

BETZABÉ MARCIANI BURGOS\*

# **El lenguaje sexista y el *hate speech*: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal\*\***

## **The sexist language and the hate speech: an excuse to discuss about the limits of freedom of speech and liberal tolerance**

*“El habla subversiva es la respuesta necesaria al lenguaje injurioso, un peligro que se corre como respuesta al hecho de estar en peligro, una repetición en el lenguaje que es capaz de producir cambios”.*

JUDITH BUTLER, *Lenguaje, poder e identidad*.

### SUMARIO

Introducción. 1. El estado de la cuestión. 2. Los argumentos para defender la primacía de la libertad de expresión y contra la censura del *hate speech*. 3. ¿Libertad o igualdad? El dilema del liberalismo reflejado en el caso *hate speech*. 4. El caso de las caricaturas de MAHOMA. 5. Alternativas a la censura desde el enfoque de la resignificación del lenguaje. 6. La guerra del *rap* (o la extraña coincidencia de progresistas y conservadores contra el lenguaje vulgar). 7. A modo de conclusión: hacia un enfoque pragmático, argumentativo y no dogmático del *hate speech*.

\* Profesora a tiempo completo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), doctora en Interpretación de los Derechos y Libertades Constitucionalmente Reconocidos por la UCLM, y especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Es autora de *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes* (Lima: Palestra 2004) y de varios artículos de investigación publicados en el Perú y el extranjero. Contacto: [marciani.bx@pucp.pe](mailto:marciani.bx@pucp.pe)

\*\* El presente texto es una adaptación de uno de los capítulos de la tesis titulada “El concepto de tolerancia en el Estado constitucional de Derecho ante el paradigma del reconocimiento”, con la cual la autora obtuvo el título de doctora por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Fecha de recepción: 13 de noviembre de 2012. Fecha de aceptación: 29 de abril de 2013.

## RESUMEN

La figura del *hate speech* es propia de la tradición jurídica norteamericana y hace referencia a aquellas expresiones ofensivas dirigidas contra ciertos grupos, principalmente identificados con minorías tradicionalmente excluidas.

El caso del *hate speech* ilustra la manera en que el derecho a la libertad de expresión de tradición norteamericana –muy afirmado en una teoría democrático-política, que fundamenta este derecho no tanto en su carácter de derecho individual, como en su utilidad para el sistema democrático de gobierno– ha rechazado la restricción o prohibición de este tipo de expresiones, enfatizado el valor de la opinión pública libre y del mercado de las ideas. Al contrario, los sistemas jurídicos de tradición continental se han mostrado menos permisivos frente a este tipo de expresiones, consideradas atentatorias de la dignidad y de la igualdad del ser humano.

Este trabajo no busca ofrecer un desarrollo exhaustivo de la manera en que se ha regulado jurídicamente el *hate speech* (o sus similares) en el derecho constitucional comparado. Más bien, es un pretexto para profundizar en las discusiones actuales en torno a la tolerancia liberal, la libertad, la igualdad, el reconocimiento de las minorías y la formación de la identidad del sujeto; temas de intenso debate entre autores liberales, comunitaristas, feministas y defensores de la ética del reconocimiento, *inter alia*.

En este trabajo se defiende una opción *débil* de restricción del *hate speech*, basada en una concepción pragmática y argumentativa del Derecho y los derechos, y en la validez de alternativas creativas frente a la censura legal, como la *resignificación* de lenguaje, la réplica y la educación.

## PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, derecho a la igualdad y a la no discriminación, pornografía, insulto racial, lenguaje del odio, tolerancia, liberalismo.

## ABSTRACT

The notion of hate speech is common in the American legal tradition, referred to those offensive expressions directed to certain groups, mainly those identified as traditionally excluded minorities.

The case of the hate speech enlightens the way the right to freedom of speech as an American tradition – very reinforced in a democratic-political theory that supports this right not so much in its character of individual right, as in its utility for the governmental democratic system – has rejected the restriction or banning of these type of expressions, emphasized the value of the public opinion and the market of ideas. On the contrary, the legal systems with continental tradition have been proved as less permissive opposite to

this type of expressions, considered as a threat to the dignity and the human being equality.

This paper does not seek to provide an exhaustive explanation on how the hate speech (or alike) has been legally regulated in the compared constitutional right. Instead, it is an excuse to go into detail about the current discussions around the liberal tolerance, freedom, equality, the acknowledgement of the minorities and the subject's identity formation. Being all matter of intense debate between the liberal authors, communitarians, feminists, and defenders of the ethics of recognition, among others.

This paper defends an option, weak to be restricted, of the hate speech based on a pragmatic and argumentative conception of the law and rights, and on the validity of creative alternatives against the legal censorship, like the resignification of speech, the counterspeech and the education.

#### KEYWORDS

Freedom of speech, right to equality and protection against discrimination, pornography, racial vilification, hate speech, tolerance, liberalism.

#### INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más discutidos por parte de los teóricos de la libertad de expresión en Estados Unidos es el de los posibles límites al denominado *hate speech*. Este concepto alude a aquellas expresiones ofensivas dirigidas contra grupos humanos que han sido históricamente discriminados por motivos de género u opción sexual, raza, religión o situaciones similares. Lo que distingue al *hate speech* de otros conceptos semejantes (como las *fighting words*), y lo vuelve problemático, es que las expresiones están dirigidas contra grupos y no contra individuos de forma particular, por lo cual no pueden subsumirse dentro de las figuras de la difamación, la calumnia o la injuria.

El objetivo de este trabajo no es efectuar un análisis exhaustivo del *hate speech* ni atender a las precisiones de la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas sobre este asunto. El propósito, más bien, es utilizar el caso (y de forma laxa, quizá imprecisa, el concepto) del *hate speech* para hacer referencia a los supuestos de expresiones racistas, sexistas (de ahí que también aluda al caso singular de la expresión pornográfica) u ofensivas y discriminatorias en general, dirigidas contra ciertos grupos o contra los integrantes identificables de esos grupos, y que pueden constituir un límite a la libertad de expresión y a la tolerancia liberal en general.

El caso del *hate speech* no solo ilustra la manera en que la dogmática constitucional o el derecho penal han intentado dar respuesta a los conflictos de derechos y bienes jurídicos que ese tipo de expresión origina, sino que también permite evidenciar los presupuestos filosófico-políticos y morales

que están en la base de dichas opciones jurídicas. Así pues, veremos cómo las discusiones acerca de los posibles límites al *hate speech* han enfrentado a liberales, comunitaristas, feministas o defensores de la ética del reconocimiento entre sí; pero también comprobaremos cómo la ideología liberal, imperante en los países democráticos, puede ofrecer respuestas distintas, e incluso contrarias, en casos similares.

## 1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se ha discutido mucho en la doctrina constitucional norteamericana si la figura del *hate speech* puede considerarse un tipo de expresión protegida de manera absoluta por la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (que, entre otras cosas, reconoce el derecho a la libertad de expresión); si, al contrario, se encuentra fuera del ámbito de su protección; o si, aun considerándose *prima facie* protegida por la Primera Enmienda, puede ser limitada tras un proceso de ponderación de intereses en conflicto<sup>1</sup>.

Tradicionalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos ha considerado que existen expresiones que se encuentran excluidas de la protección constitucional que otorga la Primera Enmienda, tales como las obscenidades, el lenguaje comercial falso que induce a engaño, los insultos, la injuria y la difamación (SÁNCHEZ, 1992, 37)<sup>2</sup>. Además de estas expresiones excluidas *a priori*, puede ocurrir que otras sean excluidas tras un proceso de ponderación (método del equilibrio o balanceamiento, conocido como *balancing test*) con ciertos intereses considerados importantes y que entran en conflicto con la libertad de expresión. Así pues, aunque es bien conocida la opción de la Corte Suprema en favor del *principio de neutralidad de contenidos* –que establece que la libertad de expresión solo podrá limitarse en función de criterios de tiempo, lugar y modo, pero no por su contenido (CODERCH, 1990, 208)–, se admiten algunas excepciones basadas en la protección de ciertos intereses colectivos relevantes.

1 Para una visión general del *hate speech* en la doctrina norteamericana, vale la pena revisar la selección de textos recopilados en LIVELY, ROBERTS y WEAVER, 1994 (donde, en el capítulo correspondiente al *hate speech*, aparecen los conocidos textos de RICHARD DELGADO o de CHARLES LAWRENCE, p. ej.). También pueden verse algunos otros trabajos, como MATSUDA, 1989 (imprescindible para el tema); POST, 2009; SADURSKI, 1999; SMOLLA, 1993; SUNSTEIN, 1993; FISS, 1999 y 1996. En castellano, CODERCH, 1993; SÁNCHEZ GONZALES, 1992.

2 Es importante señalar que después del caso *New York Times Co. vs. Sullivan* (1964), la tendencia en relación con los insultos y ofensas parece haber cambiado. Esto es claro en el caso de los personajes público a quienes ahora se les exige un mayor grado de tolerancia, aunque, a decir de algunos autores, ese criterio también sería aplicable en cualquier otro caso que implique un debate público sobre asuntos de interés público (ver SUNSTEIN, 1993, 814). Este giro jurisprudencial hacia una mayor tolerancia de la ofensa es un hecho determinante para el asunto que nos ocupa, y hay que tomarlo muy en cuenta al analizar los casos de *hate speech*.

En el caso de los insultos, la jurisprudencia norteamericana ha establecido que carecen de protección constitucional, debido a que no resultan esenciales para la exposición de una idea u opinión en el debate público. Sin embargo, casos como los de *Hustler Magazine and Larry Flynt v. Jerry Falwell* (1988) –o el caso *New York Times Co. vs. Sullivan* (1964)– han abierto un espacio cada vez mayor para la ofensa en el ámbito público, principalmente en el supuesto de las expresiones referidas a personajes públicos<sup>3</sup>.

Más allá de esta evolución de la jurisprudencia hacia una actitud más permisiva respecto al insulto, el problema en el caso del *hate speech* es que el concepto de insulto desarrollado por la jurisprudencia está referido a expresiones dirigidas contra individuos concretos, pero no así contra grupos. A esto hay que sumar la importante influencia de las teorías democrático-políticas acerca de la libertad de expresión en la cultura jurídica norteamericana (teorías que fundamentan la libertad de expresión, más que en un derecho individual, en su función de garantía del sistema democrático y que, por tanto, le otorgan una posición privilegiada frente a otros derechos o intereses)<sup>4</sup>. Todo esto provoca que la tendencia dominante, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, sea la de permitir el *hate speech*.

Siguiendo esta lógica de amplia protección de la libertad de expresión, Estados Unidos ha expresado su reserva frente al artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial que, entre otras cosas, establece que los Estados que ratifiquen el tratado: “a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”.

En contraste con lo anterior, el Derecho continental (se alude al caso de Europa y de Latinoamérica incluso) es mucho menos permisivo en estos casos. Los tribunales de los países europeos tienen menos problemas para prohibir o sancionar este tipo de expresiones. La primacía del valor de la dignidad del ser humano (fundamento axiológico de las constituciones europeas) y la influencia de las experiencias vividas durante la Segunda Guerra Mundial son, sin duda, las causas de esta postura, que se encuentra consagrada en tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles

3 En España, en cambio, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar: “La Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1” (STC 105/1990, de 6 de junio de 1990).

4 Para una explicación de las teorías que fundamentan el derecho a la libertad de expresión en Estados Unidos y de su influencia en la jurisprudencia norteamericana, así como para una comparación con la realidad del Derecho continental europeo (y latinoamericano), ver MARCIANI, 2006 (más extensamente, MARCIANI, 2004).

y Políticos (que en su artículo 20, numeral 2, establece: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”), o en la ya citada Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

En España, el Tribunal Constitucional consideró, en el conocido caso *Violeta Friedman*, que las expresiones ofensivas dirigidas contra los judíos, como colectividad, afectan el derecho al honor y los valores de la igualdad y de la dignidad humana. El caso se originó a raíz de ciertas opiniones expresadas por León Degrelle, un ex miembro de las SS, y aparecidas en la revista *Tiempo*. Degrelle afirmó que la matanza de judíos en los campos de concentración nazi nunca había ocurrido y que todo era una invención de ellos. Algunas de sus frases fueron: “¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron a judíos belgas, sino extranjeros. [...] Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios. El problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan”<sup>5</sup>.

VIOLETA FRIEDMAN, una mujer judía que había estado internada en el campo de concentración de Auschwitz (donde murió la mayor parte de su familia en la cámara de gas) interpuso una demanda por violación de su derecho al honor. La primera y la segunda instancias judiciales, así como el Tribunal Supremo, desestimaron la demanda por no existir legitimación activa de la demandante, por lo cual la señora FRIEDMAN recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional que, finalmente, le dio la razón<sup>6</sup>.

El Tribunal Constitucional negó la protección constitucional de algunas de las expresiones de León Degrelle (de su derecho a la libertad de expresión)

5 Los datos del caso aparecen en los Antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 214/1991, de 11 de noviembre).

6 A partir de una concepción individualista del derecho al honor, los tribunales inferiores y el Tribunal Supremo de justicia consideraron que en el caso no se había acreditado la legitimidad para obrar de la actora, pues las expresiones vertidas por el demandado no se dirigieron concretamente contra ella, sino contra un grupo o colectividad de personas (el pueblo judío). Por el contrario, el Tribunal Constitucional consideró que en el caso sí existía legitimidad para obrar, afirmando: “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. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de las personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa” (fundamento jurídico sexto de la STC 214/1991).

debido a que vulneraban los valores constitucionales de la igualdad y de la dignidad humana. Aunque el más alto tribunal consideró que las opiniones del demandado acerca de los acontecimientos históricos a los que hacía referencia (su negación de la existencia de hornos crematorios en los campos de concentración nazi y otras interpretaciones personales) estaban protegidas por el derecho a la libertad de expresión, sancionó aquellas expresiones que consideró ofensivas (de tipo racista) en contra del pueblo judío. Según el Tribunal Constitucional español:

... ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el artículo 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario, no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana [...]. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El 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. Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución, en relación con el artículo 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas. (Fundamento octavo de la STC 214/1991).

Desde el punto de vista filosófico, el liberalismo ha defendido siempre la relevancia de la libertad de expresión, entendida como una herramienta útil para la búsqueda de la verdad y el conocimiento, como una manifestación de la autonomía del individuo, o como un elemento imprescindible del sistema democrático de gobierno. La tendencia dominante, por tanto, ha sido favorable a las decisiones de la jurisprudencia más abiertas a la permisividad que a la censura, a la tolerancia –incluso del intolerante racista, xenófobo u homófobo que hace uso del *hate speech*– que a la restricción o la sanción; en el entendido de que aquellas manifestaciones forman parte del derecho a la libertad de expresión.

Siguiendo la clásica tesis de JOHN STUART MILL, el límite a la libertad de expresión solo puede proponerse a partir del daño a terceros; un daño que debe ser real o inminente, e interpretado de forma restrictiva y estricta. En el caso de la jurisprudencia norteamericana, por ejemplo, el sujeto agredido debe ser claramente individualizado, se evita la indagación psicológica del

daño (desde el caso *Hustler Magazine and Larry Flynt v. Jerry Falwell* se exige un mayor grado de tolerancia al daño emocional), y la evaluación se concentra, principalmente, en el posible daño físico.

Aunque desde siempre han existido críticos de la actitud permisiva del liberalismo, actualmente las críticas no solo surgen del lado de sus detractores comunitaristas, por ejemplo<sup>7</sup>, sino también del lado de autores que se autodefinen como liberales, como OWEN FISS, CASS SUNSTEIN, MARTHA NUSSBAUM o JOHN GRAY. Por eso, para algunos, el problema de los límites del *hate speech* constituye un dilema para el liberalismo que reabre, una vez más, las discusiones en torno a los conflictos que surgen entre la libertad y la igualdad, entre la seguridad y la justicia, entre el liberalismo *clásico* profundamente individualista (para algunos, ya desfasado) y el *nuevo* liberalismo reconocitivo (abierto a las demandas de reconocimiento de ciertos colectivos considerados como minorías históricamente relegadas, pero que según otros autores resulta ajeno al verdadero espíritu liberal).

## 2. LOS ARGUMENTOS PARA DEFENDER LA PRIMACÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CONTRA LA CENSURA DEL *HATE SPEECH*

Los fundamentos del derecho a la libertad de expresión son tan variados y relevantes que incluso han servido para afirmar su *valor preferente* –para

7 También a partir de un comunitarismo moderado –pretendidamente liberal en ciertos aspectos, como el de la primacía de los derechos individuales sobre las decisiones de la comunidad–, MICHAEL SANDEL ha criticado lo que considera un artificioso distanciamiento del liberalismo respecto de la evaluación del contenido moral de ciertas decisiones. Según el autor, en las discusiones acerca de los derechos, y sus límites, es necesario realizar una valoración moral respecto de los valores y fines que estos promueven (SANDEL, 2008, 7-8). Concretamente, en el caso de las limitaciones a la libertad de expresión –contrariamente a lo que afirma el principio de neutralidad de contenidos liberal– resulta inevitable efectuar una evaluación moral del contenido de las expresiones materia de controversia. Por eso, para Sandel tanto liberales como comunitaristas se equivocan al abordar el problema de los límites de las expresiones de odio. Los comunitaristas se equivocan cuando se guían únicamente por los valores predominantes de la comunidad y obvian la evaluación moral de las expresiones en discusión. En el caso de los liberales, el principio de neutralidad de contenidos intenta evitar que se privilegien ciertas expresiones sobre otras, sin advertir que de este modo puede llegarse a resultados contraintuitivos, como los que conducen a permitir, de igual forma, tanto la marcha por las libertades civiles de MARTIN LUTHER KING como las de un grupo neonazi en el barrio judío de Skokie (aludiendo al caso *Collin v. Smith*, 1978). Para Sandel es necesario diferenciar ambos casos: “La razón obvia para diferenciar entre un caso y otro es que los neonazis promueven el genocidio y el odio, mientras que MARTIN LUTHER KING, Jr. buscaba el reconocimiento de los derechos civiles de los negros. *La diferencia consiste, pues, en el contenido del discurso*, en la naturaleza de la causa. También hay diferencias en la valía moral de las comunidades locales cuya integridad estaba en juego. Los recuerdos compartidos de los supervivientes del Holocausto merecen una deferencia moral de la que no es en absoluto acreedora la solidaridad de los segregacionistas. Esta clase de discriminaciones morales son perfectamente compatibles con el sentido común pero entran en conflicto con la versión del liberalismo que afirma la prioridad de lo correcto sobre lo bueno” (SANDEL, 2008, 10; cursivas fuera de texto).



algunos, más aún, *absoluto*— frente a otros derechos o intereses jurídicos. No me detendré ahora en la exposición detallada de los fundamentos de la libertad de expresión ni en los conflictos que estos plantean porque eso excedería el espacio aquí previsto<sup>8</sup>.

Concretamente, en el caso del *hate speech*, la jurisprudencia norteamericana y buena parte de la doctrina han preferido optar por la permisión de las expresiones denigratorias de ciertos grupos humanos, en el entendido de que deben ser protegidas porque no es posible asumir que no puedan contener algún tipo de valor para el debate público. El *hate speech*, dicen los defensores de la libertad de expresión, remite a cuestiones como el racismo y la raza que forman parte del discurso público en una democracia. También se aducen razones prudenciales, como el peligro de dejar en manos del poder estatal —o de los tribunales— la determinación de la expresión no permitida<sup>9</sup>, o el efecto paradójico de generar una reacción solidaria hacia el individuo censurado<sup>10</sup>.

Respaldados por la verificación histórica de los errores cometidos en el pasado —en épocas en que se persiguieron o censuraron ciertas ideas religiosas o políticas (como las tesis comunistas durante el Macartismo), que más tarde se consideraron valiosas o importantes—, los defensores de la libertad de expresión advierten del peligro que supone delegar en el poder estatal la decisión acerca del valor de ciertas expresiones u opiniones. Es preferible dejar en manos del mercado de las ideas (en definitiva, de la deliberación pública) la refutación y el rechazo de las ideas y opiniones equivocadas, como aquellas que están detrás de las expresiones de odio. El debate amplio, libre

8 Entre los fundamentos consecuencialistas, se suele citar: la importancia de la libertad de expresión para acceder a la verdad o al conocimiento (el argumento epistemológico de JOHN STUART MILL); el logro de la estabilidad social, en la medida que la libertad de expresión contribuye a acomodar intereses en conflicto; el control de los abusos de la autoridad; la promoción de la autonomía individual y del desarrollo personal; la consolidación de la democracia liberal; la promoción de la tolerancia; etc. Entre los argumentos no consecuencialistas se hace referencia a la idea de que la libertad de expresión es una forma de tratar a los ciudadanos como sujetos autónomos y a la dignidad del ser humano (que supone reconocer la libertad que tiene para expresar sus ideas). Para un mayor desarrollo del tema, remito nuevamente a un par de trabajos anteriores: MARCIANI, 2004 y 2006.

9 RAFAEL DEL ÁGUILA subraya el peligro que supone, para las libertades defendidas por el liberalismo democrático, atribuir a los tribunales la tarea de determinar lo que constituye, por ejemplo, la “verdad histórica” (en alusión a los casos en que se condenó a autores que pretendieron negar el Holocausto), o el “arte pornográfico” o “degradante” que puede ser prohibido (DEL ÁGUILA, 2002, 15-17).

10 THOMAS POGGE considera que, además del peligro que implica concederle al gobierno la autoridad de distinguir qué tipo de expresiones pueden ser restringidas, la censura legal puede provocar el efecto contraproducente de generar más adhesión a estas ideas y opiniones consideradas perseguidas, o que se percibe que provocan temor en el gobierno que es incapaz de refutarlas y que, por eso, las prohíbe. Según el autor esto ha ocurrido, por ejemplo, con el caso de las glorificaciones de los nazis y la negación del Holocausto. POGGE cree que la forma de minimizar los efectos de este tipo de discursos es someterlos al debate público (a la refutación pública de sus razones) y no a la censura legal (POGGE, 2008).

y sin restricciones de contenido es –señalan los defensores de esta postura– el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión reconocido por la Primera Enmienda, y su valor para la democracia justifica la necesidad de ser tolerantes incluso con los intolerantes: “La libertad de expresión tiene sus costos y la tolerancia, incluso la de las expresiones de los intolerantes, es uno de ellos” (SMOLLA, 1993, 169; trad. propia).

Por su parte, RONALD DWORKIN defiende una concepción amplia de la libertad de expresión y muy restrictiva en cuanto a sus límites. Con relación a la posibilidad de establecer limitaciones a la libertad de expresión en el caso de la pornografía o de las expresiones de odio racial, DWORKIN la rechaza enfáticamente. Considera que si se hiciera eso, perderíamos la autoridad moral que nos permite forzar al intolerante a cumplir las normas jurídicas que son producto de las decisiones democráticas de la mayoría y que rigen la sociedad en la que vive. Aunque se debe proteger a las mujeres, los homosexuales y demás miembros de las minorías excluidas de los daños específicos que puedan sufrir como resultado del sexismo, la intolerancia o el racismo, dice DWORKIN que no se puede intervenir prohibiendo el tipo de expresión que consideramos fomenta esa forma de discriminación: “Porque si intervenimos demasiado en el proceso mediante el cual se constituye la opinión colectiva, estropeamos la única justificación democrática que tenemos para insistir en que todos deben obedecer esas leyes, incluso aquellos que las odian” (DWORKIN, 2009, viii; trad. propia). Pero el argumento central de DWORKIN es de tipo moral y se basa en el respeto a la dignidad del ser humano, que impide al Estado decidir qué puede o no puede decir el sujeto y le prohíbe imponer una decisión oficial sobre las discordancias individuales.

La argumentación de DWORKIN es importante porque –contrariamente a lo que sucede con la fundamentación democrático-política de la libertad de expresión, que es a la que se suele recurrir para afirmar su condición privilegiada– remite a un argumento moral último (el concepto de dignidad) y este parece ser el tipo de justificación (moral, en vez de prudencial) más acorde a los derechos humanos y a sus posibles limitaciones. Sin embargo, el problema con el argumento de DWORKIN es que su apelación al concepto de dignidad –tan abstracto y capaz de comprender, a través de la interpretación, casi cualquier derecho fundamental– no determina claramente la prioridad del derecho a la libertad de expresión. Así pues, para los defensores de la prohibición del *hate speech* es precisamente el concepto de dignidad lo que permitiría restringir la libertad<sup>11</sup>.

DWORKIN interpreta el concepto de dignidad a partir de dos principios que lo conforman –a los que llama “principios o dimensiones de la dignidad”– y

11 Cfr., por ejemplo, Fiss, 1999, 22 (aunque, como veremos, no es ese su principal argumento) y el propio Tribunal Constitucional español que en el caso *Violeta Friedman* hizo referencia al valor de la dignidad humana para sancionar las expresiones de LEÓN DEGRELLE sobre el Holocausto y los judíos.

que son: 1) el *principio del valor intrínseco*, según el cual se afirma el valor objetivo de toda vida humana (sobre la base de un cierto objetivismo moral), y 2) el *principio de la responsabilidad personal*, según el cual cada sujeto es responsable de la consecución del logro de su vida (DWORKIN, 2008, 24-26). Es principalmente a partir de este último que se reconocen los clásicos derechos liberales, como los de libertad de conciencia, de actividad política o de libre expresión (ibíd., 56).

La libertad de expresión sirve al *principio de la responsabilidad personal* (y, por tanto, a la dignidad) porque permite el desarrollo de la identidad del individuo a través de la formación de sus ideas y creencias, las cuales se constituyen en comunicación con los demás sujetos. En palabras de DWORKIN:

Las personas desarrollan sus personalidades éticas y morales de una manera más efectiva mediante las conversaciones y los intercambios con otras personas. Hacer público lo que uno cree —ofreciendo testimonio— es en cualquier caso para la mayoría de las personas una parte esencial de las convicciones de cada uno; es una parte del fenómeno total de la convicción. Identificarse uno mismo entre otros como una persona con unas creencias o fe particulares es parte de la creación de la propia identidad, parte del proceso de autocreación que está en el centro de nuestra responsabilidad personal (DWORKIN, 2008, 192).

Pero si el valor de la dignidad se interpreta a la luz de las nociones de respeto o de reconocimiento, entonces tenemos que el mismo argumento, el del respeto a la dignidad humana, puede usarse para justificar exactamente lo contrario de lo que propone DWORKIN, es decir, la limitación de las expresiones de odio. De hecho, el propio autor acepta la posibilidad de divergencia en la interpretación de los principios de la dignidad. En su opinión, eso es precisamente lo que ocurre en el caso de la criminalización del *hate speech* en países europeos como el Reino Unido. Esa situación responde a diferencias bienintencionadas sobre el modo en que deben interpretarse los principios de la dignidad. Según DWORKIN, “en Norteamérica, pero no en Europa, la opinión dominante es que el respeto a la responsabilidad personal por los propios valores implica el permiso a desafiar incluso los postulados más fundamentales de la sociedad democrática, incluida la premisa de que las vidas de las personas tienen igual valor e importancia intrínseca” (DWORKIN, 2008, 51)<sup>12</sup>.

En última instancia, siempre puede preguntarse por qué para DWORKIN es tan evidente el atentado contra la dignidad del sujeto que se ve privado

12 El autor también lo explica del siguiente modo: “La comprensión norteamericana del requisito de la responsabilidad personal, tal como la enuncia el Tribunal Supremo, difiere de la comprensión europea, y más aún de la comprensión en otras culturas más distantes. Alemania actúa de buena fe cuando castiga a quienes niegan el Holocausto aunque, según la opinión de los estadounidenses que aceptan sus propias tradiciones, actúa incorrectamente” (DWORKIN, 2008, 55).

de decir lo que quiere, pero no del sujeto que es objeto de menosprecio o de insulto. Posiblemente la respuesta a este interrogante tenga su origen en la perspectiva individualista que DWORKIN tiene de los derechos y en el hecho de que el *hate speech* se dirige contra grupos y no contra individuos determinados. En ese sentido, MICHAEL SANDEL lleva razón cuando dice que esa infravaloración de la ofensa es acorde con la concepción liberal de la persona, que concibe al sujeto como invulnerable ante los agravios dirigidos a su grupo de procedencia o de afinidad:

Según esta concepción mi dignidad no reside en ninguno de los roles sociales que ocupo, sino en mi capacidad para elegir mis propios roles e identidades por mi cuenta. Eso significa que mi identidad no podría verse jamás dañada por un insulto dirigido contra un grupo con el que me identifico. Ninguna de esas “expresiones de odio” podría constituir un daño en sí misma, ya que, desde la perspectiva liberal, el mayor respeto es el que se tiene a sí mismo un sujeto independiente de sus metas y sus logros. Para este yo desvinculado, los fundamentos de este respeto por uno mismo preceden a cualquier vínculo o apego por lo que están a salvo de cualquier insulto dirigido contra “mi gente” (SANDEL, 2008, 9-10).

### 3. ¿LIBERTAD O IGUALDAD? EL DILEMA DEL LIBERALISMO REFLEJADO EN EL CASO DEL *HATE SPEECH*

OWEN FISS ha señalado que casos como los de la pornografía y las expresiones de odio plantean un dilema para el liberalismo que, en este tipo de situaciones, tiene que elegir entre dos de sus valores más importantes: la igualdad y la libertad. Para el autor, no puede proponerse una defensa absoluta y *a priori* de uno de esos valores sobre el otro, por lo cual rechaza tanto las tesis de la primacía de la libertad de expresión de ciertos liberales libertarios como las tesis que otorgan prioridad a la igualdad (como la de la profesora CATHARINE MACKINNON –FISS, 1999, 24–).

DWORKIN ha mantenido un encendido debate con MACKINNON –conocida pensadora feminista– a propósito de la posibilidad de establecer prohibiciones o restricciones legales a la pornografía. No pretendo desarrollar exhaustivamente los detalles de esa discusión, pero me referiré a algunos aspectos de la misma porque introducen ciertos argumentos que se han usado también en el caso del *hate speech*, a veces de forma contraproducente.

La discusión se originó a partir de un caso en el que se discutía la constitucionalidad de una norma de Indianápolis que prohibía la producción, venta, exhibición o distribución de cierto material que se calificaba como pornográfico y que, finalmente, fue declarada inconstitucional<sup>13</sup>. Quienes

13 Me remitiré en adelante a la exposición de los hechos y los argumentos del caso que realiza DWORKIN en DWORKIN, 1996, 217-223. Cabe señalar que la ordenanza de Indianápolis intentaba distinguir entre el material obsceno y la pornografía, de manera que el juicio de repro-

defendían la constitucionalidad de esta norma y, por tanto, la prohibición de cierto tipo de pornografía (entre otros, MACKINNON), señalaban, esencialmente, cuatro argumentos que ahora enunciare, y que luego pasaré a desarrollar:

1. La posible relación existente entre el consumo de pornografía y la comisión de delitos violentos contra las mujeres.

2. El argumento igualitario o de la consolidación de las estructuras sociales de desigualdad.

3. El argumento de la igualdad de participación política o de la libertad positiva de las mujeres.

4. La tesis del “efecto silenciador” de la pornografía.

El primer argumento, sin duda el más débil de todos, se refería a la supuesta vinculación existente entre el consumo de pornografía y la realización de actos de violencia física contra las mujeres, de manera que la pornografía podía calificarse como una incitación a la violencia y a la comisión de delitos violentos contra las mujeres. Este argumento no tuvo una base empírica suficiente para ser demostrado, y, como actualmente tampoco existe consenso sobre el tema (las investigaciones empíricas no ofrecen resultados uniformes ni absolutos), lo dejaré de lado.

El segundo argumento está relacionado con la idea de igualdad y es conocido como el “argumento igualitario” (*egalitarian argument*)<sup>14</sup>. Según MACKINNON, la pornografía consolida las estructuras de desigualdad social de las mujeres y contribuye a su subordinación general al retratarlas como un objeto sexual. Para algunos autores, la prohibición de la pornografía respondería incluso a una forma de *acción afirmativa* en favor de las mujeres (y de los miembros de los demás grupos tradicionalmente excluidos a los que apunta el *hate speech*, al que se hace extensivo este argumento)<sup>15</sup>.

bación no residiera en el elemento sexual (la existencia de un material sexualmente explícito), sino en la imagen o el mensaje de subordinación de la mujer. La norma en cuestión definía la pornografía como “la representación sexualmente explícita de subordinación de la mujer, ya sea de forma gráfica o a través de palabras”, e incluía situaciones como aquellas en las que la mujer era mostrada disfrutando con el sufrimiento, la humillación, la violación, la tortura, o era exhibida en posturas de servilismo o sumisión (DWORKIN, 1996, 217). El texto de la ordenanza aparece en la sentencia del propio caso: *American Booksellers Association v. William H. Hudnut, III, Mayor, City of Indianapolis* (1985). Extraída del portal *Exploring Constitutional Law*. Consulta: 21 de marzo de 2013: <law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/amerbookseller.html>

14 Este es un argumento cercano al del “efecto silenciador” (*silencing*), al que me referiré luego, pero, según DWORKIN, se diferencia de él en que el argumento igualitario se aplica únicamente a grupos discriminados o marginados, mientras que el argumento del efecto silenciador pretende garantizar a todos el derecho a expresarse y a obtener la atención de los otros; de este modo, estarían incluidos tanto el intolerante como el reformador social (DWORKIN, 1996, 234-235). Según otros autores, sin embargo, la tesis del “efecto silenciador” solo debería aplicarse a los grupos excluidos, por lo cual no tendría mayor diferencia con el argumento igualitario (cfr. FISS, 1996, 116-120; 1999, 28 y 34-35; SADURSKI, 1999, 208).

15 Según SADURSKI, la concepción de la prohibición del *hate speech* como una forma de acción afirmativa es equivocada porque no se trata de una medida que conduzca a aumentar la

Para DWORKIN, el argumento igualitario de MACKINNON implica un alto riesgo de censura y de terminar prohibiendo todo lo que pueda resultar ofensivo para ciertos sujetos. Por eso dice que, ante la disyuntiva de tener que elegir entre la libertad y la igualdad –si asumimos que esos dos valores constitucionales realmente se encuentran en conflicto, como afirma MACKINNON–, deberíamos elegir la libertad, porque la otra alternativa conduciría al despotismo de la policía del pensamiento (*thought-police*) (DWORKIN, 1996, 236). La defensa liberal de la libertad para expresarse a través de manifestaciones como la pornografía se basa también, según DWORKIN, en la propia idea de igualdad: en la igualdad para participar en el proceso a través del cual se forma tanto el entorno moral como político. Y ello debe aceptarse incluso en el caso de sujetos cuyos gustos no reflejan “ideas” sino, más bien, prejuicios, estilos de vida y culturas que pueden resultarnos ofensivas (ibíd., 238 y 242).

El argumento igualitario de MACKINNON está emparentado con las llamadas tesis sobre la *exclusión* o la *dominación* que buscan prohibir o restringir el *hate speech*. Según MARI MATSUDA, una de sus principales defensoras<sup>16</sup>, existe una conexión entre racismo, poder y subordinación, de forma que “la expresión racista es particularmente dañina porque es un mecanismo de subordinación que refuerza una relación histórica vertical”. Desde la perspectiva de la exclusión y en opinión de la autora, los ataques verbales dirigidos contra miembros de grupos dominantes podrían permitirse jurídicamente, pues, aunque ofensivos, están en mejor condición de procesarse en el mercado de las ideas (MATSUDA, 1989, 2358).

De forma semejante (aunque menos radical y más casuístico en su defensa de las restricciones al *hate speech*), Cass Sunstein considera que debido a que la capacidad de daño es mayor en el caso de la expresión de odio dirigida a

igualdad de oportunidades expresivas de los sujetos excluidos, como sí ocurre en el caso de las acciones afirmativas (SADURSKI, 1999, 99-101).

16 MATSUDA sostiene, también, una tesis vinculada a la supuesta universalidad de ciertas verdades morales, que harían inviable la permisión del *hate speech*. La autora recuerda que el preámbulo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece, de forma explícita, que cualquier doctrina de superioridad basada en la diferencia racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y que, por tanto, no tiene ninguna justificación (MATSUDA, 1989, 2344). Según la autora, lo equivocado de la idea de la supremacía racial es una deducción que proviene de la experiencia histórica (la experiencia negativa de la esclavitud, del genocidio nazi, del *apartheid* en Sudáfrica, entre otros hechos) y del actual consenso moral sobre este asunto. En sus palabras: “Hemos peleado guerras y derramado sangre para establecer la aceptación universal de este principio. La universalidad de este principio, en un mundo que no se pone de acuerdo sobre muchas cosas, es una marca de progreso humano colectivo” (ibíd., 2359; trad. propia). JUDITH BUTLER (2009, 149-156) ha criticado acertadamente este argumento de MATSUDA porque refleja una visión estática e idílica del consenso sobre las cuestiones morales que, a la larga, impide lograr la universalidad a que se aspira (cfr. BUTLER, 2009, 152-153).

ciertas minorías, esto debe tomarse en consideración en la determinación de los límites a la libertad de expresión en los casos concretos. En su opinión:

Es solo la torpeza –una falta de percepción o de empatía– lo que permitiría a alguien decir que la palabra “fascista” o “cerdo” produce el mismo sentimiento que la palabra “nigger”<sup>17</sup>. En vista de nuestra historia, la invectiva dirigida contra grupos minoritarios y la expresión racista en general provocan temor de sufrir violencia y subordinación, por lo cual no pueden ser plausiblemente descritas como meras ofensas (SUNSTEIN, 1993, 814; traducc. propia).

Toda vez que el debate público comprende también ciertas opiniones cercanas a la intolerancia racial o religiosa, por ejemplo, o incluso al odio implícito o explícito, y en la medida que SUNSTEIN defiende una teoría democrática de la libertad de expresión, muy abierta a la deliberación pública de temas de interés general, el autor es consciente de que no pueden prohibirse todas las expresiones vinculadas al *hate speech* sin afectar, al mismo tiempo, el debate público. Eso no impide, sin embargo, que puedan establecerse limitaciones en ciertos supuestos, tras un análisis que tome en cuenta aspectos tales como: el tipo o magnitud del daño, la clase de sujeto agredido, el contexto en el que se presenta la agresión verbal, o el bajo valor que tiene la expresión cuestionada para el intercambio de ideas o el debate público (SUNSTEIN, 1993, 813-816, 839)<sup>18</sup>.

También WOJCIECH SADURSKI cree que los insultos a las minorías constituyen un caso especial que permite restringir la libertad de expresión en situaciones muy concretas y únicamente en el supuesto de las conocidas como *fighting words*<sup>19</sup>. Ello debido a la existencia de una razón contingente identificada

17 “Nigger” es una forma despectiva de referirse a las personas de raza negra en Estados Unidos y suele traducirse como “negraco” o “negrata”.

18 Sunstein cita dos ejemplos de esa tentativa por definir los posibles límites al *hate speech* dentro de las universidades norteamericanas, en los casos, muy diferentes, de la norma de la Universidad de Michigan –que prohíbe de forma demasiado amplia “cualquier comportamiento, verbal o físico, que estigmatice o discrimine a un individuo en función de su raza, procedencia étnica, religión, sexo, orientación sexual, credo, origen nacional, ancestros, edad, estado civil, discapacidad, condición de veterano de la guerra de Vietnam... que cree un ambiente intimidatorio, hostil o degradante para los fines educativos”– y la norma de la Universidad de Stanford que, buscando la misma finalidad, es más clara y restrictiva en sus términos. Según esta, es posible regular aquellas expresiones consideradas como hostigamiento o acoso cuando: “(a) buscan insultar o estigmatizar a un individuo o pequeño grupo de individuos sobre la base de su sexo, raza, color, discapacidad, religión, orientación sexual u origen étnico o nacional; (b) están dirigidas directamente contra el individuo o los individuos que son insultados o estigmatizados; y (c) hacen uso de insultos, *fighting words* o símbolos no verbales”; y se señalan, además, algunas precisiones sobre esos términos (SUNSTEIN, 1993, 815-816).

19 Las *fighting words* (“palabras de pelea”) son un tipo de expresión que la jurisprudencia norteamericana considera excluida *a priori* de la protección constitucional que brinda la Primera Enmienda. Las *fighting words* aluden a aquellas expresiones ofensivas que tienden a incitar una reacción violenta o una “ruptura inminente de la paz” (LAWRENCE, 2000, 26-30). Sin embargo,

con la existencia de un contexto de discriminación, que hace de los insultos a las minorías una construcción social asociada a la discriminación, lo que puede verificarse en el hecho de que el lenguaje ha ideado epítetos especiales para referirse a grupos tradicionalmente excluidos, como los homosexuales o los negros, pero no así a los blancos o heterosexuales. Esto provoca que el insulto a la minoría tenga un efecto diferente al del insulto común y corriente (SADURSKI, 1999, 116-118).

Volviendo a la tesis de la dominación de MATSUDA, podría decirse que la suya corresponde a una tesis “fuerte” en favor de la restricción legal del *hate speech* (podemos considerar “débiles” –o, mejor, “flexibles”– las tesis más preocupadas por la argumentación en cada caso, como las de FISS, SUNSTEIN o SADURSKI), y ello debido a su particular concepción acerca de las funciones que cumplen y deben cumplir las instituciones, y en especial el Derecho, en la sociedad.

Para MATSUDA, es necesaria una respuesta legal ante las expresiones racistas porque la ley constituye un medio a través del cual el Estado proporciona incentivos para lograr cambios en la conducta de los sujetos (MATSUDA, 1989, 2361). Además, la permisión legal de las expresiones de odio transmite el mensaje de que los miembros de la sociedad que han sido tradicionalmente excluidos y discriminados, al ser desprovistos de cualquier recurso legal contra este tipo de agresiones, son abandonados a su suerte y excluidos una vez más. Según la autora, debería tomarse en cuenta que –a diferencia de las víctimas de difamación y de otros procesos similares en los que sí es posible limitar la libertad de expresión– las víctimas de las expresiones racistas no son representativas de la mayoría de la sociedad. Es cierto que cuando se realizan las típicas concesiones legales en favor de la libertad de expresión se crea un determinado grupo que se verá afectado por estas y, sin embargo, aceptamos que ese es el precio que debemos pagar por la libertad. En el caso de la permisión de la quema de la bandera, los afectados serán los veteranos de guerra, los patriotas o quienes amen la bandera, sea cual sea su raza. Pero en el caso de la expresión racista, dice MATSUDA, gravamos a un grupo muy limitado: las tradicionales víctimas de la discriminación. Se trata de un grupo que ya experimenta una baja posibilidad de acceso a remedios privados contra el *hate speech* –como la réplica (*counterspeech*)– y que ve acrecentada su inferioridad debido a la percepción pública que provoca la expresión racista (ibíd., 2376).

MATSUDA sostiene que cuando se permite la expresión racista no se advierte que la tolerancia e incluso la protección de las actividades del grupo

este último significado presenta algunos problemas. El mayor de todos es que establece la necesidad de evaluar la posibilidad de que se produzca una respuesta inminente y violenta por parte del sujeto afectado, con lo cual se protege a aquellos sujetos que, en principio, son capaces de responder a las expresiones agresivas y se deja sin protección a aquellos que, por sentirse intimidados o por timidez, son menos proclives a responder a las agresiones.



racista (p. ej., en el caso de las marchas o manifestaciones racistas del *Ku Klux Klan* o de los neonazis, que cuentan con resguardo policial y permisos de la Administración) son una forma de acción del Estado, una forma en que el Estado promociona ese tipo de actividades. Asimismo, la negativa a otorgar medidas legales a través de las cuales se puedan hacer efectivas las demandas de las víctimas del *hate speech* representa una segunda ofensa para esas personas, que puede ser aún más dolorosa que la propia expresión de odio inicial, porque es más fácil desestimar al grupo de odio tomándolo como una organización marginal, pero, en cambio, el Estado es el representante institucional de la sociedad en que vivimos (MATSUDA 1989, 2378-2379).

Esta perspectiva es compartida también por Anna Elisabetta GALEOTTI, para quien la prohibición legal significaría una forma simbólica de reconocimiento e inclusión de los miembros de los grupos desfavorecidos y tradicionalmente excluidos. GALEOTTI señala cuatro argumentos por los cuales se debe limitar la expresión racista:

En primer lugar, las instituciones y gobiernos democráticos tienen el deber de luchar contra la discriminación y la exclusión no solo entendidas como privación de derechos, sino también como falta de respeto público, de dignidad y de consideración, que son debidas a todos y que constituyen condiciones esenciales para lograr la ciudadanía plena (GALEOTTI, 2002, 137).

En segundo lugar, las ofensas contra los miembros de las minorías excluidas no afectan únicamente al individuo aludido, sino a todo el proceso de inclusión de esa minoría. La no tolerancia de esas prácticas no solo protege al individuo contra la intimidación y el acoso, sino que constituye un gesto público simbólico contra la discriminación en general (GALEOTTI, 2002, 138).

En tercer lugar, debido a que la limitación de las expresiones racistas está vinculada a la idea de reparación de injusticias históricas cometidas contra grupos excluidos —es decir, no a razones psicológicas acerca de los afectados, sino a razones estructurales que atañen a la posición y rango social—, no se aplica en todos los casos de ofensas a miembros de un grupo. Más bien, debe analizarse la situación de exclusión y de discriminación del grupo en cuestión (GALEOTTI, 2002, 138).

Según GALEOTTI, estos argumentos de justicia deben complementarse con otro basado en el principio de consistencia, que dicta que las instituciones y gobiernos liberales y democráticos no deberían tolerar una visión que es intolerante en sí misma y que afecta al propio sistema democrático y liberal (GALEOTTI, 2002, 138-143).

Para GALEOTTI, considerar el aspecto simbólico de la no tolerancia de la expresión racista es más importante que tomar en consideración la tradicional evaluación del daño como punto de partida de la limitación de la libertad de expresión (daño que para el enfoque liberal tradicional está referido, casi

exclusivamente, al aspecto físico –GALEOTTI, 2002, 144-147–). La prohibición del *hate speech* representa un gesto público en contra de la complicidad y la complacencia de los ataques racistas o sexistas que perjudican el proceso de inclusión, independientemente de que se logre el objetivo de erradicarlos (de ahí que se trate de medidas *simbólicas*) (ibíd., 111).

En respuesta a la objeción de ciertos autores liberales (alude a DWORKIN, p. ej.) que ven con temor el alcance que pueden llegar a tener las medidas legales contra el *hate speech* y que consideran que es mejor buscar la solución a este problema dentro de la sociedad civil, en el debate público, o en un proceso de educación mutua, GALEOTTI sostiene que el efecto simbólico de la prohibición pública del *hate speech* no exige que esta sea general ni aplicada a todos los casos de expresiones racistas o sexistas, sino, más bien, en ciertos contextos y situaciones que contribuyan a lograr los efectos simbólicos queridos. Un punto de partida importante sería, por ejemplo, la prohibición de estas expresiones en el caso de los servidores públicos dentro del espacio en que brindan sus servicios (GALEOTTI, 2002, 156-160). Otra alternativa sería el caso de la restricción del *hate speech* dentro de las escuelas públicas, pero no así en todo el ámbito académico (ibíd., 160-168)<sup>20</sup>.

El tercer argumento que empleó MACKINNON para defender la prohibición de cierto tipo de pornografía afirma que esta no solo afecta la igualdad social de las mujeres –afianzando las estructuras de desigualdad existente–, sino también su igualdad de participación política. En este supuesto habría un conflicto de la libertad de expresión no ya solo con la igualdad, sino con la propia libertad de expresión, y eso lo convierte –en palabras del propio DWORKIN– en un argumento poderoso en términos constitucionales (DWORKIN, 1996, 220).

Según la tesis de MACKINNON, la percepción distorsionada que se tiene de las mujeres en la sociedad, y que en parte se debe a la pornografía (puesto que las presenta como “objetos sexuales” sin voluntad ni racionalidad), provoca

20 En el caso de las escuelas públicas, GALEOTTI cree que la libertad de expresión académica no debe comprender la posibilidad de enseñar doctrinas de tipo racista porque son falsas –la autora considera que no debería aceptarse la enseñanza de teorías falsas cuando se advierta que pueden afectar las futuras capacidades y oportunidades de los estudiantes (p. ej., enseñar la teoría del sistema de Ptolomeo como si estuviera vigente)– y porque la educación pública en las sociedades democráticas no puede ser neutral respecto a lo que concierne a los valores y principios democráticos y a la justicia. Además, las teorías racistas no deben tolerarse en el programa escolar porque la educación pública es el espacio en el que se transmiten las ideas democráticas y donde los estudiantes deben aprender a convivir con los diversos grupos, culturas e ideas, y a tratarlos con respeto. Al contrario, por ser un contexto diferente, en el medio académico o científico el principio sería el de la tolerancia. Las teorías racistas deberían ser sometidas a la crítica de la comunidad científica y a su discusión pública, dice GALEOTTI; aunque luego acepta que pueden existir casos específicos donde, por razones históricas, se considere justificada la intolerancia debido al especial carácter ofensivo que tendría la teoría racista, por ejemplo en el caso de la negación del Holocausto nazi (GALEOTTI, 2002, 165-168).

que no sean consideradas seriamente como participantes iguales en el debate público. “La pornografía, desde este punto de vista, niega la libertad positiva de las mujeres; les niega el derecho a ser sus propias dueñas debido a que son recreadas, para la política y para la sociedad, conforme a las fantasías masculinas” (DWORKIN, 1996, 220; trad. propia). Este argumento, me parece, coincide con el que sostiene FRANK MICHELMAN y que está referido al posible “efecto silenciador” que tendría esta clase de expresiones (se trata del cuarto y último argumento).

Siguiendo el tipo de argumentación que defiende la libertad de expresión como un elemento esencial para el sistema democrático (y que, precisamente, es la que le ha conferido la posición privilegiada que tiene en la jurisprudencia norteamericana), MICHELMAN considera que no deberían admitirse aquellas expresiones que conducen a “silenciar” a ciertos actores del debate público (DWORKIN, 1996, 221). Así pues, las restricciones a la libertad de expresión en el caso de la pornografía –o del *hate speech*– aparecen como requisitos indispensables para lograr un debate público verdaderamente libre.

También OWEN FISS –quien sostiene claramente una fundamentación democrático-política de la libertad de expresión– sigue ese razonamiento<sup>21</sup>. FISS señala que las expresiones de odio afectan la dignidad de quienes son aludidos con ellas, produciendo un sentimiento de inferioridad o de inseguridad que repercute, a su vez, en su menor participación en el debate público<sup>22</sup>. Pero incluso en el caso de que estos sujetos logren participar en el debate, existirá una percepción pre-condicionada de ellos por parte de sus eventuales oyentes. Así, los miembros de los grupos tradicionalmente discriminados por el *hate speech* llegarán al debate público con un auditorio que –consciente o inconscientemente, debido a la continua recepción de expresiones de odio o de menosprecio– mantendrá prejuicios referidos a su condición intelectual o moral, lo que redundará en la posible hostilidad o falta de atención o de seriedad hacia sus mensajes. De este modo, para FISS, las expresiones de

21 De forma similar, SUNSTEIN cree que el problema del *hate speech* se centra en la cuestión de determinar si (o cuándo) constituye una contribución al intercambio de ideas y, por lo tanto, al debate público sobre temas de interés general. Cuando no es así, es posible restringir la expresión tomando en cuenta los daños relevantes que provoca, del mismo modo que, por ejemplo, pueden ser reguladas las expresiones vertidas a través de llamadas telefónicas obscenas. Estos daños relevantes en el caso del *hate speech* están referidos a un contexto de injusticia racial, por ejemplo (SUNSTEIN, 1993, 816, 825, 839). SUNSTEIN concluye: “Determinadas categorías de pornografía y de *hate speech*, estrictamente definidas, pueden ser reguladas en armonía con la Primera Enmienda. Ellas cuentan como expresiones de ‘bajo valor’ y provocan suficientes daños como para ser limitadas a partir de los criterios actualmente existentes” (ibíd., 843; trad. propia).

22 También SADURSKI cree que el problema del *hate speech* no es que se trata de una expresión ofensiva, sino que se trata de un daño a la identidad del sujeto que puede provocar un grave daño psíquico en la víctima, quien además se encuentra en una situación de inferioridad o de subordinación. En estos casos –a diferencia de aquellos que motivaron la ya clásica defensa de la libertad de expresión– se puede apreciar cómo una mayoría silencia a una minoría (SADURSKI, 1999, 206-211).

odio tienen una repercusión importante en la posición social de los grupos humanos afectados, y no solo vulneran los derechos individuales a la igualdad y a la dignidad de cada miembro del grupo, sino que también los ubican en una condición de desigualdad en el debate público (Fiss, 1999, 28-34; 1996, 116-120).

Aunque Fiss reconoce la pertinencia de los temores liberales a la intervención del Estado, piensa que no deben olvidarse las capacidades que ha demostrado tener para corregir las injusticias estructurales y promover cambios dirigidos a lograr la igualdad. Por eso advierte: “No debemos olvidar jamás la capacidad de opresión del Estado, jamás; pero, al mismo tiempo, debemos contemplar la posibilidad de que el Estado use sus considerables poderes para promover objetivos que se sitúan en el corazón de una sociedad democrática: la igualdad y, quizás, la propia libertad de expresión” (Fiss, 1999, 41). Para el profesor norteamericano, en casos como estos el Estado no actúa como un censor, sino, más bien, como un mediador o facilitador del debate público (Fiss 1996, 84-85), “como el presidente de un Parlamento, dedicado a asegurar que todos los puntos de vista sean expuestos” (Fiss, 1999, 35)<sup>23</sup>.

Como mencioné anteriormente, la propuesta de Fiss no puede considerarse una tesis “fuerte” a favor de la regulación legal del *hate speech* porque no busca –ni siquiera cree conveniente en muchos casos– una prohibición general de este tipo de expresiones. Aboga, más bien, por un análisis menos abstracto del problema –como el que conduce a la defensa dogmática de la absoluta primacía de la libertad de expresión– y más abierto a las especificidades y a la evaluación de los contravalores en juego en cada caso concreto (Fiss 1999, 39-41).

El argumento del “efecto silenciador” también ha sido usado por MAC-KINNON para referirse –pienso que de forma arriesgadamente general y absoluta– al caso de la pornografía. DWORKIN reproduce las gráficas palabras de la profesora de la Universidad de Michigan cuando dice:

¿Quién escucha a una mujer con un pene en la boca? [...] Cualquiera que no pueda caminar calle abajo o incluso acostarse en su propia cama sin tener que mantenerse alerta ante cualquier agresión<sup>24</sup> es probable que no tenga mucho que decir acerca de los asuntos cotidianos [...]. Cualquier sistema de libertad de expresión que no afronte un problema ahí donde la libertad de expresión de los hombres silencia la

23 Partiendo de esta imagen, agrega luego: “Un presidente equitativo quiere una expresión enérgica de las opiniones, pero también le preocupan los excesos en la defensa de un punto de vista, así como el impacto de tales excesos sobre la calidad del debate. A veces, un buen presidente puede verse obligado a interrumpir y decir: ‘¿No puede usted controlarse? Ha incurrido en tales abusos al presentar su opinión que muchos se han retirado del debate’” (Fiss, 1999, 35).

24 La frase exacta es: “*without keeping her eyes cast down and her body clenched against assault*”.

libertad de expresión de las mujeres [...] no es serio con respecto a la protección de la libertad de expresión<sup>25</sup>.

DWORKIN ofrece varias respuestas tanto a los argumentos de MACKINNON como de FRANK MICHELMAN. En primer lugar, señala que la pornografía no es más culpable que otro tipo de influencias sociales –como la publicidad o las telenovelas– de la imagen distorsionada que se tiene de las mujeres. Y, sin embargo, agrega, no creemos que sea posible ni razonable prohibir también ese tipo de expresiones. Incluso asumiendo que la pornografía pueda tener los efectos nocivos señalados por MACKINNON, DWORKIN recuerda el argumento empleado por el juez EASTERBROOK en el sentido de que la libertad de expresión se protege independientemente de sus consecuencias, incluidas las consecuencias no deseables para la libertad positiva. La libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda deja en manos de los individuos autónomos la evaluación de la corrección o incorrección del contenido de las expresiones, de manera que “una idea será tan poderosa como el público permita que lo sea” (DWORKIN, 1996, 221; trad. propia).

WOJCIECH SADURSKI también es crítico con MACKINNON en este extremo<sup>26</sup>. SADURSKI acierta al afirmar que la potencial capacidad persuasiva del discurso pornográfico o racista no puede ser vista como un peligro que permita su censura, porque eso conduciría a una vía paternalista inadmisibles desde un enfoque liberal que respete la autonomía del individuo. El autor cree que a pesar de que exista esa posibilidad de persuasión, no es una función del Estado convencer a individuos adultos de que vale la pena formar parte de un debate público o de que deben involucrarse en la credibilidad de los distintos oradores. En ese sentido, MACKINNON trata a los consumidores de pornografía como sujetos irresponsables de sus actos. Con ese tipo de visión se deja de lado la necesaria participación y responsabilidad de la audiencia en los efectos de la pornografía o del *hate speech* (SADURSKI 1999, 109-110).

De otro lado, DWORKIN sostiene que el argumento del “efecto silenciador” de MICHELMAN es equivocado. El hecho de que la exposición de ciertas ideas u opiniones provoque que otras ideas sean mal entendidas, no consideradas o no debidamente expuestas (por la inhibición de quienes las defienden), aunque origine esas malas consecuencias, no supone despojar a otros de su libertad negativa para expresarse. DWORKIN es enfático sobre la necesidad de no confundir la libertad negativa, ni su vulneración, con otras figuras

25 MACKINNON, CATHARINE. *Pornography: women, violence, and civil liberties*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 483-484, citado por DWORKIN, 1996, 231-232; trad. propia.

26 Aunque SADURSKI sí cree que el “efecto silenciador” puede configurar un tipo de daño que, en ciertos casos, puede resultar relevante para la restricción del *hate speech*, él es crítico con los argumentos referidos al posible impacto en la audiencia.

(DWORKIN, 1996, 222-223). Con relación a esta confusión, DWORKIN evoca las siguientes palabras de ISAIAH BERLIN:

Debo sentirme culpable, y con razón, si en determinadas circunstancias no estoy dispuesto a realizar este sacrificio. Pero un sacrificio no entraña un aumento de lo que se sacrifica (es decir, la libertad) por muy grande que sea su necesidad moral o lo que la compense. Cada cosa es lo que es: la libertad es libertad, y no igualdad, equidad, justicia, cultura, felicidad humana o una conciencia tranquila (Berlin, 1958, 211)<sup>27</sup>.

En el caso de MACKINNON, DWORKIN afirma que ella confunde el contenido de la libertad de expresión, pues esta no incluye un derecho a alentar que uno se exprese ni un derecho a que los otros entiendan y respeten lo que uno quiere decir (DWORKIN, 1996, 232). De hecho, DWORKIN defiende, como parte del derecho a la libertad de expresión, la libertad que se tiene de ofender a otros con nuestras ideas u opiniones. En el caso de la pornografía, dice el autor, aunque puede resultar ofensiva o insultante para algunos –no solo para las mujeres, sino también para algunos hombres–, no podemos considerar que esa sea una razón suficiente para prohibirla sin destruir, a la vez, el principio que dice que la expresión que odiamos tiene tanto derecho a ser protegida como cualquier otra. “La esencia de la libertad negativa es la libertad de ofender, y eso se aplica tanto a lo vulgar como a lo heroico” (ibíd., 218-219). No existe un derecho a ser respetado o a no ser ofendido (DWORKIN, 2006).

DWORKIN sostiene que si creemos que estamos violando el derecho de otros cuando expresamos sinceramente nuestro punto de vista, estaremos comprometiendo nuestra propia noción de lo que creemos que es vivir honestamente. Por eso advierte que “(d)ebemos encontrar otras armas, menos suicidas, contra el racismo y el sexismo. Debemos, siempre que sea posible, poner nuestra fe en la libertad, no en la represión” (DWORKIN, 1996, 260; trad. propia). Me pregunto, sin embargo, si seguimos este razonamiento, ¿por qué deberíamos impedir cualquier forma de expresión que no llegue a la violencia como límite (al daño físico al que aluden los liberales)? Si aceptamos todas las expresiones posibles como una manifestación más de nuestra personalidad, no habría motivo para prohibir el insulto individual que no conlleve un riesgo claro de violencia física o de respuesta física (*fighting words*). La tolerancia debería ser tan amplia que elimine incluso los supuestos de injuria individual por que tendríamos que aceptarlos como manifestaciones de la

27 Cito la traducción al español de “Dos conceptos de libertad”, hecha por JULIO BAYÓN, ÁNGEL RIVERO, NATALIA RODRÍGUEZ y BELÉN URRUTIA (BERLIN, 1958) y que corresponde al fragmento citado por DWORKIN (1996, 223).

autonomía y de la dignidad de los individuos. Y, sin embargo, creo que ni el propio DWORKIN aceptaría una solución tan extrema<sup>28</sup>.

La defensa de la libertad de expresión de DWORKIN descansa, me parece, no solo en el fundamento de la dignidad al que se refiere, sino también – como en todas las clásicas defensas liberales de este derecho– en el temor a la intervención del poder (del Estado, gobierno, iglesia, etc.) en el control de los contenidos expresivos. Por eso, ve con desconfianza y preocupación casos como los de la prohibición de la negación del Holocausto. El problema ahí no es solo la interferencia en el derecho de quien ya no puede expresarse (siendo coherente con su argumento, DWORKIN defendería el derecho de quienes niegan el Holocausto o incluso de quienes hacen apología del odio racial, como manifestaciones de su autonomía), sino también las consecuencias hacia el futuro.

Me parece que el gran problema es que, más allá de la justicia de los casos concretos (producto de la efectiva ponderación de los intereses y valores en juego en cada situación), es muy difícil –aunque no creo que imposible– controlar el “efecto de arrastre” de este tipo de soluciones<sup>29</sup>. Dice DWORKIN que el problema con la censura es que no se puede controlar. Si algunas personas piensan que la igualdad racial y de género son objetivos urgentes, otros pensarán que lo son también, o más aún, la defensa de los valores familiares y las virtudes tradicionales. De este modo, “[l]a censura siempre resultará traidora de la justicia” (DWORKIN, 1996, 258; trad. propia). La pregunta alternativa es: ¿por qué no podemos tener la misma fe que DWORKIN pide para la libertad, en el caso de nuestras instituciones democráticas (de nuestros jueces, p. ej.) y de la exigencia de que sus decisiones sean justificadas mediante razones públicas? Para quienes defienden una visión argumentativa del Derecho y los derechos, las muy razonables advertencias de DWORKIN acerca de las limitaciones a la libertad de expresión no pueden funcionar como dogmas o principios absolutos<sup>30</sup>.

28 Mantengo esta inquietud sobre la postura de DWORKIN porque incluso llega a afirmar: “En Estados Unidos, por contra, la gente tiene derecho constitucional a insultar públicamente a quien quiera, denigrando la raza de esa persona o cualquier otro grupo al que pertenezca, siempre que no cause desórdenes y no incite a otras personas a cometer actos criminales” (DWORKIN, 2008, 51).

29 En este sentido se ha manifestado también MANUEL ATIENZA, para quien la decisión del Tribunal Constitucional en el caso *Violeta Friedman* ha significado un precedente de difícil seguimiento en casos futuros. El autor ha criticado la decisión en cuestión porque “1) al chocar con otros criterios incorporados al ordenamiento jurídico crea incerteza en el mismo, pues surgen muchos comportamientos posibles cuyo estatus jurídico aparece dudoso; 2) la incerteza no resulta compensada por un ‘plus’ de justicia, sino que, por el contrario, el criterio del Tribunal no parece adecuado para regular en este aspecto la vida social” (ATIENZA, 1993, 54). Atienza señala que lo que ha hecho el Tribunal Constitucional en este caso es trasladar equivocadamente un juicio de desaprobación moral al ámbito jurídico, contraviniendo así el principio básico del liberalismo político que consiste en que no todo lo moralmente ilícito debe estar jurídicamente prohibido.

30 Estos son, sin duda, los casos que abren espacios para el cuestionamiento de las teorías

Sin perjuicio de las posibles imprecisiones conceptuales sobre el contenido del derecho a la libertad de expresión (su distinción respecto del derecho a la igualdad y otros valores o bienes jurídicos) a las que se refiere DWORKIN, es importante rescatar los aspectos valiosos de algunos de los argumentos presentados para defender la limitación del *hate speech*. Las tesis sobre la dominación, el enfoque del efecto silenciador y otros similares ponen de relieve –con mayor o menor fortuna– asuntos como el del necesario análisis de los contextos de exclusión, los posibles efectos simbólicos del Derecho y su utilidad como instrumento de cambio social, entre otros.

Los argumentos contra el *hate speech* siguen la línea de los estudios sobre las causas y los motivos de la discriminación y la desigualdad. Además de las condiciones materiales relacionadas con la exclusión (la falta de recursos económicos, entre otros), se subraya como determinante el aspecto cultural vinculado a una reiteración en el tiempo de prejuicios y estereotipos negativos dirigidos contra los miembros de los grupos tradicionalmente excluidos, y donde el lenguaje juega un papel fundamental, más aún cuando se advierte que, en ocasiones, el lenguaje también es acción –o, como dice MANUEL CRUZ, “hay palabras que, hoy, no son *simples palabras*. [...] Si tras AUSTIN resultaba rigurosamente imposible ignorar que se pueden hacer cosas con palabras, tras Adorno, y los autores que han escrito en su estela, no cabe desconocer que se pueden conformar conductas con mensajes” (CRUZ 1998, 90)–. Lamentablemente, la historia ha mostrado, de la peor forma posible, que el racismo, como una construcción cultural que se expresa a través del lenguaje, ha servido para perpetuar situaciones de violencia y de exclusión, ante la apatía o la indiferencia de los grupos más favorecidos, quienes (educados en un contexto de racismo ancestral) no han sabido asimilar como cercano el sufrimiento de otros individuos pertenecientes a grupos raciales, económicos y culturales distintos, y relegados por el sistema a la condición de *ciudadanos de segunda clase*<sup>31</sup>.

Al contrario de lo que llamo las tesis “fuertes” sobre la prohibición de *hate speech* –como la de MATSUDA y, me parece también, los argumentos referidos a la prohibición de la pornografía, con la rigidez con que los propone MACKINNON–, las críticas a la tolerancia amplia del *hate speech* permiten, en

neoconstitucionalistas –principalistas, argumentativas o particularistas– del Derecho. Críticas del tipo de las que formula el profesor FRANCISCO LAPORTA en *El imperio de la ley* (TROTTA, 2007).

31 Al respecto, es sobrecogedor revisar, por ejemplo, los comentarios hechos por la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú (CVR) acerca de la influencia que tuvo el racismo en la situación de violencia política que vivió Perú entre los años ochenta y dos mil, y que fue sufrida principalmente –y en sus peores formas– por indígenas quechua hablantes o pertenecientes a otras minorías étnicas pobres y tradicionalmente excluidas de Perú. Ello ante la inacción de una clase media y alta que no se sentía –ni se siente– identificada con esa realidad ni cercana a ella. Cfr. Informe de la CVR. Consulta: 20 de marzo de 2013: <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>



sus tesis más “débiles”, tomar en consideración aspectos como el contexto de exclusión o de discriminación en la evaluación, siempre casuística y no abstracta, de los casos en que se presenta un conflicto con la libertad de expresión. De este modo, la prohibición de la expresión racista (eventualmente también de la sexista u homófoba, entre otras) no constituiría una regla ciega en su aplicación, como tampoco lo debería ser el principio de neutralidad de contenidos o el que afirma la primacía de la libertad de expresión.

La, en ocasiones, difícil decisión que se debe tomar entre la necesidad de una regulación legal y la permisión abierta a la libertad del *hate speech* se aprecia mejor a la luz de algunos casos concretos a los que me referiré ahora. Espero también que este tipo de aproximación me permita perfilar mejor los contornos de la forma en que, en mi opinión, debería abordarse este problema.

#### 4. EL CASO DE LAS CARICATURAS DE MAHOMA

El caso de las caricaturas de MAHOMA, aparecidas en septiembre de 2005 en el diario danés *Jyllands-Posten* y reproducidas luego en otros diarios de Francia y del mundo, retomó la discusión acerca de los posibles límites a la libertad de expresión en el contexto de las democracias occidentales. La controversia en este caso se centró en el conflicto que se habría producido entre la libertad de expresión de los diarios que publicaron las caricaturas de MAHOMA y –a partir de una interpretación muy amplia de la libertad religiosa– el supuesto derecho al respecto de las creencias y sentimientos religiosos de los musulmanes que se sintieron afectados por dichas publicaciones.

En su opinión sobre el caso, MANUEL ATIENZA ha subrayado las incoherencias en que incurren las democracias europeas al abordar este conflicto con la libertad de expresión, principalmente debido a la incorporación de figuras como el delito de blasfemia en algunas de sus legislaciones (en el caso británico, p. ej., se contempla un delito de blasfemia que solo protegería a los cristianos, específicamente anglicanos; y en España, el artículo 525 del Código Penal protege del escarnio público tanto a creyentes como a no creyentes). Para ATIENZA, “[l]a única manera de no producir discriminaciones por razón de religión es considerar a la libertad religiosa como una libertad negativa que se satisface si y sólo si el Estado es estrictamente laico”; de manera que, siguiendo en esto la tesis de los liberales radicales, no sería posible proteger los sentimientos o creencias religiosas de la gente por encima de la libertad de expresión (ATIENZA, 2006. De igual opinión y sobre el mismo caso: DWORKIN, 2006).

Pero el caso puede ser visto más allá de la –para algunos, superficial o aparente– controversia entre la libertad de expresión y la libertad religiosa. Según ciertos autores, la ofensa religiosa provocada por las caricaturas de MAHOMA esconde un trasfondo de discriminación y de exclusión que puede leerse a la luz de los hechos que antecedieron el caso. Para TZVETAN TO-

DOROV, por ejemplo, tomar en cuenta el contexto en que se presentaron los sucesos de Dinamarca permite advertir que la condena del islam es solo una “fachada para rechazar a los inmigrantes” (TODOROV, 2008, 201). Algunos de los hechos que relatan TODOROV, SLAVOJ ŽIŽEK y otros autores que han intentado escudriñar las causas más profundas del conflicto originado por las caricaturas de MAHOMA, permiten situarnos en el contexto de discriminación al que se refieren.

Como señalan estos autores, existe un doble discurso en relación con lo que la libertad de expresión permite y no permite hacer en algunos países de Europa. Además de la existencia de normas que sancionan la blasfemia (en algunos casos, únicamente referida a la religión cristiana), los discursos de odio racial constituyen un límite importante para la libertad de expresión en varios países. Así pues, al tiempo en que se producían las protestas por las caricaturas de MAHOMA, DAVID IRVING se encontraba en una prisión en Austria por expresar sus dudas sobre el Holocausto y los obispos franceses obtenían la prohibición de un anuncio publicitario que emulaba *La cena* de LEONARDO DA VINCI y que consideraban ofendía los sentimientos de los cristianos porque se burlaba de la imagen de CRISTO (TODOROV, 2008, 204-205).

En relación con el contexto concreto en que aparecieron las caricaturas materia de conflicto, debe mencionarse el creciente clima de xenofobia (especialmente antimusulmana) existente en Dinamarca<sup>32</sup>, al que contribuye el discurso antiinmigración de los partidos políticos de la extrema derecha<sup>33</sup>. Desde este enfoque ampliamente difundido, los musulmanes son vistos como una amenaza para los “valores daneses” (debe recordarse que se trata de una inmigración reciente –data de la década de los setenta–, que trae consigo nuevos y extraños valores y costumbres), son vistos como una amenaza para la seguridad (se les vincula al terrorismo islámico) y también como una amenaza para el orden social (suele hacerseles responsables del caos en la prestación de los servicios públicos, p. ej.) (TODOROV, 2008, 200).

Sobre el diario danés *Jyllands-Posten*, el que encargó y publicó las caricaturas en cuestión, hay que decir que es uno de los más vendidos en Dinamarca y sigue la línea de opinión de la derecha radical, con un fuerte discurso antiinmigración y antiislámico (que, p. ej., considera incompatible el

32 Por ejemplo, el Comité Europeo contra el Racismo y el Antisemitismo, dependiente del Consejo de Europa, había expresado en su informe anual su preocupación por el creciente “clima de intolerancia y de xenofobia hacia los refugiados y los solicitantes de asilo así como hacia los grupos minoritarios en general, y los musulmanes en particular” (MEYSSAN, 2007).

33 Sus líderes políticos suelen recurrir a discursos xenófobos y racistas de tipo populista. La líder del Partido del Pueblo Danés, por ejemplo, ve a los inmigrantes como una amenaza para la seguridad y proclama: “Dinamarca para los daneses”. Otros representantes de los partidos de extrema derecha han pronunciado frases como: “Entre Hitler y el islam hay muchos puntos en común”, o “¿Sabéis cual es la diferencia entre una rata y un musulmán? Que la rata no recibe ayudas sociales” (TODOROV, 2008, 200-201).

islam con la democracia). Ya había sido sancionado antes por el Consejo de la Prensa de Dinamarca por violación de la deontología periodística, debido a sus informaciones de corte racista, y fue señalado también por el *European Network Against Racism*. En el caso de las caricaturas que publicó, cabe señalar que aunque se hicieron con la intención de representar a MAHOMA de forma sarcástica, también hubo otras en las que, aunque se decía representar a MAHOMA, parecía más bien que se representaba a los musulmanes en general (como una en la que aparece un personaje con un turbante-bomba que lleva la inscripción de fe de los musulmanes: “Dios es grande y MAHOMA es su profeta”, y que contribuye a asociar la idea de musulmán con terrorista). No obstante su defensa cerrada de la libertad de expresión tras la publicación de las caricaturas de MAHOMA, poco tiempo antes *Jyllands-Posten* se había negado a publicar unos dibujos en los que aparecía Jesucristo por considerarlos ofensivos.

El ingrediente final de un contexto de xenofobia, racismo y resentimiento, que permitió que todo este asunto de las caricaturas desembocara de la manera tan violenta en que lo hizo, fue la influencia de ciertos grupos radicales de fundamentalistas islámicos. Esos grupos fueron los responsables de la incitación a la violencia en este caso<sup>34</sup>. Su existencia puede explicarse por varias razones, pero una de ellas es, precisamente, la situación de exclusión en que se encuentran muchos de los musulmanes que viven en Europa, y que los lleva a refugiarse en una identidad construida por los predicadores fundamentalistas para satisfacer esas necesidades. Como explica TODOROV, el sentimiento de marginalidad de muchos musulmanes que van a radicar a países europeos, y que proceden de familias campesinas tradicionales, los lleva a refugiarse en su identidad tradicional. En las siguientes generaciones esta situación se agrava: “Los que nacen en Occidente ya no pueden recurrir a esa identidad, por lo que a algunos les tientan los esquemas simplistas que ofrecen los predicadores islamistas, una tradición imaginaria que se convierte en su marco mental” (TODOROV, 2008, 218).

El sentimiento de ser tratados de un modo distinto por una mayoría que no comprende sus costumbres, que los ve con temor, resentimiento o desprecio, unido a la impresión de que también la ley castiga la ofensa y la burla en el caso de unos, pero nunca en el suyo, conduce a quien se siente excluido a encerrarse cada vez más en el círculo de lo conocido, de *lo común*, de aquello en lo que se puede confiar y donde se puede identificar como *parte de*. Hacia

34 Algunos de esos grupos decidieron elaborar un informe sobre la discriminación de los musulmanes en Dinamarca (Expediente *Akkari*), donde incluyeron otras caricaturas más violentas no publicadas por *Jyllands-Posten* (como una en la que aparece un musulmán arrodillado, orando, mientras es sodomizado por un perro). Fue la lectura de ese documento, debidamente sazónada por las actitudes incendiarias de esos líderes religiosos, lo que dio lugar a las movilizaciones (ver MEYSSAN, 2007).

el exterior, hacia *los otros*, en cambio, es fácil desarrollar un sentimiento de injusticia y un resentimiento que a veces se manifiesta violentamente para demandar reconocimiento.

En opinión de SLAVOJ ŽIŽEK lo que está en juego en el caso de las caricaturas de MAHOMA es un problema de respeto o de reconocimiento, no de religión ni de conflicto entre la libertad de expresión y las creencias religiosas<sup>35</sup>. El respeto es un ingrediente esencial de cualquier alternativa de comunicación como herramienta para lograr la convivencia pacífica. Sin embargo, el lenguaje también puede ser usado como un arma de violencia y su fuerza significativa o simbólica es capaz de reducir o simplificar la realidad que describe. ŽIŽEK señala que aunque podemos llegar a ser agresivos en el desarrollo del debate, cualquier debate presupone un mínimo reconocimiento de *el otro*. Por eso, “la violencia verbal no es una distorsión secundaria del discurso, sino el último recurso de todo tipo de violencia humana” (ŽIŽEK, 2006; trad. propia).

Las teorías que apelan al reconocimiento del otro en el plano discursivo conducen a la discusión acerca de en qué medida es posible establecer una distinción entre el ámbito del respeto a las personas y el del respeto a sus creencias. El liberalismo acepta que se debe proteger el respeto a las personas (debido a la dignidad que les corresponde como seres humanos), pero no así a sus creencias, opiniones o ideas, que están abiertas a la crítica e incluso –como dice DWORKIN– a la ofensa o la burla.

En el caso de las caricaturas de MAHOMA, muchos musulmanes se sintieron ofendidos por la representación del profeta (no sólo porque la prohíben sus normas religiosas, sino también por su tono sarcástico). Atienza señala que uno de los aspectos más peligrosos de este caso es su posibilidad de conducirnos a establecer límites a la libertad de expresión “para proteger no a las personas, sino a sus creencias” (ATIENZA 2006). En congruencia con la idea de que no se puede otorgar una coraza a los creyentes –de ninguna religión, tendencia política, teoría científica, etc.– que los cubra frente a las críticas en una sociedad democrática en la que existe libertad para expresarse, libre

35 Para el autor, el hecho de que, por ejemplo, una de las respuestas a la publicación de las caricaturas de MAHOMA fuera la creación de otras caricaturas de tipo antisemita y anticristiano, aparecidas en algunos países musulmanes (dibujos en los que se veía a ANNA FRANK en la cama con HITLER, y otros similares), muestra que en el fondo no se trata de un problema de carácter religioso, sino de respeto. ŽIŽEK sostiene que si los musulmanes hubiesen creído realmente que las caricaturas de MAHOMA eran un crimen sacrilego que debería castigarse, no hubiesen incurrido en lo mismo al burlarse de los cristianos o los judíos. El respeto por la religión, si es lo que verdaderamente se reclama, sería extensivo a todos ellos; pero en el caso, según ŽIŽEK, lo que se ve es una reacción que prueba que lo que realmente ocurre es una lucha por el reconocimiento y el respeto (“*a sense of humiliation and hurt pride, NOT religion*” –ŽIŽEK, 2006–). De igual opinión es TODOROV, para quien esa reacción de furia ante la humillación explica, aunque no justifica, la paradójica reacción de los musulmanes que respondieron con violencia a la atribución del calificativo de violentos (o terroristas) que hacían las caricaturas acerca de ellos (TODOROV, 2008, 211-212).

intercambio de ideas, y respeto a la autonomía de los sujetos (y a su capacidad para defender sus creencias), me parece que ATIENZA lleva razón en este extremo. Como dice FERNANDO SAVATER:

En la sociedad tolerante, lo respetado no son las ideas y creencias de las personas, sino las personas mismas *nunca identificadas del todo con sus ideas y creencias*<sup>36</sup>. Cada cual tiene derecho a pedir respeto para sí mismo, es decir, puede reclamar no ser encarcelado, maltratado, discriminado, etc., por su forma de ser o de pensar. Puede pedir, en una palabra, que no se le hiera por sus creencias, mas no que sus creencias mismas no sean “heridas” por quienes no las comparten (Savater 1990, 32; cursivas fuera de texto).

Sin perjuicio de lo dicho, no se debe olvidar que el caso de las caricaturas de MAHOMA presenta un problema de fondo que traspasa el conflicto religioso o el producido por la ofensa de las creencias religiosas (que debería ser tolerada en una sociedad democrática). Más allá del problema de la representación de MAHOMA, muchos musulmanes se sintieron aludidos por esas caricaturas que reproducían la percepción y los prejuicios de una mayoría de personas en la sociedad danesa. Si el problema, como dice ŽIŽEK, no es (o no solo ni principalmente) la ofensa a la religión (a las creencias), sino a las personas, entonces habría un problema de reconocimiento<sup>37</sup>, que conduce a la pregunta de si la solución debería ser la misma también en este supuesto.

Pueden recordarse las observaciones de TODOROV y ŽIŽEK acerca del contexto de exclusión de los inmigrantes (principalmente musulmanes) en Dinamarca y otros países de Europa; del doble discurso de muchos de los medios de comunicación que, por un lado, defendían la libertad de expresión en este caso pero, por otro, se autocensuraban en situaciones similares cuando concernían a la religión o las creencias de la mayoría; de la irresponsabilidad de muchos de los actores de estos sucesos (medios de comunicación, líderes religiosos o políticos, etc.); o del cinismo de quienes pretendieron aparecer como “perseguidos” cuando, en los hechos, representaban una posición de poder en la sociedad danesa. No obstante, la discusión acerca de las medidas que debieron adoptarse en este caso, y concretamente en relación con la po-

36 Resalto esta frase de Savater porque es verdad que aunque exista quien piense que ciertas ideas, como las creencias religiosas, por ejemplo, son tan fuertes que pueden llegar a conformar la casi totalidad de la identidad del individuo (en relación con lo que cree, piensa que es debido y siente), esa idea refleja una visión estrecha y pobre del individuo y de su identidad; una visión contra la que Amartya Sen se ha pronunciado de forma contundente en su excelente libro *Identidad y violencia* (KATZ, 2007).

37 Para TODOROV, por ejemplo, el reconocimiento “[s]e puede conseguir mostrando respeto no por las creencias, sino por los creyentes, no tanto por el profeta Mahoma como por los humildes trabajadores inmigrantes Abdallah y Mustafá” (TODOROV, 2008, 219-220).

sible censura o sanción legal de las publicaciones, involucra otros elementos que no pueden dejar de tomarse en cuenta.

El propio TODOROV rechaza el uso de la censura como una vía para lograr el reconocimiento en situaciones como estas (TODOROV, 2008, 219). Los peligros de la censura (su manipulación por parte del Estado o las demás instancias de poder, el paradójico efecto silenciador de otras minorías –como se verá en el caso del *rap* y la expresión pornográfica–, la contraproducente consecuencia de terminar “victimizando” al individuo censurado, etc.) se acrecientan en un caso que, como este, involucra no solo el respeto a las personas, sino también a sus creencias. Como se dijo, las creencias no pueden blindarse frente a la crítica, o incluso frente al ridículo, en una sociedad democrática. Finalmente, cabe preguntarse si la sanción legal hubiese beneficiado, en efecto, a las víctimas de los prejuicios y la discriminación o, más bien, a los radicales y grupos de poder que estuvieron detrás de las violentas movilizaciones que se produjeron.

Más allá de las soluciones legales, TODOROV apela a una *ética de la responsabilidad* en casos como estos<sup>38</sup>. Tomando en cuenta el contexto en que se produjeron las publicaciones en cuestión y la capacidad de anticipar los sucesos que ocurrieron luego, los periodistas que publicaron y difundieron las caricaturas hubiesen actuado prudentemente recurriendo a una ética de la responsabilidad más que a la de la convicción (o a sus meras inclinaciones emocionales). Según TODOROV, “[e]n absoluto se trata de exigir que se instaure la censura o se renuncie a la crítica libre, pero debemos recordar que nuestros actos públicos no tienen lugar en un espacio abstracto, sino necesariamente en determinado contexto histórico y social” (TODOROV, 2008, 219).

Incluso DWORKIN ha señalado que el caso de las caricaturas de MAHOMA debió verse como un asunto de responsabilidad de la prensa, en el que no hubiese sido incorrecta una actitud de autocensura por razones prudenciales (DWORKIN, 2006). De igual forma, THOMAS POGGE considera que en este tipo de casos no debe invocarse la censura y la sanción legal, sino el debate público que hubiese permitido mostrar la doble moral de los editores que, de un lado, defendían la libertad de expresión contra la blasfemia pero, de otro lado, mantuvieron una actitud conservadora cuando se negaron a publicar unos dibujos que consideraron ofensivos a la imagen de Jesucristo (POGGE, 2008).

38 TODOROV recoge la distinción que hace MAX WEBER entre una *ética de la convicción* (“es la del moralista, y consiste en defender lo que se piensa sin preocuparse de los efectos que provocan esos discursos”) y una *ética de la responsabilidad*, más vinculada a una visión pragmática y prudencial, que sí toma en cuenta los posibles efectos de nuestras palabras y actos (TODOROV, 2008, 195).

## 5. ALTERNATIVAS A LA CENSURA DESDE EL ENFOQUE DE LA RESIGNIFICACIÓN DEL LENGUAJE

JUDITH BUTLER ha criticado algunos de los argumentos referidos a la necesidad de regular, o de directamente prohibir, las expresiones pornográficas o racistas. La autora no tiene una respuesta definitiva sobre el tema para todos los casos posibles y, más bien, adopta una perspectiva que supone la evaluación caso por caso y la necesidad de establecer distinciones entre determinadas expresiones y entre determinados contextos (lo que la lleva, p. ej., a diferenciar el caso de la pornografía del de ciertas expresiones racistas –como la “quema de cruces”–, en la idea de que ambas no “amenazan”, “rebajan” o “degradan” de la misma forma ni constituyen el mismo tipo de conducta verbal –BUTLER, 2009, 44–). Pero el aporte fundamental de BUTLER es su valioso enfoque alternativo a la prohibición del *hate speech* y que está vinculado a las oportunidades subversivas que brinda el lenguaje.

Aunque BUTLER no se opone a la regulación de cierto tipo de expresiones de odio –p. ej., es muy crítica con la forma en que la Corte Suprema resolvió el caso *R.A.V. v. St. Paul* (1992)<sup>39</sup>, en el que no se reconoció la dimensión performativa del lenguaje<sup>40</sup> y que, en su opinión, constituye un ejemplo de cómo manipular la distinción entre lenguaje y conducta para obtener resultados de tipo político–, ella prefiere otras opciones antes que la, siempre peligrosa, censura. De este modo, BUTLER propone medidas alternativas vinculadas a la idea de “resignificación” del insulto o de la ofensa. Señala como un esclarecedor ejemplo el proceso de revaloración del término “*queer*”<sup>41</sup> por

39 En el caso, el Tribunal Supremo norteamericano sostuvo que era inconstitucional una ordenanza que sancionaba como falta el hecho de colocar en una propiedad, pública o privada, algún objeto que pudiera provocar la indignación, alarma o resentimiento en otros, por motivos de raza, color, ideas, religión o sexo; y que, en un caso concreto, había conducido a la acusación de un joven de raza blanca que había quemado una cruz frente a la casa de una familia de raza negra. La Corte Suprema consideró que el Gobierno no puede prohibir las expresiones que considera políticamente incorrectas y, así, discriminarlas frente a otras (ver CODERCH, 1993, 20- 23; BUTLER, 2009, 92-104).

40 Al respecto, ver las críticas de BUTLER a las opiniones del juez SCALIA, quien consideró que la quema de cruces puede ser entendida como la transmisión de un punto de vista o contenido comunicativo que debe ser protegido y no puede ser censurado en virtud del principio de neutralidad. La crítica de BUTLER apunta a la no valoración del carácter performativo de este tipo de expresión, históricamente vinculada a la *amenaza* y no meramente a la *ofensa* entendida como “un daño registrado al nivel de la sensibilidad” (BUTLER 2009, 92-111). Así pues, la autora recuerda que la quema de cruces frente al domicilio de una familia de raza negra servía (y aún sirve, en determinados contextos) para “marcar” a los sujetos que serían posteriores víctimas de daños en su persona o en sus bienes (BUTLER 2009, 97; ver también la cita de los argumentos de los abogados que defendieron la prohibición de este tipo de expresiones y que figura en la nota a pie de página número 12 de ese libro).

41 Cito textualmente la esclarecedora nota de los traductores sobre este término: “‘*Queer*’ hace referencia a cualquier sexualidad no heterocentrada, y a la propia crítica del sistema heterocentrada. El uso que hacen de este término los militantes *queer* de los años noventa es un

parte de la comunidad gay en Estados Unidos, y que es una muestra de cómo los propios afectados pueden apropiarse de un término con el que han sido tradicionalmente descritos de forma ofensiva para, posteriormente, afirmar su particular identidad.

Una de las objeciones que se formula a la prohibición del *hate speech*, así como a otras disposiciones dirigidas a proteger a grupos tradicionalmente excluidos, verbigracia, las acciones afirmativas, es que con este tipo de soluciones se adopta una postura paternalista: los individuos que son parte de una minoría son tratados como “víctimas” que necesitan de una protección exterior a ellos mismos. A la larga, eso puede vulnerar la autoestima, la capacidad de autoafirmación y, en último término, la autorrealización del sujeto (paradójicamente, uno de los aspectos que pretende garantizar este tipo de medidas). Por eso, para BUTLER:

Aquellos que aseguran que el lenguaje de odio produce “una clase de víctimas” niegan la agencia crítica y tienden a apoyar formas de intervención en las que el Estado asume completamente la agencia. En lugar de una censura patrocinada por el Estado, existe una forma de lucha social y cultural del lenguaje en la que la agencia se deriva de la ofensa, una ofensa que se puede contrarrestar gracias a esta derivación (BUTLER, 2009, 72).

BUTLER cree en las capacidades transformadoras del lenguaje y por eso es crítica con las concepciones que se basan en una supuesta “eficacia mágica” de las palabras; perspectiva que estaría presente, por ejemplo, en las tesis de MACKINNON, MATSUDA y otros autores, que consideran a la pornografía o al *hate speech* como *actos performativos* (se trata de una concepción que, estratégicamente, permitiría eludir la protección reforzada que brinda la Primera Enmienda a las expresiones, pero no así a los actos), en los que el sujeto o bien está realizando una acción cuando dice algo (*actos ilocucionarios*) o bien produce consecuencias posteriores con lo que dice (*actos perlocucionarios*)<sup>42</sup>.

Cabe señalar que BUTLER no niega que el dolor que es producido por la ofensa constituya un daño, sino el hecho de que eso provoque un efecto pa-

ejemplo de reapropiación de un término injurioso por parte de la propia comunidad insultada (maricas, bolleras, trans, etc.). En castellano también se traduce por ‘raro’, pero así se pierde el carácter insultante que tiene en inglés” (BUTLER, 2009, 75).

42 Para MACKINNON, la pornografía es un enunciado tanto de tipo perlocucionario (porque provoca efectos nocivos para las mujeres, como la ejecución de actos de violencia sexual y otro tipo de agresiones contra de ellas) como también de tipo ilocucionario (porque instituye –*actúa instituyendo*– una situación de inferioridad de las mujeres en el entorno social). En el caso de MATSUDA, el efecto silenciador que atribuye al *hate speech* puede identificarse con el carácter ilocucionario de este tipo de expresiones (“el habla no refleja simplemente una relación de dominación social, sino que el habla efectúa la dominación” –BUTLER 2009, 40-41–), aunque también reconoce una dimensión perlocucionaria en este tipo de enunciados, debido a las consecuencias que produce en la estructura social.



ralizante, una imposibilidad de resistencia o de apertura al cambio (BUTLER, 2009, 41-42). Quiero resaltar esta idea porque, como se vio, en estos casos es importante determinar el tipo de daño. El daño es el efecto a partir del cual es posible evaluar los límites a lo tolerado (también a lo *jurídicamente* tolerado), pero no todo daño permite justificar esos límites, en especial en casos de derechos tan importantes como el de la libertad de expresión. Una vez más, debe advertirse que el daño en el caso del *hate speech* no puede estar representado —o únicamente representado— por el malestar emocional del sujeto, abierto al problema de la subjetividad y a las exigencias propias de la convivencia en las actuales sociedades democráticas y pluralistas. La consideración del daño es distinta, en cambio, cuando se refiere no ya a una afección emocional o psicológica del sujeto, sino a un problema de discriminación o subordinación y a una estructura social injusta. Lo que se debe analizar, entonces, es si el daño al que se refieren —desde sus particulares perspectivas— MACKINNON, MATSUDA, FISS, SUNSTEIN o SADURSKI es un daño producido (o afianzado) por la expresión racista o sexista, y si las medidas que se adoptan (incluida la prohibición legal) no son sólo justas, sino también oportunas.

Como dice BUTLER, el problema de la dominación asociada al lenguaje ofensivo no puede evaluarse únicamente con referencia a la situación particular del orador y su auditorio. Más bien, debe tomarse en cuenta la existencia de ciertas estructuras sociales y de una reiteración de actos en el tiempo que son los que le otorgan un significado (ofensivo) al discurso concreto (BUTLER, 2009, 136-140). En la búsqueda de la asignación de responsabilidades jurídicas (cosa con la que ella está de acuerdo, en ciertas ocasiones) se pierde el enfoque político y estructural del problema de las palabras ofensivas. Así, “cuando el discurso político se ve reducido por completo al discurso jurídico, el significado de la oposición política corre el riesgo de quedar reducido al acto de la persecución judicial” (ibíd., 90). Al contrario, el caso del *hate speech* debe ser entendido como una “práctica ritualizada” que, más allá de las eventuales responsabilidades jurídicas, supone una estructura que hace imposible determinar una responsabilidad final, pues, como ella dice, no se puede perseguir a la historia (ibíd., 89-92)<sup>43</sup>.

Aunque BUTLER no se opone a la posibilidad de una regulación jurídica de las expresiones ofensivas (coincido con ella en que no se puede pensar en

43 En relación con esta imagen de la “práctica ritualizada” de la ofensa racista, dice BUTLER: “Cuando el término ofensivo hiere (y permítanme dejar claro que pienso que lo hace), lleva a cabo el daño precisamente a través de la acumulación y la disimulación de su fuerza. Lo que hace en realidad el hablante que pronuncia un insulto racista es citar ese insulto, estableciendo una comunidad lingüística con una historia de hablantes. Esto significa que precisamente la iterabilidad por medio de la que un performativo realiza el daño genera una dificultad permanente para identificar la responsabilidad final de tal daño con un sujeto o con su acción” (BUTLER, 2009, 91-92).

una solución absoluta para todos los casos de *hate speech*, más allá de lo que, me parece, debe ser una inclinación *prima facie* en favor de la libertad de expresión), ella cree que la idea de que existe la necesidad imperiosa de una prohibición legal de este tipo de expresiones corresponde a una concepción dogmática del tema, que impide ver las alternativas subversivas que ofrece el habla (BUTLER, 2009, 260).

Sobre la regulación legal del *hate speech*, en primer lugar considera que no existe una garantía de neutralidad del lenguaje legal. Además, teme que con la calificación legal del lenguaje injurioso se impida su futura mutación hacia alternativas más positivas y beneficiosas para los ahora afectados. También está el problema de la poca eficacia de este tipo de alternativas. La censura, dice BUTLER, no romperá la “cadena ritual del discurso de odio”. “El discurso de odio es un discurso repetible, y continuará repitiéndose mientras esté lleno de odio” (BUTLER, 2009, 169). Finalmente, la censura puede provocar, paradójicamente, el efecto contrario al querido y, así, en vez de acabar con el discurso de odio hará que este se repita en el tiempo (“el esfuerzo por restringir un término acaba por hacerlo proliferar; es un efecto retórico no deseado del discurso legal. El término no sólo aparece en la regulación como el discurso que debe regularse, sino que reaparece en el debate público sobre su justicia y su valor como ese acto de autoadscripción imaginado o invocado que está explícitamente prohibido por la norma” –ibíd., 216-217–).

Por todo esto, BUTLER es crítica con quienes, dice, tienen “fe en las capacidades resignificantes del discurso legal”, como MATSUDA (que, como vimos, tiene una posición fuerte a favor de la prohibición legal del *hate speech* y de la necesidad de participación del Estado). BUTLER critica que MATSUDA reconozca esa capacidad de resignificación en el caso de la ley –la ley puede pasar de ser una herramienta que permite mantener un *statu quo* conservador a asumir un rol activo en el cambio social, de manera que “[I]a doctrina reconstructiva permite que el aparato legal, antes reaccionario, se convierta en progresista, independientemente de las intenciones originarias que animasen la ley” (BUTLER 2009, 164)–, pero no le conceda esa posibilidad de resignificación al discurso de odio. Al contrario, MATSUDA y otros autores que apoyan la prohibición del *hate speech* consideran que el lenguaje de odio no se puede recontextualizar. RICHARD DELGADO, por ejemplo, es enfático al señalar: “Palabras como ‘negrata’ o ‘sudaca’ son distintivos de degradación incluso cuando se utilizan entre amigos: *estas palabras no tienen ninguna otra connotación*” (citado por BUTLER, 2009, 166).

Estos autores le asignan un significado definitivo e inmutable al discurso de odio y al lenguaje racista o sexista que forma parte de él, pero olvidan los múltiples contextos en que se puede volver a utilizar (p. ej., en los tribunales, precisamente en los casos en que se discute la posible sanción de este tipo de ofensas; en las prácticas psicoanalíticas, o en el ámbito artístico –BUTLER, 2009, 167–). Como dice BUTLER, estas formas de reutilización ofrecen

posibilidades de resignificación de la ofensa y alternativas para cambiar la realidad cotidiana que conforma las estructuras mentales y sociales que hacen viable la ofensa.

#### 6. LA GUERRA DEL RAP (O LA EXTRAÑA COINCIDENCIA DE PROGRESISTAS Y CONSERVADORES CONTRA EL LENGUAJE VULGAR)

El caso que paso a exponer permite mostrar el tipo de dificultades que pueden presentarse y que deben tomarse en consideración cuando se pretende afrontar legalmente el problema del *hate speech*. Es un ejemplo magistral de cómo pueden infiltrarse, peligrosamente, consideraciones morales particulares bajo el ropaje de una justificación basada en el reconocimiento o en la protección de ciertos grupos tradicionalmente excluidos o subordinados. También es un ejemplo de la forma en que la tesis de la resignificación de BUTLER puede hacerse efectiva y contribuir, de una forma más eficiente y menos peligrosa que la censura legal, a la corrección de las injusticias producidas por el *hate speech*.

Hace algunos años, el grupo de rap “2 Live Crew” fue procesado bajo los cargos de obscenidad, por introducir en sus letras expresiones consideradas lascivas y también ofensivas para las mujeres<sup>44</sup>. Tras este suceso, se han sucedido otros similares centrados en la discusión sobre la necesidad de prohibir, o regular de algún modo, el lenguaje sexista usado por algunos músicos de rap y de otros géneros de música popular. El caso de la regulación del rap sexista ha provocado una curiosa coincidencia de intenciones entre feministas y conservadores morales en Estados Unidos. Aunque la intención de ambos

44 He aquí un ejemplo del tipo de canción del grupo “2 Live Crew” que fue objeto de crítica. Se trata de la letra de la canción *Put Her In The Buck*, que aquí me permito transcribir en su idioma original:

*There's only one way to have a good time – fuck that pussy and make it mine.*

*Lay the bitch on the bed flat on her back, hold her legs up high, make the pussy splack.*

*You can put her in the buck by sittin' on the sink, wrap her legs around you, now take this dick, dick, dick, dick.*

*NOW PUT HER IN THE BUCK!*

*It's a position in sex that's done by the masses – it ain't the “sixty-nine” or what you learn in class.*

*It increases the intensity of a fuck – legs up high known as the buck*

*It's the only way to give her more than she wants, like the doggie style to get all the cunt.*

*'Cause all men try real hard to do it, to have her walk in front and we try to abuse it.*

*A big stinker pussy can't do it all, so we try real hard just to bust the walls.*

*PUT HER IN THE BUCK!*

*I'll break you down and dick you long, bust your pussy and break your backbone.*

*I'll go between them legs that's open wide – pushin' this dick from side to side.*

*Legs to the ceiling, now I'm feelin' the feeling, when I bust a nut your ass will be screaming.*

*PUT HER IN THE BUCK!*

“2 Live Crew”, *As nasty as they wanna be* (Luke Records, formerly Skywalker Records, 1989; cit. por BLEIFER, 1996, 162, nota 47).

sectores ha sido lograr la censura o la regulación de este tipo de expresiones, las razones esgrimidas por conservadores y feministas son distintas. Los primeros apelan a un estándar de decencia, mientras que las segundas se refieren a argumentos como la subordinación y el efecto silenciador de las mujeres.

MARTHA NUSSBAUM, por ejemplo, ha salido en defensa de lo que considera es una mala interpretación de las tesis de MACKINNON o de ANDREA DWOR-KIN. Para feministas como ellas la pornografía y el lenguaje sexista no es un problema moral (referido a la moral social o particular), sino de igualdad, dice NUSSBAUM. Lo que para los conservadores es negado por motivos de repugnancia, para las feministas lo es por motivos de justicia e igualdad. De este modo, NUSSBAUM parece aceptar el argumento de la subordinación como una razón más fuerte (una razón de justicia) que la simple objeción moral, siguiendo así una distinción que recuerda a la que hace RAWLS entre juicios morales o valores, objeto de las diferentes concepciones comprensivas del bien, y principios políticos, materia de consenso político y presupuestos de la convivencia en sociedad<sup>45</sup>. Por eso sostiene NUSSBAUM que “este concepto feminista de lo pornográfico como un factor de subordinación está en profunda contraposición con el concepto legal de lo obsceno” (NUSSBAUM, 2006, 166)<sup>46</sup>.

Sin perjuicio de las precisiones hechas por NUSSBAUM, FISS y otros autores acerca de los argumentos feministas a favor de la prohibición de la pornografía, lo cierto es que, sin proponérselo, los llamados sectores progresistas (entre los que se cuenta a las feministas) le han seguido el juego al conservadurismo moral. Como explica BUTLER, los argumentos feministas contra la expresión ofensiva del *rap* han sido apropiados estratégicamente por el sector más conservador (BUTLER, 2009, 47). Así pues, aunque es verdad que el

45 Así, por ejemplo, cuando dice: “Los ciudadanos que objetan el contenido moral de un libro o de una película, ya sea por motivo de explicitud sexual o de doctrina religiosa o política, pueden responder a este problema evitando las obras en cuestión y tratando de asegurarse de que no sean presentadas a los ciudadanos en espacios públicos, ni exhibidas frente a niños y jóvenes impresionables. Ésta parece ser la manera en que una democracia pluralista debe manejar las diferencias morales como las ocasionadas por las novelas de Joyce y de Lawrence. Las cuestiones de subordinación son diferentes, porque afectan a valores que están en el centro de una sociedad pluralista, que son parte del consenso político en el que se apoyan los principios básicos de la sociedad” (NUSSBAUM, 2006, 174).

46 De igual opinión es FISS, quien señala que hay diferencias entre, por ejemplo, no censurar una obra de arte o de literatura que trata sobre el adulterio o el sadomasoquismo, tema que para algunos puede significar una situación inmoral y que es una discusión respecto de la cual no puede intervenir el Estado, y censurar otra en la que, para el mero entretenimiento del público, aparece una mujer sometida a agresiones sexuales o vejaciones físicas no consentidas, como es el caso de algunas películas pornográficas. No es lo mismo, dice FISS, el uso para fines de entretenimiento de la imagen de una violación que de un adulterio o de una situación de sadomasoquismo consentido, porque, más allá de las controversias morales respecto de las cuales el Estado debe mantenerse neutral, la imagen de la violación de una mujer como recurso de entretenimiento es un acto que busca perpetuar la idea de su subordinación y desigualdad (FISS, 1996, 78-87).

principio de neutralidad de contenidos teóricamente domina el campo de las restricciones a la libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana, todavía subsiste la doctrina que permite restringir la expresión considerada obscena. A través de ese recurso (el criterio de obscenidad) se han filtrado censuras basadas en consideraciones de tipo moral (vinculadas a los criterios morales de la mayoría) y se han silenciado expresiones relacionadas con demandas no satisfechas de sectores tradicionalmente excluidos. Como afirman los estudios culturales de la música popular, el *rap*, por ejemplo, es una forma de expresión típica de un sector históricamente marginado en Estados Unidos (los afroamericanos pobres). El resultado es la pérdida de una expresión significativa de una situación de exclusión<sup>47</sup>. Y es el reflejo, también, de una ceguera frente a las posibilidades de resignificación que ofrece este tipo de discurso.

BUTLER desataca el hecho preocupante de que el avance del conservadurismo, representado por una mayor apertura a la censura de aquellos contenidos expresivos considerados como obscenos, ha ido de la mano de una mayor tolerancia frente a las agresiones de tipo racial en Estados Unidos, en lo que se podría resumir como: una actitud más conservadora en lo sexual, pero más permisiva en relación con la violencia racial (BUTLER, 2009, 109-110). Lo cierto es que esas son algunas de las contradicciones y de los peligros resultantes de dejar en manos de la censura estatal la determinación de conceptos tan discutibles como *lo obsceno* o *lo artístico* (en especial cuando –como dice KIMBERLÉ CRENSHAW<sup>48</sup> los tribunales no toman en cuenta las expresiones artísticas afroamericanas, precisamente porque no las consideran artísticas en virtud de ciertos prejuicios raciales).

Según la acertada opinión de ROBERT POST, con la censura del *hate speech* se puede estar imponiendo un estándar de educación determinado, usualmente vinculado a la cultura del grupo social dominante (POST, 2009, 130-136). POST se refiere al ejemplo histórico del debate acerca de la abolición de la ley sobre la blasfemia en Gran Bretaña y en el que se puede apreciar la infiltración de consideraciones culturales al momento de prohibir este tipo de expresiones. En una parte del debate parlamentario, citado por POST, se dice lo siguiente:

Actualmente tenemos escritores que pueden cometer el delito de blasfemia con impunidad, aunque el delito de blasfemia sea un ataque a la religión cristiana.

47 Como explica BUTLER: “En Estados Unidos la reacción contra las letras de la música *gangsta rap* podría también operar con la intención de alejarnos de un análisis más fundamental sobre la raza, la pobreza y la rabia, y de cómo esas condiciones se registran gráficamente en los géneros populares de la música urbana afroamericana” (BUTLER, 2009, 47).

48 CRENSHAW, K. “Beyond racism and misogyny: Black feminism and 2 Live Crew”, en MATSUDA, M. (ed.). *Words that wound: Critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*, Boulder, Westview Press, 1993; cit. por BUTLER, 2009, 123-124, nota 21.

Hay hombres como Sir ARTHUR KEITH, Mr. H. G. WELLS, Mr. BERTRAND RUSSELL, Mr. ALDOUS HUXLEY y otros que pueden atacar la religión cristiana sin ningún peligro de ser procesados, mientras que los hombres pobres, que expresan el mismo punto de vista más toscamente y sin rodeos, se exponen a ser multados o encarcelados. Ese es un aspecto de la regulación legal completamente insatisfactorio. Después de todo, si se concede el derecho a atacar la religión... se tiene que conceder a la gente que está dispuesta a hacerlo el derecho a elegir el modo de hacerlo. En diferentes circunstancias y ante diferentes audiencias pueden ser necesarias diferentes formas de expresión. (Citado por POST 2009, 131, nota 48; trad. propia).

POST es muy escéptico tanto respecto a la objetividad de la censura legal, debido a la posibilidad latente de que se infiltren criterios de la educación dominante en el juicio, como respecto a las efectivas contribuciones de la censura. El profesor norteamericano señala que el objetivo de lograr la no discriminación de los grupos a los que suele dirigirse el *hate speech* no puede alcanzarse por el camino de la censura, porque el mensaje discriminatorio no puede ser controlado en todos los contextos. Por ejemplo, existen buenos motivos para evitar la interferencia en el campo científico. Es posible imaginar el caso de un reputado intelectual que publica un artículo de investigación acerca de las supuestas relaciones entre raza y criminalidad, o entre islamismo y terrorismo. Seguramente, dice POST, podría afirmarse que ese artículo muestra una tendencia a la discriminación, que incluso puede ser mayor que la cruda expresión usualmente asociada al *hate speech*, y sin embargo no se nos ocurriría prohibirlo. De este modo, la comunicación sobria, racional o que se acomoda a las buenas costumbres es muy probable que no sea suprimida como un *hate speech*, aunque muestre una clara tendencia a provocar la discriminación. Esto demuestra que la determinación de lo que debe ser censurado suele recurrir a consideraciones acerca de lo que es decente, correcto o respetable para la mayoría. “Parece ser, por lo tanto, que este tipo de normas no están principalmente guiadas por la necesidad de eliminar el daño objetivo de la discriminación, sino por la necesidad de suprimir las expresiones que violan las normas sociales de respeto” (POST, 2009, 135; trad. propia).

#### 7. A MODO DE CONCLUSIÓN: HACIA UN ENFOQUE PRAGMÁTICO, ARGUMENTATIVO Y NO DOGMÁTICO DEL *HATE SPEECH*

El caso de la regulación del *hate speech* es un ejemplo de cómo debería adoptarse un enfoque pragmático, argumentativo y no generalista en el Derecho, contrario al de quienes, a partir de una concepción legalista, pretenden ofrecer soluciones definitivas a este tipo de conflictos. Aunque se debe partir por reconocer la importancia central de la libertad de expresión para el individuo

y para la democracia, la perspectiva del reconocimiento nos recuerda también que aspectos como el respeto y el reconocimiento son fundamentales para el libre desarrollo de la personalidad del sujeto, la consolidación de su autonomía, su participación en el debate público y el cambio en las estructuras sociales de dominación o exclusión todavía existentes. De este modo, razones de libertad se cruzan con razones de igualdad y de justicia, pero también con razones estratégicas –vinculadas a la ubicación temporal y espacial de los conflictos concretos– que no se pueden dejar de tomar en cuenta para obtener soluciones no solo justas (o lo más justas posibles), sino también eficientes.

Más que con la aplicación de reglas universales y absolutas, como la que afirma la primacía de la libertad de expresión (o –como ocurre con parte de la doctrina norteamericana– el carácter absoluto de la expresión política) o, al contrario, la censura inmediata del lenguaje racista o sexista, se debe trabajar con la ponderación de los derechos y valores en conflicto. Deben tomarse en cuenta tanto los fundamentos de los derechos que se discuten (como los argumentos democrático-políticos o las nociones de autonomía y libre desarrollo de la personalidad que sustentan la libertad de expresión, pero también el valor de la dignidad, la igualdad y el respeto), así como la experiencia histórica (tanto de la que nos previene razonablemente de las malas consecuencias de la censura estatal, como de la que nos advierte de las consecuencias que provocan actitudes como el racismo, la homofobia y la xenofobia, o incluso la pasiva indiferencia frente a las mismas, como ocurrió con el caso del nazismo), y, finalmente, el contexto y las circunstancias específicas del caso concreto.

Por ejemplo, en un intento por establecer ciertos criterios para la valoración de los casos de insulto racial (*racial vilification*), SADURSKI se ha referido a la consideración de aspectos tales como: la intención maliciosa del agente (dado que también es posible ofender sin intención); el contexto en que se produce la expresión (de manera que, situada en diferentes contextos, la misma referencia racial puede ser un insulto o una expresión de afecto<sup>49</sup>, y también debe atenderse a casos especiales como el de la sátira<sup>50</sup> o el de las teorías científicas, que es mejor refutar que prohibir); el grado de sensibilidad del sujeto ofendido (ya que el Derecho no está llamado a proteger la sensibilidad excesiva o inusual); la distinción entre expresión pública y privada; y, de ser el caso, la veracidad de la misma (SADURSKI, 1999, 189-195)<sup>51</sup>. A todo esto se

49 En Perú, por ejemplo, el término “cholo” suele tener connotaciones despectivas, aunque también puede usarse –especialmente en su diminutivo “cholito” o “cholata”– para denominar cariñosamente a alguien que nos es familiar y que estimamos.

50 Me permito, una vez más, remitir a un trabajo anterior que aborda precisamente este tema: MARCIANI, 2006.

51 Como dice el autor, las verdades, aun cuando pueden resultar dolorosas, no deben considerarse ofensivas ni estar prohibidas. Si, por ejemplo, se afirma que los alemanes iniciaron la Segunda Guerra Mundial, eso no podría considerarse un *hate speech* (SADURSKI, 1999, 189).

agregaría la valoración de la situación de subordinación o exclusión y el daño a la identidad del sujeto al que se dirige la expresión racista (ibíd., 206-216).

Desde una perspectiva pragmática, no solo debe tomarse en cuenta la fuerza de las razones morales, sino también las consecuencias y la eficacia de las medidas legales que se adopten. Por ejemplo, cuando la prohibición supone un mayor peligro de interferencia pública frente a un escaso beneficio en la reparación de los daños producidos o en el logro de los objetivos de justicia a largo plazo (como la modificación de las estructuras sociales de subordinación), entonces es mejor recurrir a otras alternativas. Así pues, en la evaluación de las medidas legales frente al *hate speech* debe concurrir la justificación moral (la deliberación sobre lo justo) con la prudencial.

Finalmente, tomando en cuenta los peligros derivados de la censura legal, esta debería ser una opción residual frente a otras alternativas que resulten menos invasivas por parte del Estado y que, más bien, reconozcan la agencia de los afectados y su capacidad para provocar respuestas y cambios. De este modo, alternativas como la educación, la resignificación o la réplica (*counterspeech*) pueden resultar más adecuadas que la intervención legal<sup>52</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, MANUEL, 2006. “Las caricaturas de MAHOMA y la libertad de expresión”, en *El notario del siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 31, mayo-junio. Consulta: 20 de marzo de 2013. <[http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=389&seccion\\_ver=0](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=389&seccion_ver=0)>

Lo mismo podría decirse en el caso de quienes afirman que la Conquista de América fue una masacre o incluso un genocidio, aunque algunos españoles, como algunos alemanes, puedan sentirse ofendidos con esta afirmación. Pero eso corresponde al plano emocional y probablemente sea producto de la sensación de que con estas afirmaciones se les intenta hacer responsables hoy de hechos ocurridos en el pasado. Una situación que ilustra este tipo de reacciones es la que se presentó a raíz de la denuncia del Arzobispado de Toledo a un líder sindicalista que realizó una conferencia referida a los crímenes cometidos por la Iglesia –titulada “Fundamentos, actitudes y comportamientos de una organización criminal: la Iglesia católica”– y que en opinión de sus representantes constituye un delito de provocación para la discriminación y otro de escarnio de los sentimientos religiosos. (Información extraída del portal de noticias del diario *ABC*. Consulta: 3 de diciembre de 2009, <<http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=184643>>). La situación se torna más complicada cuando nos referimos a sucesos más actuales, cuya narración ya no solo provoca problemas de sensibilidad en los sujetos implicados, sino también cuestionamientos referidos a su objetividad. Así, por ejemplo, cuando se dice que los bombardeos de Israel ocurridos en la franja de Gaza en 2008 pueden considerarse una masacre injustificada contra el pueblo palestino (pero que, probablemente, para algunos judíos constituye un supuesto de legítima defensa).

52 Un ejemplo de contraexpresión o réplica (*counterspeech*) en el mercado de las ideas son las canciones de las cantantes de *rap* conocidas como *Queen Latifah* y *M.C. Lady “D”*, quienes han creado canciones con letras que afirman el respeto a la mujer y se manifiestan contra el sexismo. Al respecto ver BLEIFER, 1996, 199, nota 238.



- ATIENZA, MANUEL, 1993. *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, Ariel.
- BERLIN, ISAIAH, 1958. “Dos conceptos de libertad”, en BERLIN, ISAIAH. *Sobre la libertad*, trad. de JULIO BAYÓN, ÁNGEL RIVERO, NATALIA RODRÍGUEZ y BELÉN URRUTIA, Madrid, Alianza, 2004.
- BLEIFER, CRAIG, 1996. “Looking at Pornography Through Habermasian Lenses: Affirmative Action for Speech”. *Review of Law & Social Change*, New York University, vol XXII, n.º 1, pp. 153- 201.
- BUTLER, JUDITH, 2009. *Lenguaje, poder e identidad*, trad. de JAVIER SÁEZ y BEATRIZ PRECIADO, Madrid, Síntesis.
- CODERCH, PABLO, 1993. *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CRUZ, MANUEL, 1998. “La tolerancia o las mil caras de la democracia”, en CRUZ, Manuel (comp.). *Tolerancia o barbarie*, Barcelona, Gedisa, pp. 77-96.
- DEL ÁGUILA, RAFAEL, 2002. “Tolerancia y multiculturalismo”, en *Claves de Razón Práctica*, n.º 125, septiembre, pp. 10-19.
- DWORKIN, RONALD, 2009. “Foreword”, en HARE, IVAN y WEINSTEIN, JAMES (comps.). *Extreme speech and democracy*, Oxford, Oxford University Press, pp. v-ix.
- DWORKIN, RONALD, 2008. *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. de ERNEST WEIKERT GARCÍA, Barcelona, Paidós.
- DWORKIN, RONALD, 2006. “Ronald DWORKIN on the right to ridicule”, en *New York Review of Books*, 23 de marzo. Consulta: 20 de marzo de 2013. <<http://www.cs.utexas.edu/~vl/notes/DWORKIN.html>>
- DWORKIN, RONALD, 1996. *Freedom’s law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- FISS, OWEN, 1999. *La ironía de la libertad de expresión*, trad. de VÍCTOR FERRERES y JORGE MALEM, Barcelona, Gedisa.
- FISS, OWEN, 1996. *Liberalism divided. Freedom of speech and the many uses of state power*, Oxford, Westview Press.
- GALEOTTI, ANNA ELISABETTA, 2002. *Toleration as recognition*, Cambridge, Cambridge University Press.
- LAWRENCE, FREDERICK, 2000. “Violence-conductive speech: Punishable verbal assault or protected political speech”, en KRETZMER, DAVID y KERSHMAN, FRANCINE (comps.). *Freedom of speech and incitement against democracy*, The Hague, Kluwer and International.
- LIVELY, DONALD, DOROTHY ROBERTS y RUSSELL WEAVER (eds.), 1994. *First Amendment Anthology*, s.l., Anderson.
- MARCIANI, BETZABÉ, 2005. “La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: Un análisis crítico de sus fundamentos”, en *Pensamiento Constitucional. Revista de*

*la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, año 11, n.º 11.

- MARCIANI, BETZABÉ, 2004. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Lima, Palestra.
- MEYSSAN, THIERRY, 2007. “La historia oculta de las ‘caricaturas de MAHOMA’”, en *Voltairenet.org. Red de Prensa No Alineados*. Consulta: 21 de marzo de 2013. <<http://www.voltairenet.org/article145558.html>>
- MATSUDA, MARI, 1989. “Public response to racist speech: Considering the victims story”, en *Michigan Law Review*, n.º 87, agosto, pp. 2320-2381.
- NUSSBAUM, MARTHA, 2006. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, trad. de GABRIEL ZADUNAISKY, Buenos Aires, Katz.
- POGGE, THOMAS, 2008. “Sobre las caricaturas de MAHOMA” (entrevista), en GEORGE, ALEXANDER (ed.). *¿Qué diría Sócrates hoy? Una antología de respuestas de filósofos contemporáneos a preguntas planteadas por sus lectores*, Madrid, Temas de Hoy. Consulta: 21 de marzo de 2013. <<http://www.alcoberro.info/planes/pogge3.html>>
- POST, ROBERT, 2009. “Hate speech”, en HARE, IVAN y WEINSTEIN, JAMES (comps.). *Extreme speech and democracy*, Oxford, Oxford University Press, pp. 123-138.
- SADURSKI, WOJCIECH, 1999. *Freedom of speech and its limits*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, 1992. *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons.
- SANDEL, MICHAEL, 2008. “Liberalismo y comunitarismo”, trad. de ALBINO SANTOS MOSQUERA, en *Claves de Razón Práctica*, n.º 185, septiembre, pp. 4-10.
- SAVATER, FERNANDO, 1990. “La tolerancia, institución pública y virtud privada”, en *Claves de Razón Práctica*, n.º 5, septiembre, pp. 30-32.
- SMOLLA, RODNEY, 1993. *Free speech in an open society*, New York, Vintage Books.
- SUNSTEIN, CASS, 1993. “Words, conduct, caste”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 60, n.º 3 y 4, pp. 795-844.
- TODOROV, TZVETAN, 2008. *El miedo a los bárbaros. Más allá del choque de civilizaciones*, trad. de NOEMÍ SOBREGUÉS, Barcelona, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores.
- ŽIŽEK, SLOVOJ, 2006. “The antinomies of tolerant reason: a blood-dimmed tide is loosed”. Consulta: 21 de marzo de 2013. <<http://www.lacan.com/zizantinomies.htm>>