modalidad negacionista, como puede ser el de enaltecimiento del franquismo, cabe atender a la amplia gama de acciones propias de este fenómeno recogidas por la normativa europea, de *negar, justificar, banalizar* y que estas se castiguen únicamente cuando son públicas y contienen un juicio de desvalor de carácter objetivo y potencialmente lesivo para los bienes jurídicos protegidos. Este tipo delictivo se desvincula, por tanto, de la controvertida figura de la apología, “ese fantasma que recorre el Derecho penal de la democracia”²⁰.

4. Reflexiones críticas acerca de la penalización de la exaltación del franquismo

Más allá de identificar los límites justificables de la libertad de expresión dentro del marco constitucional español para analizar el encaje jurídico del tipo de exaltación del franquismo, cabe cuestionarse la intrínseca necesidad o adecuación de recurrir al instrumento penal en el marco de reconocimiento de los derechos vinculados a la memoria histórica: (3) ¿es conveniente una política criminal que justifique la creación de un específico delito de apología del franquismo? Debemos partir de la función políticocriminal que debe cumplir la dogmática penal y de reivindicar un Derecho penal que va dirigido a proteger bienes jurídicos de la

²⁰ VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2^a ed., València: Tirant lo Blanch, 2011.

ciudadanía y no de proteger el *statu quo* o la vigencia de la norma en sí misma²¹. A pesar de ser capaces de identificar bienes jurídicos relevantes y dignos de protección en este caso, no es menos cierto que la proliferación de delitos de peligro supone un peligroso adelantamiento de la barrera punitiva que parece desviar la atención hacia la configuración de un Derecho penal de carácter preventivo. Además, el análisis de figuras típicas penales relacionadas, como lo es especialmente el discurso negacionista (artículo 510. 1 c) Código penal), pero también el delito de injuria o de provocación al delito, ofrecen una respuesta ya, en sede penal, a la sanción de conductas que *nieguen, trivialicen gravemente* o *enaltezcan* los graves delitos cometidos durante el régimen franquista. Se trata de un juicio de necesidad que, por otro lado, debe soportar la existencia de otras respuestas que el ordenamiento jurídico ofrece, más allá del ámbito penal, como puede ser en sede de protección al honor de las víctimas por vía civil. La introducción de un nuevo tipo penal restrictivo de la libertad de expresión debería tener en cuenta, además, el indudable efecto disuasorio que se produce en el ejercicio de las libertades fundamentales, además de tener en cuenta el efecto de victimización que provoca la sanción penal a los negacionistas²².

Atendiendo, asimismo, al contexto sociopolítico en el que estos delitos suelen encontrar su justificación, y a las graves deficiencias que la recuperación de la memoria histórica padece en el Estado español, resulta necesario no dejar de lado el riesgo de que este tipo de normas resulten de un gran valor simbólico-expresivo con las que parece que el legislador, más que dirigir un mensaje a quien transmite los discursos odiosos, pretende enviar un mensaje a la opinión pública alarmada²³, sobre todo en el escenario de protección de mitos fundacionales de sistemas democráticos, como lo es frente a discursos que pretender evocar los pasados autoritarios de cada sociedad. Frente a esto, es preciso señalar la falta de competencia del Derecho a la hora de reproducir una cierta versión de la historia²⁴ y la imposibilidad de la memoria como bien jurídico ni de la figura del juez-historiador. En el marco de un Estado

²¹ SANZ MULAS, N. De las libertades del marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 1410, 2012.

²² TERUEL LOZANO, G.M. *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 568.

²³ FRONZA, E. ¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria. *Revista de Derecho penal y criminología*, 3^a Época, nº 5, 2011, p. 141.

²⁴ Además de su proscripción desde el punto de vista de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: “El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados”. En: Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General nº 34, relativa al Artículo 19 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

democrático y de un derecho penal laico, “la norma penal no debería ser el instrumento para proteger a la memoria o promover una cierta ideología”²⁵.

Las graves deficiencias señaladas en el terreno de la recuperación de la memoria histórica deben ser objeto, aunque no únicamente, de respuestas de tipo político y administrativo que logren dotar de contenido los derechos de verdad, justicia y reparación. La creación de una comisión de la verdad, la colaboración e impulso de la justicia universal o la introducción de medidas de reparación dirigidas a las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos son ejemplos de acciones positivas.

La respuesta exclusivamente penal no es adecuada. Más allá de las exigencias jurídicas y los riesgos de la punibilidad, cabe subrayar una enmienda a la totalidad de las conductas típicas que persiguen la eliminación de riesgos implícitos en la exteriorización de opiniones y creencias, dado que, siguiendo a Vives Antón, “aplastar la serpiente en el huevo revela una inadmisible falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones”²⁶. No solo de formarlas, diría yo, sino igualmente de combatir aquellos mensajes envenados que buscan tambalear los cimientos democráticos de la memoria de una sociedad. Existen otras herramientas, no consideradas de ultima ratio, y quizás incluso más efectivas, para defender el orden constitucional y los derechos de las personas. Se trata de una postura que debe atender al prisma de la complementariedad en la lucha conjunta por la defensa de los derechos humanos²⁷, tanto en la protección de la libertad de expresión como en la sanción de los discursos de odio. Y siempre bajo la máxima de que delimitar un Derecho penal mínimo, resulta necesario para consolidar un Estado (con memoria) democrático, con derechos y garantías máximas.

²⁵ Ibid, p. 140.

²⁶ VIVES ANTÓN, T.S *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo*. València: Tirant lo Blanch, 2006, p. 433.

²⁷ Así, la Comisión Europea contra la Discriminación y la Intolerancia indica que “la necesaria ponderación jurídica entre dos bienes constitucionalmente relevantes debe llevarse a cabo desde una perspectiva de complementariedad y no de suma cero”. En: Consejo de Europa. Comisión Europea contra la Discriminación y la Intolerancia. Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio, de 8 de diciembre de 2015, parra. 36.