

Discurso discriminatorio y derechos políticos: algunas reflexiones a propósito de la obra de John Stuart Mill

Ricardo Cueva Fernández

Universidad Carlos III de Madrid

rcueva@der-pu.uc3m.es

Discriminatory Speech and Political Rights: Some Reflections on The Works of John Stuart Mill

RESUMEN: Los límites a la libertad de expresión quedan puestos a prueba en nuestras democracias cuando tenemos que hacer frente al discurso discriminatorio. Un pensador que precisamente ya se enfrentó al problema de dichas limitaciones fue John Stuart Mill, quien formuló lo que se ha llamado "principio del daño" en su *On Liberty* (1859), y según el cual lo único que podía autorizar individual o colectivamente a turbar la libertad de acción de alguien era la propia protección. Basándose en este fundamento otros autores han intentado después reconstruir la categoría de "ofensa", con el fin de restringir conductas que caerían fuera de la órbita del "daño". Sin embargo, *On Liberty* es una obra de raro vigor en su defensa de las libertades, incluso para quienes desean sofisticar sus premisas introduciendo elementos que justifiquen ciertas restricciones a la libertad de expresión. La debilidad del pensamiento milliano, por tanto, al menos una que nos sirva para extraer lecciones en nuestras democracias, sólo puede aparecer cuando advertimos sus fallas a la luz de una lectura conjunta tanto de *On Liberty* como de *Considerations On Representative Government* (1861), indicativas de una injustificada escisión entre la libertad de expresión y los derechos de participación política, y que excluiría a ciertos sujetos de la ciudadanía.

ABSTRACT: The limits on freedom of expression are tested in our democracy when we have to deal with hate speech. A thinker who faced the problem of those limitations was John Stuart Mill, who formulated what has been called "harm principle" in his *On Liberty* (1859), and according to which the only good reason to interfere with an individual's liberty is to prevent harm to others. On these grounds, several authors have tried to reconstruct the category of "offense", in order to forbid varieties of conduct even though they do not cause harm to others. However *On Liberty* is a remarkable work in defense of liberty, even for those who want to refine their premises introducing elements that justify restrictions on freedom of expression. Certainly the weakness of Mill's thought, at least one that help us to draw lessons for our democracies, appears only when we notice its flaws in light of a joint reading of *On Liberty* and *Considerations On Representative Government* (1861). This task points out an unjustified split between free speech and political participation rights, and one that would exclude certain individuals from citizenship indeed.

PALABRAS-CLAVE: discurso del odio, principio del daño, John Stuart Mill, ofensa, democracia, derechos de participación política

KEYWORDS: hate speech, harm principle, John Stuart Mill, offense, democracy, rights of political participation

En los últimos tiempos se ha vivido una especial preocupación en Europa guiada por fenómenos relacionados con lo que habitualmente se ha denominado como "discurso del odio". Para definir su significado de forma inmediata y así partir de un concepto claro, creo que lo mejor es referirse a los principales autores sobre la materia y extraer de ellos una definición útil. Al respecto, y considerando asimismo los textos legales que recogen comportamientos de este tipo¹, pienso que una acepción aceptable sería la que considerara el discurso del odio como: a) el que promueve odio, violencia o discriminación contra ciertos grupos, b) el que los calumnia o injuria, y c) el que injuria a alguien por razón de su pertenencia a tales grupos².

En relación con este discurso, la doctrina penal española se ha mostrado renuente a castigarlo en general (STS 259/2011, de 12 de abril, Sala Penal, caso *Kalki*), frente a la tendencia que en cambio diversos constitucionalistas y el TEDH han sostenido a favor de su punición (caso *Garaudy contra Francia*, Sentencia de 24 de junio del 2003, *Sted Ibrahim Aksoy*, 10 de octubre del 2000,



Partido de la Prosperidad contra Turquía, 30 de julio del 2001). En tal dirección se encaminan propuestas como las de considerar sólo supuestos de carácter extremo (Landa, 2000) o establecer agravantes para delitos o infracciones básicas (Jericó, 2006), de manera que hubiera una pena mayor cuando se cometieran por motivos discriminatorios. De este modo, puede afirmarse que existe una auténtica discusión, sin duda de calado e interés, en la que los penalistas se ven pertrechados por una tradición liberal que rechaza adelantar el concepto de autor y de otra parte afamados constitucionalistas optan en cambio por acudir a la dimensión más abstracta de su dogmática, acudiendo a la dignidad o la igualdad (Navas, 2011, 157), y saliendo también ilesos en un debate hasta ahora sin vencedor claro.

Y sin embargo, ninguno de ellos, ni estos últimos ni tampoco los anteriores, dejan de valorar que los límites a la libertad de expresión deberían existir, desde el momento en que reconocen como legítimas las prohibiciones tanto de ciertos tipos de publicidad engañosa, como de las amenazas, la calumnia y la injuria en general. Haciéndose eco, así, de los argumentos de constitucionalistas, penalistas y criminólogos, los filósofos morales y políticos también han intentado aportar algo de luz en la discusión sobre la prohibición del *hate speech*³, contando además con una prolija literatura complementaria sobre casos específicos y jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales acerca del asunto⁴.

Precisamente dentro del campo filosófico, uno de los argumentos más a menudo utilizados para abordar el “discurso del odio” es el principio del daño de John Stuart Mill, que le servía para sostener una libertad de expresión muy amplia en su *On Liberty* (1859). El autor británico aparecería además en esta obra como un radical defensor del pluralismo, atrayendo así a diversos autores contemporáneos que han reinterpretado aquel principio de modo que pudiera utilizarse en el debate sobre los límites a la libertad de expresión (Schwartz, 1963; Feinberg, 1985; Simester y Von Hirsch, 2002; Sumner, 2004). Pero, ¿es real su presunta actitud tolerante? Y sobre todo, ¿qué lugar ocupa la igualdad en su concepción sobre la libertad de expresión? A través del presente trabajo intentaré demostrar:

1. que, vista de forma aislada, la defensa de la libertad de expresión milliana en *On Liberty* es más vigorosa que la de aquellos seguidores de su principio del daño que han intentado reconstruir la categoría de “ofensa”, dada la precaución más férrea que mantiene Mill frente a posibles opiniones *dominantes* en la sociedad.

2. que, sin embargo, cuando Mill se refiere a la libertad de expresión, en realidad busca atribuírsela con todas sus consecuencias sólo a un grupo *selecto* de la población, ya que precisamente la opinión dominante más peligrosa por despótica y contraria al bienestar general resulta ser para él la *numéricamente mayoritaria*, según se desprende de la lectura de *Considerations on Representative Government* (1861).
3. que la operación milleana de centrar la libertad de expresión en el principio del daño le permite así obviar la exclusión política de ciertos sujetos, configurando un límite típico que padecen los enfoques sobre el *hate speech* en nuestras democracias, reacios a reconocer determinadas condiciones de desigualdad subsistentes por su aguda transversalidad.

J. S. Mill y el principio del daño.

Mill afirmó en su *On Liberty* que su objeto allí era

proclamar un principio muy simple destinado a regir completamente el trato de la sociedad al individuo en lo relativo a la compulsión y el control, ya sean los medios a emplear el uso de la fuerza física en la forma de condenas legales o el de coerción moral de la opinión pública. Ese principio es el de que el único fin que puede autorizar a la humanidad individual o colectivamente a turbar la libertad de acción de persona alguna es la propia protección. La única razón legítima que puede tener una comunidad civilizada para proceder contra la voluntad de uno de sus miembros es la de impedir que perjudique a los demás (CW XVIII, 223)⁵.

Un poco más adelante, Mill reitera idéntica idea:

hay una esfera de acción en la que la sociedad, distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto; se trata de aquella parcela de la conducta y de la vida de una persona que sólo le afecta a ella misma, o que si también afecta a los demás lo hace únicamente con su consentimiento y participación libre, voluntaria y perfectamente reflexiva (ibid., 225)

La conducta individual, en todo caso, no puede "perjudicar los intereses ajenos; o más bien, algunos de estos intereses que, ya sea por una disposición legal expresa, ya por un entendimiento tácito, deben ser considerados como derechos" (*ibid.*,

276). Refiriéndose a quienes salen perdiendo en la libre concurrencia de servicios profesionales o en las oposiciones, Mill aclara que “la sociedad no reconoce a los competidores contrariados ningún derecho legal o moral a eximirse de esta especie de sufrimientos”, no viéndose obligada a intervenir salvo que se utilice “el fraude o la traición y la violencia”, medios que en cualquier caso “el interés general” sí que rechazaría (*ibid.*, 293).

Mencionando la libertad de expresión más específicamente, un poco después, Stuart Mill sostendría que

Al hablar de lo relativo exclusivamente a la persona, me refiero a ella inmediatamente y en primer lugar (...) Comprende, desde luego, el dominio del fuero interno, abarcando la libertad de conciencia en su sentido mas amplio, la libertad de pensar y sentir, la libertad absoluta de opiniones y sentimientos sobre toda materia práctica, especulativa, científica, moral o teológica. La libertad de expresar y publicar opiniones puede parecer sometida a un principio diferente, dado que pertenece a aquella parte de la conducta de un individuo que afecta a los demás; pero como conserva casi tanta importancia como la misma libertad de pensar, y descansa en en su mayor parte en idénticas razones, estas dos libertades son inseparables en la práctica” (*ibid.*, 225 y 226)

¿Por qué mantiene Mill tal postura? Porque

El hombre que escoge su manera de vivir se sirve de todas sus facultades. Debe emplear: la observación para ver, el razonamiento y el juicio para prever, la actividad para reunir los materiales necesarios para la decisión, el discernimiento para resolver, y cuando ha decidido, la firmeza y el autocontrol para mantener su decisión deliberada (*ibid.*, 262 y 263)

Es decir, que Mill percibe al ser humano como criatura que dispone de “facultades intelectivas y activas” (CW XIX⁶, 400, y también 404), ligando a su vez esa existencia como tales seres a la condición de agentes responsables (CW XVIII, 225). Los humanos buscan la justificación de sus creencias⁷, lo cual implica comparación y reflexión sobre diversas alternativas, de modo que las libertades de pensamiento y discusión son esenciales para justificar tales opiniones y también las correspondientes conductas, y más aún si consideramos la falibilidad humana (*ibid.*, 229). Al fin y al cabo, Mill considera “la utilidad como la última fundamentación para responder a todas las preguntas éticas”, si bien entendida en “el sentido más amplio, basada en los *intereses permanentes del hombre como ser progresivo*” (*ibid.*, 224)⁸. El ser

humano es capaz de aprender de su experiencia, motivo por el cual hay que dar vía libre asimismo a la experimentación de distintos modos de vida (*ibid.*, 260 y 261). La postura de Mill es utilitarista, de manera que el argumento que sostiene el principio del daño va dirigido a procurar el máximo beneficio social, ese "bienestar general" al que le gustaba referirse, y que en el caso de la libertad de expresión quedaría sostenido por cuatro motivos:

- Primero. Porque una opinión reducida al silencio puede muy bien ser verdadera. Negar tal extremo es afirmar nuestra propia infalibilidad.
- Segundo. Porque, aun cuando la opinión silenciada fuese un error, puede contener, cosa que sucede muy a menudo, una porción de verdad, ya que la opinión general o dominante sobre un asunto, cualquiera que sea, en muy raras ocasiones o nunca resulta ser toda la verdad, y no hay medio de conocerla por entero mas que por colisión de opiniones contrarias.
- Tercero. Porque, aun en el caso en que la opinión admitida contuviese la verdad toda, se profesaría ésta como una especie de prejuicio, sin comprender ni sentir su principios racionales, si no pudiera discutirse enérgica y lealmente.
- Cuarto. Porque el sentido mismo de la doctrina estará en peligro de perderse o debilitarse, o bien de dejar de producir su efecto vital sobre el carácter y la conducta, por convertirse entonces el dogma en pura fórmula (*ibid.*, 258)

Todo esto se relaciona además de forma directa con el hecho de que el hombre "es capaz de rectificar sus equivocaciones por la discusión y la experiencia", siendo necesario el debate para mostrar la manera en que debe interpretarse aquello que se ha vivido (*ibid.*, 231).

Los razonamientos derivados del principio del daño, pues, resultan ser deontológicos (Sumner, 2004, 21), ya que Mill defiende una política de respetar un derecho absoluto a la libertad en la esfera personal, pero sus fundamentos son consecuencialistas en última instancia (Álvarez, 2009, 331). El autor de *On Liberty* no niega que el individuo pueda equivocarse en el camino que escoja y desviarse así de la adquisición de "virtudes" y de sus "más nobles facultades", pero ocurre que "la intervención de la sociedad para dirigir el juicio y los deseos de un hombre en lo que a nadie más que a él interesa se funda siempre en *presunciones generales*", que en realidad "pueden ser completamente falsas, y aun siendo justas *probablemente* serían mal aplicadas

en cada caso por las personas que no conocen más que la superficie de los hechos" (CW XVIII, 277). Ahora bien, aunque Mill pensara que la política *general* de prohibir totalmente la interferencia en los derechos de la esfera personal sería óptima, de forma que las libertades de conciencia y expresión debían estar garantizadas "de una manera absoluta y sin reservas" (*ibid.*, 226), eso es distinto de sostener que seguir aquélla resultaría óptimo en toda oportunidad *particular*. Pues aunque Mill creyó que *generalmente* cada uno era el mejor juez de sus propios intereses (*idem*, y CW XIX, 404), también pensó que era plausible lo contrario en casos concretos. En realidad, lo que ocurría es que "una tentativa de intervención" desmesurada podía producir "mayores males que los que se trata de evitar" (CW XVIII, 225), pero que eran posibles supuestos en que la interferencia podría conseguir un mejor resultado a largo plazo. Justamente en el pasaje en el que se refiere al principio del daño, tal y como lo he enunciado antes, Mill asegura que:

casi no hay necesidad de decir que esta doctrina sólo puede aplicarse a los seres humanos en la madurez de sus facultades. No hablamos de los niños ni de los jóvenes (...) Quienes están aún en edad de reclamar el cuidado de otros deben ser protegidos contra sus propias acciones, así como contra todo daño exterior. (...) Así, todo soberano de espíritu progresivo está autorizado para disponer de cuantos medios se le alcancen para conseguir un objeto que de otro modo le hubiese sido imposible conseguir. (...) La libertad, como principio, no puede aplicarse a un estado de cosas anterior al momento en que la especie humana se hace capaz de mejorar mediante una libre y pacífica discusión (*ibid.*, 224)

De otra parte, Mill señala también en *On Liberty* que las ideas pueden perder su "inmunidad cuando se las expresa en circunstancias tales que su solo enunciado es una instigación decisiva para cualquier acto perjudicial", poniendo como ejemplo "la idea de que los comerciantes de trigo hacen morir de hambres a los pobres, o que la propiedad es un robo". Tal ocurrencia, aunque no pudiera ser prohibida cuando se limitara "a circular en la prensa", sin embargo sí debería ser "castigada en justicia si se expresa verbalmente, en medio de una muchedumbre furibunda reunida ante las puertas de un comerciante de trigo, o si se propaga entre idénticas personas en forma de pasquín" (*ibid.*, 260).

Toda esta postura parece contemplar excepciones a la libertad de expresión, ya que Mill dejaba en el aire algunos interrogantes sobre la posibilidad de intervenir con el fin de evitar los efectos o consecuencias negativas de ciertas expresiones. Su

posición, así, parece que permitiría que nos enfrentáramos al *hate speech* mediante la elaboración de categorías extraídas de su razonamiento sobre el daño y que pudieran acomodarse a circunstancias diversas. No parece lo mismo, de hecho, una manifestación nazi en un barrio de numerosa población judía, los insultos racistas de un pasajero enfadado en un vagón de metro en hora punta, un disturbio callejero, o una campaña electoral xenófoba. Examinemos, por tanto, qué soluciones han dado algunos estudiosos al fenómeno del *hate speech* y otros similares, entendiendo que al fin y al cabo Mill consideraba los derechos como destinados a proteger ciertos "intereses" relevantes, y que a esto es a lo que se referiría finalmente su principio del daño (Wolff, 1998, 3).

La búsqueda de otras categorías distintas del "daño"

L. Schwartz vino a indicar en un artículo de 1963 (*Moral offenses and the Model Penal Code*) que a menudo existían normas penales que no parecían proteger aquellos "intereses" de manera directa, citando entre otros supuestos, la prohibición de la poligamia o determinadas prácticas sexuales consensuadas, así como las injurias a la bandera o el ultraje de cadáveres (*ibid.*, 670). Se trataría de comportamientos "ofensivos". Una primera base para tal prohibición sería el de que implicaría a su vez otras conductas ya claramente perjudiciales para aquellos intereses; así, por ejemplo, en el caso de la distribución de material "obsceno", podrían extender las violaciones o agresiones sexuales a las mujeres, etc (*idem*). Pero Schwartz entiende que no existe relación causa-efecto en tales supuestos, así que opta por dirigirse al fundamento de que a veces podía hablarse de un tipo de *daño* de *carácter psíquico* producido por ciertos comportamientos dirigidos a determinada audiencia que no hubiera decidido voluntariamente acceder a ellos (*ibid.*, 671-75). Pero, y como Von Hirsch justamente señalaría años más tarde (en su artículo *The Offence Principle in Criminal Law*), existe una diferencia fundamental entre los dos conceptos abordados. Así, mientras que el *daño* en sentido estricto implicaría la posposición (*setting back*) de los intereses de una persona, el ataque a una serie de recursos de los que dispusiera y sobre los que tendría una pretensión normativa, en cambio el *perjuicio psicológico* exigiría para ser considerado "daño" el originar consecuencias de carácter grave que precisamente quebraran los recursos psíquicos del individuo, tal y como ocurriría con supuestos de trauma o similares (Von Hirsch, 2000, 79 y 80). En

consecuencia, daño y perjuicio contra la "integridad psicológica" (Schwartz, 1963, 671) parecerían discurrir por distinto cauce, aunque *momentáneamente* pudieran coincidir. Una persona puede disgustarse con un imprevisto desnudo público en el autobús, pero eso no tiene por qué equivaler a un perjuicio psicológico contundente, sino que podría ser simplemente una "conducta ofensiva" (Von Hirsch, 2000, 80).

Todo esto, desde luego, deja además sin concretar quién o quiénes son los que tienen que decidir si existe tales tipos de comportamientos, qué categorías podrían establecerse para castigar su producción. O mejor dicho, y dadas las premisas de nuestras sociedades democráticas, no acaba de justificar por qué el legislador debería entrometerse en este campo de acuerdo si respetamos el "principio del daño", puesto que la valoración parece que debiera referirse a la evaluación subjetiva de la supuesta víctima, a la percepción de personas específicas, y no serviría entonces para obtener una clasificación *general* que permitiera también una sanción *pública* del mismo tipo en cada nivel de la escala ofensiva.

El norteamericano Joel Feinberg intentó dar respuesta a estos últimos interrogantes introduciendo varios matices en sus títulos *Harm to Others* (1984) y *Offense to Others* (1985). Para este autor el argumento sobre la tolerancia, que como también sabemos podría ampararse en el principio del daño de Mill, decaería frente a la perspectiva de que hay actuaciones o conductas insoportables porque causan perjuicios inasumibles por la víctima. ¿Dónde establecía el límite Feinberg? Según esta óptica, y de acuerdo nuevamente con el autor de *On Liberty*, el académico distinguía ya de manera más atrevida que Schwartz entre la ofensa y el daño, que serían cualitativamente distintos⁹. Para ello parece basarse en algo que el propio Mill ya parecía haber indicado al afirmar que la mera inconveniencia u ofensa no era equivalente a un daño:

Hay muchos actos que, no siendo nocivos más que para sus autores, deberían prohibirse legalmente tan sólo cuando fueren cometidos en público, porque entonces constituyen una violación de las convenciones sociales [good manners]; y pasando así a la categoría de ataques contra los demás ser justificadamente prohibidos. Tales son los ultrajes a la decencia..." (CW XVIII, 295 y 296)

Considerando tales aseveraciones de Mill, Feinberg formula así su "principio de la ofensa": "hay siempre una buena razón para apoyar una prohibición penal que redunde eficaz al objeto de impedir una ofensa seria (como distinta al perjuicio

o al daño) a distintas personas que el actor, y que sea probablemente un medio necesario para tal fin" (Feinberg, 1985, 1). Se parecería al daño en el sentido de que también es *injustificada* ("wronfully offending").

Para el profesor de Arizona las razones de que una determinada audiencia se viera afrentada no eran relevantes, sino que lo importante para fundamentar la prohibición de comportamientos resulta ser la *magnitud* de la ofensa, compuesta a su vez de los siguientes elementos: 1) la "intrusividad" de la conducta, en qué medida era percibida por la víctima como invasiva y con qué grado de intensidad, lo cual podía fundamentarse a su vez en el grado en que pudiera rehuirla, 2) la importancia del comportamiento en el modo de vida del actor, de manera que a mayor relevancia aquí menos justificación habría para prohibir la conducta, y 3) la extensión social de su impacto (cuanto más utilidad tuviera la conducta para la sociedad, menos debería restringirse). A continuación, Feinberg estimaba que para evaluar la seriedad de la ofensa era necesario considerar "el *standard* de evitabilidad razonable", la máxima *volenti non fit injuria* (si la víctima se había puesto ella misma en situación con una acción voluntaria), y el "descuento de susceptibilidades anormales" (*ibid.*, 35).

Una vez determinada la magnitud de la ofensa con los parámetros indicados, asimismo, y de nuevo según Feinberg, el legislador debería proceder a contrapesarla con otros elementos, a saber (*ibid.*, 44): a) la importancia personal para el actor de su propia conducta supuestamente ofensiva, b) el valor social de su comportamiento, c) la consideración de que el mensaje transmitido no puede recortarse si ello vulnera la libertad de expresión en sustancia, aunque sí restringirse la manera en que se formule, d) las alternativas del actor, e) la posible malicia y desprecio que éste manifieste y f) las características del lugar en el que desarrolle su conducta. Con todo ello, y en consecuencia, el legislador podría elaborar una suerte de catálogo de "molestias ofensivas" ("*offensive nuisances*").

De otra parte, Feinberg habla de la existencia también de unas "ofensas profundas", que serían probables fuentes de daño por la obsesión con la que pudieran ser percibidas; en ellas ciertas personas serían ofendidas aunque no percibieran la conducta directamente, puesto que no serían agredidas sólo sus sentidos o sensibilidades de nivel "más bajo" y ello motivaría que no pudieran esquivar la acción sólo con "mirar a otro lado". Además, como rasgos añadidos, estas ofensas atacarían los *standards* de adecuación propios del tipo de sensibilidad personal

más sofisticada, serían percibidas por la víctima como injustas, en la mayoría de los supuestos como enteramente públicas o impersonales, y, sólo en pocos casos, parcialmente individualizadas. Para Feinberg, además, con el voyeur o el insulto racial estarían emergiendo los dos tipos de ofensa citados, ya que se causaría afrenta y la víctima sería asimismo ultrajada o amenazada (*ibid.*, 58 y 59), atacándose a la dignidad humana, a la solidaridad y a los seres más próximos.

Sin embargo, y pese a separarse así del agregativismo extremo, Feinberg no logra evitar el problema de que una de las variantes que interviene en el test sea considerar la sensibilidad del sujeto supuestamente afectado, sin más argumentos, considerando sobre todo la intensidad con que las personas creyeran verse atacadas y su número, así como unos "standards" y "anormalidades" de difícil caracterización. El autor cree que hacer otra cosa supondría atribuir al legislador la inmensa potestad de determinar qué es una ofensa basada en la razonabilidad (*ibid.*, 35) y prefiere trasladar a la opinión común más generalizada, basada en la costumbre o los *mores*, la referencia para trazar una línea fronteriza. Stuart Mill ya había señalado en *On Liberty* que "pueden los actos de un individuo ser perjudiciales a otro o no tener en consideración lo bastante su bienestar, sin llegar a violar ninguno de sus derechos reconocidos", de modo que "el ofensor, entonces", pueda "ser castigado por la opinión, aunque no por la ley" (CW XVIII, 276).

Pero la diferencia aquí es que Mill no se atrevió a darle a la opinión pública un papel relevante para decidir la legislación en estos supuestos, cosa que sí hacen sus presuntos "seguidores" de la escuela de la "ofensa", como ocurre con Feinberg¹⁰. Estaba preocupado por las minorías y la posibilidad de que fueran arrinconadas por las mayorías, y por ello prefería pecar de precavido en cuanto a la intromisión de las autoridades y extremadamente crítico con la ventaja que pudiera mantener una opinión de carácter hegemónico (CW XIX, 223 y 258, cit. *supra*, y 253¹¹, 268¹², 269¹³, 270, 275), lo cual le asigna un raro vigor entre los pensadores clásicos:

En cuanto a lo que se entiende comúnmente por disusión sin límites alguno, a saber: las invectivas, los sarcasmos, los ataques personales, etc., la denuncia de estos procedimientos sería mejor acogida si se propusiese prohibirlos para siempre y por igual a ambas partes. Sin embargo, la restricción no se desea nunca más que en provecho de la opinión dominante. Quien emplee estos medios de mala ley contra los demás opiniones puede estar seguro, no sólo de no ser censurado, sino de merecer elogios por su honrado celo y justa indignación. Y lo peor es que el mal que pueden

causar estos procedimientos no es nunca tan grande como cuando se los emplea en contra de opiniones relativamente indefensas (CW XVIII, 258 y 259)

La preocupación de Mill por la libertad de expresión, no hay duda de ello, es política, porque el pensador inglés consideraba temas candentes de su época en la esfera pública, como lo era el de la religión¹⁴. De hecho, llega a señalar que la libertad de pensar, hablar y escribir forman parte de la "moralidad política" en los países que profesan la "tolerancia religiosa" (*ibid.*, 227)¹⁵. Todo esto y ejemplos como el de los "competidores" en la venta u oferta de servicios aluden a que bajo la premisa del libre intercambio de ideas lo que hay es una defensa del debate *público*: "la libertad completa de contradecir y desaprobando nuestra opinión es la condición necesaria para que podamos afirmar su certeza en la práctica de la vida; el hombre no puede por ningún otro procedimiento tener la seguridad racional de que posee la verdad" (*ibid.*, 231). Esta premisa es justamente una muy sólida base en la que puede ampararse y que le permite aún hoy situarse incluso como más audaz que sus deudos filosóficos más avezados, emparentándole de manera más precisa con otra corriente bien representada por Dworkin (1986) o Meiklejohn (1948), opuestos a las restricciones del *hate speech*. Para el primero¹⁶, las limitaciones a la libertad de expresión impedirían tratar a los ciudadanos como libres e iguales, al imponerles determinados criterios y privar de su capacidad de decisión tanto al emisor como al receptor del mensaje¹⁷: "las personas tiene el derecho a no sufrir desventaja en la distribución de los bienes y oportunidades sociales [...] sólo sobre la base de que sus funcionarios o conciudadanos piensen que sus *opiniones* sobre la manera correcta de conducir sus vidas resultan innobles o erróneas"¹⁸. Las prohibiciones al respecto permitirían al Estado delimitar el contenido del discurso que puede autorizarse, atribuyéndole un excesivo poder que violaría su necesaria neutralidad moral acerca de las distintas opiniones existentes en la sociedad¹⁹ y pondría en peligro la libertad de los ciudadanos²⁰. Para Meiklejohn, asimismo, la democracia estaba íntimamente unida a la libertad de expresión; de hecho su obra de 1948 se llamó *Free Speech and its Relationship with Self-government*. En ella afirmaba que las restricciones a aquel derecho impedirían el normal desenvolvimiento de proceso democrático, que exige conocer todos los puntos de vista concurrentes²¹, socavando así la legitimidad del sistema político, que exige que todos sean escuchados por igual²².

Pero, y justo en torno a este asunto, cabe preguntarse sobre algunos extremos que Mill no aclara en *On Liberty* y que guardan relación con el problema de identificar

“minorías” y “mayorías” en esas discusiones a las que se refiere. El autor de *De la Libertad* no llega a adelantar nada más claro sobre la libertad de expresión en relación con grupos de ciertas características, algo que nos choca en el autor de un trabajo como la *Esclavitud Femenina* (1869) ¿Cómo se sitúan los distintos colectivos de una sociedad en aquel tipo de debate?

La restricción oculta: el ámbito de la libertad de expresión

Ha podido comprobarse que Stuart Mill guarda una gran desconfianza hacia la opinión pública de la mayoría, una actitud que mantiene en su *Gobierno Representativo*. En esta obra se refiere a la posibilidad de que una “clase” quiera defender en la arena política sus propios intereses, sin atender al “bien del conjunto”²³:

Si consideramos como una clase, políticamente hablando, un número cualquiera de personas que tienen el mismo oscuro interés, es decir, cuyo interés directo y aparente engendra la misma especie de medidas perjudiciales, el desiderátum será que ninguna clase ni asociación de ellas sea capaz de ejercer influencia preponderante en el Gobierno (CW XIX, 446).

El temor de Mill puede relacionarse así con lo que afirma un poco más atrás: “en todos los países hay una mayoría de pobres y una minoría, que por oposición, puede ser llamada de ricos” (*ibid.*, 442), o lo que es lo mismo, “dos grandes secciones, que corresponden, salvo algunos matices, a dos categorías, opuestas, de intereses aparentes” (*ibid.*, 446 y 447):

Llamémoslas (para emplear términos breves y generales), a la una, sección de trabajadores, y a la otra, sección de proveedores de trabajo; incluyendo en la segunda no solo a los capitalistas retirados y a los que han heredados su fortuna, sino a esos productores generosamente remunerados (las profesiones liberales) cuya educación y manera de vivir les asimilan a los ricos, y cuya perspectiva y ambición es elevarse hasta esta clase; y colocando a la vez entre los trabajadores a esos pequeños capitalistas, cuyos intereses, hábitos y educación les han dado los deseos, gustos y fines de las clases obreras, condición en que se encuentra considerable número de pequeños comerciantes” (ibid., 447)

Dentro de esta reflexión, “si fuera posible crear y sostener un sistema representativo teóricamente perfecto en una sociedad compuesta en esa forma su organización

debería ser tal que las dos clases mencionadas se mantuviesen *en equilibrio*, teniendo cada una a su disposición igual número de votos en el Parlamento" (*idem*). Puesto que "una democracia con derechos iguales y universalmente reconocidos en una nación cuya mayoría numérica se componga de una sola y misma clase va siempre acompañada de *indudables males*" (*ibid.*, 448), tal y como ocurriría en Inglaterra, puesto que "se compondría de trabajadores manuales y continuaría existiendo en alto grado el doble peligro de un *nivel inferior de inteligencia política* y el de una *legislación de clase*" (*ibid.*, 472).

El asunto del comerciante de trigo y la alusión a la propiedad como robo (vid. *supra*, 8) debería habernos puesto sobre aviso, pero las anteriores aseveraciones vienen a señalar cuál es el peligro que tanto teme Stuart Mill: la hegemonía de las clases trabajadoras en Inglaterra, insuficientemente instruidas y con escasa capacidad para respetar en "interés general". Con el fin de frenar su posible "predominio" merced a la extensión del sufragio, Mill defiende el "voto plural", que permitiría obtener un peso mayor en las decisiones a quienes dispusieran de un mayor grado educativo (*ibid.*, 473-77). Es más, Mill exige que la "enseñanza universal" preceda al "sufragio" del mismo tipo, de modo que sería exigible al menos una formación básica referente a "lectura", "escritura", y "aritmética"; añadiendo que "cuando la sociedad no ha cumplido con su deber, haciendo accesible a todos este grado de instrucción, esta circunstancia resulta penosa, pero *soportable*" (*ibid.*, 470). Lo que no acierta Mill a indicarnos es como resulta posible, bajo su esquema, elaborar un programa político que permita precisamente instituir aquel tipo de enseñanza, y más aún considerando que tal tarea no podía ser un cometido directo del Estado (CW XVIII, 302 y 303). Si nos atenemos a su premisa de que el "equilibrio" de clases es lo óptimo, ¿por qué entonces los más pudientes iban a querer implantar aquel sistema educativo?

Por añadidura, el elitismo de Mill no queda reducido a este aspecto, sino que aparece mucho menos abierto al pluralismo de lo que sugiere *On Liberty* en un primer instante. En su *Gobierno Representativo*, así, el autor afirmará que "en las comunidades modernas", "no hay antipatías de raza, lenguaje o nacionalidad" (*ibid.*, 446 y 447), dedicando sin embargo algo después de este pasaje todo el capítulo XVIII a justificar el gobierno colonial. E incluso en el propio *On Liberty* había aseverado que existían "sociedades atrasadas" con "razas en minoría de edad" (CW XVIII, 224)²⁴. Es más, Mill también llegó a negar la viabilidad de Estados plurinacionales, pues

“las instituciones libres son casi imposibles en un país compuesto de nacionalidades diferentes, en un pueblo donde no hay lazos de unión, sobre todo si ese pueblo lee y habla distintos idiomas” (CW XIX, 547).

El pensador inglés, pues, se muestra cómodo saltando del individuo a la minoría, pero se trata de una minoría abstracta que resulta claro que identifica con la parte más culta o instruida de la sociedad, la que ha sofisticado su “sensibilidad” en un grado mayor, y a la que emparenta con una supuesta victoria en la competición libre del talento. Cuando se trata de suministrar la base efectiva para una transformación real de la sociedad que permita la supresión de esas injusticias que él mismo reconoce, se mantiene dentro de la línea de su agregativismo utilitarista, pero *escorado* a favor de cierto sector social. Precisamente en la obra que alude a su credo filosófico, *Utilitarianism*, afirmaba que:

El derecho igual de todos a la felicidad, en la estimación del moralista y el legislador, implica un título idéntico de acceso a todos los medios conducentes a la felicidad, excepto en la medida en que las inevitables condiciones de la vida humana, así como el interés general, en el que se halla incluido el de todo individuo, ponen limitaciones a tal máxima, la cuales deberían determinarse de modo estricto (CW X²⁵, 257 y 258).

Lo que ocurre, pues, es que en la obra de Stuart Mill permanecen en tensión el agregativismo utilitarista y racional²⁶ y un individualismo romántico (esa “originalidad” o “genio” o “excentricidad” que le gusta ensalzar, CW XVIII, 267-69), pero hay poca cabida en ella para otras concepciones de la autonomía personal más completas, al margen de un vago “nivel educativo” que no aclara por quién sería evaluable fuera de una instrucción básica (*ibid.*, 303). Y, desde luego, ninguna que contemple grupos de adscripción. Digámoslo claro, Mill cree que existen “opiniones racionales” en alguna parte, y por tanto “conducta racional”, y quiere que “prevalezcan” (*ibid.*, 231). Su concepción libertaria, esa que prescribe una determinación estricta de las restricciones, así como el respeto a la “región propia de la libertad humana” (*ibid.*, 225) parece prometer mucho, pero al final concede bastante menos de lo imaginable: en realidad, se basa en el fomento de la deliberación de una *élite* que acepte los principios de su economía política (libre mercado, propiedad privada y acumulación de capital)²⁷, supuestamente dirigida al “bienestar general” o “bien público” (CW XIX, 436 y 404) y que oriente las decisiones políticas, o al menos vete a quienes no pertenecen a aquel grupo selecto por carecer de idénticas “facultades intelectivas”

y no comprender el fenómeno del "progreso" (CW XVIII, 272 y 273, y CW XIX, 417, 419, 439). Este grupo es el que debe dirigir el país, el de las "clases instruidas" (*ibid.*, 459) que conformarían su "manejo de espíritus superiores y directivos" (*ibid.*, 460) y el "daño" se refiere al que puedan sufrir éstas, y en concreto a través de una posible "expoliación arbitraria" (es decir, la expropiación, *ibid.*, 442). Son quienes pueden alcanzar ese "grado de perfección intelectual, moral y estética de que es capaz su naturaleza" (CW XVIII, 270), siendo su propia "riqueza", la "prueba" de su capacidad (CW XIX, 474). De hecho, critica la democracia americana por estar "constituida sobre el erróneo modelo" de colocar "el poder en manos de personas cada vez más inferiores al nivel más alto de instrucción en la comunidad" (*ibid.*, 457, y en el mismo sentido, 468).

Es claro, a la luz de la Historia y las circunstancias de la época, con el alza de un movimiento cartista vigoroso que contaba con su propio entorno cultural, periódicos y mitines (Roberts, 2004, 79), por qué Mill rechazaba los "pasquines" y ponía tanto énfasis en criticar la "opinión pública". El pensador y publicista escribe en una época de ascenso del movimiento obrero, que ahora está conformando su propia ideología al margen de la precedente tutela de la clase media, de los *dissenters* o los burócratas coloniales. Un dato importante al respecto, así, es la oposición del autor de *On Representative Government* a que los representantes parlamentarios contaran con honorarios al margen de sus ocupaciones habituales (CW XIX, 499): no es casual que esta fuera entonces una reivindicación cartista que suponía posibilitar el acceso a tales escaños a gentes que de otro modo no podrían ocuparlos, igual que otra era la ya mencionada del sufragio universal masculino.

Ahora bien, podría afirmarse que las condiciones socio-históricas del discurso milleano no son las mismas de hoy en día, habiendo escapado más o menos de las restricciones a la participación política propias de la Revolución Industrial. Nada más lejos de la realidad, como pronto podrá comprobarse. La falta de completitud de la teoría milleana, su incoherencia principal, se centra en justificar la desigualdad de forma sumamente similar a la que impera ahora en sociedades como la nuestra, escindiendo dos momentos distintos de un mismo procedimiento en la toma de decisiones colectivas.

Discriminación y vulnerabilidad

Si Stuart Mill tomó una postura elitista sobre los criterios para considerar minorías y mayorías, y que afectaba incluso a la forma de permitir su manifestación pública y política, cabe hacerse la delicada pregunta sobre qué colectivos merecerían especial protección frente a la agresión o puesta en peligro de bienes jurídicos que pudieran sufrir merced al *hate speech*. Las prohibiciones de ciertos discursos en nuestras sociedades parecen responder a cierta premisa antidiscriminatoria (Landecho y Molina, 1996, 524 y 525) y se refieren, obviamente, a grupos de algún tipo y que corren peligro de sufrir injusticia de forma más o menos continuada. La libertad de expresión es un derecho muy vinculado al valor de la autonomía personal, y no debemos de olvidar que se sustenta en el trato con igual consideración y respeto de todos los miembros de una sociedad. La igualdad sustantiva quedó apuntada en el art. 9.2 de nuestra Constitución y supone prestar atención a las condiciones de vida de los miembros de *grupos desaventajados*. “La igualdad sustantiva apela a algún grupo de principios subyacentes que especifican una variedad de beneficios que son distribuidos adecuadamente de manera universal” (Rèaume, 2003, 4). El problema añadido es que nos movemos además en sociedades repletas de *prejuicios* contra otras personas o grupos, aunque sepamos que “la dignidad humana resulta herida por el tratamiento injusto basado en rasgos o circunstancias personales que no guardan relación con las *necesidades, capacidades o méritos* individuales” (F. Iacobucci²⁸, cit. por Rèaume, 2003, 667).

¿Ahora bien, *cómo* se extienden dichos prejuicios, y sobre todo, *cómo demostrar* que se alimenta su incidencia discriminatoria mediante la expresión de ciertos mensajes? (Simpson, 2012). Lo cierto es que no se convierten en comportamientos discriminatorios de forma inmediata, sino que *atraviesan instituciones y estructuras* que bien pueden alentarlos, obviarlos o bien sencillamente desincentivarlos o prohibirlos. Los ciudadanos, incluso, también pueden contribuir a su crecimiento. Pero suelen surgir a partir de circunstancias e ingredientes previos, ajenos a la voluntad de específicos y más o menos malévolos sujetos que actúen puntualmente. Considerar la capacidad agresiva o humillante de la expresión no debe hacernos olvidar que es a la base jurídica de las sociedades, a su fundamentación en la justicia, a la que nos tenemos que dirigir principalmente si queremos defender la igualdad. Un objetivo, por tanto, sería el de *suprimir o modificar* todas aquellas leyes que sean discriminatorias (por ejemplo, las referentes al matrimonio heterosexual, como ha

ocurrido en países como el nuestro) y otro el de establecer varias que *promuevan* la igualdad (por ejemplo, la Ley sobre Violencia de Género). Y la forma de señalar la presencia de un daño significativo y particularizado frente a los ataques es localizar al sujeto o sujetos que lo padecen de manera injustificada respecto a lo que en principio y en todo caso debería soportar el conjunto de la sociedad como sacrificio colectivo en aras de un mayor disfrute de las libertades o de los bienes jurídicos. Para saber de qué perjuicio de carácter público estamos hablando en tales casos sería necesario referirse a algún término comparativo y de carácter objetivo que nos permita dilucidar cuándo se quiebra la igualdad en el acarreo de aquellos costes sociales de forma grave. Uno, que por cierto, descansaría en la "consideración imparcial de intereses" milleana (CW XIX, 442) sin caer en la incoherencia de este autor, la de excluir grupos por razón de sus presuntas características de ineptitud epistemológica. Y un primer paso para conseguir dilucidar aquellos parámetros se halla fuertemente obstaculizado en sociedades como la nuestra, dada la existencia de una desigualdad política previa. Para localizarla, nada mejor que examinar un caso reciente en la jurisprudencia española ilustrativo del problema.

Un supuesto ilustrativo

El primer supuesto célebre sobre discurso del odio fue abordado por el Tribunal Constitucional cuando resolvió en su Sentencia 214/1991 de 11 de noviembre que "el Estado español de Derecho" no debía permitir "el surgimiento de *campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo*, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 CE)" (FJ 3º, subrayado propio). El Estado español, y de acuerdo con diversas normas internacionales, tipificó poco después varias infracciones en el Código Penal y que se refieren al *hate speech*, como las amenazas contra grupos (art. 170.1), la difusión de la justificación de genocidios (607), o la prohibición de provocar a la discriminación, al odio o a la violencia o verter difamaciones contra aquéllos (510). La STC 235/2007, de 7 de noviembre, sobre la "librería *Europa*" y la posterior sentencia del Tribunal Supremo 259/2011, de 12 de abril, sobre otra tienda del mismo tipo y denominada "Kalki", vinieron a revertir el proceso criminalizador, exigiendo numerosos requisitos para probar que existía una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos suficiente como para permitir la intervención penal, siempre

ultima ratio del ordenamiento: la primera requería un “peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”(FJ 9º), y la segunda “una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia” (FD 1º, 2).

Pero un nuevo elemento muy perturbador y que pone en evidencia la estructura que permite cierto ambito de discriminación especialmente peligroso fue puesto en evidencia con un caso protagonizado por *Plataforma Per Catalunya*, y muy conocido por la opinión pública española a través de la prensa. En este supuesto, la Sentencia nº 307/2011 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa el 11 de noviembre del 2011, había juzgado a dos concejales del partido político *Plataforma per Catalunya* por un delito de provocación del art. 510.1 del CP antes citado. *Plataforma* había encargado 3.000 copias de un panfleto luego distribuido por sus militantes en la localidad de Vic y que contenía diversas manifestaciones xenófobas. En él un supuesto grupo de inmigrantes “solicitaba” que no se votara a la mencionada formación política, porque de otro modo ésta expulsaría a sus “compañeros ilegales” y haría “la vida imposible al resto”, impidiéndoles tener una mezquita, disponer de ayudas sociales o vivienda protegida, así como de la apertura de horarios comerciales libres, de la licencia para conducir sin los permisos reglamentarios, de hacer “cinco oraciones diarias en la plaza mayor” y de un mercado “alternativo” o *casbah* semanal que les permitiera “poder trabajar los domingos” y “santificar” los viernes²⁹. Estas declaraciones se veían acompañadas de la caricatura del presunto comunicador, retratado como fanático y anclado en la incultura, parasitario e intolerante. El Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa absolvió a uno de los acusados, pero condenó al otro por identificarle como responsable de la propagación del panfleto, señalando en su Fundamento Jurídico 1º que existía una “expresión amenazante”³⁰. Sin embargo, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 29 de junio del 2012³¹, decidió absolverle también, amparándose en que el comportamiento debía ser lo suficientemente directo, concreto, amenazador, definitivo y grave como para desplegar la eficacia de la conducta de “provocación”. Las “meras descalificaciones o juicios de valor negativos” no eran suficientes para condenar a los imputados, y la discriminación debía interpretarse “en sentido estrictamente jurídico”, quedando así constituida sólo cuando los hechos fueran genuinamente “ilícitos”. El panfleto transcrito en

el apartado de hechos probados no era constitutivo de infracción, pues ninguna de las expresiones recogidas en él suponía una "invitación directa y convincente a cometer ningún delito en concreto". No resultaba posible, entonces, una "huida hacia el Derecho Penal", ya que este tipo de normas debían "circunscribir su intervención a aquel campo que acota sus principios básicos y particularmente los principios de lesividad, intervención mínima y responsabilidad por el hecho". El deber de los poderes públicos, en cambio, sí sería el de adoptar medidas antidiscriminatorias en el "orden social, económico, educativo, etc". La tutela penal de los extranjeros, así, debería respetar varios principios, a saber: 1) el "contenido esencial de las libertades de expresión ideológica y de asociación", 2) el "principio de intervención mínima", 3) la "renuncia a utilizar el derecho penal como instrumento meramente simbólico", y 4) el "principio de proporcionalidad" (Fundamento Jurídico 3º).

Hasta aquí todo parece corresponderse con determinada perspectiva garantista. Hay una continuidad, de hecho, entre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y la jurisprudencia anterior, que nos recuerda a su vez a la conocida doctrina sobre el peligro cierto y directo del Tribunal Supremo estadounidense (caso *Schenk vs. United States*, 1919)³². Pero, sobre todo, existe una clara coincidencia entre ella y la postura de Mill en su *On Liberty*. Lo que exige aquella decisión judicial es demostrar el daño, o al menos la existencia de una conducta peligrosa, es decir, que pudiera conectarse a una situación perjudicial. Algo que rechaza, al aseverar que "no se ha incrementado el grado de posible xenofobia en la localidad de Vic" (FJ 3º), y muy parecido a lo que requería Mill en un supuesto de rasgos afines: "la instigación al tiranicidio, en un caso determinado, puede ser objeto de castigo, pero tan sólo cuando ha sido seguido de un principio de ejecución y puede establecerse, al menos, una probable conexión entre el hecho y la instigación" (CW XVIII, 228). Pero como el razonamiento judicial no captura el *conjunto* de la situación del inmigrante que reside en Vic, que es también *política*, en seguida podemos advertir, que incurre en un tipo de error excluyente muy similar al del autor *On Liberty*, y que ya nos desvelaba una lectura detenida y complementaria de sus *Considerations on Representative Government*.

Un efecto principal de la exclusión: la indefensión política

El “discurso del odio” puede tener una acepción genérica o más o menos descriptiva como la que indicábamos al principio del texto, pero que en realidad es esencialmente de carácter político, apunta a las relaciones de poder configuradas en nuestra sociedad, tal y como ilustra de manera palpable el caso de Vic. En este sentido, y esto resulta algo chocante a quien observa el asunto desde tal punto de vista, todos los preceptos sobre el *hate speech* de nuestro ordenamiento y de los de nuestro entorno se hallan en cambio muy ligados a una cierta concepción del “orden público”. Incluso, de hecho, nuestro Convenio Europeo de Derechos Humanos viene a sostener que la libertad de expresión podrá tener la limitación de “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral” (art. 10.2)³³. En consecuencia, toda esa normativa a lo que apunta es a algo así como a imponer la “paz” entre los distintos grupos que componen nuestras sociedades. Para ello parece que deberíamos conceder a los gobiernos una capacidad de maniobra amplia con el fin de amparar esa protección a todos aquellos colectivos que, no ya sólo han de ser pacíficos, sino también respetarse entre sí.

Pero algo está viciado de raíz en este juego si resulta que a una buena parte de la población que se ve afectada por él no se le equipara en derechos, incluidos los de participación en la esfera pública. Asumir esta crítica implica entender realmente cuáles son los límites que de traspasarse supondrían un retroceso en las políticas antidiscriminatorias. Por eso mi propuesta sostiene que el ámbito en el que actuar *especialmente* contra el discurso del odio, por englobar el nudo de conflictos en el que intenta volverse hegemónica la dominación, es el de carácter político. No es posible comprender los efectos del discurso del odio sin introducirse en este ámbito con todas sus consecuencias.

Dicho esto, resulta claro que el interés de la sociedad no puede ser definido sin la participación *igual* de todos, pues de lo contrario el resto de las premisas, como la defensa enérgica de la libertad de expresión, quedará sin sustento sólido alguno. En consecuencia, la *deliberación* y la *decisión* deben comprenderse de manera *integral*, formando parte de una misma categoría que permita la plena

participación en nuestras sociedades. Si el *autogobierno* de la comunidad es el que puede definir dónde se encuentra cualquier tipo de *perjuicio público*, es la atribución *inclusiva* de derechos políticos la que nos permitiría abarcar la igual autonomía y dignidad de las personas (Martí, 2006, 95 y 207). ¿Cómo es posible que cierto colectivo pueda ser atacado y no tenga medios para defenderse en el mismo campo que los agresores? ¿Por qué éstos pueden participar en la *deliberación y decisión* política con plena libertad y en cambio los inmigrantes de Vic no? Puede que no resulte justificable la punición de los miembros de *Plataforma*, de acuerdo con la premisa de la libre discusión de ideas. Pero entonces, y con el fin de ser coherentes con nuestro sistema democrático, debe recurrirse a una solución que sea igual de antipaternalista y que permita la titularidad de derechos políticos en la misma medida para todos. Ciertamente, pueden existir otros colectivos vulnerables, pero el de los inmigrantes extranjeros recoge una *transversalidad* especialmente propicia a la discriminación, puesto que puede acumular los sesgos por raza, origen nacional, religión e incluso género, y ello bajo la carencia de una serie de derechos de los que sí dispondrían los nacionales en cambio. ¿Por qué los inmigrantes extranjeros han de ser considerados menores de edad, al igual que Stuart Mill consideraba a los trabajadores manuales o a las personas procedentes de continentes colonizados? La sentencia citada se refiere a la necesidad de medidas antidiscriminatorias en el "orden social, económico, educativo, etc", demorando así el reconocimiento como iguales de los inmigrantes extranjeros y sin resolver qué pueden hacer ellos *mientras tanto*, hasta que aquellas actuaciones tengan los efectos deseados frente a los ataques que puedan sufrir.

Es posible que nuestros modelos políticos, entonces, a la hora de aproximarse a fenómenos como el *hate speech*, sean tan inconsecuentes con la igualdad como el insigne pensador. Los racistas de Vic ponían en su panfleto en boca del representante de los inmigrantes que pretendían ridiculizar el deseo de "que el 2011 podamos votar por nosotros mismos nuestros propios candidatos"³⁴. Ese es el temor principal de cualquier grupo xenófobo; su mensaje excluyente alimenta la desigualdad, en el contexto de una campaña electoral en la que se sabe que *el otro* no puede participar con los mismos derechos ni en idénticas condiciones que sus vecinos.

Conclusiones

ISSN 1989-7022

DILEMATA, año 5 (2013), n° 13, 231-258

Siendo la libertad de expresión uno de los principales derechos en cualquier democracia, y muy especialmente por hallarse íntimamente conectada con el proceso de toma de decisiones, existe una fuerte preocupación por blindarla de manera que no quede minada la legitimidad del sistema político. Es cierto que en seguida surgen excepciones que parecen permitir restringirla; algunas de ellas son ampliamente reconocidas, como los supuestos de la publicidad fraudulenta, las amenazas o la calumnia e injuria contra particulares. Sin embargo, existe otro área referida a cuestiones como la instigación al delito, o el discurso excluyente de carácter difamatorio o injurioso contra colectivos, que resulta proclive a las aportaciones de la Filosofía política y moral. Dentro de tales indagaciones resulta evidente la importancia del principio del daño para cualquier teoría sobre el *hate speech*. Varios destacados seguidores de Mill han intentado reconstruir aquél a través de la categoría de la "ofensa"; pero resulta que la apología de la libertad de expresión en *On Liberty* es más amplia que la suya y menos proclive a restricciones, debido a que el autor británico recelaba de cualquier opinión dominante. Temía que las demás quedaran reducidas al silencio aunque fuesen verdaderas, o por lo menos parcialmente ciertas, y en consecuencia apoyaba un amplio debate sobre ellas.

Sin embargo, pronto nos percatamos de que, visto en su conjunto, complementando la lectura de aquel libro con el *Considerations on Representative Government*, el discurso millenano concibe minorías y mayorías de una manera y en un contexto distintos a los actuales. Así resulta que para el autor de *On Liberty*, y aunque hay personas con cualidades epistémicas, existen asimismo otras que carecen de ellas. Entre las segundas estarían los menores de edad, pero también los pueblos "atrasados" y las clases trabajadoras. Precisamente estas últimas conformarían la mayor parte de la población en países como el Reino Unido, así que resultaba imperativo frenar las medidas que pudieran tomar contra los más ricos, al estilo de las de carácter expropiatorio, puesto que de otra forma perjudicarían el auténtico progreso social. Atacar los intereses esenciales de estos últimos equivaldría a impedir el bienestar general. Para superar este posible obstáculo, por tanto, Mill propugna el "voto plural", mecanismo electoral daría mas peso que el meramente numérico a las clases propietarias y sus aliados, así como la prohibición de recibir emolumentos por el desempeño de cargo político alguno.

De esta forma advertimos que el autor británico respeta la libertad de expresión más amplia sólo en determinado contexto de participación política restringida para

las clases trabajadoras. De hecho no llega a disipar la posibilidad de poner límites a aquella, de acuerdo con las matizaciones que realiza sobre la ofensa y el daño, aunque su listón al respecto y en el instante en el que escribe su obra sea bajo, dada la existencia de un sufragio censitario tranquilizador. Asimismo, se desprende de su discurso que tales reflexiones versan en todo caso sobre sociedades similares a la inglesa, por causa de su baja estima por los que denomina pueblos de bajo nivel civilizatorio y a los que no reconoce capacidad de gobierno propia.

Pero es que además, y lejos de lo que pudiera parecer, esta operación milleana de utilizar el principio del daño para admitir escasas restricciones a la libertad de expresión en un contexto de desigualdad ha persistido en el tiempo, y con resultados similares. De hecho se halla presente en nuestras actuales sociedades "democráticas", aunque ahora bajo una apariencia algo diferente. También existe un grupo de personas adultas excluidas de la participación política y que se ven así obligadas a *soportar* injustificadamente ciertas conductas dirigidas contra ellas, sin poder articular respuesta alguna en el plano del autogobierno colectivo.

Bibliografía

- Alcácer, R. (2012): "Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02, pp. 02:1-02:32.
- Alexander, A. (1996): "Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense", *Constitutional Commentary*, 13, 1, pp. 71-100.
- Altman (1993): "Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Approach", *Ethics*, 103, 2, pp. 302-17.
- Álvarez Gálvez, I. (2009): *Utilitarismo y derechos humanos. La propuesta de John S. Mill*, Villaviciosa de Odón, Plaza y Valdés.
- Atienza, M. (1993): *Tras la justicia*, Barcelona: Ariel.
- Baker, C.E. (2009): "Autonomy and Hate Speech", en Hare, I., y Weinstein, J., (eds.): *Extreme Speech and Democracy*, New York, Oxford University Press.
- Barendt, E. (1985): *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2009): "La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29, 85, pp. 299-352.
- Brink, D.O. (2001): "Millian principles, Freedom of Expression, and Hate Speech", *Legal Theory*, 7, 2, pp. 119-57.
- Brink, D.O. (2013): *Mill's Progressive Principles*, Oxford University Press.

- ISSN 1989-7022
- DILEMATA, año 5 (2013), nº 13, 231-258
- Brison, S. J. (1998): "The Autonomy Defense of Free Speech", *Ethics*, 108, 2, pp. 312-339.
- Cueva, R. (2012): "A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo ¿Una vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 2, pp. 99-108.
- Delgado, R., y Stefancic, J. (1997): *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, New York, New York University Press.
- Dworkin, R. (1986): *A matter of principle*, Oxford, Clarendon Press (1ª ed. de 1985, Cambridge, Harvard University Press).
- De Lucas, J. (1994): *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy.
- Feinberg, J. (1985): *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, New York, Oxford University Press.
- Feinberg, J. (1985): *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others*, New York, Oxford University Press.
- Ferreiro, J. (2003): "La libertad religiosa y la provocación a la violencia de género: el caso del imam de Fuengirola", *Revista del Poder Judicial*, nº 72, pp. 221-50.
- Fiss, O. (1996): "El efecto silenciador de la libertad de expresión", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 4, pp. 17-27.
- Gascón, A. (2012): Evolución jurisprudencial ante el discurso del odio en España en la última década, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 26, pp. 310-40.
- Gelber, K. (2010): "Freedom of political speech, hate speech and the argument from democracy: The transformative contribution of capabilities theory", *Contemporary Political Theory*, 9, 3, pp. 304-24.
- Greenawalt, K. (1995): *Fighting Words: Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton, Princeton University Press.
- Hare, I., y Weinstein, J., eds. (2009): *Extreme Speech and Democracy*, New York, Oxford University Press.
- Hierro, L. (1995): "Las huellas de la desigualdad en la Constitución", en Reyes Mate, M. (coord.), *Pensar la igualdad y la diferencia: una reflexión filosófica*, Madrid, Visor, pp. 131-50.
- Hurd, H. M.; Moore, M. S. (2004): "Punishing hatred and prejudice", *Stanford Law Review*, 56, 5, 1081-1146.
- Jericó, L. (2006): "El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?", *Revista Penal*, nº 18, pp. 153-175.
- Landa, J. M. (2000): *La influencia penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, Universidad del País Vasco.
- Landecho, C. M. y Molina, C. (1996): *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, Tecnos.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2010): La libertad de expresión tenía un precio, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010, pp. 69-78.
- Martí, J. L. (2006): *La república deliberativa*, Madrid, Marcial Pons.
- Meiklejohn, A. (1948): *Free Speech and its Relationship with Self-government*, New York, Harper & Row.

- Mill, J. S. (1963-91): *The Collected Works of John Stuart Mill* (Robson, J., y Stillinger, J., eds.), 33 vols., Toronto, Toronto university Press.
- Nagel, T. (1995): "Personal Rights and Public Space", *Philosophy & Public Affairs*, 24, pp. 83-107.
- Navas, F. (2011): "Discriminación por razones de opinión", en Álvarez Conde, E., Figuerelo, A., y Nuño, L. (dir.) y Cancio, M. D. (coord.), *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, Madrid, Iustel, pp. 147-60.
- Newman, S. L. (2002): "Liberty, Community, and Censorship: Hate Speech and Freedom of Expression in Canada and the United States", *American Review of Canadian Studies*, 32, 3, pp. 369-96.
- Parekh, B. (2005): "Hate speech: Is there a case for banning?", *Public Policy Research*, 12, 4.
- Paúl Díaz, A. (2011): "La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada", *Revista Chilena de Derecho*, 38, 3, pp. 573-609.
- Rèaume, D. (2003): "Discrimination and Dignity", *Louisiana Law Review*, 63, 3, pp... 645-95.
- Rees, J. C. (1991): "A re-reading of Mill On Liberty", en Gray, J. y Smith, G. W. (eds.), *J. S. Mill On Liberty (in focus)*, London, Routledge, 169-89.
- J. Roberts, J. (2004): "John Stuart Mill, free speech and the public sphere: a Bakhtinian critique", *Sociological Review*, 67-87.
- Ruiz Miguel, A. (2004): "Los derechos de participación política", en Betegón, J., Laporta, F. J., Prieto, L. y Páramo, J. R. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 723-47.
- Pérez de la Fuente, O. (2010): "Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio: un aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 21, 67-104.
- Rodríguez Montañés, T. (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Saavedra, M. (2006): "El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", *Persona y Derecho*, nº 55, pp. 547-76.
- Sadurski, W. (1992): "Offending with Impunity: Racial Vilification and Freedom of Speech", *Sydney Law Review*, 14, 2, pp. 163-95.
- Schauer, F. (1982): *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Schwartz, L. B. (1963): "Moral offenses and the model penal code", *Columbia Law Review*, 63, 4, pp. 669-86.
- Simster, A. P.; Von Hirsch, A. (2002): "Rethnking the offense principle", *Legal Theory*, 8, 3, pp. 269-95.
- Simpson, R. M. (2012): "Dignity, harm and hate speech", *Law and Philosophy*, <http://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10982-012-9164-z>.
- Sullivan, E. P. (1983): "Liberalism and imperialism: J. S. Mill's defense of the British Empire", *Journal of the History of Ideas*, 44, 4, pp. 599-617.
- Sumner, L. W. (2004): *The Hateful and the Obscene: Studies in the Limits of Free Expression*, Toronto, University of Toronto Press.
- Ten, C. L. (1991): "Mill's Defence of Liberty", en Gray, J., y Smith, G. W. (eds.), *J. S. Mill On Liberty (in focus)*, London, Routledge, pp. 212-38.
- Varouxakis, B. (2005): *Empire, Race, Euro-centrism: John Stuart Mill and His Critics*, en Schultz, B.,

y Varouxakis, B., eds. (2005): *Utilitarianism and Empire*, Lanham, Lexington.

Von Hirsch (2000): "The Offence Principle in Criminal Law: Affront to Sensibility or Wrongoing?", *King's College Law Journal*, 11, 1, pp. 78-89.

Weinstein, J. (2009): "Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from the Masses", en Hare, I. y Weinstein, J., *op. cit.*

Waldron, J. (2010): "Dignity and defamation: The visibility of hate", en *Harvard Law Review* 123, 7, pp. 1596-1667.

Wolff, J. (1998): "Mill, Indecency and the Liberty Principle", *Utilitas*, 10, 1, pp. 1-16.

C. Yong, C. (2011): "Does Freedom of speech include hate speech?", *Res Publica* 17, 4, pp. 385-403.

Notas

1. El art. 20.2 perteneciente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 señala que "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley". Por su parte, el vigente Código Penal español, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, señala varios comportamientos emparentados: a) provocar "a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía" (510.1); b) las conductas de aquellos "que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía" (510.2); c) proferir "amenazas de un mal que constituyere delito", cuando "fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo" (170.1); y d) "la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas" que justifiquen delitos de genocidio "o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos" (607.2).
2. Una definición que coincide básicamente con la presentada por la profesora S. J. Brison: "entiendo por *hate speech* el discurso que, dirigido contra individuos o grupos sobre la base de características como la raza, el sexo, la etnia, la religión o la orientación sexual: 1) constituya humillación directa [*face-to-face vilification*], 2) cree un ambiente hostil o intimidatorio, o 3) sea una difamación colectiva [*group libel*]" Brison, 1998, 313.
3. Alexander, 1996; Altman, 1993; Brison, 1998; Fiss, 1996; Gelber, 2010; Parekh 2005; Waldron, 2010; Yong, 2011. Además, y como volumen que recopila varios ensayos mencionados en este artículo, cabe destacar el de Hare y Weinstein, 2009.
4. Para una amplia descripción referida a jurisprudencia estadounidense, latinoamericana y europea, véase Paúl Díaz, 2011. Para una comparación entre la jurisprudencia canadiense y la de los Estados Unidos, Newman, 2002. En lo relativo a la específica de este último país, Greenawalt, 1995, y Hurd y Moore, 2004, así como su comparación con la jurisprudencia alemana en Pérez de la Fuente, 2010. En lo relativo a la jurisprudencia española, y siempre de forma íntimamente conectada a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véanse: Alcácer, 2012; Bilbao Ubillos, 2009; Cueva, 2012, Ferreiro, 2003; Gascón, 2012; Jericó, 2006; Lascurain, 2010; y Saavedra,

2006. Un buen compendio de las principales líneas jurisprudenciales sobre el discurso del odio en general se halla en Rodríguez Montañés, 2012.
5. A partir de ahora citaré la obra de Mill según la recopilación *Collected Works (CW)*, siendo el volumen XVIII el titulado *Essays on Politics and Society Part I - On Liberty* (citaré luego los siguientes que utilice). Las traducciones serán siempre propias, si bien sin perder de vista las ya muy populares de M. C. C. De Iturbe, *De la Libertad. Del Gobierno Representativo. La esclavitud femenina*, Madrid, Tecnos, 1965 y la de E. Guisán, *El Utilitarismo*, Barcelona, Altaya, 1994.
 6. *Collected Works*, vol. XIX: *Essays on Politics and Society, Part II (Considerations on Representative Government)*.
 7. Brink, 2001, 122 y 123, hace hincapié en este aspecto.
 8. Subrayado propio, como todos los que de aquí en adelante aparezcan en las citas de Mill.
 9. Feinberg, 1985, 2 y 3; también Waldron, 2010, 1612 y 1613.
 10. Quizás Mill entendió que prohibir las ofensas contra la decencia basándose en que causaban daño a los intereses de otras personas implicaba una peligrosa extensión de tal concepto de interés (Rees, 1991, 1869).
 11. Aquí denominada, más específicamente, "*popular opinion*".
 12. Opinión de la "masa" (*mass*), equivalente a la "mediocridad colectiva".
 13. "*Opinion of masses*".
 14. Véase a lo largo de todo su *On Liberty*, especialmente *CW XVIII*, 222, 254-57, 284 y 285, 290 y 291.
 15. Brink, 2013, 159, señala que Mill en realidad no se refería a la libertad en general en su volumen, sino a ciertas libertades básicas, y en concreto a tres categorías: libertad de conciencia y expresión, de gustos, actividades y planes de vida, y libertad de asociación. "En la medida en que Mill defiende libertades individuales por apelar a valores deliberativos, puede distinguir la importancia de distintas libertades en términos de su papel en la deliberación práctica (...) Por ejemplo, parece plausible que las libertades de expresión, asociación, culto y de profesión son más importantes". El liberalismo de Mill, así, no debería ser confundido con el libertarismo.
 16. Dworkin, 1986, 364.
 17. Nagel, 1995, 96 y 97.
 18. Dworkin, 1986, 353.
 19. Weinstein, 2009, 82-86.
 20. Baker, 2009, 154.
 21. Weinstein, 2009, 25-30, 47 y 48, y 61.
 22. En esto insiste *ibid.*, p. 49.
 23. Reiterado de forma similar en *ibid.*, 436, pero aquí hablando del "bienestar general".
 24. Véase su premisa ya citada, *supra*, p. 7. Entiéndase, eso sí, que Mill se refería aquí a estados civilizatorios que podían superarse. Su paternalismo no equivalía al racismo de los que otros coetáneos sí hacían gala. Véase Varouxakis, 2005, para un estudio muy preciso acerca del tema, así como Sullivan, 1983.
 25. *Collected Works*, vol. X: *Essays on Ethics Religion and Society (Utilitarianism)*.
 26. Ten señala que es un utilitarismo que discrimina entre tipos de preferencias, jerarquiza entre deseos y preferencias (Ten, 1991, 235)

27. Especialmente reflejada en sus *Collected Works*, vols. II y III.
28. Opinión de este magistrado en la sentencia de 1999, *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, del Tribunal Supremo canadiense; [1999] 1 S. C. R. 497. El subrayado es propio.
29. Hecho probado Primero y único.
30. Razonamiento Jurídico II.
31. Rollo de apelación nº 53/2012-R.
32. Brink, 2013, 161 ("*clear and present danger*").
33. Así como "la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".
34. Sentencia citada del Juzgado de lo Penal de Manresa, Hecho probado Primero y único.