

¿CÓMO SUPERAR LOS CONFLICTOS ENTRE EL DISCURSO DEL OUDIO Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA?

Por la Académica de Número
Excma. Sra. D^a. Adela Cortina Orts*

1 UN DEBATE INELUDIBLE

La necesidad de debatir sobre lo que se ha dado en llamar, con mayor o menor fortuna, “discurso del odio” (*hate speech*) se ha puesto sobre el tapete en los últimos tiempos a raíz de acontecimientos como el asesinato de doce personas del semanario *Charlie Hebdo* en enero de 2015, relacionado con las caricaturas de Mahoma publicadas en él poco antes; los dibujos satíricos que el mismo semanario dedicó el 2 de septiembre de 2016 a los damnificados por el terremoto de Amatrice, que causó 296 muertos, comparándolos con platos de la cocina italiana; los discursos de los partidos políticos populistas en Europa con mensajes xenófobos, a raíz de la crisis de los refugiados políticos; la insultante campaña de Donald Trump contra la inmigración mexicana, o cuestiones más locales, como los acontecimientos de la capilla de la Universidad Complutense en el campus de Somosaguas en marzo de 2011¹. A pesar de referirse a colectivos muy diferentes y utilizando formas de expresión muy diversas (ironía, sátira, desprecio, incitación a la violencia), los discursos del odio son en realidad tan antiguos como la humanidad, pero la novedad es ahora doble: por una parte, han llegado a tener un tratamiento jurídico, pueden llegar a considerarse como “delitos de odio” (*hate crimes*); por otra, una sociedad madura

* Sesión del día 25 de octubre de 2016.

¹ Este estudio se inserta en el Proyecto de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico FFI2013-47136-C2-1-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y en las actividades del grupo de investigación de excelencia PROMETEO/2009/085 de la Generalitat Valenciana.

se pregunta cada vez más si ese tipo de discursos no es un obstáculo para construir una convivencia democrática.

Ciertamente, el epicentro del debate en los países democráticos suele situarse en el conflicto que puede producirse entre el ejercicio de la libertad de expresión de quien pronuncia el discurso presuntamente dañino y el hecho de que ese discurso atente contra algún otro bien que una sociedad democrática debe proteger. La libertad de expresión es sin duda un derecho básico en las sociedades abiertas, que es preciso defender y potenciar, pero no es un derecho absoluto, sino que tiene sus límites cuando con ella se viola algún otro derecho o bien básico. El Artículo 20.4 de la Constitución Española, referido a la libertad de expresión y de información, afirma expresamente que “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan, y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”². Precisamente porque los términos en estos casos suelen ser sumamente ambiguos, es necesario establecer límites y el debate se centra en aclarar cuáles deben ser esos límites y en proporcionar criterios para establecerlos.

En esta intervención intentaré abordar el problema y sugerir una propuesta que, teniendo en cuenta las dificultades, ayude a superar la disyuntiva “o libertad de expresión irrestricta o limitación de la misma”. En realidad, la vida humana no se encuentra habitualmente con dilemas, sino con problemas que es necesario abordar. Y, a mi juicio, el necesario entreveramiento entre derecho y ética puede permitir superar los inevitables conflictos que se producen cuando la cuestión se plantea únicamente desde el punto de vista jurídico. En un primer apartado intentaré caracterizar el discurso del odio y los delitos de odio, y para hacerlo me serviré de un texto de La Fontaine.

2. DISCURSO DEL ODIOS Y DELITOS DEL ODIOS

En su libro *El discurso del odio* afirma André Glucksmann que el odio existe, que es preciso superar el “buenismo” y aceptar la existencia del odio, y dedica los tres grandes apartados del libro al análisis de tres versiones del odio, actuales y a la vez de antigua raigambre: el antiamericanismo, el antisemitismo

² Título I. “De los derechos y deberes fundamentales”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19.3, afirma que las restricciones a la libertad de expresión deben ser fijadas por ley expresamente y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto de los derechos y de la reputación de los demás. B) La protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas”.

Art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 menciona “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”.

y la misoginia. En los tres casos, entiende Glucksmann con buen acuerdo que la clave del odio reside en quien odia, no en el colectivo objeto del odio, “la clave del antisemitismo —afirma— es el antisemita, no el judío”³. Pero en un momento dado del libro trae a colación una estremecedora fábula de La Fontaine que, a mi juicio, contiene en esencia los rasgos de lo que se ha dado en llamar “discurso del odio” (*bate speech*), pero también en este caso de lo que se ha llamado “delito del odio” (*bate crime*). Como suele suceder en las fábulas, los personajes son dos animales, en este caso un lobo y un cordero, que, por decirlo de alguna manera, entablan un diálogo. “Por decirlo de alguna manera”, porque en realidad es un monólogo, en el que el lobo lleva el peso del discurso, mientras que el cordero es como la pared de un frontón, a la que no se concede más entidad que permitir que el discurso rebote.

La fábula dice así:

—...Y sé que de mí hablaste mal el año pasado.

—¿Cómo pude hacerlo si no había nacido? —dijo el cordero—. Aún mamo de mi madre.

—Si no fuiste tú, sería tu hermano.

—No tengo.

—Pues fue uno de los tuyos:

Porque no me dejáis tranquilo,

Vosotros, vuestros pastores y vuestros perros.

Me lo han dicho: tengo que vengarme.

Allá arriba, al fondo de los bosques

Se lo lleva el lobo, y luego se lo come.

Sin más juicio que ése.”

Ciertamente, el discurso del lobo es un ejemplo palmario de lo que significa el discurso del odio, pero también el delito del odio, porque reúne características que los distinguen de otros tipos de discursos y delitos.

1) En principio, el discurso se dirige contra un individuo, pero no porque ese individuo haya causado daño alguno al hablante, sino porque goza de un rasgo que le incluye en un determinado colectivo. En el colectivo de “los tuyos”, que es diferente del de “los nuestros”. En este caso “los tuyos” son los corderos; en otros casos, son las gentes de otra raza (racismo), de otra etnia (xenofobia), de otro sexo (misoginia), de otra tendencia sexual (homofobia), de una determinada religión (cristianofobia, islamofobia) o de un estrato social precario (aporofobia).

³ GLUCKSMANN, 2005:96.

Este requisito diferencia a los discursos y delitos del odio de otras violaciones, porque las víctimas no se seleccionan por ser quienes son personalmente, sino por el colectivo del que forman parte; por eso cada una podría ser intercambiada por otra del grupo con la que comparte la característica hacia la que se dirigen la intolerancia y el rechazo del agresor.

2) Se estigmatiza y denigra a ese colectivo atribuyéndole actos que son perjudiciales para la sociedad, aunque sea difícil comprobarlos, si no imposible, porque en ocasiones se remiten a una historia remota que ha ido generando el prejuicio, o se forman a través de murmuraciones y habladurías.

3) Se sitúa al colectivo en el punto de mira del odio, entiéndase como se entienda el término “odio”, porque los relatos pretenden justificar la incitación al desprecio que la sociedad debería sentir por el colectivo y, en ocasiones, alientan acciones violentas contra sus miembros. “Me lo han dicho: tengo que vengarme” —es el mensaje de obediencia al que se somete el lobo³. Repasar la historia de las incitaciones a la violencia contra minorías vulnerables sería el cuento de nunca acabar.

4) Quien pronuncia el discurso o quien comete el delito del odio está convencido de que existe una *desigualdad estructural* en relación con la víctima, cree que se encuentra en una posición de superioridad frente a ella. Y utiliza el discurso del mismo modo que funciona la ideología, entendida en sentido marxista: como visión deformada y deformante de la realidad, que permite mantener y fortalecer esa “superioridad estructural” y fomentar la identidad subordinada de las víctimas⁵.

5) El discurso del odio, lleve o no aparejada la incitación a la violencia, se caracteriza por su escasa o nula argumentación, porque en realidad no pretende dar argumentos, sino expresar desprecio e incitar a compartirlo. “Sin más juicio, el lobo se lo come” es la expresión de la fábula.

Estas características están tomadas básicamente de autores como Parekh y Chakraborti, pero deberíamos añadir otras tres sumamente relevantes para lo que aquí nos ocupa:

1) El discurso es monológico, quien lo pronuncia no considera a su oyente como un interlocutor válido, sino como un objeto que no merece respeto alguno. Con lo cual, desde un punto de vista lingüístico, quiebra el pre-

⁴ Estas tres primeras características están tomadas de PAREKH, 2006. Según Parekh, los discursos del odio: 1) Se dirigen contra un determinado grupo de personas, sean musulmanes, judíos, indigentes, homosexuales, etc. 2) Se estigmatiza a ese colectivo, asignándole estereotipos denigratorios. 3) Se considera que, en virtud de esas características, ese grupo no puede integrarse en la sociedad y debe ser tratado con desprecio y hostilidad.

⁵ CHAKRABORTI, 2011.

supuesto pragmático inevitable en cualquier acción comunicativa, que es el que le presta sentido y validez: el presupuesto de la relación entre sujetos dotados de competencia comunicativa. Negar al oyente capacidad de interlocución, tratarle como un objeto, y no como un sujeto, supone quebrar el vínculo de intersubjetividad que hace posible el lenguaje humano y malograr el sentido y la validez del discurso.

2) Teniendo en cuenta que una acción comunicativa es un acto de habla, como bien han mostrado autores como Austin, Searle, Apel o Habermas, el discurso es una acción con capacidad de dañar por sí mismo, *hablar es actuar*⁶. Independientemente de que con el habla se incite a realizar una acción violenta, el discurso es una acción diferente de la agresión posterior, aunque en este caso esté estrechamente ligada a él por pretender legitimarlo, y puede ser por sí mismo dañino. Si con él se daña o no a un bien jurídico (como el honor, la dignidad o la paz social) es el juez quien debe interpretarlo, pero desde un punto de vista ético estigmatizar a otras personas condenándolas a la exclusión, a la pérdida de reputación, privándoles del derecho a la participación social, es lesivo por sí mismo. Difícilmente este tipo de discurso puede entenderse como expresivo de una libertad de no interferencia en el sentido de Benjamin Constant, puesto que realmente interfiere, lesiona, es dañino⁷.

3) Establecer una relación de asimetría, de desigualdad radical atenta contra los principios más básicos de un *êthos* democrático. Ciertamente, los valores democráticos pretenden universalidad y por eso mismo se sitúan en ese nivel postconvencional que es el de la *Moralität* kantiana, que va más allá del uso ético de la racionalidad práctica⁸. Pero también es verdad que incorporar esos valores en una sociedad exige desarrollar una “eticidad democrática”, un *êthos* democrático, que consiste en que los valores éticos universales se incorporen en las instituciones, en las costumbres y en los hábitos sociales. Sin un *êthos* democrático difícilmente será posible una sociedad democrática. Y en ese *êthos* diversos valores son esenciales, entre ellos la libertad, pero no menos la igualdad. En realidad, en las democracias liberales el valor de la libertad es la gran herencia de la tradición liberal, el valor de la igualdad es la gran herencia de la tradición democrática.

El discurso del odio es entonces un problema de discriminación y de exclusión, porque pretende apartar a un grupo de la vida social, pero es también de asimetría. No se trata sólo de intolerancia con una ética de máximos o con una doctrina comprensiva del bien que no se comparte, sino de desprecio hacia un grupo social por una cualidad que el hablante considera despre-

⁶ AUSTIN, 1982; SEARLE, 1980.

⁷ REVENGA, 2015, 18.

⁸ HABERMAS, 2000.

ciable. Hay aquí, por tanto, una ausencia de *reconocimiento*, propia de lo que Honneth denomina *La sociedad del desprecio*. Como bien dice Taylor, también alineado en la tradición hegeliana del reconocimiento, la victoria del verdugo consiste en lograr que su víctima se desprecie a sí misma a fuerza de experimentar el desprecio ajeno.

A mi juicio, articular libertad de expresión e igual consideración y respeto es el gran desafío. Recordando que una sociedad justa se ve obligada a poner las bases sociales de la autoestima como uno de los bienes primarios. En este caso, como en tantos otros, moral y derecho se necesitan mutuamente.

3. LA DIFÍCIL DISTINCIÓN ENTRE DISCURSO Y DELITO

El *discurso del odio* ha constituido uno de los grandes obstáculos para crear sociedades justas y convivencia pacífica a lo largo de la historia, pero el rechazo de este tipo de discursos ha cobrado también expresión jurídica.

Ciertamente, distinguir entre el discurso y el delito no es tarea fácil. Del *discurso del odio* se han ofrecido diferentes caracterizaciones, pero una de las más sencillas y aceptadas es la del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que lo considera como “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo, u otras formas de odio basadas en la intolerancia”⁹.

Por desgracia, el número de ejemplos es abrumador. La xenofobia, la aversión extremada al extranjero; la homofobia, el odio a las personas homosexuales; la fobia a musulmanes, cristianos o gentes de cualquier religión; y también la aporofobia, el desprecio al pobre e indigente, forman parte de ese catálogo de grupos a los que se dirige el discurso del odio.

Por la expresión “*delitos de odio*” pueden entenderse “todas aquellas infracciones penales y administrativas, cometidas contra las personas o la propie-

⁹ La Recomendación nº 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) (2007) identifica los discursos del odio con las expresiones que, difundidas intencionadamente, impliquen una incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, así como insultos, difamaciones públicas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico. Lo hace en el apartado IV, dedicado al Derecho Penal, en el que entiende que la legislación debería penalizar la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación, los insultos en público y difamación o amenazas contra una persona o categoría de personas por su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico.

La definición que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recoge del discurso del odio es la que parece en la Recomendación (1977) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que abarcaría “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio, fundado en la intolerancia, incluida la que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración” (REV, 2015:53, nota 4).

dad por cuestiones de ‘raza’, etnia, religión o práctica religiosa, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, situación de pobreza y exclusión social, o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas”¹⁰. O también, desde una perspectiva sociológica, como “actos de violencia, hostilidad e intimidación, dirigidos hacia personas seleccionadas por su identidad, que es percibida como ‘diferente’ por quienes actúan de esa forma”¹¹.

La diferencia entre el discurso y el delito del odio consistiría en que estos últimos son actos criminales motivados por la intolerancia y el sentido de superioridad del agresor, que deben reunir al menos dos requisitos: el comportamiento debe estar tipificado como delito en el Código Penal, y puede consistir en un maltrato vejatorio o en una agresión física, entre otros; y la motivación del acto debe basarse en un prejuicio hacia un determinado grupo social¹². El delito implica entonces una infracción penal o administrativa.

4. PROBLEMAS JURÍDICOS

En el ámbito jurídico el problema se plantea, en principio, sobre todo en los siguientes aspectos: 1) ¿Qué tipo de discursos pueden tipificarse como “discurso del odio” de forma que deban ser castigados desde el Derecho Penal, el Derecho Administrativo o desde el Derecho Antidiscriminatorio?¹³ 2) ¿Cómo compaginar la libertad de expresión, derecho básico en nuestras sociedades liberales, con el derecho de toda persona a su autoestima, a la pacífica integración en la sociedad, al reconocimiento que como persona se le debe?¹⁴ 3) ¿Ha de proteger la libertad de expresión la difusión de cualquier idea, incluso las que resultan repulsivas, desde el punto de vista de la dignidad humana, constitucionalmente garantizada, o deleznable desde el punto de vista de los valores que establece nuestra Constitución? Es necesario distinguir entre el discurso del odio (no protegido generalmente por el principio de libertad de expresión) y el discurso ofensivo e impopular (protegido por la libertad de expresión)¹⁵.

Intentar aclarar estos extremos es necesario. Por una parte, porque sin duda la libertad de expresión es irrenunciable en una sociedad democrática, sobre todo desde el punto de vista de que debe ser una sociedad abierta, en la que se puedan expresar y escuchar las diferentes voces. Prohibir determinadas expresiones puede ser una coartada habitual en los totalitarismos. Y, en este

¹⁰ *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, 2014. MINISTERIO DEL INTERIOR, 2015:3.

¹¹ NEIL CHAKRABORTI, JOHN GARLAND y STEVIE-JADE HARDY, *The Leicester hate crime Project. Findings and conclusions*, The Leicester Centre for Hate Studies, University of Leicester, 2014.

¹² OBSERVATORIO HATENTO, 2015a:29.

¹³ Para la conveniencia de derivar al Derecho Antidiscriminatorio casos de discurso del odio, ver REY, 2015.

¹⁴ CARRILLO, 2015:208-211.

¹⁵ BECERRIL, 2015, 11 y 12.

sentido, es sumamente ilustrativo el Discurso de Ingreso de Santiago Muñoz Machado en la Real Academia de la Lengua Española sobre *Los itinerarios de la libertad de palabra*¹⁶. Pero también es verdad que la libertad de expresión tiene límites cuando lesiona bienes jurídicamente protegibles, y los discursos del odio pueden dañar esos bienes. Es necesario, pues, que los delitos del odio se reconozcan como tales y se penalicen, y no sólo porque el derecho tiene una función punitiva y una función rehabilitadora, sino también porque ejerce una función comunicativa: la de dejar constancia de que una sociedad no está dispuesta a tolerar determinadas acciones, porque violan los valores que le dan sentido e identidad. Junto a la tarea punitiva y rehabilitadora, esa función comunicativa y pedagógica es esencial.

Sucede, sin embargo, que, como apuntan especialistas en el tema, son muy pocas las veces en que se penalizan conductas que pueden considerarse ofensivas contra ciertos valores y derechos constitucionales en razón de los discursos que pudieran ser tachados de apologéticos, ofensivos o incitadores al odio o a la discriminación¹⁷.

Por una parte, porque para considerar delictivo un discurso debe referirse a valores o derechos constitucionales o contener una incitación a realizar acciones violentas, y no sólo expresar una opinión. Determinar cuándo un discurso concreto incita a la violencia es asunto que suele ser objeto de las más variadas interpretaciones. Interpretaciones en las que pesan lo que Rawls llamaba las “cargas del juicio”, si no las presiones políticas, e incluso la fuerza social de lo políticamente correcto¹⁸. Según la fuerza de los grupos sociales, los discursos se consideran lesivos e intolerables, o bien simple ejercicio de la libertad de expresión.

Parece, pues, conveniente recordar que el Derecho Penal ha de reservarse como última *ratio* y explorar otras vías represoras de menor intensidad, pero mayor eficacia, como la indemnización civil por daños o las sanciones administrativas¹⁹.

Por otra parte, porque resulta también sumamente difícil detectar que el móvil de la conducta delictiva sea el odio. Y este lado subjetivo de la cuestión es otra de las razones de la impunidad en que suele quedar este tipo de delitos. El odio puede considerarse como una emoción o como un sentimiento. Según el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, es “antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea”. Realmente antipatía y aversión son sentimientos muy difusos y extendidos, que no reflejan lo que suele tenerse por

¹⁶ MUÑOZ MACHADO, 2013.

¹⁷ REY, 2015:49 y ss.

¹⁸ RAWLS, 1996:85-89; MARTÍNEZ TORRÓN, 2016:29.

¹⁹ REY MARTÍNEZ, 2015.

“odio”. Tal vez esté más próxima al sentido usual la caracterización de María Moliner “sentimiento violento de repulsión hacia alguien, acompañado del deseo de causarle o de que le ocurra daño”. Una caracterización que cubre alguno de los usos del discurso del odio, pero no todos. Algunos son más suaves y son formas de aversión y de rechazo. Pero, en cualquier caso, resulta difícil comprobar que quien pronuncia un discurso está movido por el odio y que aquellos a quienes se dirige el discurso sufren objetivamente por el contenido del discurso.

Por eso entienden algunos autores, como Javier Rey, que, perdidos en este mundo de subjetivismos, corremos el riesgo de obviar la existencia de discursos del odio que dañan a las personas y a los colectivos, precisamente por lo insalvable de las dificultades de discernir cuándo la conducta es delictiva. Por eso aconsejan no tratar el tema de los discursos del odio sólo desde el punto de vista de los delitos, aunque siga siendo necesario seguir tratando estos asuntos desde el punto de vista del Derecho Penal, sino abrir cada vez más el espacio al Derecho administrativo y al Derecho Antidiscriminatorio²⁰.

A mi juicio, es necesario abrir también otra vía, que no anula las anteriores, sino que las complementa. Pero no en el sentido de que añade algo más, sino en el sentido de que es *conditio sine qua non* para resolver el conflicto entre libertad de expresión y discurso del odio en una sociedad abierta.

5. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DEMOCRACIA VIABLE Y DESEABLE

En su artículo “Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?”, Miguel Revenga distingue entre los tres mencionados modelos tomando como criterio el punto hasta el que una sociedad estaría dispuesta a llegar para defender la libertad de expresión²¹. Ciertamente, el discurso del odio puede ser él mismo dañino, pero el grado de libertad de expresión parece ser el que muestra el grado de democracia de un país.

Siguiendo a Revenga, el modelo de democracia tolerante estaría inspirado en la estadounidense, porque la jurisprudencia norteamericana sobre la Primera Enmienda ha sido la fuente para reconocer el derecho a decir cualquier cosa²².

²⁰ *Ibid.*

²¹ MIGUEL REVENGA, 2015 b.

²² Como ha mostrado, entre otros, Muñoz Machado, la libertad de hablar se plantea en primer lugar como libertad parlamentaria, que debe proteger a los miembros de las cámaras de la responsabilidad por las opiniones vertidas en los debates. Fue Moro el primero en plantearla en 1521 al Enrique VIII. Pero es la introducción de la imprenta la que plantea el problema del control de las comunicaciones (MUÑOZ MACHADO, 2013, cap. IV). El itinerario norteamericano, por su parte, sigue la línea de LOCKE, TRENCHARD y GORDON (vid. *Ibid.*, cap. V).

El Estado Constitucional ha de sostener la libertad, aún en casos excepcionales, y se considera como virtud clave en esta práctica la tolerancia²³.

La democracia intransigente seguiría el modelo europeo, más propenso a limitar la libertad de expresión frente al discurso del odio. En el trasfondo de esta actitud podría encontrarse, por una parte, la experiencia del Holocausto, que tuvo su origen en la tolerancia ante discursos científicos y populistas, preñados directa o indirectamente, de incitaciones a la violencia, que desembocaron en la realidad del asesinato sistemático organizado por el Estado, y también una historia europea de luchas de religión. Y, por otra parte, la cultura del honor, bien arraigada en el contexto europeo, que se mantiene de algún modo en la ley del insulto, que actúa como límite de la expresión. En concreto, el TC insiste en que la Constitución no ampara el derecho al insulto.

Un tercer modelo sería el de una *democracia militante*, un rótulo tomado de dos artículos de Karl Loewenstein de 1937 sobre “*Militant Democracy and Fundamental Rights*”²⁴. En ellos Loewenstein se refería en realidad a la necesidad de un tipo de democracia que permitiera evitar el fracaso de una democracia débil como la de la República de Weimar en 1919. La Constitución de una democracia militante debe contener cláusulas que impidan la reforma de la misma e impedir la legalización de partidos, contrarios al orden constitucional. A juicio de Loewenstein, la experiencia del nacionalsocialismo así lo aconsejaba. Pero también este tipo de democracia exigiría la adhesión positiva de la ciudadanía a los postulados constitucionales. Lo cual, a mi juicio, excede las funciones del derecho.

Curiosamente, un modelo muy diferente de democracia militante, surgido por alternativa al débil (*thin democracy*) de la República de Weimar, sería la democracia fuerte (*strong democracy*), que propuso el politólogo estadounidense Benjamin Barber en 1984. Sin embargo, la democracia fuerte de Barber no sería unitaria, definida por una unidad básica procedente de la sangre (raza) o de una ideología, sino una democracia participativa²⁵.

A mi juicio, ante estos tres modelos cabría preguntar si el tolerante permite defender la libertad igual de la ciudadanía, habida cuenta de que el límite de la libertad individual es el daño al ejercicio de la libertad de otros, y un discurso que daña a otros por sí mismo, al margen de que pueda incitar a llevar a cabo actuaciones violentas, viola la “libertad de los modernos”, entendida como

²³ Revenga recuerda que también el TC español, en la STC 174/2006, FJ 4 afirma que “la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar y disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (p.c., 24 nota 20).

²⁴ LOEWENSTEIN, 1937 a y b.

²⁵ BARBER, 1984.

no interferencia. La virtud de la tolerancia puede favorecer las actuaciones verbales de los intolerantes, por eso considero que la virtud que se debe cultivar es el respeto, más allá de la tolerancia. La democracia intransigente puede recortar en exceso la libertad de expresión y debería, a mi juicio, sustituir la cultura del honor por la de la autoestima, ese bien básico que valoran tanto la cultura anglosajona como la europea, hasta el punto de que Rawls la considera como uno de los bienes primarios. En cuanto a la democracia militante, tiene dos graves limitaciones al menos: a) la intocabilidad de la Constitución, que no es de recibo, porque todo texto es reformable, con tal de que se sigan los procedimientos constitucionales; b) la exigencia de que exista un compromiso activo de la ciudadanía con los principios constitucionales. Cuando en este punto, como dice Revenga, tal vez lo único posible sea el agnosticismo y pedir la no vulneración de esos principios.

Conviene recordar, a mi juicio, que cuanto venimos diciendo afecta a la libertad jurídica, y no a la libertad moral. Por decirlo con Kant, la libertad jurídica es la libertad externa y su principal distintivo es la coacción que el Estado está legitimado a utilizar, sea cual fuere la valoración que al sujeto coaccionado le merezca la ley. La libertad moral es la libertad interna, es decir, la autonomía, por la que un sujeto se obliga a sí mismo²⁶. Este segundo es el campo de la autocoacción y del cultivo de la virtud. Y cuando el propósito no consiste en enseñar la virtud, sino sólo en exponer qué es conforme a derecho (*recht*) —dirá Kant explícitamente—, no es lícito, ni se debe incluso, presentar aquella ley del derecho como móvil de la acción²⁷.

Ciertamente, no se puede exigir a los ciudadanos de una sociedad abierta que tomen los principios del derecho como móvil de su acción. Pero donde no puede llegar el derecho sí que puede llegar una ética cívica, que resulta indispensable para que la democracia funcione, por decirlo con el título del libro de Putnam. El cultivo de esa ética es una responsabilidad de la sociedad en su conjunto, la que debe transmitir a través de la educación. Sin una eticidad democrática, las leyes funcionan exclusivamente sobre la base de la coacción legal y la coacción social, cuyas limitaciones han quedado sobradamente demostradas. El cultivo de esa ética considera sagrada la libertad, pero una libertad igual, porque la libertad individual es el valor supremo del liberalismo, pero el de la democracia es la *libertad igual*, que se conquista desde el diálogo y desde el reconocimiento mutuo. No desde individuos atomizados, sino desde personas en relación. Por eso su virtud suprema es la tolerancia frente a la intolerancia, pero da un paso más hacia el respeto activo de la dignidad. Que hacen posible configurar un *êthos* democrático, no desde la coacción estatal, sino de la educación del carácter. Se trata de la ética cívica, que no es subjetiva, sino

²⁶ KANT, 1989:15.

²⁷ *Ibid.*:40.

intersubjetiva, no es una cuestión de opiniones o preferencias subjetivas, porque se refiere a cuanto exige el respeto a la dignidad de las personas.

6. RECONOCIMIENTO RECÍPROCO Y LIBERTAD PERSONAL: DOS CLAVES PARA CONSTRUIR UNA DEMOCRACIA REAL

El rótulo “discurso del odio” ha recibido toda suerte de críticas: no necesita ser un discurso, puede ser un simple insulto o exabrupto, tampoco necesariamente ha de denotar odio, puede expresar otros sentimientos y emociones más débiles. Sin embargo, voy a aceptarlo provisionalmente matizando su posible significado, porque creo que puede ser expresivo de la deficiencia radical de que adolece.

La expresión “discurso” tiene en el Diccionario de la Lengua Española distintas acepciones, de entre las que elegiré la que considero más adecuada para este caso: “serie de las palabras y frases empleadas para manifestar lo que se piensa o siente”. Obvio las connotaciones de racionalidad y reflexividad a las que alude el diccionario, porque en las expresiones de odio de estos discursos en ocasiones están presentes, en otras, están ausentes, y cuando manifiestan un tipo de racionalidad puede ser calculadamente instrumental o la racionalización de una emoción o sentimiento. Las emociones en la vida pública son centrales.

Pero, a mi juicio, la deficiencia esencial del discurso es su carácter monológico, no dialógico. Esta afirmación parece chocar con el carácter dialógico de la ética del discurso, pero no es así. La expresión “discurso” se utiliza en ella para denominar un tipo de diálogo muy determinado: el que trata de justificar la verdad de una proposición o la justicia de una norma cuando, en una acción comunicativa, el oyente ha puesto en cuestión una de ellas. La clave es la acción comunicativa que, en su dimensión pragmática, presupone necesariamente la relación entre dos sujetos (hablante y oyente) que se reconocen como tales, perciban o no explícitamente ese reconocimiento. Si el oyente pone en cuestión sea la pretensión de verdad, sea la de corrección, el hablante, si quiere actuar racionalmente, debe exponer sus razones en un tipo de diálogo peculiar, dotado de unas reglas, que recibe el nombre de “discurso”, y que abre una argumentación. El diálogo debe ser real, si es posible, virtual, si no puede celebrarse. La clave de su racionalidad consiste en que quien lo entabla trata al objeto de sus expresiones como un interlocutor válido con el que está en disposición de intercambiar argumentos.

Sin embargo, en el lenguaje cotidiano, tanto en español como en alemán, pronunciar un discurso significa realizar un acto monológico, no entrar en una argumentación, y ésta es la razón por la que en francés la expresión

“*Diskursethik*” se traduce como “*éthique de la discussion*”, precisamente para expresar el carácter dialógico y no monológico de esta ética, que se oscurece con la expresión “discurso”.

Y justamente ese carácter monológico, no dialógico, es el que está, a mi juicio, presente en el discurso del odio. Quien lo pronuncia no está reconociendo al grupo que es blanco de sus palabras como sujetos con los que entabla o podría entablar un diálogo, sino como objetos que sólo merecen desprecio, estigmatización o manipulación. Quien pronuncia el discurso del odio comete la contradicción performativa, quiebra en el nivel semántico el vínculo que existe en el nivel pragmático, lo quiera o no. No los trata como sujetos, sino como objetos de desprecio y rechazo, que no alcanzan el nivel de interlocutores válidos²⁸.

Y en este punto no puedo dejar de citar el espléndido texto de Karl-Otto Apel, tomado de *La Transformación de la Filosofía*:

“Todos los seres capaces de comunicación lingüística deben ser reconocidos como personas, puesto que en todas sus acciones y expresiones son interlocutores virtuales, y la justificación ilimitada del pensamiento no puede renunciar a ningún interlocutor y a ninguna de sus aportaciones virtuales a la discusión”²⁹.

El reconocimiento recíproco de las personas como interlocutores válidos es, pues, la clave de cualquier discurso que se pretenda racional. Los discursos del odio, objetivamente, quiebran esa intersubjetividad humana que, como bien decía Hanna Arendt, nunca debería ser dañada.

7. LA LIBERTAD SE CONSTRUYE DIALÓGICAMENTE

Abordar el problema de los discursos del odio parece enfrentarnos a la difícil tarea de determinar cuándo el carácter delictivo de un discurso hace necesario recortar la libertad de expresión. Entre uno y otra parece existir un juego de suma cero. Sin embargo, la Recomendación General nº 35 del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial, aprobada en agosto de 2013, formula una interesante propuesta, como señala Rey Martínez: “La relación entre el rechazo del discurso de odio racista y el florecimiento de la libertad de expresión debe verse como complementaria, y no como la expresión de un juego de suma cero, en que la prioridad que se dé a uno sea a expensas del otro”³⁰.

²⁸ APEL, 1985; HABERMAS, 1985.

²⁹ APEL, II:380.

³⁰ P. 11 de la Recomendación. En REY, 2015:86.

La ética cívica de una sociedad pluralista y democrática es una ética de la corresponsabilidad por los pronombres personales que constituyen los nudos de cualquier diálogo sobre lo justo. Los discursos del odio debilitan la convivencia y cortan los vínculos interpersonales. Cuando, a mi juicio, la calidad de una sociedad democrática se mide, a mi juicio, por el nivel alcanzado en el reconocimiento mutuo de la dignidad, no calculando hasta dónde se puede llegar dañando a otro sin incurrir en delito punible.

Resulta muy difícil mantener el respeto por las personas, defender las bases sociales de la autoestima, sin empoderar moralmente a los ciudadanos para que consideren a sus conciudadanos como personas, como interlocutores válidos, no como seres que sólo merecen por el color de su piel, por su raza, pertenencia étnica, convicción religiosa, situación de discapacidad o de pobreza económica, el odio, el desprecio, el rechazo.

Como me permití afirmar en otro lugar, en nuestro tiempo las fobias sociales han llegado a tener un tratamiento jurídico frente a lo que se ha venido a llamar “el discurso del odio”, el discurso de los intolerantes que estigmatizan a otros. Y está muy bien que el derecho haga su trabajo para defender a los humillados y ofendidos. Pero una convivencia pacífica exige mucho más que eso, exige que la ética haga su tarea de humanizar las relaciones entre las personas en la vida cotidiana, cultivando entre ellas el diálogo. Quienes han entrado en una conversación auténtica difícilmente tendrán tentaciones de dañarse.

El hombre —decía Aristóteles— se caracteriza por tener “*lógos*”, que quiere decir “razón” y “palabra”, y es el que le sirve para hablar sobre lo justo y lo injusto, construyendo con ello la casa y la ciudad. Una casa y una ciudad que hoy serían ya locales y globales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- KARL-OTTO APEL, *La transformación de la filosofía*, Taurus, Madrid, 1985.
- JOHN L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Barcelona, 1982.
- BENJAMIN BARBER, *Strong Democracy*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1984.
- JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE, “Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, vol. 70, nº 278 (2015):205-243.
- NEIL CHAKRABORTI, “Hate Crime Victimisation”, *International Review of Victimology*, 12 (2011):1-4.
- NEIL CHAKRABORTI, JOHN GARLAND y STEVIE-JADE HARDY, *The Leicester hate crime Project. Findings and conclusions*, The Leicester Centre for Hate Studies, University of Leicester, 2014.
- JESÚS CONILL, *El enigma del animal fantástico*, Tecnos, Madrid, 1991.
- ANDRÉ GLUCKSMANN, *El discurso del odio*, Taurus, Madrid, 2005.
- JÜRGEN HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985.
- , “Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica”, en *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000:109-126.
- IMMANUEL KANT, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.
- KARL LOEWENSTEIN (1937a), “Militant Democracy and Fundamental Rights”, *American Political Science Review*, vol. 31, n. 3 (1937):417-432.
- KARL LOEWENSTEIN (1937b), “Militant Democracy and Fundamental Rights”, *American Political Science Review*, vol. 31, n. 4 (1937):638-658.
- JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, “Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico”, en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, nº 60 (2016):26-33.
- SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Real Academia Española, Madrid, 2013.
- JOHN RAWLS, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996.
- MIGUEL REVENGA (dir.) (2015a), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá y Defensor del Pueblo, Madrid, 2015 a.
- (2015b), “Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?”, en MIGUEL REVENGA:15-32.
- OBSERVATORIO HATENTO, *Muchas preguntas. Algunas respuestas. Los delitos de odio contra las personas sin bogar*, Madrid, RAIS Fundación, 2015 a. www.hatento.org
- , *Informe de investigación*, RAIS Fundación, Madrid, 2015 b.
- JAMES B. JACOBS y KIMBERLY POTTER, *Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics*, Oxford University Press, New York, 1998.
- BIKHU PAREKH, “Hate speech. Is there a case for banning?”, *Public Policy Research*, vol. 12, Issue 4 (2006):213 y ss.

ALAIN RENAUT, *La era del individuo*, Destino, Barcelona, 1993.

FERNANDO REY, “Discurso del odio y racismo líquido”, en MIGUEL REVENGA, 2015 a:51-88.

JOHN SEARLE, *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 1980.

SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España, 2013*, Madrid, Ministerio del Interior, 2014.

—, *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España, 2014*, Madrid, Ministerio del Interior, 2015.