

DIVERSIDAD CULTURAL, INTOLERANCIA Y DERECHO PENAL *

Rafael Alcácer Guirao

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Rey Juan Carlos

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-11, pp. 1-55. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-11.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 18-11 (2016), 24 nov]

RESUMEN: La diversidad cultural inherente a las sociedades actuales es foco potencial de conflictos que, a juicio del multiculturalismo, no pueden ser debidamente resueltos desde los parámetros de convivencia que propone el liberalismo clásico, limitado al respeto a los derechos fundamentales pero incapaz de responder a las reivindicaciones de reconocimiento y protección de las diferencias culturales que reclaman las comunidades identitarias. En el seno de dichos conflictos se instala el discurso de odio y su restricción por el Derecho penal, surgiendo la doble cuestión de si, de una parte, deben tolerarse discursos intolerantes de las minorías culturales como forma de proteger su identidad, y si, de otra, puede fundamentarse la restricción penal de la libertad de expresión en aras a proteger esa identidad cultural o como vehículo para fomentar el discurso de las minorías.

PALABRAS CLAVE: Discurso de odio, libertad de

expresión, multiculturalismo, intolerancia, Derecho penal

ABSTRACT: Cultural diversity inherent in today's societies is a potential focus of conflicts which, in the view of multiculturalism, they cannot be resolved properly from the parameters of coexistence proposed by the classical liberalism, limited to the protection of fundamental rights but unable to respond to the demands of recognition and protection of the cultural differences claimed by identitarian communities. At the center of such conflicts lies the hate speech controversy and its restriction by the criminal law, emerging the double question of, first, intolerant discourses of cultural minorities must be tolerated as a way to protect their identity, and, second, if the criminal restriction of freedom of expression can be justified in order to protect the cultural identity of minority groups or as a vehicle to encourage the speech of those minorities.

KEYWORDS: Hate speech, freedom of expression, multiculturalism, intolerance, criminal law.

Fecha de publicación: 24 noviembre 2016

SUMARIO: I. EL DISCURSO DE ODIOS Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 1. El discurso de odio en sociedades multiculturales. 2. Uso y abuso de la noción de discurso de odio. 3. La libertad de expresión en el sistema democrático. 4. El discurso de odio como discurso político. II. DIVERSIDAD E IDENTIDAD CULTURAL. 1. Más paradojas. 2. El multiculturalismo y la multiculturalidad. 3. La identidad cultural como bien merecedor de protección. III. MULTICULTURALISMO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 1. La libertad de expresión de las minorías culturales. 2. El daño del discurso del odio. 2.1. El discurso

hostil a las minorías. 2.2. La lesión de la dignidad o el honor derivado de la identidad cultural. 2.3. El daño a la reputación comunicativa. IV. ¿CUÁNTA INTOLERANCIA HACIA LOS INTOLERANTES? 1. Tolerancia. 2. Niveles de tolerancia. V. LÍMITES DE LA INTOLERANCIA HACIA LOS INTOLERANTES. LA PROTECCIÓN DE LA ESFERA DE DELIBERACIÓN PÚBLICA. 1. El discurso de odio como discurso protegido. 2. Restringir la libertad de expresión para proteger la libertad de expresión. 3. El ámbito de la opinión pública. 4. Formas de intolerancia frente al discurso intolerante. VI. LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL: DIGNIDAD PERSONAL Y SENTIMIENTOS COLECTIVOS. 1. Dimensiones del daño a la identidad cultural. 2. ¿Protección de sentimientos por el Derecho penal? Los delitos de escarnio a las creencias y de ultrajes a los símbolos nacionales. 3. Waldron y el daño del odio: ¿difamación colectiva o incitación a la discriminación?

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “Movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (DER2016-74865-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es I.P. Margarita Martínez Escamilla.

“La tolerancia absoluta de todas las opiniones ha de basarse en la intolerancia absoluta de todas las barbaries”.

Raoul Vaneigem

I. EL DISCURSO DE ODIOS Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. El discurso de odio en sociedades multiculturales

El discurso de odio enfrenta la democracia constitucional a una formidable encrucijada: debiendo sin duda reaccionar frente a las voces que niegan sus valores sustantivos, se halla igualmente obligada, si no quiere terminar por negarse a sí misma, a no coartar en exceso la deliberación crítica de ideas y opiniones en que se constituye y sostiene. Esa difícil tesitura, central en la discusión filosófico-política¹, no es sino la que ya se enunciara como la *paradoja de la tolerancia*² y a la que alude el interrogante del título: ¿Cuánta intolerancia frente a los intolerantes puede desplegar una democracia que se define tolerante?

La respuesta a ese interrogante precisará de un complejo ejercicio de ponderación entre los intereses en liza, pero será también tributaria de comprensiones últimas sobre el propio significado de la democracia o la libertad. A esto último responde la dicotomía, también pertinente, entre un modelo de democracia militan-

¹ Cfr., por ejemplo, RAWLS, 1995, pp. 252 ss., quien aborda ampliamente la cuestión en el entendimiento de que “el problema de la tolerancia del intolerante está directamente unido al de la estabilidad de una sociedad bien ordenada” (p. 253).

² Cfr. POPPER, 1994, p. 512, quien enuncia tal paradoja en la consideración de que la tolerancia ilimitada lleva ínsita la destrucción de la tolerancia: “si extendemos una tolerancia ilimitada incluso hacia quienes son intolerantes, si no estamos dispuestos a defender una sociedad tolerante frente a la embestida de los intolerantes, entonces el tolerante será destruido, y con él la tolerancia misma”.

te (o intolerante)³ y uno no militante –como el que para la democracia española declara el Tribunal Constitucional–.

Los retos que plantea el discurso intolerante se acrecientan en sociedades multi-culturales, en las que la coexistencia de diversas comunidades culturales multiplica las voces discordantes y el rechazo de quienes no comparten credo, etnia o tradiciones. Tales conflictos derivados de la convivencia en la diversidad se ven además agravados en la actualidad por la afluencia masiva de inmigración en Europa, fenómeno que genera el caldo de cultivo idóneo para alimentar esas reacciones de rechazo, auspiciadas no solo por grupos marginales sino también por partidos políticos que han visto cómo las consignas populistas de la xenofobia y la intolerancia encuentran eco y apoyo electoral en amplias capas de la opinión pública⁴. La protección de las minorías vulnerables, la prevención de las consecuencias lesivas que puedan derivarse de tal conflicto y, en última instancia, la paz social, son cometidos irrenunciables en una democracia, incluso por los medios del Derecho penal. La cuestión es, no obstante, si la restricción de la libre expresión a tales sectores sociales y políticos constituye un instrumento no solo útil a tal fin sino además legítimo.

2. Uso y abuso de la noción de discurso de odio

Si de modo quizá altisonante he hablado de “formidable encrucijada” es con el afán de poner en guardia ya desde el comienzo frente a soluciones fáciles y nominalistas. Me refiero con ello, en concreto, a la simplificación de la discusión en que a veces se incurre con el uso y abuso de la noción de “discurso de odio”, erigiéndola en límite de lo constitucionalmente protegido –y de lo penalmente relevante– y excluyendo del contenido del derecho toda aquella conducta expresiva que previa y estipulativamente ha sido calificada como tal⁵. En efecto, resulta llamativo que un concepto de perfiles tan imprecisos y equívocos, que “casa mejor con la gramática periodística y política que con la jurídica”⁶, se emplee en la discusión sobre los límites de la libertad de expresión con la rotundidad de un golpe en la mesa.

³ La noción de “democracia intolerante” es empleada por FOX/NOLTE, 1995.

⁴ Cfr. TODOROV, 2012, pp. 145, sobre los partidos de extrema derecha populista como “enemigos íntimos de la democracia”.

⁵ Sumamente ilustrativo de ese proceder es el Voto particular de la Magistrada Adela Asua Batarrita, al que se adhiere el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré. Después de poner de relieve que “Cuando se trata de manifestación de opiniones sobre aspectos políticos o institucionales, sobre la actuación de gobernantes o de quienes desempeñan poderes constitucionales, el ámbito de la libertad de expresión carece prácticamente de límites”, expone a continuación que, junto al ejercicio de violencia, “(o)tro límite generalmente aceptado remite al ‘discurso del odio’, presente en los mensajes que incitan a la discriminación y a la exclusión — cuando no a la agresión o la eliminación— de determinados colectivos por razón de sus características étnico-culturales, religiosas, origen nacional, sexo u orientación sexual, o factores análogos de vulnerabilidad”. Aseverando a continuación que “el llamado ‘discurso del odio’, es un exponente histórico del reverso de la democracia, o del peligro de su quiebra”.

⁶ REY, 2015, p. 53.

Esa rotundidad se refleja, en particular, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Un golpe en la mesa es, en este sentido, la utilización que viene haciendo el Tribunal de Estrasburgo de la cláusula de abuso de derecho del art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) con relación al discurso de odio, entendiendo que la finalidad de tal cláusula es la de “imposibilitar que los individuos se aprovechen de un derecho con el fin de promover ideas contrarias al texto y espíritu de la Convención”⁷. La aplicó, por ejemplo, para inadmitir la demanda de *Norwood*, miembro del *British National Party* condenado por haber colgado en la ventana de su vivienda un poster en el que, sobre una fotografía de las Torres Gemelas, se decía “Islam fuera de Gran Bretaña-Protege a los británicos”⁸; para inadmitir la demanda de *Pavel Ivanov*, quien fue condenado por distribuir un periódico auto-editado en el que culpaba a una conspiración judía de los males de Rusia y proponía excluirlos de la vida social⁹; o para rechazar *a limine* el recurso de *Witzsch*, condenado a tres meses de prisión por haber enviado una carta privada a un historiador en la que, asumiendo la existencia del Holocausto, se negaba la responsabilidad de Hitler y el Partido Nacional Socialista en el genocidio¹⁰.

Ejemplo reciente de la utilización abusiva de tal noción es también, a mi juicio, la STC 177/2015, de 22 de julio, en la que, en una llamativa pirueta conceptual, la quema de las fotos del rey en el seno de una manifestación antimonárquica deja de plantearse como atentado al honor o reputación de la institución para terminar por convertir al monarca en víctima del “discurso de odio”. Al amparo de dicho etiquetado, el voto mayoritario esquiva los obstáculos que para la desestimación le imponía el pronunciamiento de Estrasburgo en el asunto *Otegi c. España*, acogiendo, en cambio, a la *ratio* restrictiva de la expresión política plasmada en el asunto *Féret c. Bélgica*, si bien a costa de equiparar los miembros de la Casa real y los inmigrantes irregulares como grupos vulnerables a la hostilidad de los intolerantes.

Ciertamente, la propia vaguedad e indeterminación de la noción de “discurso de odio”, o de otras fórmulas acuñadas por nuestro legislador penal como “incitación, directa o indirecta, al odio o la discriminación” (art. 510 del Código Penal [CP]), permite su aplicación a un amplísimo marco de conductas expresivas -con la consiguiente amplitud en la restricción de la libertad expresión-. Pero dudo mucho que su elasticidad permita extenderlo al discurso simbólico antimonárquico¹¹. Si la familia real se considera víctima idónea del discurso de odio, no hay razones para no incluir cualquier otra persona o colectivo sobre la que se proyecten mensajes de

⁷ *Witzsch c. Alemania*, Decisión de 13 de diciembre de 2005. Sobre la aplicación de la cláusula de abuso de derecho por el TEDH, remito a ALCÁCER, 2013, pp. 309 ss.

⁸ *Norwood c. Reino Unido*, Decisión de 16 de noviembre de 2004.

⁹ *Pavel Ivanov c. Rusia*, Decisión de 20 de febrero de 2007.

¹⁰ *Witzsch c. Alemania*, Decisión de 13 de diciembre de 2005

¹¹ Cfr. las atinadas consideraciones que al respecto se efectúan en el voto de la Magistrada Asua Batarrita.

odio, discriminación o repudio, ya ejerzan funciones públicas, ya sean ciudadanos de a pie. Con ello, toda injuria, insulto o menosprecio público podría ser considerado “discurso de odio”, perdiendo tal noción el sentido con que había sido acuñada.

No es afán de estas páginas indagar acerca de cuál deba ser la definición correcta de “discurso de odio”. Antes al contrario, la propuesta sería más bien prescindir de ese concepto en la discusión jurídica, dada su ambigüedad y la facilidad con que es tergiversado para justificar restricciones a la libre expresión. En todo caso, a fin de delimitar *prima facie* los términos de la controversia, será bueno adoptar una definición estipulativa del fenómeno. A esos efectos, podemos servirnos de la ofrecida por la Recomendación 97 (20) del Consejo de Europa:

“cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes”.

Lo esencial del discurso de odio es, así, la manifestación pública de rechazo y discriminación hacia determinadas personas o grupos sociales en atención a las características que otorgan identidad al colectivo. En lo que es relevante al marco de discusión al que quiero ceñirme, tales colectivos se caracterizarán, de una parte, por compartir determinadas particularidades culturales o étnicas que les otorgarán identidad y, en su caso, fomentarán la cohesión de dichas comunidades. De otra, la propia definición del fenómeno circunscribe los destinatarios del odio a *minorías* e inmigrantes, poniendo énfasis, siquiera implícitamente, en la discriminación o marginación de que tales colectivos son víctimas.

3. La libertad de expresión en el sistema democrático

Con independencia de la propia indeterminación y vaguedad del concepto, creo que esa dialéctica de blancos y negros que preside el empleo del discurso de odio como criterio delimitador no ayuda a encontrar una respuesta proporcionada y acorde al fundamento de la libertad de expresión. Es más, me parece que si por algo oscurece la discusión es porque se desentiende completamente de dicho fundamento: en efecto, si el discurso de odio constituye un problema central en la discusión sobre los límites del legítimo ejercicio del derecho fundamental es precisamente porque se encuadra en el ámbito del discurso con relevancia pública y, con ello, en el núcleo de lo que debe ser protegido por el derecho fundamental.

El fundamento de la libertad de expresión, y su “posición preferente”, se deriva de su íntima conexión con el propio sistema democrático. Así lo han reiterado tanto el Tribunal Constitucional español como el TEDH, manifestando el primero, por ejemplo, que el artículo 20, garantiza

“la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio

de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”¹².

Como destaca Dworkin, la libertad de expresión no es solo instrumental para la democracia sino constitutiva de la misma, por cuanto deriva directamente de la libertad positiva¹³. En este sentido, el derecho subjetivo a la libertad de expresión se fundamenta en el principio de autonomía política del ciudadano, consustancial al sistema democrático¹⁴: el derecho a participar en la creación de las normas que a todos nos gobiernan presupone el derecho a expresar libremente las propias opiniones sobre asuntos públicos y a intentar convencer a terceros de la bondad de tales propuestas.

Podemos tomar al autor norteamericano como representante de esta línea teórica. Según su propuesta, “la libertad de expresión debe formar parte de toda concepción defendible del autogobierno por al menos dos razones distintas e igualmente importantes: el autogobierno requiere libre acceso a la información, y un gobierno no es legítimo, y carece por tanto de título moral para la coacción, a menos que todos aquellos obligados por una ley hayan tenido la oportunidad de ejercer influencia sobre la toma de decisión colectiva”¹⁵.

Una democracia justa, afirma Dworkin, requiere no sólo el ejercicio del voto, sino además que todo ciudadano tenga voz: “una decisión mayoritaria se alcanza de un modo justo únicamente si todo ciudadano ha tenido una oportunidad adecuada de expresar sus convicciones u opiniones o miedos o gustos o prejuicios o ideales, no solo en la esperanza de influir sobre otras personas (...) sino también como forma de confirmar su posición como agente responsable, antes que como víctima pasiva, en la acción colectiva”¹⁶. Por ello, un gobierno no puede imponer una decisión usando la coerción estatal si esa decisión no ha sido adoptada en un procedimiento que respete el estatus de cada individuo como un miembro libre e igual de la comunidad. Expresado más brevemente: “La mayoría no tiene derecho a imponer su voluntad sobre alguien a quien se le prohíbe alzar su voz para protestar o contraargumentar antes de que la decisión se haya tomado”¹⁷. Para Dworkin, la

¹² SSTC 159/1986, de 16 de diciembre; 235/2007, de 7 de noviembre.

¹³ Cfr. DWORKIN, 2011, p. 373, distinguiendo entre fundamentos “liberty-based” y “policy-based”. Afirma en este sentido WEINSTEIN, 2011, p. 498, que “el derecho a participar en la discusión pública sin restricciones de contenido por parte del gobierno no es sólo un interés colectivo inherente a la soberanía popular, sino que conforma un derecho fundamental del individuo”.

¹⁴ En palabras de HABERMAS, 1998, p. 69, “los ciudadanos son políticamente autónomos, así, sólo cuando pueden entenderse a sí mismos conjuntamente como autores de aquellas leyes a las que se someten como destinatarios”.

¹⁵ DWORKIN, 2011, p. 372.

¹⁶ DWORKIN, 2009, p. vii; DWORKIN, 2011, pp. 379 ss.

¹⁷ DWORKIN, 2009, pp. vii-viii.

libertad de expresión constituirá un presupuesto de legitimidad de las normas que regulan nuestro ámbito de libertad.

El ejercicio de la libre expresión permite al ciudadano, en suma, intervenir en la creación de las normas que han de gobernarle, tanto de modo directo, a través del voto y de la crítica sobre materias objeto de decisión política, como indirectamente, contribuyendo con la exteriorización de sus preferencias sociales o culturales a la conformación de la opinión pública¹⁸. A su vez, desde la perspectiva del auditorio, la exigencia de una deliberación pública racional presupone garantizar la más amplia información posible acerca de las diferentes opciones ideológicas, pues solo de ese modo las decisiones del ciudadano acerca de cómo quiere ser gobernado podrán considerarse racionales y razonables¹⁹. Puede decirse, en suma, que la libertad de expresión viene a configurar el propio estatus de ciudadano en un sistema democrático, cuya legitimidad será por tanto directamente proporcional a la amplitud de la protección del derecho.

4. El discurso de odio como discurso político

Si el discurso de odio constituye un problema central en la discusión sobre la libertad de expresión es precisamente porque se encuadra nítidamente en el ámbito del discurso público y, con ello, en el núcleo de lo que debe ser protegido por el derecho fundamental²⁰. Sin necesidad de entrar ahora en matizaciones, resulta indudable que lo que puede entenderse por tal discurso hostil atañe a conflictos sociales —entre razas, etnias, religiones, géneros o ideologías— y se pronuncia sobre una determinada manera de responder a los mismos.

Con relación al discurso racista, manifiesta por ejemplo Post que “no puede ser excluido como tal del ámbito del discurso público”. Así, “el panfleto enjuiciado en *Beauharnais v. Illinois*, que pretendía ‘solicitar al alcalde y ayuntamiento de Chicago la aprobación de leyes a favor de la segregación’, tenía claramente la finalidad de intervenir en el debate sobre asuntos públicos, más allá de su evidente racismo virulento. De igual modo, el infame desfile nazi en Skokie era también un intento de participar en el discurso público, independientemente de su repulsiva simbología política. En ambos casos los racistas utilizaron medios reconocidos para la transmisión de ideas en orden a dirigirse e influir sobre la opinión pública”²¹.

¹⁸ Cfr. especialmente, POST, 2011, pp. 482 ss.

¹⁹ Cfr. RAWLS, 1996, pp. 52, 88 ss., considerando la libertad de expresión como una de las libertades básicas, presupuesto, por tanto, de una deliberación racional y razonable. Ello ha sido reiteradamente enfatizado por nuestro Tribunal Constitucional, manifestando que “para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas” (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre; 235/2007, de 7 de noviembre).

²⁰ Así, entre otros, SUNSTEIN, 1993, p. 163.

²¹ POST, 1991, p. 289.

Quien como *Féret* (o García Albiol²²) propone la expulsión de los inmigrantes irregulares de Europa o quien, como *Norwood*, denuncia que el Islam promueve el terrorismo, actúa con la finalidad de intervenir en el debate político y de influir en la opinión pública, por más que el mensaje pueda resultar rechazable a una mayoría o que pueda generar alteraciones en la paz social. Si ello es así, si el discurso de odio se inserta *prima facie* en el núcleo de lo protegido por el derecho, la discusión no puede partir de un esquema de blancos y negros: ni todo lo que pretenda calificarse como discurso de odio puede ser categorialmente excluido de la libertad de expresión, ni menos aún puede acudir por defecto al reproche penal para combatirlo.

II. DIVERSIDAD E IDENTIDAD CULTURAL

1. Más paradojas

Como decía, las tensiones que genera el discurso hostil se acentúan en *sociedades multiculturales*, en las que en esa esfera de deliberación pública confluyen tradiciones culturales distintas y a veces difícilmente reconciliables. Es un hecho innegable, en efecto, que la coexistencia de diferentes comunidades con divergentes visiones del mundo, enfrentadas tradiciones culturales y religiosas y diferentes prácticas y costumbres, constituye en ocasiones un foco de importantes conflictos sociales.

En teoría y práctica se han venido planteando distintos modelos para gestionar la diversidad cultural²³, que muy sintéticamente pueden reconducirse a dos alternativas esenciales: o bien una política de asimilación o integración de las minorías culturales en el marco legal y cultural; o bien una política de reconocimiento de las minorías presidida por el respeto y tolerancia hacia sus tradiciones y estilos de vida²⁴. Junto a la ya citada paradoja de la tolerancia, desde esta óptica la libertad de expresión generaría además lo que puede denominarse *paradoja del multiculturalismo*. Así, el mismo fundamento que apela a la tolerancia o reconocimiento hacia tradiciones culturales minoritarias, es el que *prima facie* justificaría el ejercicio de la libre expresión de grupos minoritarios extremistas, racistas o antisemitas. Por descontado, autores como Taylor o Kymlicka no tienen en mente el *Ku Klux Klan* o el Frente Nacional francés cuando reivindican más posibilidades de interacción

²² Me refiero a los hechos declarados probados en la Sentencia 574/2013, de 10 de diciembre, del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona, que absolvió a García Albiol del delito de provocación a la discriminación y el odio (art. 510 CP) por diversas manifestaciones públicas contrarias a la inmigración de nacionalidad rumana realizada en su etapa como alcalde de Badalona.

²³ Cfr. Por ejemplo WALZER, 1997, pp. 14 ss., quien, a partir de distintas configuraciones históricas, ofrece hasta cinco modelos distintos de relación con la diversidad, cinco “regímenes de tolerancia”.

²⁴ La noción de política de reconocimiento, sobre lo que después volveremos, remite a TAYLOR, 2003, pp. 43 ss.

social de “minorías culturales”; pero piénsese en una comunidad islámica que, en una sociedad occidental, públicamente divulga un mensaje sexista y de menosprecio hacia la mujer, o que, en ese tenor, patrocina el repudio social de toda mujer que muestre las piernas o lleve descubierta la cabeza. O, por introducir un ejemplo culturalmente más cercano, piénsese en una comunidad ultracatólica que, como elemento inherente a su identidad, promueve el infierno en la tierra para los homosexuales.

¿Hasta dónde debe llegar el reconocimiento, tolerancia o respeto de las minorías culturales? ¿Debiéramos, articulando tales políticas de reconocimiento, conceder un mayor ámbito de libre expresión a tales minorías por el hecho de serlo? Un autor liberal como Raz funda la defensa de un amplio margen de ejercicio de la libertad de expresión precisamente en el respeto a los estilos de vida de cada cual²⁵; argumento que, si del patrón individualista lo reconducimos hacia las tradiciones de un grupo cultural, coincidiría con el discurso del multiculturalismo. Sin embargo –y he ahí la paradoja–, la oposición más intensa al “liberalismo de la libertad de expresión” propio del Tribunal Supremo americano –caracterizado por la absoluta prioridad de la libertad de expresión en asuntos de relevancia pública²⁶– surge de movimientos en la órbita del multiculturalismo como el comunitarismo, el feminismo o el *critical race theory*, apelando a la necesidad de que las minorías culturales sean protegidas frente a las agresiones que a su dignidad e identidad comunitaria infligen los discursos del odio. La paradoja del multiculturalismo no es, así, sino una concreción de la de la tolerancia: el reconocimiento hacia las minorías culturales conlleva el respeto hacia (la manifestación pública de) sus estilos de vida, pero ¿implica ello, a su vez, que hayan de respetarse (manifestaciones sobre) estilos de vida que en parte se caracterizan por el rechazo frontal a estilos de vida rivales o a los valores constitucionalmente reconocidos?²⁷

2. El multiculturalismo y la multiculturalidad

Los conflictos derivados de la diversidad cultural plantean retos difícilmente superables con el esquema del liberalismo político, pues este –se afirma– desatiende las reivindicaciones particulares de tales grupos culturales minoritarios. Tal es el punto de partida del multiculturalismo, línea filosófico-política que, al igual que el comunitarismo, surge como reacción frente al liberalismo contractualista²⁸. El multiculturalismo parte de dos premisas fácticas. La primera es el hecho de la multiculturalidad: en las sociedades occidentales actuales conviven diversas tradi-

²⁵ RAZ, 2001, pp. 167 ss., pp. 177 ss.

²⁶ Sobre ello, me permito remitir a ALCÁCER, 2015, pp. 45 ss., 56 ss.

²⁷ Cfr. nuevamente RAZ, 2001, p. 178.

²⁸ Cfr. TORBISCO, 2006, pp. 1, 68 s. Vid. también KYMLICKA, 2002, pp. 336 s.

ciones culturales y religiosas, diversas etnias y diversas nacionalidades²⁹. La segunda es que muchos de esos grupos minoritarios sufren discriminación y marginación precisamente en virtud de sus diferencias, careciendo ya de un acceso equitativo a los medios económicos y políticos, ya de iguales posibilidades de afirmar y practicar su cultura o religión³⁰.

Frente al liberalismo, se argumenta que su concepto de ciudadanía igualitaria – basado en la autonomía individual y en una igualdad de trato y oportunidades desprovista de atributos de etnia, credo o nacionalidad- impide reconocer la existencia de derechos específicos de grupos culturales que, frente a esa igualdad ciega a las diferencias, reclaman que su diversidad no solo deje de ser factor de discriminación, sino que además sea reconocida como parte de su identidad social y política³¹. De igual modo, se rechaza el principio de neutralidad estatal inherente al liberalismo, considerando que la ceguera del Estado hacia las particularidades culturales impide establecer una política dirigida a reequilibrar las desventajas de los grupos minoritarios y a proteger las culturas minoritarias³².

A partir de ese diagnóstico, el multiculturalismo, como propuesta política, reclamará la adopción de medidas que remuevan las causas de discriminación y que promuevan vías para el reconocimiento de las diferencias culturales, entendidas estas como un *bien* esencial y, por ello, merecedor de protección por el Estado³³: la introducción de “políticas de la identidad”, “políticas de la diferencia” o “políticas de reconocimiento”³⁴ que garanticen igualitarias condiciones sociales y económicas de los grupos minoritarios y, además, que protejan las manifestaciones culturales que otorgan identidad a tales grupos.

La coexistencia de ambas clases de reivindicaciones ha llevado a algunos autores a establecer una clasificación entre una vertiente “igualitaria” y una “diferencialista” del multiculturalismo, según se ponga el acento en las desigualdades económicas o en la protección de la identidad cultural³⁵. Así, desde la primera se acentúa la

²⁹ La doble vertiente descriptiva (“multiculturalidad”) y prescriptiva (“multiculturalismo”) que aparece reflejada en el texto puede encontrarse explicitada, por ejemplo, en DE LUCAS, 2001, p. 62-65, 69-70.

³⁰ KYMLICKA, 2002, p. 329; GIANNI, 2001, pp. 18 ss., p. 23, quien habla de “conflictos de reconocimiento”, considerándolos “una evidencia empírica de toda sociedad multicultural”; AÑÓN ROIG, 2001, pp. 241-242; TORBISCO, 2006, pp. 66 ss., citando a Iris Young.

³¹ En palabras de Charles Taylor, “mientras que la política de la dignidad universal luchaba por unas formas de no discriminación que eran enteramente “ciegas” a los modos en que difieren los ciudadanos, la política de la diferencia redefine la no discriminación exigiendo que hagamos de esas distinciones la base del tratamiento diferencial” (TAYLOR, 2003, p. 62). Sobre las líneas básicas del multiculturalismo, cfr., entre muchos; KYMLICKA, 1995, pp. 26 ss., y *passim*; KYMLICKA, 2002, pp. 327 ss.; SONG, 2010, *passim*.

³² TAYLOR, 2003, p. 64 ss. Cfr. también AÑÓN, 2001, pp. 223 ss.

³³ Similar, AÑÓN, 2001, p. 263: “El multiculturalismo puede ser defendido, por tanto, como un tipo de regulación política que permite establecer una mejor protección de los grupos y minorías y una mayor igualdad entre los distintos grupos culturales”.

³⁴ Sobre tales conceptos, cfr. KYMLICKA, 2002, pp. 327 s.; TAYLOR, 2003, p. 60-61.

³⁵ Cfr. GIANNI, 2001, p. 25-26. En la práctica ambas situaciones de marginación o discriminación aparecerán entrelazadas y se implicarán mutuamente, en tanto en cuanto las dificultades de un grupo de acceder a los medios de producción de riqueza y de participación política conllevarán, a su vez, la marginación de

necesidad de introducir una *política de redistribución*³⁶, dirigida a reducir la marginación económica de grupos minoritarios diferenciados por su credo, etnia o procedencia a través de medidas de discriminación positiva, de integración, educación, etc. Desde la segunda, se promueve una más específica *política de reconocimiento* que, en los términos de Fraser³⁷, pone el foco en “injusticias culturales, arraigadas en determinados patrones culturales de representación, interpretación y comunicación, y que incluyen la dominación cultural (al estar sometidos a patrones de interpretación de otra cultura), ausencia de reconocimiento (siendo considerados invisibles en el seno de las prácticas comunicativas impuestas) y falta de respeto (siendo desacreditados por representaciones públicas estereotipadas en la interacción social cotidiana)”. La finalidad de tales políticas sería la afirmación y revalorización de las diferencias culturales que otorgan identidad al grupo, a través del fomento de la diversidad cultural y la asignación de derechos específicos a tales grupos³⁸.

Dentro de esas políticas patrocinadas por el multiculturalismo, se ha venido poniendo especial énfasis en la necesidad de articular mecanismos de *participación política* de las minorías culturales, en aras a otorgarles voz y visibilidad social a fin de que puedan canalizar tales demandas de reconocimiento. A fin de plasmar ese “derecho a ser escuchados” en la arena política, se proponen medidas como fomentar que los partidos políticos incluyan en sus listas a candidatos de grupos desfavore-

sus reivindicaciones culturales. No obstante, no siempre concurren conjuntamente, siendo por ello pertinente diferenciarlas. Así, por ejemplo, a diferencia de minorías árabes o subsaharianas, en las sociedades europeas las personas homosexuales no son objeto de marginación económica, pero sí, sin embargo, de marginación social por su identidad sexual (Sobre ello, sirviéndose de ese mismo ejemplo, KYMLICKA, 2002, pp. 334 ss.).

³⁶ La diferencia entre políticas de redistribución y políticas de reconocimiento ha sido desarrollada por Nancy Fraser: cfr. al respecto KYMLICKA, 2002, pp. 332 ss.; o AÑÓN, 2001, pp. 231-232.

³⁷ Cito según la enunciación de KYMLICKA, 2002, pp. 332-333.

³⁸ Una de las cuestiones centrales del multiculturalismo es la identificación de los grupos culturales. En buena medida, la discusión se ha focalizado en minorías nacionales, por lo general cohesionadas y delimitadas en torno a una lengua común (no es casualidad que tanto Kymlicka como Taylor sean canadienses, y ambos partidarios de la autonomía de Quebec) y, por tanto, poseedores de una cultura común aglutinante. Más allá del fenómeno nacionalista, a la hora de concretar qué deban ser “minorías culturales” –y no solo grupos marginados como homosexuales o incluso las mujeres– el problema radica en delimitar el complejo concepto de cultura (Cfr. TORBISCO, 2006, pp. 72). Esta autora distingue, en esta línea, entre “minorías sociales” como colectivos tradicionalmente discriminados (pp. 65 ss.), y “minorías culturales”, que serían “aquellos grupos culturalmente no dominantes en un Estado cuyos miembros se ven a sí mismos como portadores de una identidad singular a la que atribuyen un valor y que, por tanto, desean proteger” (Ibid.). Cfr. igualmente GIANNI, 2001, pp. 26-27, quien distingue entre un concepto amplio y estricto de multiculturalismo según se maneje un concepto amplio o estricto de cultura. Así, el estricto se correspondería con lo que KYMLICKA (1995, p. 27) denomina “societal culture”: “una cultura que proporciona a los miembros formas de vida significativas para toda la gama de actividades humanas, incluida la vida social, educativa, religiosa, recreativa, y económica, tanto en el ámbito público como privado. Estas culturas tienden a concentrarse territorialmente, y se basan en un idioma o lenguaje compartido”. Así, bajo esa concepción estricta se hallarían las minorías nacionales, así como como otros grupos étnicos, raciales o, en algunos casos, religiosos, que expresan identidades culturales cuasi institucionalizadas, y excluiría de las reivindicaciones del multiculturalismo a sectores discriminados como homosexuales o discapacitados; una concepción amplia de cultura (como la que, según Gianni, defendería Iris Young), en cambio, daría cabida a dichos grupos.

recidos, la redistribución de distritos electorales o la financiación pública de partidos y asociaciones políticas, así como otras más discutibles desde el liberalismo democrático como la introducción de cuotas de representación en las cámaras, la reserva proporcional de escaños o el derecho a vetar políticas que afecten directamente a los grupos minoritarios³⁹.

3. La identidad cultural como bien merecedor de protección

Con independencia de que dentro de esta corriente de pensamiento puedan establecerse diferencias ideológicas –con aproximaciones más o menos cercanas al ideario liberal-democrático-⁴⁰, uno de sus postulados centrales radica en la relevancia asignada a la identidad cultural como elemento constitutivo de la persona y, en tal medida como valor merecedor de protección por el Estado.

Kymlicka, por ejemplo, parte de la íntima relación existente entre cultura y autonomía individual como argumento central para justificar que un Estado liberal deba proteger las culturas minoritarias. La libertad conlleva la toma de decisiones y la elección entre diversas opciones, pero esa elección presupone un marco de creencias y de significado que viene proporcionado por la cultura de cada uno. Una “cultura sociológica” [societal culture]⁴¹ implica un vocabulario compartido de convenciones, tradiciones y prácticas sociales, que es condición necesaria para la toma de decisiones significativas y racionales acerca de cómo dirigir nuestra vida. “Para que el individuo pueda tomar decisiones con sentido, no solo necesita acceso a la información, capacidad de evaluarla críticamente y libertad de expresión y asociación. También necesita acceso a una cultura sociológica”. A juicio de Kymlicka, esa vinculación necesaria entre decisión individual y la propia cultura ha de llevar a un Estado democrático-liberal a proteger tales culturas y a legitimar la introducción de derechos específicos de grupos minoritarios⁴².

³⁹ Ampliamente sobre ello, KYMLICKA, 1995, pp. 131 ss.; también, AÑÓN, 2001, pp. 237, siguiendo a Young; GIANNI, 2001, p. 43-44; TORBISCO, 2006, 71-72.

⁴⁰ Aún a riesgo de incurrir en una simplificación excesiva, quizá resulte posible trazar una línea entre un multiculturalismo “liberal” y uno “comunitarista”. Cfr. KYMLICKA, 2002, p. 329, quien establece esa diferenciación en términos evolutivos, considerando que si bien el multiculturalismo surgió de las críticas al liberalismo efectuadas por parte de los defensores del comunitarismo como Sandel o MacIntyre, en su desarrollo académico se ha ido aproximando a los postulados del liberalismo igualitario (adscribiéndose el mismo, junto con autores como Raz, a un multiculturalismo liberal –p. 339-. Vid. igualmente KYMLICKA, 1995, pp. 49 ss., 91 s). Por su parte, SONG, 2010, parece entender tal clasificación en términos diacrónicos, afirmando la coexistencia de una corriente comunitarista –dentro de la que destacaría Charles Taylor- y una liberal, de la que formaría parte Kymlicka.

⁴¹ Adopto la traducción de GIANNI, 2001, p. 33.

⁴² Cfr. KYMLICKA, 1995, pp. 83-84. Frente a la objeción de que ello no justificaría la protección de unas culturas determinadas, sino que esa función de nexo interpretativo podría ejercerlo la cultura dominante, Kymlicka opone que la propia cultura ha de considerarse como un valor del que cabe esperar que cualquier persona habría de querer conservar dada la carga que supone tener que abandonar la propia cultura y la inmersión en una ajena (pp. 86-87), máxime teniendo en cuenta el papel conformador de la propia identidad de sus miembros.

Pero no es esa la única razón para fomentar la protección de culturas minoritarias. Siguiendo las tesis de Raz y Margalit⁴³, considera el autor canadiense que junto a su carácter funcional al ejercicio de la autonomía moral y política, la propia cultura determina la identidad de sus integrantes. La pertenencia a una cultura tiene una relevancia social innegable en cuanto determina cómo los demás nos perciben y responden ante nosotros, determinando así nuestra propia identidad social y proporcionando una sensación de pertenencia. Ello implicará, además, que la autoestima individual vendrá también moldeada por el respeto que goce la cultura a la que se pertenece. Si una cultura no es respetada socialmente, se amenazará también la dignidad y autoestima de sus miembros⁴⁴.

Este último aspecto pasa a ser central en la concepción de Charles Taylor, quien aboga decididamente por una *política de reconocimiento* a las culturas minoritarias que convivan en sociedad, desde la que el Estado debe proteger su existencia a través de la asignación de derechos diferenciados que permitan su continuidad. “La premisa fundamental de estas demandas es que el reconocimiento forja la identidad”⁴⁵. La pretensión de respeto de esas culturas surge, según Taylor, del igual respeto a la identidad de todos, pero despojado del mandato de neutralidad estatal propio del liberalismo: “con la política de la dignidad igualitaria lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo...con la política de la diferencia, lo que pedimos que sea reconocido es la identidad única de este individuo o de este grupo, el hecho de que es distinto de todos los demás”⁴⁶.

Para este autor, la identidad cultural será constitutiva de la propia dignidad de la persona, pues se conforma a partir de las relaciones dialógicas con los demás y constituye “el trasfondo contra el cual nuestros gustos y deseos, opiniones y aspiraciones adquieren sentido”⁴⁷. Para que cada persona pueda perseguir sus propios fines y su noción de lo bueno, debe vivir dentro de una comunidad cultural estable, cuyos valores –que constituyen la noción de bien compartida por sus miembros– sean reconocidos por el resto y promovidos por las instituciones⁴⁸.

El hecho de que la identidad surja del horizonte cultural en que la persona se relaciona es lo que determina la íntima relación entre identidad y reconocimiento⁴⁹: “nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de este; a menudo, también, por el falso reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la

⁴³ Expuestas en su trabajo “National Self-determination”, *The Journal of Philosophy* 87 (1990), pp. 439 ss.

⁴⁴ KYMLICKA, 1995, p. 89.

⁴⁵ TAYLOR, 2003, p. 97. Desde una perspectiva liberal, HEYMAN, 2008, p. 170 ss. pone también el acento en el derecho al reconocimiento.

⁴⁶ TAYLOR, 2003, pp. 61.

⁴⁷ TAYLOR, 2003, pp. 54. Vid. también p. 43: “la interpretación que hace una persona de quién es y de sus características definitorias fundamentales como ser humano”.

⁴⁸ Tomo esa interpretación de la postura de Taylor de GIANNI, 2001, p. 32.

⁴⁹ TAYLOR, 2003, pp. 52.

gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado o reducido (...) el falso reconocimiento no solo muestra una falta del respeto debido. Puede infligir una herida dolorosa, que causa a sus víctimas un mutilador odio a sí mismas. El reconocimiento debido no solo es una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital”⁵⁰.

Semejante es la concepción de autores más decididamente comunitaristas como Sandel o Kahan, quienes comparten con los anteriores la premisa de la fuerte identificación de los individuos con los valores y tradiciones de las comunidades culturales a que pertenecen, enfatizando además el valor de la identidad cultural como elemento de cohesión del grupo. Desde esta concepción se objeta al liberalismo que no haya reconocido la importancia de los vínculos comunitarios para la propia identidad individual, lo que a su vez le ha llevado a ignorar la gravedad del daño que el discurso hostile conlleva tanto para el grupo social tomado en sí mismo como para la comunidad política en su conjunto⁵¹. “Proteger a los racistas, a los nazis o las muestras de pornografía violenta en nombre de la neutralidad supone desproteger a las personas como miembros de las particulares comunidades a las que pertenecen, de cuyo estatus como tales miembros dependerá en gran medida su autoestima”⁵². Desde tales parámetros, el comunitarismo justificará la restricción del discurso del odio en aras a proteger el honor de las personas y de las propias comunidades étnicas, raciales o religiosas. En efecto, si la pertenencia a una determinada comunidad étnica o religiosa es *constitutiva* de la identidad de la persona, todo discurso dirigido contra las características que definen esa comunidad supondrá, per se, un daño a la identidad –al honor, a la dignidad- de la persona⁵³.

III. MULTICULTURALISMO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. La libertad de expresión de las minorías culturales

El conflicto entre el pensamiento liberal y las demandas del multiculturalismo radica, en esencia, en la cuestión es si tales diferencias culturales deben llevar a instaurar específicas “políticas de reconocimiento” desde las que se protejan y fomenten tales diferencias, o si, en cambio, la convivencia multicultural debe alcanzarse únicamente a través de la protección de los derechos humanos, por definición comunes a todo ciudadano *con independencia* de su credo, etnia o nacionalidad.

⁵⁰ TAYLOR, 2003, pp. 43-45.

⁵¹ KAHAN, 1988, p. 683-684, 690

⁵² SANDEL, 1996, p. 89.

⁵³ Así, KAHAN, 1988, p. 690.

Ambas políticas pueden ser compatibles mientras no entren en conflicto; resulta indudable que la bandera del multiculturalismo y el respeto a la diversidad cultural no puede justificar la ablación de clítoris; sin embargo, sí puede entenderse razonable, por ejemplo, permitir el uso del *hijab* islámico, e incluso que se patrocine públicamente su uso. Pero, como se acaba de exponer, desde la política del multiculturalismo la identidad cultural es, en sí mismo, un interés a proteger, por lo que esa ponderación variará según el peso que la práctica en cuestión conlleve para la identidad cultural y según el grado de menoscabo a derechos individuales. Así, ¿debe permitirse la circuncisión infantil propia del rito judío?⁵⁴; ¿debe permitirse el uso y patrocinio del *burka* (o incluso del *hijab*) cuando ello es expresión de la sumisión de la mujer?⁵⁵ Más genéricamente: ¿debe una sociedad aconfesional ser tolerante con prácticas culturales o religiosas si estas conllevan un riesgo de lesión de derechos de sus participantes –tales como el *burka*- o un menoscabo de otros valores vigentes –piénsese en ritos sacrificiales que pudieran constituir maltrato animal del artículo 337 CP-?

Ciertamente, las “políticas de la diferencia” que integran el programa del multiculturalismo se extienden mucho más allá de los límites de la libertad de expresión; no obstante, es indudable también que la libertad de expresión forma parte importante de la agenda del multiculturalismo y que, por ello, presenta implicaciones directas a la hora de configurar los límites de su ejercicio en una sociedad democrática, tanto desde la perspectiva del emisor del discurso como desde la del destinatario del mismo.

Así, desde la primera perspectiva, surge el interrogante de si en aras a permitir la afirmación de su identidad cultural debe tolerarse un amplio ejercicio de la libertad de expresión a miembros de un grupo cultural diferenciado pese a que pueda atentar contra el respeto de otras personas y pese a que, recíprocamente, no se permitiría a la mayoría de la sociedad. Desde la segunda perspectiva se plantea la cuestión –más tradicional en el debate- de si ha de restringirse la libertad de expresión cuando pueda menoscabar la autoestima o la dignidad de los miembros de un grupo étnico o religioso por afectar a los elementos constitutivos de su identidad cultural; en palabras de Taylor, cuando ese discurso conlleve una falta de reconocimiento, un menosprecio a la identidad cultural del grupo o de sus miembros.

La primera perspectiva entronca con una de las controversias clásica del multi-

⁵⁴ En sentencia de 7 de mayo de 2012, el Tribunal Regional de Colonia (Alemania) declaró que las lesiones causadas por la circuncisión no podían quedar exentos de responsabilidad penal por motivos religiosos ni por el consentimiento de los padres de los niños a quienes se practica, considerando además que no solo se lesiona la integridad física del menor sino sus posibilidades de autodeterminación religiosa futura. Ello motivó reacciones furibundas de las comunidades judías y musulmanas, denunciando que suponía criminalizar una tradición religiosa ancestral, y una resolución del Parlamento manifestando el apoyo al rito religioso y su compromiso de regularlo en una ley específica. Sobre el contenido de la sentencia y las reacciones, puede verse LÓPEZ-ISIDRO, 2012.

⁵⁵ Sobre la controversia del uso del *foulard* en la escuela pública francesa, cfr. por ejemplo TORBISCO, 2006, pp. 209 ss.; o MCKINNON, 2006, pp. 112 ss.

culturalismo: ¿cómo tratar a grupos culturales diferenciados cuyas prácticas atentan contra los valores del liberalismo democrático?⁵⁶ En realidad, esa duda es la que ya enunciábamos como la *paradoja del multiculturalismo*: el reconocimiento y protección de las diferencias de grupos culturales minoritarios, ¿debería llevar a otorgarles un mayor ámbito de ejercicio de libertad de expresión cuando, por ejemplo, resulte inherente a sus convicciones culturales o religiosas –y, por ello, a su identidad cultural- la minusvaloración de la mujer o los homosexuales?

Puede traerse a colación el *caso del Imam de Fuengirola*, relativo a la publicación de un libro titulado “La mujer en el Islam” en el que, entre otros aspectos de la relación entre hombre y mujer, se daban indicaciones acerca de cómo debían propinarse los golpes por parte del primero para evitar causar daños muy graves⁵⁷. Estos hechos fueron declarados constitutivos de un delito de provocación a la violencia contra un grupo por razón de sexo (art. 510.1 CP), imponiéndose una pena de un año y tres meses de prisión⁵⁸.

Expresado en otros términos, el multiculturalismo obliga a plantear no solo la restricción del discurso de odio *contra* las minorías, sino el problema del discurso de odio *de* las minorías, en casos en que la identidad cultural del grupo diferenciado se conforma parcialmente por el menosprecio o descrédito de miembros de otro grupo o de alguno de sus integrantes.

Es cierto, de una parte, que los términos de esa paradoja no serán tan amplios como los que enunciábamos bajo la clásica *paradoja de la tolerancia*. Así, desde los propios presupuestos teóricos del multiculturalismo –y pese a la ya reseñada dificultad de establecer un concepto de cultura- es posible trazar diferencias axiológicas entre grupos sociales, considerando merecedores de protección –y, eventualmente, necesitados de un mayor ámbito de libre expresión- únicamente a aquellos grupos culturalmente diferenciados en aras a ciertas prácticas y a ciertos patrones de identificación y cohesión. Ciertamente, por más que esa delimitación conceptual pueda ser compleja en abstracto, sí cabrá trazar una nítida línea entre,

⁵⁶ Cfr. al respecto, KYMLICKA, 1995, pp. 35, 94, 153; GIANNI, 2001, pp. 19 ss.; SONG, 2010.

⁵⁷ Puede destacarse el siguiente pasaje:

“Hemos de reconocer que los ideales trazados por las religiones chocan frontalmente con la realidad imperante, por tanto el Islam interviene para imponer unos límites que convierten la paliza en un simple sufrimiento simbólico sin excesos. Además, el juez o el tutor están habilitados para tomar medidas disciplinarias contra el agresor. Y aunque, se menciona en un versículo coránico el castigo físico no significa que el Islam lo consiente, más bien es una escala de medidas que los hombres puedan tomar contra sus esposas en un sentido positivo y limitándose a su dimensión simbólica a través de una serie de restricciones (...). Algunas limitaciones a la hora de recurrir al castigo físico son: nunca se debe pegar en una situación de furia exacerbada y ciega para evitar males mayores; no se deben golpear las partes sensibles del cuerpo (la cara el pecho, el vientre, la cabeza, etc.); los golpes se han de administrar a unas partes concretas del cuerpo como los pies y las manos, debiendo utilizarse una vara no demasiado gruesa, es decir que ha de ser fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo; los golpes no han de ser fuertes y duros, porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar y maltratar físicamente”.

⁵⁸ Un análisis crítico de la sentencia condenatoria puede encontrarse en JERICÓ, 2006.

por ejemplo, una comunidad religiosa minoritaria y un grupo neonazi⁵⁹, o entre un colectivo étnico inmigrante y los seguidores de un partido político.

A mi modo de ver la diferenciación de ámbitos de libertad de expresión en función de las distintas necesidades de reconocimiento genera serias dudas de legitimidad. Desde el punto de vista de la igualdad en el acceso a un derecho tan esencial para la participación política como la libertad de expresión, es discutible que pueda justificarse esa suerte de discriminación positiva en el ejercicio del derecho fundamental. Creo que, a este respecto, deben distinguirse dos planos. Con el fin de evitar situaciones de marginación o discriminación, considero que el Estado sí puede introducir ciertas *políticas de diferenciación*, si así quiere llamarse, en aras a dotar de los medios para que ciertos grupos o sectores minoritarios de la sociedad –homosexuales, inmigrantes, etc.- puedan acceder al ámbito de la participación política y reivindicar sus derechos⁶⁰. Como hemos visto, el acceso a la participación política es una de las demandas tradicionales del multiculturalismo.

Ahora bien, tales medidas no habrían de llevar a establecer un ámbito más amplio de ejercicio del derecho a la libre expresión para determinados grupos culturales que al resto de la sociedad sobre la base de la necesidad de reconocer y reafirmar su diferencia cultural, cuando el ejercicio del derecho atente contra intereses o derechos de terceros, ya pertenecientes al propio grupo, ya ajenos al mismo. Dicho de otro modo, las demandas de reconocimiento cultural no pueden justificar que determinados grupos diferenciados puedan, por ejemplo, incitar a la discriminación o el sometimiento de otros colectivos –mujeres, homosexuales- por mucho que ello sea constitutivo de su identidad o fomente la cohesión interna del colectivo. La limitación de la libertad de expresión tiene que fundarse en un principio general de libertad y, por ello, en argumentos generalizables a todos por igual –tal como, por ejemplo, el *daño* que pueda ocasionar-, pero no a partir de esa necesidad diferenciada de reconocimiento identitario. El sacrificio de intereses personales en este caso no se ponderaría con la libertad de expresión, sino con la defensa de la identidad cultural, lo que resultaría a todas luces desproporcionado.

Por lo demás, entiendo que tampoco los autores adscritos a esta línea de pensamiento sostendrían dichas posiciones. Ni Taylor ni Kymlicka están dispuestos a renunciar a la prioridad de los derechos fundamentales cuando la reafirmación de identidades culturales pasa por la discriminación hacia terceros. Kymlicka, en particular, enfatiza que defender la política del multiculturalismo no implica asumir los postulados del comunitarismo y renunciar a la premisa liberal de que el individuo pueda poner en tela de juicio su propio horizonte moral y cultural. Tal autonomía moral es un valor esencial a proteger, por lo que el Estado no puede permitir

⁵⁹ En este sentido, SONG, 2010.

⁶⁰ Cfr. TORBISCO, 2006, p. 187.

que el grupo de pertenencia imponga coactivamente a sus miembros un orden de valores o de cualquier otro modo restrinja la libertad de los ciudadanos⁶¹.

2. El daño del discurso del odio

2.1. *El discurso hostil a las minorías*

Más relevantes son las consecuencias que puede conllevar el multiculturalismo desde el punto de vista del destinatario del discurso. La cuestión que ahora se plantea es, en cierto modo, la inversa: ¿deben limitarse los márgenes de ejercicio de la libertad de expresión de todos los ciudadanos para proteger los valores o vigentes en las tradiciones de grupos (más o menos) minoritarios? Concretado en el ejemplo más controvertido actualmente –y que ha adquirido tintes trágicos en casos como los de *Theo Van Gogh* o *Charlie Hebdo*–: ¿debe prohibirse el discurso atentatorio u ofensivo contra los valores del Islam?⁶²

Con independencia de otra serie de consideraciones que puedan valorarse para responder a tal cuestión, en lo que ahora nos interesa cabe afirmar que los presupuestos del multiculturalismo llevarían a una respuesta afirmativa, en la medida en que ese discurso viniera a menoscabar la *identidad cultural* de quienes profesan esa religión.

Hemos manifestado unas líneas más arriba que las restricciones al derecho a la libre expresión deben fundamentarse en un principio general de libertad, y no en reivindicaciones particularistas no justificables *erga omnes*. Pues bien, este presupuesto sí quedaría satisfecho desde las reivindicaciones del multiculturalismo en este punto, si esa identidad cultural se identifica con un *bien* merecedor de protección ante las consecuencias que su lesión puede conllevar para la dignidad, el honor o el libre desarrollo de la personalidad de quienes se identifican con ese grupo o esa tradición.

A este respecto, una de las más relevantes contribuciones del multiculturalismo al debate sobre el discurso de odio y los límites a la libertad de expresión radica en la identificación o concreción del *daño* que aquel causa; cuestión esencial de la discusión pues de la posibilidad de concretar la lesividad del discurso de odio dependerá la legitimidad de su restricción bajo pena. Desde esta perspectiva, la lesividad del discurso de los intolerantes se configura partir de la vinculación de determinados rasgos de la identidad cultural con atributos inherentes a la noción de ciudadanía y, por ello, al respeto que la persona merece en la interacción social. En esencia, los elementos de lesividad que vienen destacándose desde el multiculturalismo serían los siguientes: de una parte, el daño a la dignidad deriva-

⁶¹ KYMLICKA, 1995, pp. 92, 94 ss.

⁶² Ponen de relieve autores como KYMLICKA, 1995, pp. 35, 94, 153; GIANNI, 2001, pp. 19 ss.; o SONG, 2010, que cuestiones como la expresada constituyen una de los más acuciantes dilemas en las actuales sociedades occidentales.

da de la identidad cultural; de otra, el daño a la “reputación comunicativa” del grupo identitario.

2.2. *La lesión de la dignidad o el honor derivado de la identidad cultural.*

Ya hemos tenido ocasión de exponer la íntima vinculación que desde el multiculturalismo se traza entre identidad cultural e identidad personal, entre cultura y dignidad: como hemos visto, desde ese sector se traza una relación *constitutiva* entre la dignidad de las personas y las creencias, símbolos o prácticas culturales que dotan de identidad a los grupos a los que pertenecen; en los términos de Charles Taylor, forman parte de las “fuentes de su yo”. Por ello, la falta de reconocimiento y el menosprecio a tales particularidades constituirán (en palabras del autor canadiense), una “forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado o reducido”; en consecuencia, todo discurso dirigido a menospreciar o hacer escarnio de esos elementos definitorios de la identidad del colectivo conllevará una grave ofensa a la dignidad de cada uno de sus miembros. En palabras de Añón Roig, “una identidad infravalorada o no reconocida causa un daño al individuo, en tanto que su identidad se forja en un contexto, en una relación dialéctica con una lengua y una cultura y eso forma parte de las fuentes de su yo”. Si la cultura no es “un añadido superfluo”, sino que forma parte de los rasgos constitutivos de la persona, el desprecio hacia su cultura conllevará un atentado a su dignidad⁶³.

2.3. *El daño a la reputación comunicativa*

De otra parte, desde posiciones cercanas al multiculturalismo se denuncia también el “efecto silenciador” del discurso de odio⁶⁴. Asumiendo igualmente esa íntima vinculación entre dignidad personal e identidad cultural, se pone el acento en el daño reputacional que generan los ataques sobre la identidad de los grupos minoritarios, y la consiguiente merma en las posibilidades de intervenir e influir en el debate público. Desde esta concepción –defendida por señaladas voces del feminismo como Katherine MacKinnon⁶⁵ o Caroline West, por representantes del *critical race theory*⁶⁶ o por Owen Fiss-, se afirma que los mensajes hostiles y discriminatorios, al minusvalorar la dignidad y negar el reconocimiento social de determinadas minorías, les impiden intervenir con plenitud en la deliberación pública, pues sus palabras carecerán de toda influencia social al haber sido desautorizadas con la pérdida de reputación y consideración como iguales.

⁶³ AÑÓN, 2001, pp. 227-228.

⁶⁴ Un amplio análisis de esta concepción puede verse en POST, 1994, p. 143 ss.

⁶⁵ Enfocando la discusión desde la exigencia de restringir la pornografía, como práctica que menoscaba la dignidad de las mujeres y, por ello, silencia sus demandas de igualdad. Amplia y críticamente sobre esa concepción, cfr. DWORKIN, 1996, pp. 214 ss.

⁶⁶ Cfr. LAWRENCE, 1993, pp. 77 ss.

West considera que la libertad de expresión requiere el cumplimiento de tres condiciones: mínima distribución, mínima comprensión, y mínima consideración hacia su contenido. La mera posibilidad de proferir un mensaje a un auditorio no es suficiente para garantizar su ejercicio, sino que para ello será necesario un cierto grado de difusión del mensaje entre sus destinatarios, que el auditorio se halle en situación de entender su motivación y significado y que muestre cierta disposición a someterlo a reflexión crítica⁶⁷. En una versión de mínimos, el derecho a la libre expresión –afirma West- no impone al Estado ni a los ciudadanos la obligación positiva de escuchar, comprender y mostrar consideración hacia los discursos ajenos, pero sí el deber negativo de no realizar conductas dirigidas a impedir tales condiciones mínimas del discurso, y el consiguiente deber del Estado de restringir tales conductas⁶⁸.

Los mensajes racistas y denigratorios contra grupos culturales minoritarios impiden que el discurso de tales minorías pueda ser escuchado, comprendido y tenido en consideración por la opinión pública. Ello se debe no solo al clima intimidatorio que puede generar, sino también a partir de la progresiva merma de la reputación de tales grupos, producida a través del asentamiento de prejuicios y estereotipos –los negros tienen menos capacidad intelectual, el Islam es una religión violenta que promueve el terrorismo, los gitanos son vagos y ladrones...- que dan lugar a una pérdida de autoestima y, por parte del auditorio, a que sus mensajes sean tergiversados o ignorados⁶⁹. En palabras de Owen Fiss, “las expresiones de odio tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo así su plena participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Aun cuando estas víctimas se expresen, sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran”⁷⁰. Como consecuencia de esa merma en la “reputación comunicativa” –si así quiere denominarse- que genera el discurso de odio, las reivindicaciones de esos grupos minoritarios no conseguirán calar en la opinión pública y quedarán por ello fuera de la agenda política⁷¹.

En España, también Fernando Rey parece acoger este aspecto como justificación de la necesidad de restringir el discurso de odio⁷². Frente a la concepción de que las ideas pueden ser combatidas con otras ideas, Rey destaca el hecho de que no todos los discursos tienen igual facilidad de acceso y capacidad de impacto en la arena pública, y que el racismo invisible y “líquido” existente en nuestra sociedad impi-

⁶⁷ WEST, 2012, pp. 226-230.

⁶⁸ WEST, 2012, pp. 231 s.

⁶⁹ WEST, 2012, pp. 237, 240-243

⁷⁰ FISS, 1996, p. 28. En igual sentido, FISS, 1995, p. 287.

⁷¹ En palabras de LAWRENCE, 1993, p. 78: “el discurso racista distorsiona el mercado de las ideas al atenuar o devaluar el discurso de los negros u otras minorías discriminadas. Con independencia de su valor intrínseco, sus palabras e ideas resultarán menos valiosas en el mercado de las ideas”.

⁷² Aunque, con mucho más tino que otras voces, considera preferible que la respuesta sea de carácter administrativo o civil (REY, 2015, pp. 52-53).

de que los grupos minoritarios puedan tener igual protagonismo en el debate. El discurso racista, afirma, atenta “contra el mismo principio democrático porque devalúa la participación de los grupos-diana, convirtiéndoles en minorías aisladas y sin voz en el proceso político, con una ciudadanía debilitada”⁷³.

IV. ¿CUÁNTA INTOLERANCIA HACIA LOS INTOLERANTES?

1. Tolerancia

Expuestos de manera sintética el conflicto que el discurso de odio genera en las sociedades multiculturales, podemos retornar la cuestión que motiva estas páginas: ¿cuánta intolerancia permite un régimen de tolerancia?

La estabilidad en sociedades pluralistas y complejas presupone alcanzar un marco de normas justas de convivencia que pueda surgir de las distintas doctrinas morales o religiosas que cada cual profesa –lo que Rawls denomina el consenso entrecruzado⁷⁴-. La deliberación racional presupone, en consecuencia, que cada ciudadano pueda exponer a otros su concepción sobre los asuntos públicos, y la expectativa recíproca de que éstos se mostrarán dispuestos a comprender el sentido y argumentos en que tal concepción se sostiene. Pero dado que los planteamientos políticos emanarán inevitablemente de cada particular conjunto de creencias morales o religiosas, la deliberación pública en sociedades pluralistas exigirá también un cierto grado de compromiso en comprender y tolerar esas doctrinas comprensivas⁷⁵. Ese compromiso formaría parte de las virtudes propias de la ciudadanía democrática: en la línea propuesta por el republicanismo⁷⁶, el ciudadano ha de desplegar un interés activo por contribuir a la deliberación sobre asuntos públicos y en ser permeable –como presupuesto para esa deliberación- a las distintas opciones ideológicas y morales vigentes⁷⁷.

La *tolerancia* destaca como una de esas virtudes políticas inherentes a la ciudadanía democrática, pues constituye un presupuesto necesario para intervenir en la deliberación pública racional en sociedades pluralistas. Como afirma Walzer, “tolerar y ser tolerado...es la ocupación de los ciudadanos en una democracia”⁷⁸.

⁷³ REY, 2015, pp. 67.

⁷⁴ Cfr. RAWLS, 2004, pp. 165 ss.

⁷⁵ En este sentido, MCKINNON, 2008, p. 62.

⁷⁶ Sobre el republicanismo y la relevancia que se asigna a las virtudes cívicas y políticas, cfr. OVEJERO/MARTÍ/GARGARELLA, 2004, pp. 18 ss., p. 24: “el estatuto republicano de ciudadanía no sólo proporciona al individuo determinados derechos vinculados a la libertad, sino que además le exige asumir determinados deberes que van más allá del mero respeto a los derechos de los demás. Implica asumir un compromiso en relación con los intereses fundamentales de la sociedad en su conjunto”.

⁷⁷ Cfr. MICHELMAN, 1988, p. 293, destacando como una de esas virtudes propias del ciudadano de una democracia deliberativa la “disposición a permanecer abierto a la persuasión de las razones de otros”. Cfr. también, como adalides de una concepción republicana de la libertad de expresión, MEIKLEJOHN, 1961, p. 255; SUNSTEIN, 1988, pp. 1548 ss.

⁷⁸ WALZER, 1997, p. xi.

Pero ¿hasta dónde debe llegar esa tolerancia sin poner en jaque la propia estabilidad democrática?

La tolerancia constituye, ciertamente, uno de los atributos necesarios para que el uso público de la razón tenga sentido: sin lugar a dudas, la disposición a acceder al discurso del otro y comprender su sentido con fines a alcanzar acuerdos equitativos presupone un cierto grado de tolerancia hacia sus convicciones morales, religiosas o ideológicas. Pero esa tolerancia, entendida como respeto mutuo entre iguales⁷⁹ y como disposición al entendimiento, no puede imponerse por la coacción estatal, sino que habría de surgir espontáneamente del propio uso de la razón pública entre visiones comprensivas y enfrentadas de lo bueno, de la convivencia dialéctica entre distintas comunidades culturales⁸⁰. El Estado podrá, todo lo más, regular el entorno en el que tiene lugar el debate público, y fomentar el acercamiento entre tradiciones o culturas, mas no imponer la tolerancia por medios coactivos.

Por más que la tolerancia de los ciudadanos sea determinante para la convivencia pacífica, y que el Estado deba promover las condiciones necesarias para su desarrollo, la cuestión que nos interesa es el margen de tolerancia desplegado por la acción política estatal⁸¹. A fin de delimitar el marco de análisis, será bueno comenzar por una breve referencia conceptual, para después intentar establecer distintos niveles de “tolerancia” en los que inscribir el discurso hostil y prácticas sociales semejantes.

El concepto de tolerancia se resiste a una definición simple, dada su carga valorativa. No es inhabitual ver cómo en conflictos sociales relacionados con la libre expresión o la libertad de conciencia la tolerancia es empleada como arma arrojada por ambas facciones del debate: quienes promueven la presencia de crucifijos en escuelas públicas exigen tolerancia con la tradición religiosa occidental a los que profesan otras religiones o ninguna; estos, a su vez, consideran dicha imposición intolerante. De igual modo, quienes consideran que debe permitirse el uso del velo islámico tildan a quienes se oponen de intolerantes con el Islam y con la libre decisión de sus practicantes, mientras que estos defienden la prohibición del velo en determinados espacios públicos precisamente porque constituye un símbolo de

⁷⁹ Se corresponde con la concepción de la “tolerancia como respeto” de FORST, 2008, p. 74. Como destaca este autor, la tolerancia es al mismo tiempo una virtud de la justicia y una demanda de la razón pública (p. 78).

⁸⁰ FORST, 2008, p. 72.

⁸¹ Cfr. MCKINNON, 2008, p. 62, distinguiendo con claridad la tolerancia personal de la política. Semejante, FORST, 2008, p. 73, quien diferencia la tolerancia como actitud personal de la tolerancia como práctica estatal. Lógicamente existirá una línea de continuidad entre los márgenes de tolerancia desplegados en la acción estatal y la que pueda desarrollarse en las relaciones intersubjetivas. Interesante es a este respecto la concepción de Bollinger, quien considera que debe darse un amplio margen de protección al ejercicio de la libre expresión por entender que la pluralidad de voces y discursos enfrentados contribuye al fomento de la tolerancia en sociedad; es decir, que la tolerancia hacia el discurso intolerante reproduce la tolerancia inherente a una sociedad abierta, ilustrada y democrática (Cfr. BOLLINGER, 1986, pp. 104 ss.).

intolerancia hacia las mujeres⁸². La dificultad de delimitación conceptual conlleva aporías a la hora de fijar los límites de la tolerancia y de resolver la paradoja: si la tolerancia debe acabar cuando comienza la intolerancia de los otros, basta con calificar al otro como intolerante para que queda justificada la restricción de su derecho a ejercitar la práctica social controvertida⁸³.

La dificultad conceptual radica precisamente en que la noción de tolerancia engloba casi su antónimo, en tanto presupone un juicio de valor negativo: solo se tolera lo que *a priori* se considera rechazable, lo que valoramos negativamente⁸⁴. Es debido a ello que, constituyendo una de las virtudes cívicas por excelencia, en ocasiones el ejercicio de tolerancia puede no ser sino expresión velada de condescendencia o discriminación (piénsese en manifestaciones como “debemos tolerar a los negros”). Si bien se concibe como la virtud que permite la convivencia en la diversidad⁸⁵, enfrentada a nociones como las de respeto o reconocimiento, la noción de tolerancia (o al menos una de sus acepciones) presupone una relación vertical, y no horizontal, entre el que tolera y el tolerado, que no está basada en el merecimiento o en el ejercicio de un derecho (no existe un derecho a ser tolerado), sino en una concesión, siempre mutable en función de las circunstancias. A ello responde el adagio de Goethe: “la tolerancia debería ser únicamente una actitud temporal, debiendo llevar al reconocimiento. Quien tolera insulta”⁸⁶. Es debido a esa valoración negativa implícita en la tolerancia que desde el multiculturalismo se rechace como forma de relación con los grupos culturales minoritarios y se reivindique el pleno reconocimiento.

2. Niveles de tolerancia

Conceptualmente, la tolerancia presupone, en todo caso, un conjunto de *razones de rechazo* a determinada práctica social (o, en nuestro caso, determinado discurso), y un conjunto de *razones de aceptación* –pragmáticas, éticas o morales– que en la ponderación con las primeras ostentarán mayor peso; ponderación que dependerá del contexto en que se despliegue la relación entre los sujetos activo y pasivo de la tolerancia⁸⁷. Dada su dependencia normativa, “la tolerancia puede estar basada en el respeto mutuo, o puede en cambio ser manifestación de rechazo o domina-

⁸² Esa circunstancia es relativamente habitual en los conflictos abordados por el multiculturalismo: cuando las prácticas culturales de un grupo minoritario y demandadas como parte de su identidad (exigiendo por ello tolerancia o respeto hacia las mismas) contradicen valores o reglas morales del Estado liberal (exigidas a su vez como pautas mínimas de convivencia). Cfr. MCKINNON, 2006, pp. 102-103.

⁸³ Sobre tales cuestiones, cfr. FORST, 2004, pp. 312 ss.; FORST, 2012, pp. 50 s.: la tolerancia es un *normatively dependent concept*.

⁸⁴ Cfr. MCKINNON, 2006, pp. 14-15, 18 ss.; MCKINNON, 2008, pp. 56 ss.: la tolerancia presupone la objeción de lo que se tolera; FORST, 2012, pp. 50 ss.

⁸⁵ Cfr. por ejemplo WALZER, 1997, pp. 2 ss.

⁸⁶ Citado por FORST, 2012, p. 50.

⁸⁷ Acojo aquí el modelo conceptual de FORST, 2012, pp. 50 ss.

ción”⁸⁸. Ello dependerá en gran medida de cuáles sean esas razones de aceptación, estando la tolerancia más o menos arraigada según emane de criterios éticos o de justicia o derive de motivos puramente pragmáticos⁸⁹.

Desde esa tensión entre rechazo y aceptación inherente a la tolerancia, podríamos establecer cinco niveles graduales de trato a aquellos discursos sociales *prima facie* rechazables por un Estado democrático⁹⁰:

- *Represión*. Consiste en la utilización del aparato punitivo estatal contra aquellas prácticas discordantes con los valores constitucionales o con las tradiciones de cultura hegemónica. Ciertamente, no puede aquí hablarse de tolerancia en grado alguno, pues no entran en juego razones de aceptación. Como nítido ejemplo de esta opción frente a tradiciones culturales minoritarias puede citarse, entre otros, la prohibición expresa de la mutilación genital femenina⁹¹.
- *Disuasión no coactiva*. Sin llegar a la represión coactiva, el Estado puede también ejercer la intolerancia adoptando políticas dirigidas a desalentar o silenciar aquellos discursos o prácticas que considera rechazables, regulando administrativamente los cauces de manifestación de esa práctica o discurso, o articulando políticas activas dirigidas a disminuir o silenciar su difusión -excluyéndolas de la concesión de ayudas o subvenciones públicas, por ejemplo-. En este nivel la tolerancia es mínima, pues las razones de aceptación únicamente alcanzan a limitar la aplicación del *ius puniendi*.
- *Tolerancia*. El Estado puede también mostrarse neutral frente a determinada práctica o discurso inicialmente rechazable (si no hubiera razones iniciales de rechazo no estaríamos ante una situación de tolerancia, sino ante la mera indiferencia), y optar por no desalentarlo pero tampoco por promocionarlo. Puede hablarse de una suerte de equilibrio en la balanza entre las razones de aceptación y las de rechazo. Esa neutralidad puede estar basada en razones ético-políticas, tal como por ejemplo asume el Tribunal Supremo americano en su doctrina de la Primera Enmienda, entendiéndose que el principio de neutralidad obliga al Estado a mantenerse equidistante frente a las diferentes religiones u opciones ideológicas⁹². Pero pueden ser también razones de utilidad social o pragmáticas –como evitar reacciones sociales adversas- las que lleven al Estado a optar por ese principio de tolerancia.
- *Inclusión institucional*. Este nivel constituiría el reverso de la disuasión estatal. Ante determinadas prácticas o discursos minoritarios, el Estado opta por im-

⁸⁸ FORST, 2012, p. 50.

⁸⁹ Cfr. MCKINNON, 2006, p. 15 s.

⁹⁰ Sigo en esto a MCKINNON, 2008, pp. 56 ss., si bien reformulo algunos de sus planteamientos para adaptarlos al tema que nos ocupa. Nociones solo semejantes maneja FORST, 2012, pp. 73 ss. a la hora de establecer distintos conceptos de tolerancia: *permission, coexistence, respect, y esteem*.

⁹¹ Expresa en tanto en cuanto el legislador penal optó por crear un tipo penal específico, en el artículo 149.2 CP, pese a que tales conductas ya quedaban abarcadas el apartado primero del mismo precepto.

⁹² Cfr. ALCÁCER, 2015, pp. 69-70.

plementar políticas de inclusión en instituciones y foros políticos, económicos y sociales, adoptando políticas de discriminación positiva o de cuota, por ejemplo, con el fin de reequilibrar la posición minoritaria o silenciada que ocupa en sociedad.

- *Políticas de reconocimiento*⁹³. Este último nivel de relación con prácticas o discursos que, por ser minoritarios o entrar en conflicto con los valores mayoritarios, pueden ser *prima facie* ignorados o rechazados, sería el demandado por el multiculturalismo: no solo una mera actitud tolerante, neutra o indiferente hacia la situación de esos grupos minoritarios, sino un compromiso activo de promover las diferencias culturales identitarias como algo positivo, y de ofrecer a esas prácticas religiosas o culturales las mismas posibilidades de actuación y expresión social que a las hegemónicas u oficiales.

V. LÍMITES DE LA INTOLERANCIA HACIA LOS INTOLERANTES. LA PROTECCIÓN DE LA ESFERA DE DELIBERACIÓN PÚBLICA

1. El discurso de odio como discurso protegido

A partir de esos cuatro modelos genéricos de actuación, volvamos al interrogante del título: ¿cuánta tolerancia hacia los intolerantes? Sin perjuicio de algunas conclusiones que después intentaré exponer, entiendo necesario sentar ya, sintéticamente, algunos presupuestos de la criminalización de la libre expresión, que servirán como puntos de partida.

La restricción (bajo pena, en su caso) del discurso de odio ha de fundamentarse a partir de dos estrategias⁹⁴: (i) o bien buscando argumentos para excluirlo del ámbito de lo protegido, (ii) o bien justificando la proporcionalidad de la prohibición ante la gravedad del daño que la conducta expresiva conlleva para otros intereses merecedores de protección.

La primera opción consiste en la *delimitación* del contenido del derecho fundamental. Si desde el fundamento basado en el principio democrático hemos concluido que todo discurso con relevancia pública debe formar parte de lo protegido por el derecho, y se ha rechazado ya, por ello, la opción de acudir a otro fundamento *ad hoc* para excluir de lo protegido al discurso de odio, la prohibición del discurso hostil pasaría por restarle ya el atributo de “discurso”, ya el de “público”. Negar la condición de “discurso”, o de “expresión” a determinados comportamientos permitiría, en efecto, privar a determinadas conductas de protección constitucional, al

⁹³ McKinnon lo denomina “*oficial promotion*”.

⁹⁴ Que no son, en realidad, sino las dos formas de establecer el marco de ejercicio de un derecho fundamental: la *delimitación* de su contenido y la *limitación* de su aplicación. Cfr. al respecto, MEDINA, 1996, pp. 11 ss. y *passim*.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012, pp. 78 ss.

excluir las conceptualmente del contenido del derecho. Desde esta perspectiva, existe un amplio consenso en que comportamientos tales como las amenazas directas, las *fighting words*⁹⁵ o la inducción al delito no están amparadas por el derecho porque ni siquiera cumplen el presupuesto mínimo de ser “expresión” en el sentido constitucional del término. Siguiendo esta línea, también puede excluirse del ámbito de lo protegido la proferencia de *meros insultos*, claramente desvinculados de un discurso de carácter político y cuando puede concluirse *ex ante* que no aspiran a intervenir en la deliberación sobre asuntos de relevancia pública⁹⁶.

Dando un paso más, y apelando a la función de la libertad de expresión, podría también rechazarse que el discurso de odio en su conjunto tenga carácter “público”, considerando que no aborda cuestiones de relevancia pública o que no aporta ningún valor al desarrollo de una opinión pública libre⁹⁷. Así, tomando la literalidad de las clásicas palabras de Meiklejohn, podría decirse que si la libertad de expresión no garantiza a decir cualquier cosa, sino a que “pueda decirse todo lo que merezca ser dicho”⁹⁸, ni el discurso racista o el xenófobo merecen ser oídos pues nada aportan a un esquema de deliberación racional como el que debe desenvolverse en la esfera pública (*delimitación conceptual*). Todavía dentro de esa estrategia de delimitación negativa, más radical es la opción de asumir el presupuesto de la democracia intolerante y excluir de raíz la protección del derecho a todo discurso contrario a los valores democráticos. Ello es lo que en ocasiones hace el TEDH cuando aplica la cláusula de abuso de derecho del artículo 17 CEDH, tal como vimos⁹⁹ (*delimitación axiológica*).

Por lo que respecta a la primera estrategia, de delimitación negativa, desde mi

⁹⁵ La categoría de las *fighting words* fue acuñada por el Tribunal Supremo en *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), en la que, refiriéndose a ese conjunto de expresiones con escaso valor constitucional (“*low value speech*”), el Tribunal Supremo afirmó lo siguiente: “Hay unas bien definidas y limitadas clases de expresiones cuya prevención y castigo jamás se pensó que engendraran un problema constitucional. Ellas incluyen las expresiones impúdicas, obscenas, indecentes, difamatorias y los insultos o expresiones beligerantes [*fighting words*], que por su mera proferencia infligen un daño o tienden a incitar una inmediata ruptura de la paz pública... Tales expresiones no son parte esencial de ninguna exposición de ideas, y son de tan escaso valor social para llegar a la verdad que cualquier beneficio que podría ser derivado de ellas se ve claramente superado por el interés que la sociedad tiene en el orden y la moralidad”. Posteriormente (en *Cohen v. California* [1972] y *Gooding v. Wilson* [1972]), el Tribunal Supremo ha restringido la noción de las *fighting words* a los casos de expresiones insultantes y abusivas dirigidas cara a cara a otra persona concreta, y susceptibles de generar una reacción violenta.

⁹⁶ Como es sabido, existe una consolidada doctrina constitucional según la que la libertad de expresión no reconoce un pretendido derecho al insulto, estando excluidas de su esfera de protección “las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate” (por todas, con ulteriores referencias, STC 232/2009, de 9 de diciembre). Cuestión distinta, y que puede quedar al margen en este momento, es si la prohibición frente a tales insultos debiera ser penal, administrativa o si debiera articularse una respuesta de carácter civil.

⁹⁷ Enuncia esa posibilidad REVENGA, 2004, pp. 33, y 39.

⁹⁸ Meiklejohn, *Political Freedom: the Constitutional powers of the People*, 1960, pp. 26-27 (citado por KROTOSZYNSKI, 2004, p. 1564-1565, nota 82).

⁹⁹ Cfr. también, asumiendo esa línea, CATALÁ I BAS, 2001, pp. 185 ss.

punto de vista deben rechazarse aquellas opciones consistentes en apelar a criterios *axiológicos* de delimitación, excluyendo la protección del discurso en función de su contenido contrario a valores democráticos. Siguiendo a Dworkin, ello es contradictorio con el principio democrático y el principio de igualdad política: al silenciar coactivamente, con los medios del Derecho penal, una de las voces que confluyen en el debate público, el propio sistema democrático se deslegitima, y con él las normas aprobadas por la mayoría, incluidas aquellas que protegen frente a la discriminación y la violencia¹⁰⁰. Por ello, la exclusión del discurso en atención a su contenido ideológico o moral atenta frontalmente contra el principio de autonomía política del ciudadano y resulta incompatible con una democracia que se define como no militante (STC 235/2007).

Y tampoco creo que resulte plausible una delimitación de índole *conceptual* como vehículo para desproteger el discurso intolerante. De una parte, es indudable que no toda forma de expresión debe *per se* formar parte del contenido del derecho, por lo que –a diferencia del criterio axiológico– sí será preciso acudir a criterios de delimitación, basados en el fundamento de protección¹⁰¹, para configurar su ámbito de ejercicio. Así, desde el fundamento de deliberación sobre asuntos públicos, no es sino razonable excluir de la protección del derecho a aquellas conductas que no pueden interpretarse como contribución a esa esfera de deliberación, ya por perseguir otros fines, ya por realizarse en un contexto privado, ya por carecer manifiestamente de relevancia pública. La libertad de expresión no garantiza al ciudadano a decir lo que a cada uno venga en gana, por mucho que pueda ser funcional a la autorrealización del individuo. Ello podrá quedar amparado bajo un principio general de libertad, pero no formará parte del derecho a la libre expresión ni, por ello, gozará de la protección reforzada que se le atribuye¹⁰².

Será relevante, en este sentido, trazar la diferencia entre conductas expresivas que tienen el deliberado y exclusivo ánimo de incitar a la violencia o la discriminación –desvinculadas de antemano, por tanto, de la finalidad de contribuir a un debate sobre asuntos públicos–, de aquellas conductas que, dirigidas a tal fin legítimo, por el empleo de un lenguaje virulento u hostil hacia algún grupo o colectivo social, puedan ser idóneas para generar reacciones de rechazo hacia esos grupos en la opinión pública.

¹⁰⁰ DWORKIN, 2009, pp. xi ss.

¹⁰¹ POST, 2011, p. 478.

¹⁰² En este sentido, deben rechazarse aquellas concepciones que fundan la libertad de expresión en el principio de autonomía moral, tal como por ejemplo hace Edwin Baker. Afirma este autor que “el Estado sólo respetará la autonomía individual si permite a los ciudadanos expresar en su discurso sus propios valores; sin importar qué valores son y con independencia de si ese discurso daña a otras personas” (BAKER, 2009, p. 142). Ello conlleva la imposibilidad de sentar diferencias en la protección de la expresión, porque desde la autonomía individual del hablante todas habrán de tener igual valor. (Cfr. POST, 2011, p. 479: “desde la perspectiva de ese valor, la Primera Enmienda toma a todas las ideas como iguales porque todas las ideas reflejan de igual modo la autonomía de los hablantes, y porque su autonomía merece igual respeto”). Una amplia crítica a las tesis de Baker puede verse en WALDRON, 2012, pp. 144 ss.

Como se afirmó en la STC 136/1999, “no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre”.

Tales formas de discurso del odio dirigidas a intervenir el debate sobre asuntos públicos no pueden excluirse del ámbito de lo protegido en virtud de este criterio de delimitación, considerándolas *a priori* irrelevantes para la deliberación pública en virtud del contenido del mensaje. Como ya he puesto de manifiesto, si algo caracteriza al discurso intolerante es que se proyecta sobre asuntos que a todos nos conciernen –asuntos públicos, y no privados- y que por lo general plantea una –más o menos articulada- propuesta política acerca de cómo abordar determinados conflictos sociales. Ello es más que suficiente para incardinar el discurso intolerante bajo la esfera de protección del derecho¹⁰³.

Además, debe tenerse presente que la propia determinación del contenido del derecho, y la consiguiente delimitación de las conductas que caen bajo su esfera de protección (así como, por lo demás, la interpretación del Código Penal), habrá de venir presidida por un juicio *pro* derecho fundamental, a fin de evitar reducir en exceso el campo de libertad en la deliberación pública y desalentar el propio ejercicio del derecho¹⁰⁴.

En definitiva, y reiterando la premisa de la que partíamos, el discurso de odio está *prima facie* protegido por el derecho fundamental, por lo que su restricción solo podrá justificarse en función del menoscabo que su ejercicio pueda causar sobre otros intereses protegidos de similar rango constitucional, en virtud de un juicio de proporcionalidad. Y su restricción *bajo pena* solo será proporcionada cuando el daño causado pueda considerarse de una gravedad relevante, cuando no exista otro medio susceptible de combatir ese daño con menor restricción de derechos y cuando la prohibición no disuada en exceso el ejercicio legítimo del derecho fundamental¹⁰⁵.

2. Restringir la libertad de expresión para proteger la libertad de expresión

Con independencia de su más o menos plausible corroboración empírica, el planteamiento desplegado por quienes atribuyen al discurso de odio un efecto silenciador sobre las voces de los grupos minoritarios resulta muy sugerente, pues

¹⁰³ En igual sentido, por ejemplo, manifiesta SUNSTEIN, 1993, p. 163, que el discurso del odio –salvo casos extremos de *fighting words* proferidas cara a cara- ha de entenderse necesariamente como político, “en el sentido de que constituye una declaración consciente sobre cómo deben resolverse determinadas controversias políticas”.

¹⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012, pp. 78-79.

¹⁰⁵ Sobre el efecto desaliento y su articulación en el seno del juicio de proporcionalidad, cfr. en particular CUERDA, 2007, *passim*.

en lugar de enfrentar la libertad de expresión con otros intereses –como la igualdad, la dignidad o el honor- asume que el interés dañado es la propia libertad de expresión, ostentando entonces ambos platos de la balanza igual valor constitucional¹⁰⁶. La restricción del discurso de odio se justifica, así, en la defensa de la libre expresión y, en última instancia, en el propio valor de la deliberación pública: es preciso restringir la libertad de expresión (de los racistas, de los xenófobos) para proteger la libertad de expresión (de las minorías étnicas, de los inmigrantes).

No obstante, esa sugerente premisa debe matizarse. Los requisitos de mínima distribución, comprensión y consideración de que hablaba Caroline West no forman parte del derecho fundamental, sino que son, todo lo más, condiciones fácticas para que el discurso público pueda conseguir su efecto de influenciar a la opinión pública. Por más que resulte deseable que en la esfera de discusión pública todos los grupos puedan tener iguales posibilidades de acceso y de influencia, ello no constituye una garantía inherente al derecho fundamental, ni cabe, en consecuencia, derivar del mismo un mandato constitucional de proporcionar tales posibilidades de igual acceso o influencia en el debate. Por ello, en rigor, la ponderación planteada no es entre libertad y libertad (de expresión), sino, antes bien, entre libertad e igualdad¹⁰⁷.

Por tal razón, en la propuesta de estos autores tampoco llega a justificarse por qué la única solución a adoptar desde el poder público para amplificar las voces de los grupos minoritarios deba ser la restricción de la libre expresión de los intolerantes –ni, menos aún, que tal restricción deba ser bajo pena-. Acogiendo los gráficos términos de Owen Fiss, a fin de satisfacer esa demanda, a veces será necesario “repartir megáfonos” por el Estado “a aquellos cuyas voces de otra forma no serían oídas en la plaza pública”¹⁰⁸. Pero para ello existen otras posibilidades menos desproporcionadas que restringir la libre expresión política de los intolerantes. Si el daño se produce sobre la repercusión comunicativa y sobre las posibilidades de interacción en la esfera de la opinión pública, es en ese ámbito donde debieran intentar buscarse remedios compensatorios¹⁰⁹.

3. El ámbito de la opinión pública

En toda aproximación, ya sociológica, ya política, al funcionamiento del sistema democrático, se destaca la importancia que para su desarrollo ostenta la existencia

¹⁰⁶ Afirma en este sentido Fiss que desde esa perspectiva el discurso de odio y su restricción no se plantea como un conflicto entre libertad e igualdad, sino como un “conflicto entre libertad y libertad” (FISS, 1996, p. 27). En semejante sentido, WEST, 2012, p. 222, manifiesta que el objeto de su postura es elaborar un argumento basado en la libertad de expresión para prohibir la libre expresión de los racistas. Cfr. DWORKIN, 1996, p. 220, quien por tal razón reconoce que estamos ante un “poderoso argumento”.

¹⁰⁷ Cfr. DWORKIN, 1996, pp. 234 ss.

¹⁰⁸ FISS, 1996, p. 14.

¹⁰⁹ En este sentido, POST, 1994, p. 146.

de una *opinión pública* vigorosa. De entre los planteamientos de índole normativa, es quizá Habermas quien ha llevado a cabo un mayor desarrollo del concepto y ha profundizado en la directa relación entre el desarrollo de la opinión pública y la estabilidad democrática. Para el autor alemán, el “espacio público-político”¹¹⁰, como ámbito donde se desarrolla la opinión pública, actúa a la vez como presupuesto y como garante de la democracia.

“Por espacio público –afirma- entendemos un ámbito de nuestra vida social, en el que se puede construir algo así como opinión pública. La entrada está fundamentalmente abierta a todos los ciudadanos. En cada conversación en la que los individuos privados se reúnen como público se constituye una porción de espacio público [...] Los ciudadanos se comportan como público, cuando se reúnen y conciertan libremente, sin presiones y con la garantía de poder manifestar y publicar libremente su opinión, sobre las oportunidades de actuar según intereses generales. En los casos de un público amplio, esta comunicación requiere medios precisos de transferencia e influencia: periódicos y revistas, radio y televisión son hoy tales medios del espacio público”¹¹¹.

Esa esfera de diálogo social¹¹² adquiere una relevancia esencial cuando se proyecta sobre el ámbito político, tanto en la influencia de la toma de decisiones como en la crítica a la actividad de los poderes públicos. “Cuando el ejercicio del dominio político se subordina efectivamente a la demanda pública democrática, logra el espacio público político una influencia institucional en el gobierno por la vía del cuerpo legislativo. El título ‘opinión pública’ tiene que ver con tareas de crítica y de control, que el público de los ciudadanos de un estado ejercen de manera informal (y también de manera formal en las elecciones periódicas) frente al dominio estatalmente organizado”¹¹³. En sociedades complejas, ese espacio público-político actuará, así, como “caja de resonancia para problemas que han de ser elaborados por el sistema político”¹¹⁴, erigiéndose como instancia de intermediación entre el poder político y los sectores privados e individuales que conforman la sociedad civil¹¹⁵.

En sociedades multiculturales, la esfera de opinión pública estará conformada por distintas concepciones del bien común, por doctrinas enfrentadas acerca de los valores y normas que deben imperar en las relaciones intersubjetivas y de los límites al poder estatal; por ello, será inherente a su existencia cierto grado de

¹¹⁰ HABERMAS, 1998, pp. 439.

¹¹¹ En *Kultur und Kritik*, 1973, p. 61. Citado según BOLADERAS, 2001, p. 53.

¹¹² “El espacio de la opinión pública, como mejor puede describirse es como una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos” (HABERMAS, 1998, p. 440, cursiva en el original).

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ HABERMAS, 1998, pp. 440 s.

¹¹⁵ HABERMAS, 1998, p. 454.

conflicto y enfrentamiento dialéctico¹¹⁶. Consustancial a la interacción comunicativa propia de esa esfera público-política es, de ese modo, la aspiración de cada una de las voces a ejercer *influencia* sobre la opinión de los demás participantes y, mediatamente, sobre la actividad y decisiones del poder político: “las opiniones públicas representan un potencial político de influencia que puede utilizarse para ejercer influencia sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos o sobre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, en los gobiernos y en los tribunales”¹¹⁷.

Que la acción comunicativa de los actores se torne en acción política dependerá, así, de la *capacidad de influencia* sobre las opiniones de ese auditorio. Tal influencia dependerá del mayor o menor poder comunicativo que se ostente, basado a su vez en factores como el peso institucional o reputacional de los actores, las posibilidades de acceso a los medios de comunicación de masas, la *auctoritas* moral o la fama de que se goce, etc.

“En el espacio de la opinión pública –manifiesta Habermas– se forma influencia y en él se lucha por ejercer influencia. En esa lucha no sólo entra en juego el influjo político ya adquirido y acumulado (por acreditados ocupantes de cargos públicos, por partidos políticos establecidos, o por grupos conocidos, como *Greenpeace* o *Amnistía Internacional*, etc.) sino también el prestigio de grupos de personas y también de expertos que han adquirido su influencia en espacios públicos más especializados (por ejemplo, la autoridad de eclesiásticos, la fama de literatos y artistas, la reputación de científicos, el renombre y relumbro de estrellas del deporte y del mundo del espectáculo, etc.)”¹¹⁸.

Factores como la complejidad de las sociedades actuales, la profesionalización de los actores de la comunicación o la universalización de la comunicación (a través de internet), han dado lugar a la diversificación de roles, acentuándose la diferencia entre actores y espectadores, entre quienes intervienen activamente en esa aspiración de conformar la opinión pública y quienes, como auditorio y disponiendo de menor poder comunicativo, adoptan un papel más pasivo¹¹⁹.

La opinión pública se desenvuelve, en buena medida, de modo autorreferencial, dado que los temas de debate, las perspectivas de análisis y los valores que se instalan en la opinión pública surgen del propio juego de la libre comunicación¹²⁰. Como ha puesto de manifiesto Post, al debate público le es inherente una relación

¹¹⁶ Enfatiza esa circunstancia POST, 2009, p. 133, apelando a la metáfora del “mercado de las comunidades”.

¹¹⁷ HABERMAS, 1998, p. 443.

¹¹⁸ HABERMAS, 1998, p. 443-444. Sobre los factores que determinan la influencia en el debate público, puede verse por ejemplo SUNSTEIN, 2003, pp. 24 ss., destacando entre ellos el tamaño del grupo de referencia o la identificación con el grupo.

¹¹⁹ HABERMAS, 1998, p. 455 s.

¹²⁰ Cfr. HABERMAS, 1998, pp. 450-451.

de tensión entre las necesidades de interacción crítica y de deliberación racional¹²¹. De una parte, su función emancipadora y de transformación social exige que el debate público se libere de las normas y valores propios de cada una de las comunidades¹²², incluida la hegemónica. A tal fin, será deseable también que los intervinientes en la esfera pública no actúen aislados en su entorno comunitario – constreñidos e influidos únicamente por los códigos morales y tradiciones que otorgan identidad al grupo- sino que se vean expuestos a argumentos y prácticas heterogéneas, a fin de enriquecer las respectivas concepciones del mundo, adquirir mayor disposición y tolerancia hacia mensajes divergentes y hacer más completa, en suma, la agenda de la deliberación pública. La diversidad cultural puede constituir, así, un factor de racionalidad en la deliberación pública, al obligar al ciudadano al enfrentarse racional y críticamente a diferentes concepciones de lo correcto. Por ello, la restricción de discursos minoritarios, disidentes e incluso ofensivos perjudica la propia calidad de la deliberación pública¹²³.

De otra parte, la necesaria racionalidad en los procesos de deliberación hace procedente sentar determinadas reglas del juego, dirigidas a garantizar las bases de esa racionalidad, las cuales –al modo de una posición original rawlsiana- deberían posibilitar la ausencia de coacción y un cierto grado de igualdad en las posibilidades de interacción en la esfera pública.

Esa referida “paradoja del discurso público” –entre espontaneidad y regulación- es sintetizada por Post en los siguientes términos: “la aspiración de que el discurso fluya libre de las restricciones que imponen los valores vigentes en la comunidad (y de alcanzar la condición necesaria de pura comunicación) se halla en tensión con la aspiración del proyecto social de que exista una deliberación racional y no coercitiva. La primera aspiración se sostiene en los valores de neutralidad, diversidad e individualismo; la segunda en el proyecto deliberativo de autogobierno democrático”¹²⁴.

Así, la aspiración normativa de racionalidad y de que el proceso dialógico opere en condiciones de igualdad conlleva la necesidad de que el poder político, el Estado, intervenga *con los medios del Derecho* para, de una parte, asegurar que las reglas de juego propias de la deliberación pública son respetadas por los contendientes, y también para, en la medida de lo posible, reequilibrar los poderes de comunicación de los distintos actores, a fin de garantizar cierto grado de igualdad

¹²¹ Es lo que denomina la “paradoja del discurso público”. Cfr. POST, 1990, pp. 643, 682.

¹²² Entendidas éstas, al modo comunitarista, como una “formación social que inculca normas y valores en la identidad misma de sus miembros” (POST, 1990, p. 645).

¹²³ Sunstein ha enfatizado la funcionalidad para la deliberación democrática de que la opinión pública se nutra también de voces disidentes y de que los ciudadanos se enfrenten a opiniones que pongan en jaque su esquema de valores. (Cfr., entre otros, SUNSTEIN 1993, p. 22; SUNSTEIN 2003, pp. 104 ss., 144 y *passim*).

¹²⁴ POST, 1990, p. 642.

en la capacidad de intervención e influencia¹²⁵. Siendo como es un “bien común”¹²⁶, el Estado debe aspirar a garantizar las condiciones que permiten el florecimiento y desarrollo de la opinión pública –entre ellos, la propia libertad de expresión-. Habrá muchos factores –tales como la fama o la *auctoritas* moral de uno u otro actor- sobre los que el Estado no pueda (ni deba) intervenir, pero sí podrá hacerlo en otros de los que igualmente depende el poder comunicativo, como los factores económicos, los relativos a la integración social de las minorías o aquellas condiciones de mínima distribución, comprensión y consideración que exigía Caroline West. En particular, dada la directa relación entre el poder comunicativo y la posibilidad de influenciar la agenda política, el principio de *igualdad política*, como baluarte esencial de la democracia –y como precondition para una deliberación racional¹²⁷-, exigirá una (ponderada y cuidadosa) intervención del poder estatal para amplificar las voces de aquellos grupos o comunidades situadas en la periferia de la esfera pública.

Sin embargo, la intervención del poder estatal en la esfera pública no puede ir dirigida a condicionar el *contenido* del debate, estableciendo límites apriorísticos a la agenda de discusión pública, censurando o restringiendo determinadas líneas de opinión y decidiendo coactivamente, en definitiva, lo que puede ser expresado y oído. Los poderes públicos están perfectamente legitimados para participar en la fijación del contenido de la deliberación pública mientras intervengan como un actor más en la confrontación dialéctica y, por ello, bajo las reglas de juego propias del espacio público-político¹²⁸. Así, podrá usar de su reputación institucional para intentar ejercer influencia en la conformación de opiniones, pero no podrá servirse de medios ajenos al espacio de deliberación pública para imponer un determinado contenido del discurso: en concreto, no podrá servirse legítimamente *de los medios coactivos del Derecho* para delimitar el contenido del discurso¹²⁹; salvo que los efectos lesivos del discurso trasciendan el propio ámbito de la esfera de deliberación pública y menoscaben intereses personales merecedores de protección.

4. Formas de intolerancia frente al discurso intolerante

El equilibrio entre ambas aspiraciones –la de garantizar una interacción crítica fluida y libre y la de que la deliberación sea racional y equitativa- será

¹²⁵ POST, 1990, p. 642. Semejante, BOLADERAS, 2001, p. 69. Una perspectiva crítica a la concepción de Post puede encontrarse en HEYMAN, 2008, pp. 175 ss.

¹²⁶ Cfr. SUNSTEIN, 1998, p. 1554. Cfr. También CUEVA, 2012, p. 449: el debate público es un “bien participativo”.

¹²⁷ RAWLS, 2004, pp. 53-54, 110-112.

¹²⁸ Así, POST, 2012, p. 22.

¹²⁹ Afirma HABERMAS, 1998, p. 452, si bien en un contexto parcialmente diverso, que “en el espacio de la opinión pública, por lo menos en el espacio de una opinión pública liberal, los actores solo pueden ejercer influencia, pero no poder político”.

siempre precario¹³⁰: un exceso de regulación de la esfera pública, restringiendo la libertad de expresión, puede socavar la primera aspiración, pero un déficit de regulación puede pervertir la expectativa de racionalidad y equidad de los procesos de deliberación pública. Ciertamente, la esfera de la opinión pública no es impermeable al contexto social, sino que, por el contrario, se conforma y desarrolla a partir de los prejuicios, convicciones y concepciones de lo bueno que rijan en cada sociedad¹³¹. Por ello, el racismo o la xenofobia presente en la sociedad impregnarán necesariamente, con más o menos visibilidad¹³², el tono y contenido de la deliberación pública, y podrán generar una menor atención, comprensión y consideración hacia el discurso reivindicativo de grupos minoritarios.

El Estado puede y debe desempeñar un papel esencial tanto para combatir el racismo como para garantizar un acceso equitativo al espacio de la opinión pública, pero, como digo, esa labor no puede acometerse a través de la *represión* coactiva de quienes intervienen en la esfera de opinión pública, so pena de pervertir la propia finalidad del proceso de deliberación pública, que no es sino evaluar la aceptabilidad de las opiniones políticas.

Como afirma Post, “el discurso público es el medio a través del que nuestra sociedad evalúa la aceptabilidad democrática de las ideas; excluir ciertas ideas como *prima facie* ‘coercitivas’ y, con ello, lesivas de la deliberación pública contradice precisamente esa finalidad. Por ello, el ‘daño’ a la deliberación pública no puede justificar restricciones al discurso racista”¹³³.

Ahora bien, igual que no es aconsejable manejar genéricamente la noción de “discurso de odio” para plantear la respuesta que deba adoptar el Estado democrático frente a cualquier forma de discurso opuesto a valores mayoritarios, resulta necesario diferenciar las causas que pueden generar ese *efecto silenciador*. Ciertamente, cuando tal efecto tenga lugar a través de la amenaza directa –a través de la incitación a la violencia– de miembros de grupos minoritarios sí será proporcionado acudir a la *represión*, precisamente porque la intimidación y la amenaza no forma parte de la esfera de opinión pública y sitúa a quienes la ejercen fuera del marco de deliberación pública (si se quiere expresar de otro modo: queda fuera de lo protegido por el derecho a la libre expresión)¹³⁴. Sin embargo, y como decía, dentro del ámbito de la esfera pública la utilización de la coacción como forma de silenciar el discurso intolerante resultará desproporcionada, porque desalentará el discurso

¹³⁰ POST, 1990, pp. 682-683.

¹³¹ Cfr. POST, 1994, p. 144: “Las audiencias siempre evalúan la comunicación sobre la base de su comprensión del contexto social. Esto no es una deformación del discurso público, sino una de sus más genéricas características”.

¹³² Cfr. las consideraciones de REY, 2015, pp. 79 s. sobre la invisibilidad del racismo actual.

¹³³ POST, 1994, p. 147.

¹³⁴ LASCURAIN, 2002, pp. 50-51.

político y reducirá desmesuradamente la espontaneidad y libertad que debe presidir la deliberación sobre asuntos públicos¹³⁵.

Y si el empleo de la *represión* debe quedar fuera de la esfera de la opinión pública, con más razón debe rechazarse su uso en lo que constituye su núcleo, la deliberación netamente política. Ciertamente, la controversia política enfrenta dialécticamente las decisiones más relevantes sobre cómo debe ordenarse la vida social, en ocasiones –especialmente en sociedades multiculturales– con el trasfondo de distintas y a veces irreconciliables cosmovisiones, lo que puede conllevar mayores dosis de desestabilización social. Pero en un Estado democrático deben tolerarse los riesgos inherentes a la discusión política, y permitir tanto un debate “amplio, robusto y desinhibido”, en clásica expresión del juez Brennan, como la incorporación al mismo de toda la pluralidad de opiniones, a fin de no socavar la propia calidad del debate (y con ello la legitimidad democrática) al quedar excluidas *de iure* determinadas posiciones ideológicas. En este sentido, se traicionan los principios en que se asienta la libertad de expresión y la propia democracia cuando, como el Tribunal de Estrasburgo hace en *Féret c. Bélgica*, se invierte frontalmente la posición preferente de la libre expresión política y, dando otro golpe en la mesa tan pronto se asoma el discurso del odio, se impone a los representantes políticos un deber de restricción en sus manifestaciones, apelando a una más que discutible obligación de moderación en el discurso¹³⁶. Frente a esa tendencia claudicante, creo que es consustancial a la legitimidad democrática que tanto Féret en Bélgica, como Le Pen en Francia o García Albiol en España puedan expresar sus propuestas sin la amenaza de sanción, incluso aunque se canalicen a través de mensajes de contenido discriminatorio o se adornen con fórmulas retóricas tan aberrantes como que la mayoría de los rumanos de etnia gitana han venido a España a ejercer la delincuencia (Albiol *dixit*).

Pero que no quepa apelar a la *represión* no significa que el Estado deba mostrarse tolerante ante el discurso de odio, sino que puede intentar desalentar su práctica a través de otros mecanismos no sancionatorios. Desde luego, no existe un deber de promover el discurso del odio (con políticas de *inclusión*), pero tampoco existe una obligación de equidistancia y neutralidad (de *tolerancia*) frente a prácticas sociales que atentan contra los valores que permiten la convivencia. Desde esta perspectiva, la intolerancia tanto del Estado como de la sociedad civil puede legítimamente articularse, como *disuasión* no coactiva, a través de medios dirigidos a silenciar tanto el discurso hostil como otras prácti-

¹³⁵ En sentido semejante, afirma CUEVA, 2012, p. 451 que la protección del “bien participativo de la deliberación democrática” resulta abordable de manera más adecuada en otras esferas distintas de la penal.

¹³⁶ Así, entiende el TEDH en dicho pronunciamiento que los políticos pueden “recomendar soluciones para los problemas relativos a la inmigración. Sin embargo, deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas”.

cas discriminatorias, privando a sus defensores de ayudas públicas, de foros de expresión, etc.¹³⁷

No pretendo manifestar con ello que, extramuros del ámbito estrictamente sancionador, el Estado tenga plena legitimidad para silenciar por otras vías discursos protegidos por la libre expresión. Ciertamente, también el ejercicio de la *disuasión* no coactiva, como forma menos intensa de intolerancia, debe estar sometida a los límites inherentes al derecho fundamental, y a garantías democráticas como la proporcionalidad o la igualdad. Así, de una parte, las restricciones a la libre expresión deberán graduarse en su intensidad en función del grado de protección que merezca el discurso. Por ejemplo, las medidas de disuasión deberán ser menores cuando estemos ante el ejercicio del derecho a la libre expresión por parte de un representante político en periodo electoral –como supuesto de máxima protección–, pudiendo ser mayores cuando el discurso tenga lugar en foros públicos más restringidos en los que concurren otros intereses protegidos, como la escuela o la universidad¹³⁸.

Dada la posición preferente de la libertad de expresión, y el efecto desaliento que pudieran generar tales políticas de *disuasión*, lo cierto es que, al menos cuando estemos ante el núcleo de lo protegido por el derecho fundamental, resulta preferible que la intolerancia del Estado hacia el discurso del odio no se realice por la vía de su disuasión activa, sino por acudir a políticas de *inclusión* institucional de los grupos destinatarios del discurso hostil. Decíamos antes que la *inclusión* constituía el reverso de la disuasión: un Estado democrático comprometido con los valores de la libertad y la igualdad no debe mostrarse neutral frente al discurso contrario a esos valores, siendo legítimo, por tanto, introducir regulaciones basadas en el contenido del discurso. Pero esa defensa activa de los valores democráticos puede obtener semejantes resultados tanto por la vía de la disuasión del discurso hostil

¹³⁷ En esta línea, por ejemplo, CUEVA, 2012, p. 451. Por ejemplo, lo dispuesto en el apartado 9 de la Recomendación núm. 7 de política general de la Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, de 13 de diciembre de 2002: “La legislación debería imponer a las autoridades públicas el deber de garantizar que los beneficiarios de contratos, préstamos, subvenciones u otras prestaciones públicas respeten y promuevan una política de no discriminación. En particular, la legislación debería estipular que las autoridades públicas otorguen contratos, préstamos, subvenciones u otras prestaciones a condición de que el beneficiario respete y promueva una política de no discriminación. La legislación debería estipular que la violación de tal condición pueda suponer la terminación del contrato, subvención, o cualquier otra prestación”. O en su apartado 16: “La legislación debería prever la obligación de suprimir la financiación pública de cualquier organización que promueva el racismo. En los casos donde exista un sistema de financiación pública de los partidos políticos, dicha obligación debería incluir la supresión de la financiación pública de los partidos políticos que promueven el racismo”.

¹³⁸ Un planteamiento semejante efectúa McKinnon con respecto al discurso negacionista. Si bien considera que no puede ser objeto de sanción dada la prioridad de la libertad de expresión, propone que, siendo característico de esos mensajes el enmascararse bajo la apariencia de la investigación histórica académica, sean las instituciones académicas y universitarias las que articulen mecanismos reactivos para silenciar y rechazar ese discurso, desde cerrando el paso a las cátedras de quienes promuevan tales falsedades históricas hasta bloqueando las publicaciones en las revistas académicas (MCKINNON, 2006, pp. 160 ss. En línea semejante, CUEVA, 2012, p. 452).

como por la promoción institucional de un discurso de resistencia frente a aquel y del refuerzo simbólico de los valores que ataca.

Con tales políticas, el papel del Estado sería, acudiendo al símil de Fiss, repartir megáfonos: tomar postura en favor de estos grupos menospreciados por el discurso hostil y amplificar su voz a través de políticas de promoción de sus demandas y de inclusión de su discurso reivindicativo en el foro público. Dicho de otro modo, y parafraseando el célebre *dictum* del juez Brandeis, frente al discurso del odio el Estado debe proporcionar los medios necesarios para un *discurso de defensa* dotado de fuerza comunicativa, que contrarreste, con la palabra y la razón, la irracionalidad del extremismo y la intolerancia¹³⁹.

Ciertamente, la mejor estrategia para otorgar reputación comunicativa a los grupos minoritarios pasa por la articulación de políticas sociales que mejoraran la posición socioeconómica de las minorías y que, indirectamente, les permitieran un mayor acceso a los medios de comunicación y una mayor capacidad de influencia en la deliberación política. Junto a ello, una segunda estrategia podrá consistir en que el Estado use su propia influencia en la opinión pública -con publicidad institucional contra el racismo y la homofobia, etc.- para transmitir las demandas de los grupos minoritarios y para fomentar su reconocimiento. Y una tercera estrategia, más radical, podría pasar por acudir a “políticas de diferenciación” o discriminación positiva en el acceso tanto a los medios de comunicación¹⁴⁰ como a la representación política, en la línea de las reivindicaciones del multiculturalismo. Por último, y con independencia de que existan otras razones de justicia que justifiquen su puesta en práctica, también las *políticas de reconocimiento* serán vehículo

¹³⁹ Expresado en el voto disidente a *Whitney v. California* (274 U.S. 357, 1927): “si hay tiempo de exponer, mediante la discusión, las falsedades y las falacias, para evitar el mal a través de los procesos de educación, el remedio que debe aplicarse es el discurso de defensa [*counter speech*], y no la imposición del silencio. Sólo una emergencia puede justificar la represión”.

¹⁴⁰ Tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa han propuesto políticas de esa índole. Pueden citarse, así, diversas Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa [por ejemplo, R. 97 (21) sobre Medios de Comunicación y Promoción de una Cultura de Tolerancia; o R. 2007 (2) sobre Pluralismo en los Medios de Comunicación y Diversidad de Contenido] o lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, de 1 de febrero de 1995, en el que se dispone lo siguiente:

“1. Las Partes se comprometen a reconocer que el derecho a la libertad de expresión de toda persona perteneciente a una minoría nacional comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir y comunicar informaciones e ideas en la lengua minoritaria sin injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de las fronteras. Las Partes asegurarán, en el marco de su ordenamiento jurídico, que las personas pertenecientes a una minoría nacional no sean discriminadas en su acceso a los medios de comunicación.

2. El primer apartado no impedirá que las Partes sometan a un régimen de autorización, no discriminatorio y fundado en criterios objetivos, las empresas de radio sonora, televisión o cinematografía.

3. Las Partes no obstaculizarán la creación y utilización de medios escritos por personas pertenecientes a minorías nacionales. En el marco legal de la radio sonora y de la televisión velarán, en la medida de lo posible y habida cuenta de las disposiciones del apartado 1, por la concesión, a las personas pertenecientes a minorías nacionales, de la posibilidad de crear y utilizar sus propios medios de comunicación.

4. En el marco de sus ordenamientos jurídicos, las Partes adoptarán medidas adecuadas con el fin de facilitar el acceso a los medios de comunicación a las personas pertenecientes a minorías nacionales y con el fin de promover la tolerancia y de permitir el pluralismo cultural”.

idóneo para la finalidad de contrarrestar los efectos perniciosos del discurso de odio, divulgando el valor de la cultura de determinados grupos sociales minoritarios, reforzando el derecho a la práctica de su lengua y sus tradiciones, visibilizando sus particularidades y, en suma, reforzando la posibilidad de sus miembros de intervenir en plano de igualdad en el debate político.

El juego combinado de tales políticas exige un delicado equilibrio para, de una parte, reducir *materialmente* las posibilidades de intervención de los mensajeros del odio en el debate público e, inversamente, ampliar la voz de los grupos marginados; de otra parte, para que desde el Estado se muestre un decidido apoyo hacia los grupos minoritarios, y reforzar con ello, *simbólicamente*, la confianza de estos en su plena legitimidad como actores de la esfera de deliberación pública; pero al mismo tiempo, para evitar un desproporcionado *desaliento* del discurso sobre asuntos políticos, posibilitando con ello una razonable protección del bien público de la deliberación pública¹⁴¹.

VI. LA PROTECCION DE LA IDENTIDAD CULTURAL: DIGNIDAD PERSONAL Y SENTIMIENTOS COLECTIVOS

1. Dimensiones del daño a la identidad cultural

Hasta el momento hemos analizado los efectos del discurso de odio, y los límites a su restricción, desde la óptica de esa reputación comunicativa y de la protección de la esfera de deliberación pública. Decíamos, a este respecto, que si el daño se produce sobre las posibilidades de interacción en el ámbito de la opinión pública, debieran ser medios o refuerzos comunicativos los que han emplearse para compensar tales déficits; y que solo cuando los efectos lesivos del discurso hostil trascendieran ese ámbito –por generar daños en intereses personales- debiera el Estado intervenir con los medios coactivos del Derecho.

Una vez enunciada cuál debiera ser la reacción estatal para combatir el daño a la reputación comunicativa de los grupos minoritarios, hemos de enfocar el análisis desde la prevención del daño a la identidad cultural, como segundo factor de lesividad destacado por voces del multiculturalismo.

Ese posible menoscabo a la identidad cultural presupone, como hemos visto, la existencia de comunidades más o menos definidas, consolidadas en torno a valores y tradiciones densas y arraigadas en grado suficiente como para, de una parte, identificar al grupo y, de otro, cohesionarlo. Solo en esos casos podrá afirmarse una identificación lo suficientemente intensa de los miembros del grupo con tales valores y tradiciones como para poder afirmar un “daño” a la dignidad o el honor

¹⁴¹ Ulteriores consideraciones sobre esa propuesta, en ALCÁCER, 2012, pp. 28 ss.

de la persona por las manifestaciones de hostilidad a la cultura de pertenencia. Nuevamente nos topamos con la dificultad de definir la noción de “cultura” y, con ello, de grupo o identidad cultural. Desde nociones estrictas de dicho concepto, será más fácil afirmar tal identidad cultural a partir de una religión o una nacionalidad que tomando en cuenta, por ejemplo, el género o el color de la piel, pues mientras la religión o la nacionalidad determinan prácticas o referentes socio-culturales uniformes, ni el color de la piel ni el género de los individuos determina, per se, un horizonte común de valores o tradiciones identitarias.

No obstante, lo cierto es que esa comprensión estricta del grupo cultural no se encuentra reflejada en las regulaciones legales sobre el discurso de odio, las cuales ponen el acento antes en el factor de discriminación y marginación de los grupos de pertenencia que en su cohesión. Ello enlaza igualmente con la situación de discriminación y desigualdad de los grupos culturales en las sociedades occidentales. La discriminación o subordinación social de los grupos-diana viene a ser quizá el rasgo constitutivo del “discurso de odio”, y así aparece implícitamente reflejado en las normas que lo regulan¹⁴². Por ello, desde tales parámetros no habría de tener la misma significación lesiva la preferencia de mensajes anticatólicos en España que el escarnio a los dogmas del Islam, por más que también en el primer caso puedan verse afectados los sentimientos religiosos.

Ambos factores -el grado de cohesión del grupo y su marginación social- se hallan interrelacionados, dada la mutua implicación existente entre ellos. Así, en ocasiones será precisamente la marginación social lo que provoque, como reacción defensiva, el refuerzo de las tradiciones y los vínculos comunitarios como vehículo para mantener la identidad del grupo. Con carácter más general, lo cierto es que la propia supervivencia de tales comunidades identitarias en el seno de sociedades diversificadas presupone cierto grado de confrontación con la cultura hegemónica, pues solo la exacerbación de la diferencia –y, con ello, de la marginación- permite la cohesión identitaria del grupo y evita su disgregación en el magma de la diversidad social. Ese diagnóstico, habitual en los nacionalismos, es predicable con carácter general de toda comunidad identitaria. Afirma Todorov¹⁴³, en este sentido, que “la época contemporánea, en la que las identidades colectivas tienen que transformarse cada vez más deprisa, es también la época en la que los grupos adoptan una actitud cada vez más defensiva y reivindican ferozmente su identidad originaria”. Así, por ejemplo, “las discriminaciones que en ocasiones sufren los magrebíes en los países occidentales provocan en algunos de ellos una feroz reivindicación de la identidad originaria y el deseo de volver a las tradiciones. Si se me insulta o se sospecha de mí porque soy

¹⁴² Cfr., en esta dirección, CUEVA, 2012, pp. 445 s. De hecho, tal como se ha mencionado *supra*, la propia noción de “discurso de odio” –según lo refleja, por ejemplo, la Recomendación 97 (20) del Consejo de Europa-, presupone la condición de minoría social de los grupos y personas víctimas de la intolerancia. De igual modo, la descripción de las características de las víctimas de la incitación al odio, la discriminación y la violencia del artículo 510 CP remite implícitamente al artículo 14.2 CE.

¹⁴³ TODOROV, 2014, pp. 90 y 99. Sobre ello, cfr. también, por ejemplo, KAUFMANN, 2015, p. 33-34.

de origen argelino o magrebí, me siento agredido en una parte de mi identidad, y desprenderme de ella en ese instante supondría unirme a mis agresores y debilitar mi sentimiento de que existo”.

Ahora bien, la relevancia de la discriminación para determinar la existencia o intensidad del daño causado por el discurso intolerante dependerá, indudablemente, de qué clase de daño estamos hablando. Así, por ejemplo, el menoscabo de sentimientos religiosos individuales será independiente de los vínculos comunitarios y del *status* del grupo dentro de la sociedad en la que se inserta; sin embargo, si se pone el acento en la protección de los vínculos de pertenencia a la comunidad y en la dignidad de sus miembros como derivación de la identificación con la cultura comunitaria, la mayor o menor lesividad sí dependerá de la situación previa de marginación social en que se halle el colectivo destinatario del discurso de odio, pues menor será el reconocimiento social cuanto mayor sea la discriminación que el grupo sufra.

2. **¿Protección de sentimientos identitarios por el Derecho penal? Los delitos de escarnio a las creencias y de ultrajes a los símbolos nacionales**

Desde el monumental estudio de Joel Feinberg sobre los límites morales al Derecho penal, se ha hecho habitual distinguir entre el *daño* a intereses merecedores de protección y la *ofensa* a valores o sentimientos. A diferencia del seminal planteamiento de Stuart Mill, Feinberg admite que el “principio del daño” no ha de ser el exclusivo criterio que legitime la criminalización de conductas, sino que también determinadas ofensas, cuando alcancen la intensidad suficiente, pueden ser merecedores de reproche penal. Las ofensas se caracterizarían por agraviar a otras personas generando en ellas un estado mental de desagrado o indignación, hiriendo profundamente su sensibilidad moral pero sin necesidad de causar un daño psicológico evaluable¹⁴⁴. Como ejemplo de ofensas tradicionalmente incluidas en los Códigos penales, Feinberg menciona supuestos propios del discurso del odio como la profanación de símbolos objeto de respeto o veneración social -la bandera o el crucifijo-, o la exhibición pública de símbolos asociados con prácticas o políticas contrarias a derechos humanos -la esvástica nazi o las vestimentas del Ku Klux Klan-¹⁴⁵.

La distinción entre ofensa y daño es de enorme dificultad, dada la vaguedad de los propios conceptos manejados. Baste destacar, a título de ejemplo, que la obra más relevante en los últimos años sobre el discurso de odio, *The Harm in Hate Speech*, de Jeremy Waldron, asume como “dañosas” conductas que -como la exhibición de la pornografía entre adultos- desde los planteamientos de Feinberg ni

¹⁴⁴ FEINBERG, 1985, p. 1 s. Una excelente introducción a la concepción de Feinberg y al desarrollo posterior de la doctrina puede encontrarse en MIRÓ LLINARES, 2015.

¹⁴⁵ FEINBERG, 1985, p. 53 s.

quiera alcanzarían a constituir conductas ofensivas¹⁴⁶. Sin ánimo de pretender asumir esa tarea en estas páginas, sí ha de servirnos para enunciar una distinción – de trazo igualmente difícil- entre la mera afectación de sentimientos y el menoscabo de la dignidad.

Como hemos visto, desde el multiculturalismo se acoge la premisa de que las conductas expresivas denigratorias de los símbolos culturales de una comunidad afectan a la dignidad de cada uno de sus miembros, dada la identificación entre la cultura común y la identidad personal. Si asumimos sin matices esta perspectiva, la diferencia entre ofensa y daño se diluiría por completo, pues toda ofensa a símbolos o creencias de una comunidad constituiría un daño al honor o la dignidad de sus miembros. Pero esa asunción genérica debe ser perfilada, a fin de determinar los límites de la criminalización legítima en un Estado democrático.

Como miembros de comunidades políticas o religiosas, los ciudadanos establecemos vínculos afectivos o emocionales con diferentes referentes simbólicos, con la consecuencia de que la burla, menosprecio o escarnio hacia esos símbolos puede generar profundos sentimientos de aprensión, indignación o ira. Como patriota, me indigna la quema de la bandera o la pitada al himno nacional; como católico, me escandaliza y me irrita que el crucifijo sea sumergido en orina con pretensiones artísticas¹⁴⁷ o que sea objeto de una receta culinaria en un programa televisivo¹⁴⁸; como musulmán, me siento denigrado cuando veo reproducidas caricaturas de Mahoma, cuando se quema públicamente un Corán o cuando se publica una novela en la que se describe a Mahoma como un ser egoísta y abyecto; etc. etc.

No obstante la intensidad de tales sentimientos de disgusto y malestar, a mi modo de ver tal vinculación sentimental con símbolos culturales no ha de ser objeto de protección del Derecho penal, pues ni existe un derecho a que tales símbolos sean respetados ni tales sentimientos menoscaban la autonomía personal o afecta a intereses relevantes para la participación equitativa en la vida política. Por muy arraigada que pueda estar socialmente dicha identificación cultural, la afectación a los sentimientos morales se debe a un vínculo emocional de carácter netamente *subjetivo*, que no es constitutivo de la dignidad personal ni encarna el ejercicio de un derecho fundamental¹⁴⁹. El reconocimiento y respeto del otro no pasa, a mi

¹⁴⁶ Destaca también ese ejemplo MIRÓ, 2015, p. 53.

¹⁴⁷ Me refiero a la controvertida obra de Andrés Serrano titulada “*Piss Christ*”.

¹⁴⁸ Javier Krahe, junto a otros, fue procesado tras la emisión en televisión –en el año 2004- de extractos de un video en el que se mostraba cómo cocinar un crucifijo al horno. Tras ser sobreseída en dos ocasiones la querrela presentada por una asociación ultra católica, finalmente el Juzgado de lo Penal, en sentencia de 8 de junio de 2012, absolvió al cantante y demás acusados, siendo confirmada en apelación. El video puede verse en: <https://www.youtube.com/watch?v=fUrGfF8oXy0>

¹⁴⁹ La protección del sentimiento religioso no puede derivarse del derecho a la libertad religiosa, pues tales conductas ofensivas, por más que puedan resultar hirientes para la sensibilidad de los creyentes, no suponen una injerencia en el libre ejercicio del culto o los ritos ni impide “a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen” (STC 46/2001, de 15 de febrero). Cfr. también HÖRNLE, 2007, p. 396, quien distingue entre tipos penales de protección de sentimientos asociados a un derecho (como los delitos de

entender, por el reconocimiento y respeto de las convicciones o creencias que profese, de igual modo que la dignidad no puede identificarse con el sentimiento subjetivo de la propia dignidad. Por ello, aun cuando desde las *convicciones internas* a la comunidad cultural -religiosa o ideológica- tales símbolos constituyan la identidad de sus miembros, existiendo una profunda identificación, en un Estado democrático el estatus de ciudadanía no ha de conformarse a partir de tal identificación subjetiva, ni puede por ello restringirse la libertad (a través de la pena) en aras a proteger tales sentimientos de pertenencia.

Debido a ello, delitos como el escarnio religioso no permiten sentar un estándar objetivo, sino que conlleva irremediamente hacer depender la relevancia penal de la conducta de la *sensibilidad subjetiva* de los creyentes. En consecuencia, nada impide que el delito actualmente recogido en el artículo 525 CP, por más que pretenda desvincularse de la mera blasfemia exigiendo un específico ánimo de ofender¹⁵⁰, castigue conductas como la publicación de los *Versos Satánicos*¹⁵¹ o de las caricaturas de Mahoma¹⁵².

Desde mi punto de vista, en suma, la regulación de la blasfemia es incompatible con los presupuestos de un Estado democrático y liberal¹⁵³. Más concretamente, ni el escarnio hacia los sentimientos religiosos (art. 525 CP) ni tampoco los ultrajes a los símbolos patrios (art. 543 CP) deben ser objeto de *represión* por vía penal, ni siquiera cuando la única finalidad de la conducta expresiva sea la de ofender. Dado el papel que tanto la religión como los símbolos patrios juegan en la sociedad, el discurso relativo a tales símbolos presentará, por lo general, relevancia pública y constituirá, en consecuencia, ejercicio de la libertad de expresión, que deberá prevalecer siempre sobre los sentimientos religiosos y las emociones ideológicas¹⁵⁴. Pero no es esa, a mi entender, la razón por la que el *ius puniendi* no debe actuar en este ámbito –ni resulta por ello necesario, en su caso, acudir a un juicio de proporcionalidad entre intereses enfrentados para limitar su intervención-; la razón es previa: con independencia de que la conducta constitu-

amenazas o contra el honor) y de simple protección de sentimientos, incluyendo entre estos últimos al § 166 (trasunto del art. 525 CP).

¹⁵⁰ Cfr. GIMBERNAT, 2007, p. 19, nota 14.

¹⁵¹ Cfr. MCKINNON, 2006, pp. 131-135, sobre la difusa frontera entre las ofensas a los sentimientos y el daño a la dignidad que pretenden trazar los partidarios de reprimir las primeras, a partir del caso de los *Versos Satánicos*.

¹⁵² Así también, ATIENZA, 2007, p. 70.

¹⁵³ En igual sentido, ATIENZA, 2007, p. 71.

¹⁵⁴ Como es sabido, no es esa la postura seguida por el TEDH. En Sentencias como *Otto Preminger Institut v. Austria*, STEDH de 20 de septiembre de 1994, o *Wingrove c. Reino Unido*, STEDH de 25 de noviembre de 1996, el Tribunal europeo ha venido entendiendo que el respeto los sentimientos religiosos constituye una base legítima para restringir la libertad de expresión. De modo semejante a su concepción sobre el discurso de odio, acentúa los “deberes y responsabilidades” que conlleva el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo incluirse entre ellas “el deber de evitar en la medida de lo posible expresiones que, respecto de objetos de veneración, sean gratuitamente ofensivas o profanatorias” (*Klein c. Eslovaquia*, STEDH de 31 de octubre de 2006). Sobre la jurisprudencia del TEDH en este ámbito puede verse LÓPEZ GUERRA, 2013, pp. 79 ss.

ya ejercicio de un derecho fundamental, en estos casos no hay un interés merecedor de protección *penal*¹⁵⁵.

Tales conductas podrían, en su caso, ser objeto de sanción administrativa cuando, desde las finalidades del Derecho de policía, su práctica pudiera generar una grave alteración de la paz social o pudiera esperarse una reacción violenta inmediata por ser proferidas cara a cara en situación de conflicto (al modo de las *fighting words*). Pero tampoco en este caso la justificación de la sanción sería la protección de los sentimientos identitarios, sino la paz social o la seguridad ciudadana. Ahora bien, aun estando justificada en tales casos *prima facie* la sanción (si así se considerara), tanto su técnica de regulación como la aplicación en el caso concreto debiera en todo caso ser sometida a un juicio de proporcionalidad cuando la conducta estuviera en la órbita de ejercicio de la libre expresión, a fin de evitar el *efecto desaliento*. Por ejemplo, habría resultado manifiestamente desproporcionada la articulación de una norma que hubiera prohibido la publicación de los *Versos Satánicos* o las caricaturas de Mahoma, *incluso* ante el riesgo de una reacción violenta de sectores musulmanes. Por lo demás, nada obsta a que los Poderes públicos puedan adoptar políticas de *disuasión* no coactiva para fomentar el respeto a tales sensibilidades y prevenir ofensas graves a miembros de grupos identitarios.

Y semejantes consideraciones pueden efectuarse sobre el negacionismo. La mera negación de hechos históricos, por más que pueda conllevar profundos sentimientos de indignación a los descendientes del Holocausto –y a toda persona, por lo demás–, no constituye un atentado a la autonomía personal de los ciudadanos, y su represión penal, allí donde está prevista, responde antes a la indemnidad de un símbolo cuasi sagrado¹⁵⁶, de un “tabú”¹⁵⁷, que a la protección de la dignidad. Como afirma Gimbernat, “el ‘interés’ en no sentirse escandalizado por quienes niegan lo evidente no puede alcanzar el rango de ‘bien jurídico’”¹⁵⁸.

3. Waldron y el daño del odio: ¿difamación colectiva o incitación a la discriminación?

Sintetizando lo expuesto, el Estado no ha de estar llamado a proteger por medio del Derecho penal los *sentimientos identitarios*, los vínculos subjetivos de perte-

¹⁵⁵ Por supuesto que la decisión de no criminalizar presupone un juicio de proporcionalidad; lo que se afirma en el texto es que no es preciso ponderar el ejercicio de la libertad de expresión, sino que ya la ponderación con el derecho a la libertad –inherente a la pena– arroja un saldo favorable a esta.

¹⁵⁶ Cfr. ATIENZA, 2007, p. 65, estableciendo semejante relación con la protección de los sentimientos religiosos a la planteada en el texto.

¹⁵⁷ Cfr. ALCÁCER, 2013, p. 339. Con relación a la regulación alemana del delito de negacionismo y de exhibición de símbolos nazis, afirma Hörnle que la *ratio* de esos tipos penales “no debe buscarse en un fundamento racional-instrumental como delitos de peligro, sino en el enfado y la intranquilidad de la población, que resultan especialmente intensos en la reacción a los símbolos nacionalsocialistas y a la negación de Auschwitz, pues con ellos se lesionan tabúes importantes para nuestra autocomprensión” (HÖRNLE, 2007, p. 392).

¹⁵⁸ GIMBERNAT, 2007, p. 21.

nencia a una comunidad cultural, ya sean religiosos o patrióticos o ideológicos. Por más que las ofensas a los símbolos identitarios puedan causar un profundo disgusto en sus miembros, tales conductas ni atentan contra la autonomía personal ni menoscaban las posibilidades de participación equitativa en la vida social y política. No atentan, en suma, contra el estatus de ciudadano, que en un Estado democrático no puede conformarse en torno a un estándar subjetivo basado en sentimientos y creencias particulares, sino a partir de un estándar objetivo basado en la asignación recíproca de derechos y deberes.

Según habíamos anticipado, ello implica la necesidad de trazar una nítida diferenciación entre las ofensas a sentimientos identitarios y el menoscabo de la dignidad causada por el menosprecio de características definitorias de un grupo social. En buena medida, la complejidad de dicha diferenciación viene dada por la propia vocación expansiva de quienes, desde el multiculturalismo, manejan la noción de “identidad cultural” como instancia de reivindicación de derechos. Así, quienes como Taylor o Sandel adoptan una comprensión *constitutiva* de las creencias, tradiciones y símbolos identitarios con la propia dignidad e integridad moral de la persona, equiparán el ataque a la creencia con el ataque a la (dignidad de la) persona. La burla a Mahoma o a Cristo será interpretada como un menoscabo al honor o dignidad de los creyentes.

Tal como ha destacado Waldron¹⁵⁹, esa interesada confusión es el aspecto más pernicioso de las “políticas de la identidad”, al aspirar a transmutar en derechos – derivados de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad- pretensiones de respeto a símbolos, creencias y valores particulares; a instaurar un “derecho” a no ser ofendido y a que sean suprimidas coactivamente las opiniones ofensivas sobre los referentes identitarios.

Vamos a tomar como guía a Waldron y su importante obra *The Harm in Hate Speech* para intentar trazar esa distinción entre conductas ofensivas y conductas lesivas de la dignidad de grupos sociales. Rompiendo con la tradición norteamericana¹⁶⁰, este autor postula la necesidad de restringir el ejercicio de la libertad de expresión en los casos de difamación de grupos [*group defamation*], cuando se atenta contra la reputación y la dignidad de sus miembros.

Desde la concepción liberal del autor, lo protegido no es, como tal, el grupo -su supervivencia, su cohesión, su cultura-, sino cada uno de sus miembros, que ven su reputación social menoscabada cuando públicamente se menosprecian las cualidades o características comunes a todos¹⁶¹. Esa difamación de grupo puede venir dada cuando se atribuyen hechos calumniosos que conllevan un impacto directo en el estatus social de los miembros del grupo –todos los gitanos son ladrones, todos los

¹⁵⁹ WALDRON, 2012, pp. 131-136.

¹⁶⁰ Sobre el modelo norteamericano de la libertad de expresión, y sus diferencias con el continental, cfr. ALCÁCER, 2015, *passim*.

¹⁶¹ WALDRON, 2012, pp. 56, 60, 122.

musulmanes son terroristas-; cuando se degradan o menosprecian gravemente las características inherentes a los miembros del grupo y que los definen como tal grupo étnico, religioso, etc. –los negros son monos; los judíos son una raza inferior, los homosexuales son enfermos mentales, etc.-; o cuando se propagan mensajes que promueven la discriminación de tales grupos en atención a sus características –moros fuera, los negros no son bienvenidos, etc.-¹⁶². Esos ataques reputacionales atentan contra la *dignidad* de las personas, entendida “como su status social básico, la base de su reconocimiento como seres iguales y titulares de derechos humanos constitucionalmente exigibles”¹⁶³.

La vinculación entre el honor o dignidad personal y la pertenencia a grupos culturales identitarios ha sido asumida también por el Tribunal Constitucional español en el asunto *Violeta Friedman* (STC 214/1991, de 11 de noviembre), al otorgar a esa persona legitimación activa para interponer recurso de amparo “a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía”, menoscabado por las manifestaciones antisemitas de León Degrelle. Afirmó el Tribunal que el significado personalista que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución - “en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas”- “no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad”.

A partir de esa premisa, el Tribunal acoge esa conexión entre identidad cultural y dignidad personal: “(e)l odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”.

Tales ataques a la dignidad deben ser claramente distinguidos de las ofensas a los sentimientos identitarios. “La distinción entre aspectos objetivos o sociales relativos al estatus de una persona en sociedad, de una parte, y aspectos subjetivos sobre sentimientos, incluyendo dolor, angustia o disgusto, de otra” resulta esencial, pues solo los primeros tienen en entidad suficiente como para justificar la restricción de la libertad de expresión. Ciertamente, proteger a las personas frente a

¹⁶² WALDRON, 2012, pp. 56-59.

¹⁶³ WALDRON, 2012, pp. 59-60. Consideraciones adicionales sobre el uso del concepto de dignidad, en pp. 136 ss.

atentados a su dignidad protege indirectamente sus sentimientos, pues también esos ataques a la reputación social generan estados emocionales adversos¹⁶⁴; pero hay que trazar una clara línea entre una ofensa a las creencias de una persona o grupo de un atentado contra su estatus social básico como ciudadano¹⁶⁵ -entre la dignidad de los musulmanes o católicos y la “dignidad” de su profeta o su libro sagrado-, por más que en ocasiones, dado el contenido del mensaje o la forma que adopte la conducta expresiva, pueda resultar difícil de distinguir en el caso concreto.

Un ejemplo significativo de dicha dificultad es el de una de las caricaturas danesas en las que se representaba al profeta Mahoma con una bomba sobre el turbante. Si bien podía interpretarse como una ofensa al símbolo religioso, podía también entenderse como una identificación entre Islam y violencia terrorista, lo que desde la óptica del autor neozelandés constituiría un ataque a la dignidad de los que profesan esa religión. Waldron, consciente de esa dificultad, manifiesta que “donde hay dificultad para trazar la línea de diferenciación, la ley debería caer del lado liberal”, considerando correcto en el caso concreto que el fiscal general danés no hubiera incoado acciones legales contra los periodistas¹⁶⁶.

Waldron está interesado en el *ambiente* que genera la visibilidad de los discursos hostiles, y que resulta incompatible con una “sociedad bien ordenada”. La visibilidad del odio, el goteo continuo de mensajes discriminatorios, menoscaba la seguridad y la confianza [assurance] de los miembros de los grupos minoritarios en su estatus cívico como personas merecedoras de igual respeto y consideración¹⁶⁷. El discurso de odio aspira a quebrar esa confianza implícita que la convivencia social otorga, poniendo en cuestión el merecimiento de ese trato equitativo, planteando políticas discriminatorias, dañando la reputación social de las minorías, etc.¹⁶⁸ Y la finalidad de las leyes, a través de la prohibición de esas conductas expresivas, habrá de ser la de restaurar y garantizar esa confianza en el reconocimiento de las minorías como ciudadanos merecedores de igual respeto.

El aseguramiento de esa confianza constituye un “bien público”, vigente en sociedad de modo difuso y frágil pero esencial para todos, especialmente aquellos pertenecientes a grupos marginados o minoritarios. En cierta medida, afirma Waldron, “estamos hablando de un ‘bien ambiental’ –la atmósfera propia de una sociedad bien ordenada-, así como de las formas en que ha de ser mantenida una cierta ecología del respeto, la dignidad y la confianza, y las formas en que puede ser contaminada”¹⁶⁹. El mantenimiento de ese bien público, restringiendo conductas o mensajes que puedan menoscabar la confianza en el respeto

¹⁶⁴ WALDRON, 2012, pp. 106, 108.

¹⁶⁵ WALDRON, 2012, p. 120.

¹⁶⁶ WALDRON, 2012, p. 126.

¹⁶⁷ WALDRON, 2012, pp. 65-68; 81, 85.

¹⁶⁸ WALDRON, 2012, p. 88, 94.

¹⁶⁹ WALDRON, 2012, p. 96.

a la dignidad, es lo que aspiran a garantizar las normas restrictivas del discurso de odio¹⁷⁰.

Uno de los aspectos problemáticos de la propuesta de Waldron, si pretendiera someterse al más fino tamiz de una eventual regulación legal, es que no termina de concretar cuál es el sentido de las genéricas referencias a la dignidad y la confianza. Así, en particular, no termina de definir si el acento debe ponerse en el componente del *honor* o la reputación social de los miembros del grupo destinatario del odio, o si lo que pretende combatir es antes la *discriminación* de esos grupos en el acceso a la participación en la interacción social. Podría decirse que tales diferencias son de matiz y carecen de relevancia, pero lo cierto es que nuestro legislador penal ha venido conformando dos modalidades típicas distintas sobre la base de ambos parámetros mencionados, asignándoles además una diferente gravedad, por lo que resultará imprescindible analizar sus diferencias.

Así, en el primer apartado del artículo 510 se castiga (con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa) la conducta de incitación, directa o indirecta, al odio y la *discriminación* (además de a la violencia). Y en su apartado segundo, el citado precepto recoge (con la pena inferior de seis meses a dos años y multa) la conducta consistente en lesionar la *dignidad* de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de personas o grupos¹⁷¹.

A mi modo de ver, la afectación al honor o reputación social de los miembros de un grupo como consecuencia del menosprecio a las características comunes no alcanza, tomada en sí misma, la entidad suficiente como para merecer su criminalización, y menos aún para acudir a una pena privativa de libertad. Una imputación de hechos falsos a una persona concreta puede conllevar un inmediato menoscabo de su reputación social y perjudicar su interacción con su entorno personal y profesional, de igual modo que un insulto dirigido a una persona concreta relacionado

¹⁷⁰ WALDRON, 2012, pp. 94-95.

¹⁷¹ La actual regulación de este segundo apartado es la siguiente: “2. *Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos*”.

El precepto anterior a la reforma operada en 2015 se aproximaba más a la estructura típica de las calumnias individuales (y con pena mayor, de uno a cuatro años de prisión):

“2. *Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía*”.

con defectos o particularidades personales puede menoscabar gravemente su autoestima. Sin embargo, y sin negar todo efecto lesivo, resulta harto discutible que conductas expresivas dirigidas contra todo un grupo y referidas a atributos compartidos por todo el colectivo puedan conllevar una afectación del honor de cada uno de sus miembros equiparable en gravedad a las injurias y calumnias, precisamente dada la generalidad de sus potenciales destinatarios.

En todo caso, el menoscabo al honor del colectivo causado por un acto expresivo concreto sería comparativamente de menor entidad que en la modalidad “clásica” de injurias o calumnias dirigidas contra una persona con nombres y apellidos, pues ese pernicioso efecto sobre la reputación del grupo –y de sus integrantes- se generará con la reiteración de los mensajes hostiles, solo cuando el discurso haya podido obtener cierta difusión e incluso una vez haya calado en algunos sectores de la población.

Tal parece ser la comprensión de Waldron, considerando que ese bien silencioso y difuso de la confianza en el respeto a la dignidad es socavado por la consecución a lo largo del tiempo de una determinada atmósfera de odio: “quienes publican o cuelgan expresiones de menosprecio y odio hacia sus conciudadanos, quienes queman cruces y pintarrajean esvásticas, hacen lo que pueden para menoscabar esa confianza. Por sí mismas, tales acciones pueden no parecer relevantes; un incidente aislado aquí, una reducida manifestación nazi allí, un ajado panfleto racista allá. Pero, como he dicho, precisamente porque ese bien público amenazado rige en sociedad de modo general, difuso e implícito, la aparición súbita de una serie de incidentes pueden terminar por tener un efecto desproporcionado”¹⁷².

Estamos, así, ante una suerte de “daño acumulativo”, cuya lesividad solo viene determinada por la expectativa de acumulación de otras acciones similares¹⁷³. Es, en efecto, ese goteo continuo el que poco a poco -siguiendo el símil medioambiental que maneja el autor (muy acorde, por cierto, a ese efecto acumulativo)- va contaminando la atmósfera de respeto que persigue proteger la restricción del discurso del odio.

Si esa interpretación es correcta¹⁷⁴, creo que resulta desproporcionado regular por vía penal la difamación colectiva, dada, de una parte, la escasa lesividad que cada conducta aislada presentará para la dignidad o reputación personal, como interés en última instancia protegido; de otra parte, dada la restricción del derecho a la libre expresión que conlleva la *represión* por vía penal, con su enorme carga

¹⁷² WALDRON, 2012, p. 94.

¹⁷³ Sobre esa noción del “daño acumulativo”, empleada habitualmente en la discusión sobre los delitos contra el medio ambiente, cfr. ALCÁCER, 2002, pp. 9 ss. y *passim*.

¹⁷⁴ Así parece también interpretar a Waldron CUEVA, 2012, p. 452, aludiendo a ataques al honor y reputación “de carácter repetido y sistemático”.

aflictiva y estigmatizante, a comportamientos que se sitúan en la órbita de ejercicio del derecho fundamental. La introducción de sanciones en el ámbito administrativo, ante supuestos que puedan alterar el orden público, el recurso a la protección del honor por vía civil, o la articulación de espacios mediáticos para posibilitar *discursos de respuesta* por parte de las comunidades afectadas (en la línea más arriba sugerida de potenciación por los poderes públicos de las voces de grupos desfavorecidos), podrían resultar medidas eficaces para el fin perseguido y evitar, al mismo tiempo, un excesivo desaliento de la deliberación sobre asuntos públicos¹⁷⁵, máxime teniendo en cuenta la inevitable vaguedad e indeterminación con que estos tipos penales suelen estar redactados¹⁷⁶.

Por lo que respecta a la concreta regulación prevista en el Código penal español, la utilización de la pena privativa de libertad –de seis meses a dos años y multa– resulta manifiestamente desproporcionada si se compara con las penas previstas para las injurias y calumnias personales, previendo el texto punitivo, respectivamente, sanciones de seis a catorce meses de multa (injurias graves con publicidad) y de seis meses a dos años (calumnias con publicidad). Repárese en que las penas previstas para la difamación colectiva serán siempre más graves que las calumnias personales. De una parte, el artículo 510.2 CP prevé pena de prisión de seis meses a dos años y, cumulativamente, multa de seis a doce meses, mientras que la pena de las calumnias se castiga con la referida pena de prisión o, alternativamente, multa de doce a veinticuatro meses (y si son sin publicidad solo con pena de multa). De otra parte, la pena difamación colectiva se impondrá en su mitad superior cuando se haga con publicidad (art. 510.2 CP), con la consecuencia de que una conducta de difamación colectiva sin publicidad se castigará necesariamente con pena de prisión (!). Y, en tercer lugar, el artículo 510.3 CP prevé imponer la mitad superior o incluso elevar la pena en un grado (con pena mínima de dos años, en consecuencia) cuando los actos de difamación colectiva “resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo”.

Como anticipábamos, la lectura de la sugerente propuesta de Waldron puede también hacerse desde una finalidad *antidiscriminatoria*, según la cual lo protegido no sería tanto la reputación u honor del grupo y sus miembros, sino la *igualdad*. La confianza en la dignidad que las normas penales aspirarían a garantizar se concretaría, entonces, en la expectativa de trato equitativo por los demás conciudadanos. Ciertamente, la reputación o el honor sería también objeto de protección, pero solo de un modo indirecto, a través de la protección del derecho a no ser discriminado.

¹⁷⁵ En semejante sentido se manifiestan CUEVA, 2012, p. 451; o REY, 2015, pp. 52-53, con relación a la difamación racial: “la sanción penal no debe ser la única respuesta ni la ordinaria ante el discurso de odio...sobre todo teniendo en cuenta que estamos en presencia de un límite de un derecho fundamental, el de la libertad de expresión. Una sanción administrativa e, incluso, la exigencia de responsabilidad civil, podrían ser mucho más respetuosas con el marco constitucional y, desde luego, más eficaces que una colección de normas penales tan rigurosas como inaplicables”.

¹⁷⁶ Sobre la directa relación entre la falta de taxatividad de la ley y el efecto desaliento, cfr. CUERDA, 2007, pp. 25 ss.

Desde esta óptica, lo rechazable del discurso del odio no sería tanto el menoscabo de la reputación social del grupo, como las consecuencias que la difusión del discurso tendría sobre la expectativa de conducta de terceros sobre el trato equitativo que debe prestarse a sus miembros

Trazando nuevamente el paralelismo con la regulación española vigente, esa propuesta aparecería reflejada en el artículo 510.1 CP; concretamente en su modalidad de *incitación a la discriminación*. Más allá del hecho de que tras la reforma de 2015 las penas correspondientes a esa modalidad delictiva dupliquen las de la difamación de grupo del art. 510.2 CP (condenándose la incitación, directa o indirecta, a la discriminación, al odio y la violencia a una pena de uno a cuatro años), lo que ahora me interesa destacar es la diferente estructura típica de la conducta que esta modalidad presenta frente a la consistente en la “lesión” de la dignidad. A diferencia de esta, en la que la lesividad se determina en virtud de un estado de cosas ya acontecido (esa “lesión” de la dignidad), en las conductas de incitación, promoción o fomento de la discriminación la lesividad relevante se proyecta hacia el futuro¹⁷⁷. Estaríamos, así, ante un delito de peligro, antes que ante un delito de lesión.

Más concretamente, tal como algún sector de la doctrina penal lo ha caracterizado¹⁷⁸, esta modalidad delictiva consistiría en un “delito de clima” (nuevamente muy cercano al símil del medio ambiente empleado por Waldron). Esa noción aludiría a aquellos delitos consistentes en la realización de manifestaciones dirigidas a una pluralidad de personas objetivamente adecuadas para generar una atmósfera favorable a la comisión futura de determinados hechos delictivos. Así, como decía, en este tipo de delitos “el hecho no se sanciona por lo ya ocurrido, sino por su capacidad objetiva para provocar hechos futuros. El Derecho penal del delito de clima no sólo mira hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar)”¹⁷⁹.

Enfocado desde tal perspectiva, podríamos explicar el *telos* de la prohibición como una forma de protección indirecta o reforzamiento comunicativo de las propias normas que prohíben la discriminación. La difusión de un mensaje que proclama que los inmigrantes rumanos (o subsaharianos o magrebíes...) no deben ser atendidos en urgencias médicas, o que sus hijos no deben recibir una educación pública, etc., no infringe directamente una norma antidiscriminatoria, pero sí *debilita* socialmente la vigencia de tales normas antidiscriminatorias, tanto desde la óptica de los miembros de grupos vulnerables, que verán socavada la confianza en recibir un trato equitativo, como desde la óptica de los potenciales infractores,

¹⁷⁷ Esa distinción es acentuada también por REY, 2015, pp. 52, 68.

¹⁷⁸ GÓMEZ MARTÍN, 2013, p. 83.

¹⁷⁹ Así, GÓMEZ MARTÍN, 2013, p. 83, describiendo la concepción de esos delitos desarrollada por Günther Jakobs. Cfr. JAKOBS, 1997, p. 314, destacando como delito de clima el *Volksverhetzung* del § 130 StGB.

quienes podrán terminar por asignar menor valor axiológico a los preceptos antidiscriminatorios. Acudiendo nuevamente a Jakobs, la prohibición penal de los mensajes discriminatorios sería una “norma de flanqueo”, “cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales”¹⁸⁰.

A mi modo de ver, este aspecto de la discriminación caracteriza menor la relevancia lesiva del discurso de odio que el relativo a la difamación¹⁸¹. En buena medida, son caras de la misma moneda: un mensaje de contenido discriminatorio menoscabará la reputación social de los miembros del grupo, y la difamación a un grupo por sus características distintivas conllevará implícitamente un mensaje discriminatorio, al devaluar simbólicamente el estatus cívico de sus miembros. Pero, como hemos dicho, el genotipo del discurso de odio está íntimamente ligado a la existencia de grupos vulnerables por su situación histórica de marginación, por lo que la discriminación del grupo forma parte de su núcleo de sentido como fenómeno social, mientras que la difamación no es más que un efecto reflejo de esa situación previa de marginación. No otra es la razón por la que también la regulación de la difamación colectiva del art. 510.2 CP remite a las características reflejadas en el apartado anterior -referido a la incitación a la violencia, discriminación u odio-, asociadas a motivos discriminatorios –racismo, antisemitismo- o a atributos que han sido tradicionalmente objeto de discriminación –como la etnia, el género o la discapacidad-. Se puede difamar públicamente a los dentistas, a los soldados¹⁸² o a los miembros de la Casa real, pero desde luego estaremos ante un hecho social de muy distinta significación que la que suele asignarse al discurso de odio.

Atendiendo al grado de lesividad de tales conductas y a si deben ser objeto de reacción penal, el tipo penal de incitación a la discriminación introduce, en principio, mayores exigencias que el de la difamación, en tanto en cuanto la propia estructura típica como delito de peligro debiera conllevar que la conducta presente cierto grado de idoneidad para incitar a la realización por terceros de actos discriminatorios. No obstante, lo cierto es que el legislador español ha rebajado considerablemente esa exigencia cuando, de una parte, ha incluido fórmulas adicionales más laxas tales como “fomentar” o “promover”; y, de otra,

¹⁸⁰ JAKOBS, 1997, p. 324.

¹⁸¹ En sentido contrario, REY, 2015, p. 68.

¹⁸² En Alemania tuvo considerable repercusión el llamado caso de los “soldados son asesinos” (Cfr. al respecto, por ejemplo, BRUGGER, 2003, pp. 26 ss.). Los autores de varios posters y panfletos en los que se acusaba a los soldados de ser asesinos fueron condenados por delito de difamación colectiva (§ 185 StGB). El Tribunal Constitucional alemán anuló la condena viniendo a afirmar que no se ve afectado el honor de los individuos si el colectivo de referencia es abstracto o genérico. Baste comparar ese pronunciamiento con los que la jurisprudencia alemana ha hecho sobre los insultos antisemitas –muy semejantes a lo que nuestro TC manifestó en el asunto *Friedman*- para mostrar la relevancia que tiene la marginación social del grupo a la hora de asignar trascendencia lesiva a la difamación colectiva. Como afirma BRUGGER, 2003, p. 16: “En la doctrina penal alemana, es discutido si los grupos pueden ser objeto de insultos si el grupo es amplio y no identificable con nitidez. Pero lo que no se discute es que un grupo puede ser difamado si representa una minoría social con características pretendidamente negativas que se supone que son irreversiblemente inherentes a sus miembros”.

ha incluido como parte del tipo no solo la incitación directa sino también la “indirecta”.

En cualquier caso, a la hora de determinar cuál debiera ser la lesividad exigible para que tales conductas alcancen el umbral del merecimiento de pena, no puede soslayarse el hecho de que tales incitaciones a la discriminación de grupos marginados no constituyen sino reproducción de una realidad –la de la marginación y discriminación social- que ya existe previamente en sociedad, por lo que, en realidad, la defraudación de la confianza en el trato equitativo por parte de terceros no sería tanto consecuencia de la concreta acción expresiva individual que incite a la discriminación como de ese *status quo* previo¹⁸³. La conducta expresiva concreta constituiría –al modo de ese efecto acumulativo- un recordatorio simbólico de esa marginación, una gota en el océano de la discriminación ya arraigada socialmente. Y si, en cambio, la situación de marginación no está socialmente arraigada –y estamos en una sociedad con razonables cotas de estabilidad e igualdad social-, la conducta expresiva que incite a la discriminación apenas tendrá potencialidad lesiva. Incluso obviando toda consideración al ejercicio de la libertad de expresión, la escasa lesividad inherente a estas conductas debiera suscitar serias dudas acerca de la punición de estas conductas, y, por ende, de que el Derecho penal sea el medio más adecuado para remover las causas de la discriminación¹⁸⁴.

Con independencia de lo expuesto, nos topamos nuevamente con el ejercicio de un derecho fundamental. ¿Debe amparar el derecho a la libre expresión la difusión pública de propuestas discriminatorias? No estoy pensando tanto en el torpe mensaje de twitter de un adolescente racista, o en los carteles colgados por un minúsculo grupo filonazi, como en la creciente presencia en Europa de partidos políticos de corte xenófobo, en muchos casos con amplia representación, como el *Frente Nacional* en Francia, el *Partido por la Libertad*, en Holanda, *Amanecer Dorado* en Grecia, *Alternativ für Deutschland* o *Pegida*¹⁸⁵ en Alemania, o el *Partido de los Auténticos Finlandeses*, en Finlandia. Por repulsivas que puedan parecernos a muchos las ideas que estos partidos patrocinan, no estamos sino ante eso: ante la transmisión de opiniones ideológicas. El Derecho penal no puede ser el instrumento destinado a combatir la intolerancia: un Estado democrático se negaría a sí mismo si reprimiera coactivamente tales discursos.

¹⁸³ Esta línea de razonamiento sigue SIMPSON, 2013, pp. 726 s., para criticar la concepción de Waldron.

¹⁸⁴ En la doctrina española, son mayoritarias las voces contrarias a la punición de la incitación al odio y la discriminación. Cfr. por ejemplo LANDA, 2000, p. 226-227; LASCURAIN, 2002, p. 57-58, con más referencias; CUERDA, 2007, pp. 40 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012, pp. 116-117.

¹⁸⁵ *Patriotische Europäer gegen die Islamisierung des Abendlandes* (Patriotas Europeos contra la Islamización de Occidente).

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., “Víctimas y disidentes. El ‘discurso del odio’ en EE. UU. Y Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 103 (2015), pp. 45-86.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97 (2013), pp. 309 ss.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de derecho Penal y Criminología* 14 (2012).
- ALCÁCER GUIRAO, E., “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista Electrónica de derecho Penal y Criminología* 4-8 (2002).
- AÑÓN ROIG, M.J., “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos”, en: De Lucas, (Director), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 217 ss.
- ATIENZA, M., “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, *Revista internacional de filosofía política* 30 (2007) pp. 65 ss.
- BAKER, E., “Autonomy and Hate Speech”, en Hare/Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 139 ss.
- BARENDT, E., *Freedom of Speech*, Oxford, 2005.
- BOLADERAS CUCURELLA, M., “La opinión pública en Habermas”, *Anàlisi* 26 (2001), pp. 51 ss.
- BOLLINGER, L., *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York, 1986.
- BRUGGER, W., “The treatment of Hate Speech in German Constitutional Law”, *German Law Journal* 4 (2003), p. 1 ss.
- CARMI, G., “Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech”, *Boston University International Law Journal* 26 (2008), pp. 277 ss.
- CATALÁ I BAS, A.H., “¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión”, *Cuadernos de Derecho público*, 14 (2001), pp. 131 ss.
- CUERDA ARNAU, M., “Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento”, *Revista General de Derecho Penal* 8 (2007).
- CUEVA FERNÁNDEZ, R., “El ‘discurso del odio’ y su prohibición”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 35 (2012), pp. 437 ss.
- DE LUCAS, J. (Director), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001.
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, 2011.
- DWORKIN, R., “Foreword”, en: Hare/Weinstein (editores), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009.
- DWORKIN, R., *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, 1996.
- FEINBERG, J., *Offense to Others. The moral limits of the Criminal Law, Volume 2*, Oxford, 1985.
- FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, 1996.
- FISS, O., “The Supreme Court and the Problem of Hate Speech”, *Capital University Law Review* 24 (1995), pp. 281 ss.
- FORST, R., “Two Stories about Toleration”, en: Zucca, L./Ungureanu, C., *Law, State and Religion in the New Europe Debates and Dilemmas*, Cambridge, 2012.
- FORST, R., “Toleration, justice and reason”, en: Mckinnon/Castiglione, *The culture of toleration in diverse societies*, Manchester, 2008, pp. 71 ss.
- FORST, R., “The Limits of Toleration”, *Constellations* 11, nº 3 (2004), pp. 312 ss.

- FOX, G./NOLTE, G., “Intolerant Democracies”, *Harvard International Law Journal* 36 (1995), pp. 1 ss.
- GIANNI, M., “¿Cuál podría ser la concepción de una ciudadanía diferenciada?”, en: De Lucas (director), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 13 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Presentación”, en Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid/Barcelona, 2007, p. 18 y ss.
- GREENAWALT, K., *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*. Princeton, 1996, tercera reimpresión.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión”, *Intersecciones* 4 (2013), pp. 77 ss.
- HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, Madrid, 1998.
- HEYMAN, S.J., *Free Speech and Human Dignity*, New Haven, 2008.
- HÖRNLE, T., “La protección de sentimientos en el StGB”, en Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid/Barcelona, 2007, pp 383 ss.
- JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997.
- JERICO OJER, L., “El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?”, *Revista Penal* 18 (2006), pp. 153 ss.
- KAHAN, D. [como nota anónima], “A Communitarian Defense of Group Libel Laws”, *Harvard Law Review* 101 (1988), pp. 682 ss.
- KAUFMAN, J.-C., *Identidades*, Barcelona, 2015.
- KROTOSZYNSKI, R.J., “A comparative perspective on the First Amendment: free Speech, militant democracy, and the primacy of dignity as a preferred constitutional value in Germany”, *Tulane Law Review* 78 (2004), pp. 1549 ss.
- KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995.
- KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Oxford, 2ª edición, 2002.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao, 2000.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas”, en *La libertad de expresión e información. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2002, pp. 45 ss.
- LAWRENCE III, C.R., “If He Hollers Let Him Go: Regulation of Racist Speech on Campus”, en: VV.AA., *Words That Wound*, Boulder et. al., 1993, pp. 58 ss.
- LÓPEZ GUERRA, L., “Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del TEDH: blasfemia e insulto a la religión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 46 (2013), pp. 79 ss.
- LÓPEZ-ISIDRO, R., 2012, “Circuncisión y libertad religiosa. Comentario a la sentencia del Tribunal Regional de Colonia de 7 de mayo de 2012”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 30 (2012).
- MCKINNON, C., *Toleration and the Character of Pluralism*, en: Mckinnon/Castiglione, *The Culture of Toleration in Diverse Societies*, Manchester, 2008, pp. 55 ss.
- MCKINNON, C., *Toleration. A critical introduction*, Oxon, 2006.
- MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996.
- MEIKLEJOHN, A., “The First Amendment Is an Absolute”, *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 245-266.
- MICHELMAN, F. I., “Law’s Republic”, *Yale Law Journal* 97 (1988), pp. 1493 ss.

- MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ofensivas”, *revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17-23 (2015).
- OVEJERO, F./MARTÍ, J.L./GARGARELLA, R. (compiladores), *Nuevas Ideas Republicanas*, Barcelona, 2004.
- POST, R., “Interview with Robert Post”, en Herz, M./Molnar, P., *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012, pp. 11 s.
- POST, R., “Participatory Democracy and Free Speech”, *Virginia Law Review* 97 (2011), pp. 477 ss.
- POST, R., “Hate Speech”, en Hare/Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 123 ss.
- POST, R., “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *William & Mary Law Review* 32 (1991), p. 267 ss.
- POST, R., “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, *Harvard Law Review* 103 (1990), pp. 605 ss.
- RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, 2004.
- RAWLS, J., *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1996, 1ª reimpresión.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Méjico, 1995, 2ª reimpresión.
- RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, Barcelona, 2001.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del *ethos* democrático en la jurisprudencia constitucional española”, *Cuadernos de Derecho Público* 21 (2004), pp. 23 ss.
- REY MARTÍNEZ, F., “Discurso de odio y racismo líquido”, en: Revenga (director), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, 2015, pp. 51 ss.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia, 2012. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 8 (2000), pp. 469 ss.
- SANDEL, M., *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, 1996.
- SIMPSON, R.M., “Dignity, Harm, and Hate Speech”, *Law and Philosophy* 32 (2013), pp. 701 ss.
- SONG, S., “Multiculturalism”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (septiembre, 2010).
- SUNSTEIN, C., *Why Societies Need Dissent*, Cambridge, 2003.
- SUNSTEIN, C., *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, 1993.
- SUNSTEIN, C., “Beyond the Republican Revival”, *The Yale Law Journal* 97 (1988), pp. 1539 ss.
- TAYLOR, C., “La política del reconocimiento”, en: VV.AA., *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Méjico, 2003.
- TODOROV, T., *Los enemigos íntimos de la democracia*, Barcelona, 2012.
- TODOROV, T., *El miedo a los bárbaros*, Barcelona, 2014.
- TORBISCO, N., *Group rights as human rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*, Dordrecht, 2006.
- VANEIGEM, R., *Nada es sagrado, todo se puede decir*, 2012, 2ª edición.
- WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard, 2012.
- WALZER, M., *On toleration*, New Haven, 1997.
- WEINSTEIN, J., “Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine”, *Virginia Law Review* 97 (2011), pp. 491 ss.
- WEST, C., “Words That Silence? Freedom of Expression and Racist Hate Speech”, en: Maitra/McGowan, *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford, 2012, pp. 222.