

ARTÍCULO

Libertad de expresión y performatividad. Análisis de algunos casos judiciales sobre lenguaje del odio y/o simbólico*.

Free speech and performativity. Analysis on some judicial case on hate speech and/or symbolic speech.

Oscar Pérez de la Fuente
Universidad Carlos III de Madrid
<https://orcid.org/0000-0002-3708-846X>

Fecha de recepción 25/05/2021 | De aceptación: 11/10/2021 | De publicación: 23/12/2021

RESUMEN.

Este trabajo busca analizar la relación entre performatividad y lenguaje del odio, a partir de los argumentos de la subordinación y el silenciamiento que desarrollan MacKinnon y Butler. Para este objetivo, se estudiarán los conceptos de las teorías de los actos de habla, en especial, las nociones de expresiones y declaraciones -Searle-, de hechos institucionales -Searle- y de comunidad como consenso -Habermas-. El análisis de estos conceptos se aplicará a algunos casos de lenguaje del odio y/o lenguaje simbólico.

PALABRAS CLAVE.

Uso performativo del lenguaje; actos del habla; lenguaje del odio; lenguaje simbólico.

ABSTRACT.

This work aims to analyse the link between performativity and hate speech, based on the arguments of subordination and silencing developed by MacKinnon and Butler. For this purpose, the theories of speech acts' concepts of expressions and declarations -Searle-, institutional facts -Searle- and community as consensus -Habermas- will be studied. The analysis of these concepts will be applied to some hate speech and / or symbolic language cases.

KEY WORDS.

Performative use of language; speech acts; hate speech; symbolic speech.

* Proyecto "Acceso a la justicia y vulnerabilidad" PID2019-108918GB-I00 Proyecto de I+D+I financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, en el marco de los Programas Estatales de Generación de conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I y de I+D+I Orientada a los retos de la sociedad.

Proyecto 'Nuevos desafíos del derecho'. Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de "Excelencia del Profesorado Universitario" del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3M06), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica)".

Sumario: 1. Palabras símbolos, acciones 2. Expresiones o declaraciones –Searle– 3. Hechos institucionales –Searle–. 4. Comunicación como consenso –Habermas–. 5. Algunas conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Palabras, símbolos, acciones

El desprecio por la Filosofía es algo común hoy en día, que se manifiesta en su decreciente papel en planes de estudio escolares y en las Facultades de Derecho. Sin embargo, las decisiones judiciales han de basarse y justificarse, con matices y desde ángulos que solo son posible interpretar a partir del enfoque filosófico. A esta habitual relegación de la Filosofía jurídica, tampoco ayuda concebirla como un saber meramente teórico, al alcance unos pocos, sin conexión real con la práctica del Derecho. El objetivo de este artículo es conectar la Teoría -algunas aportaciones de la filosofía del lenguaje sobre lenguaje performativo- con la Práctica -algunos casos judiciales sobre lenguaje del odio y/o simbólico- y proveer de elementos para alcanzar un marco desde el que analizar estos casos, partiendo de la Filosofía del Derecho, con vocación de aplicabilidad.

Para este análisis, se partirá de los siguientes hechos, extraídos de casos judiciales sobre libertad de expresión¹:

El primer caso se denominará *incitación a la quema de la bandera nacional*.² El 30 de octubre de 2014, según se señala en la Sentencia 190/2020:

“(…) en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el recurrente en amparo, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, ‘con intención de menospreciarla’, gritó: ‘aquí tedes o silencio da puta bandeira’ y ‘hai que prenderlle lume a puta bandeira’ (esto es, en castellano, ‘aquí tenéis el silencio de la puta bandera’ y ‘hay que prenderle fuego a la puta bandera’ ”.³

¹ La elección de estos casos concretos se ha realizado ya que sirven para desarrollar el argumento sobre la performatividad en casos de lenguaje del odio y/o simbólico. El caso R.A.V. v. St. Paul motivó el enfoque de Butler sobre performatividad aplicado a estos casos y un encendido debate en la doctrina norteamericana. El caso de la *quema de la foto de los Reyes*, tiene cierta analogía con el anterior y es interesante explorar esta vía de análisis. El caso de los *insultos raciales* supone la aplicación directa de los efectos performativos del lenguaje del odio y en el caso de la *incitación quema de la bandera* es interesante el análisis desde la performatividad ya que un Voto particular precisamente le niega estos efectos performativos a la expresión utilizada en el caso.

² STC 177/2015 de 22 de julio y la Sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* TEDH 13 de marzo 2018, demandas nº 51168/15 y 51186/15.

³ STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020.

El segundo caso se llamará *quema de la foto de los Reyes*.⁴ En la STC 177/2015 se afirma que la Sentencia del Juzgado Central de la Audiencia Nacional declaró probado que:

“(…) sobre las 20:00 horas del día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, Jaume Roura Capellera y Enric Stern Taulats ... quemaron previa colocación boca abajo de una fotografía de SS.MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la plaza del Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía ‘300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española’.”⁵

El tercer caso se llamará el de la *cruz en llamas*⁶. Se trata de una de las decisiones más polémicas sobre libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana fue el caso *R.A.V. v. City of St. Paul*⁷, donde se acusaba a algunos adolescentes de quemar una cruz en el jardín de una familia afroamericana. La ordenanza de St. Paul, que finalmente fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo, establecía que: “cualquiera que ponga en una propiedad privada un símbolo, un objeto, una apelación, un calificativo o un *graffiti*, incluida (pero no limitado) una cruz en llamas o una esvástica nazi, cosas que se sabe o de las que se tiene suficientes datos para saber que causan en los otros ira, preocupación o resentimiento, en función de la raza, el color, el credo, la religión o el género, comete un acto contra la ley y deberá ser considerado culpable de un delito menor.”⁸

El cuarto caso se denominará como el de los *insultos raciales*. Se incluye el caso *Agarwal v. Johnson*, donde el demandante, “un nativo de East India, demandó a su ex empleador y dos de sus ex supervisores por acoso de forma reiterada. El demandante testificó que en una ocasión uno de sus supervisores le había dicho: ‘Negro, *nigger*, miembro de una raza inferior, sal y hazlo ‘”.⁹ En el caso *Wiggs v. Courshon*, los

⁴ Ídem.

⁵ STC 177/2015 de 22 julio 2015.

⁶ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

⁷ *R.A.V. v. City of St. Paul* 112 s. Ct. 2538 (1992).

⁸ Ordenanza de St. Paul del Crimen motivado por el prejuicio, Section 292.02 Minn. Legis Code (1990).

⁹ *Agarwal v. Johnson*, 25 Cal.3d 932 citado por Delgado, Richard, “Words that wounds: A tort action for racial insults, epithets and name calling”, AA.VV., *Words that wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Routledge, New York, London, 2018, pp. (96-97) 98.

demandantes, “un reciente graduado de Derecho y su familia, se involucraron en una discusión con una camarera que les servía en el restaurante del hotel en el que se alojaban durante las vacaciones. La camarera dijo: ‘No puedes hablarme así, negro hijo de puta. Te mataré.’ Más tarde, la oyeron gritar repetidamente: ‘No son más que un grupo de *niggers*.’”¹⁰

Estos casos tienen en común que se dan simultáneamente, por un lado, un nivel de discurso -a veces, simbólico, otras veces hablado- y, por otra parte, un nivel de acciones implicadas por el discurso -ofensa, amenaza, odio-. Con el lenguaje se comunican ideas e información, pero también se *hacen* cosas. A este fenómeno se conoce como performatividad del lenguaje y se vincula con la teoría de los actos de habla, cuyo primer exponente fue John L. Austin, en su ensayo *Cómo hacer cosas con palabras*.¹¹

En los debates recientes sobre libertad de expresión, ha sido MacKinnon quien ha recuperado la noción de performatividad, desarrollando dos argumentos en su crítica feminista de la pornografía. El primer argumento es el de la *subordinación* donde, por una parte, está el nivel del discurso –“lo que dice la pornografía”-, su función como difamación o discurso de odio y, por otro lado, está el nivel de la acción –“lo que hace”-, su papel como subordinación, como discriminación sexual, incluido “lo que hace a través de lo que dice.”¹² En síntesis, la pornografía -como discurso- implica la subordinación de las mujeres -como acción-, que es el efecto performativo de ese discurso.

Desde esta perspectiva, Andrea Dworkin y Catherine MacKinnon abogando por una ley contra la pornografía, aportan una definición de esta noción con estos términos: “materiales gráficos sexualmente explícitos que subordinan a las mujeres a través de imágenes o palabras.”¹³

El segundo argumento -que desarrolla MacKinnon- es el del *silenciamiento*. De esta forma, afirma: “como el Derecho, la pornografía hace lo que dice. Esa pornografía es una realidad que a mujeres silenciadas no se les ha permitido *decir* por cientos de años.”¹⁴

En su obra *La ironía de la libertad de expresión*, Fiss explica el mecanismo del *silenciamiento* y lo aplica

¹⁰ *Wiggs v. Courshon*, 355 F. Supp. 206 (S.D. Fla. 1973) citado por Delgado, Richard, “Words that ounds: A tort action for racial insults, ephitets and name calling”, cit..., p. 98.

¹¹ AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Barcelona, traducción de Genaro Carrió y Eduardo A. Rabossi, 2017.

¹² MACKINNON, C., *Only words*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1996, p. 22.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem, pp. 40-41.

a los casos de pornografía, expresiones de odio y regulación de campañas electorales, donde se dificulta o mitiga la expresión a los grupos desfavorecidos que participen del debate.¹⁵ De esta forma, explica Fiss, como en los casos de lenguaje del odio, el argumento más habitual tiene que ver con un ataque a la dignidad. Sin embargo, lo más grave -que precisamente denuncia este argumento del silenciamiento- es que: “aún cuando estas víctimas se expresen, sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran.”¹⁶

Es destacable, como señala Levin, que los argumentos de la *subordinación* o *silenciamiento* de los miembros de grupos culturalmente oprimidos, como efecto performativo del lenguaje del odio, son actualmente una forma de argumentar, por parte de un sector de la doctrina, a favor de regular la libertad de expresión para esas situaciones.¹⁷

En esta línea, Judith Butler defiende analizar el lenguaje del odio a partir de la función performativa del lenguaje¹⁸. En el mencionado caso de la *cruz en llamas*, critica la decisión del Tribunal Supremo norteamericano que no quiso ver detrás de la quema de la cruz en el jardín de una familia negra -en el nivel del discurso-, que había una amenaza -acción implicada performativamente-.

De esta forma, Butler resalta que “la decisión en el caso *R.A.V. v. St. Paul*, que avala la cruz en llamas como ‘lenguaje’ protegido potencialmente sugiere que la visión no-performativa del lenguaje puede extenderse para defender ciertos tipos de conducta racista, una defensa que manipula la distinción entre lenguaje y conducta con el fin de lograr ciertos objetivos políticos.”¹⁹

Butler vincula la performatividad a los casos de lenguaje del odio, siguiendo el argumento de la subordinación, “por muy “enmascarado” que esté ese performativo.”²⁰ Y MacKinnon en su obra *Only Words*, utiliza indistintamente para su argumentación sobre *subordinación* y *silenciamiento*, como

¹⁵ FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, traducción de Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña, 1999, p. 28.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ LEVIN, A., *The Cost of free speech, Pornography, hate speech, and their challenge to liberalism*, Palgrave MacMillan, New York, 2010, p. 62.

¹⁸ BUTLER, J. *Lenguaje, poder e identidad*, Editorial Síntesis, Madrid, traducción de Javier Sáez y Beatriz Preciado 2004.

¹⁹ Idem, p. 45.

²⁰ Ídem,, p. 139.

efectos performativos del discurso, ejemplos de la pornografía y lenguaje del odio, incluido el caso de la *quema de cruces*.²¹

Algunos académicos de la *Critical Race Theory* escribieron el libro titulado *Words than wound*, donde al definir el objeto de estudio abordado, utilizan estas palabras: “discurso agresivo, sobre palabras que se usan como armas para emboscar, aterrorizar, herir, humillar y degradar.”²² Aquí se manifiestan, con claridad, las implicaciones performativas del lenguaje. Al hablar -o expresarnos simbólicamente-, decimos ideas o comunicamos informaciones, pero simultáneamente realizamos acciones -implicadas performativamente-.²³

Una vez establecida la conexión entre lenguaje del odio y performatividad de los actos de habla, Butler advierte que “ninguna teoría simple de los actos de habla podrá darnos un criterio para juzgar los daños producidos por las palabras.”²⁴ Como señala Polaino Navarrete, “cuando un sujeto profiere una expresión manifiestamente injuriosa, calumniosa o amenazante (“¡Eres un corrupto!”, “¡Fulanito es un violador de menores!”, “¡Te voy a quemar la casa!”), o cuando se induce a alguien verbalmente a cometer un delito (“¡Métele dos tiros ya!), etc.: la acción de injuriar, calumniar, amenazar o de inducir a alguien a cometer un delito es una acción ilocucionaria, es un acto separado de emitir unos sonidos articulados, con coherencia y sentido.”²⁵

Las teorías de los actos de habla y la performatividad han sido de interés para la doctrina penal. *Cómo cometer delitos con palabras* es el título de un artículo y una monografía, en la doctrina penal española, dedicados a las consecuencias de aplicar las teorías de Austin y Searle al ámbito del Derecho Penal.²⁶ El enfoque propuesto por MacKinnon y Butler, con sus argumentos de la *subordinación* y del

²¹ MACKINNON, C., *Only words*, cit., p. 21.

²² LAWRENCE, Ch. R. III *et al.*, “Introduction” AA.VV., *Words that wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, cit., pp. (1-16) 1.

²³ En un libro de entrevistas, Butler desarrolla una visión más amplia de la performatividad y, por ejemplo, la vincula con el cuerpo que define como una “ocasión performativa turbulenta”. Vid. BUTLER, J. ATHANASIOU, A., *Dispossession: the performative in the political*, Polity Press, Cambridge, 2013. No obstante, el análisis del presente artículo se centrará en la performatividad en los casos de lenguaje del odio y/o simbólico. 179.

²⁴ BUTLER, J., *Lenguaje, poder e identidad*, cit., p. 34.

²⁵ POLAINO NAVARRETE, M. POLAINO-ORTS, M., *Cometer delitos con palabras, Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico penal*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 87.

²⁶ RUIZ ANTÓN, L. F., “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras” en CEREZO MIR, J. *et al.*, *Nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999. POLAINO NAVARRETE, M., POLAINO-ORTS, M., *Cometer delitos con palabras, Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico penal*, cit..

silenciamiento para los miembros de las minorías, que suponen una implicación performativa del lenguaje del odio, seguidos por un sector de la doctrina -como por ejemplo Fiss y Levin- tiene una consecuencia jurídica: el lenguaje del odio -que tiene esas implicaciones performativas de *subordinación* y *silenciamiento*- no es discurso protegido jurídicamente. En otros términos, debe regularse de alguna forma o bien, castigarse, ya sea con sanciones penales o civiles. Esta es una cuestión especialmente polémica en la cultura jurídica norteamericana, donde la interpretación más habitual de la Primera Enmienda se ha venido realizando en términos libertarios, aunque es un debate, en parte, abierto a evolucionar.²⁷

Debatiendo con MacKinnon, Dworkin presenta una fundamentación liberal de la libertad de expresión, donde el camino contra sexistas e intolerantes no es la prohibición de antemano de las leyes penales o civiles, sino más bien que aquellos deban “ser desacreditados por el disgusto, la indignación y el ridículo de otras personas.”²⁸

En este artículo, se analizarán diversos conceptos a partir de las teorías de los actos de habla y su relevancia para el Derecho, en especial, los casos judiciales propuestos. En primer lugar, se estudiarán las categorías de *expresiones* y *declaraciones* como actos ilocucionarios en la visión de Searle; En segundo lugar, se abordará la noción de *hechos institucionales* -Searle- y, por último, se analizará la *comunicación como consenso* en Habermas. En paralelo, se aplicarán estos análisis a los casos mencionados como el caso de *incitación a la quema de la bandera nacional*²⁹, el caso de la *quema de la foto de los Reyes*³⁰, el caso de la *cruz en llamas*³¹ y el de *insultos raciales*,

La hipótesis de partida es que la perspectiva que ofrece la performatividad de los actos de habla, en el contexto de los argumentos de *subordinación* y *silenciamiento* para los miembros de las minorías, puede

²⁷ Vid. TESIS, A., *Free speech in the balance*, Cambridge University Press, Cambridge New York, pp. 83-98. DUFF, R. A.; MARSHALL, S.E., “Criminalizing Hate?”, *Legal Studies Research Papers Series, Research paper No. 15-34, University of Minnesota Law School*, 2015, pp. 1-48. HURD, H.M., MOORE, M.S. "Punishing Hatred and Prejudice", *Stanford Law Review*, núm. 56, vol. 5, 2004, pp. 1081-1146.

²⁸ DWORKIN, R. *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 238.

²⁹ STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020.

³⁰ STC 177/2015 de 22 de julio y la Sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* TEDH 13 de marzo 2018, demandas nº 51168/15 y 51186/15.

³¹ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

ser un enfoque de análisis interesante para abordar los casos de lenguaje del odio, ya sean discurso y/o lenguaje simbólico.

2. Expresiones o declaraciones -Searle-

En 1962 se realizó una edición póstuma de unas conferencias de J.L. Austin, en la Universidad de Harvard, que llevan por título *Cómo hacer cosas con palabras*, que inician una nueva forma de entender la teoría acerca del lenguaje, que se vincula con la noción de performatividad³². Como sostiene Berdini, la gran contribución de Austin a la pragmática es haber señalado, por así decirlo, que *todo discurso es acción*.³³

La gran aportación del enfoque de Austin se resume en estas palabras: “Decir algo es hacer algo: en los que *porque* decimos algo o *al* decir algo hacemos algo.”³⁴ Esto significa que cuando se habla, en ocasiones, simultáneamente también se hacen cosas. Las características del uso *operativo* del lenguaje son, para Nino, “el hecho de que pronunciar ciertas palabras en determinadas condiciones implica realizar la acción a que esas palabras se refieren. Así, decir, en ciertas condiciones ‘juro decir la verdad’, ‘prometo pagar’ o ‘bautizo a este niño con el nombre de Juan’, consiste precisamente en realizar las acciones de jurar, prometer y bautizar.”³⁵

La argumentación de Austin parte de distinguir las expresiones *constatativas*, que ‘dicen algo’, describen o registran, y son verdaderas o falsas, de las expresiones *realizativas* que consisten en ‘hacer algo’ o realizar una acción, o parte de ella, y son afortunadas o desafortunadas³⁶. Austin presentó una tipología de verbos realizativos,³⁷ donde se centrará la atención en los verbos de *comportamiento o comportativos* que “constituyen un grupo muy heterogéneo y tienen que ver con las actitudes y con el *comportamiento*

³² AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, cit., 2017.

³³ BERDINI, F., “Speech acts and normativity: A plea for inferentialism”, *Esercizi Filosofici*, 8, 2013, p. (71-88) 71.

³⁴ AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, cit., p. 57.

³⁵ NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 64.

³⁶ AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, cit., pp. 49, 179, 192. Austin, John L., “Performative-constative” en Searle, John (ed.) *Philosophy of language*, Oxford University Press, 1971, pp. (13-22) 13-15. Como ejemplo de expresiones realizativas se pueden destacar: “bautizo este barco como Libertad”, “me disculpo”, “te doy la bienvenida”, “te aconsejo que lo hagas”. AUSTIN, J. L., “Performative-constative”, cit., pp. (13-22) 13.

³⁷ Austin presenta una tipología de los actos ilocucionarios, compuesta por : 1.- *Verbos de judicación, o judicativos*; 2.- *Verbos de ejercicio, o ejercitativos*; 3.- *Verbos de compromiso, o compromisorios*; 4.- *Verbos de comportamiento o comportativo*; 5.- *Verbos de exposición, o expositivos*. AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, cit., pp. 203-212.

social”,³⁸ que pueden ir desde “maldecir” o “sentirse ofendido” a “culpar” o “apoyar” o “dar la bienvenida”. ¿Cabe interpretar entonces que “insultar”, “subordinar”, “denigrar” o “silenciar” son *verbos comportativos*? Se podría encontrar una analogía de algunos de los ejemplos aportados por Austin y estos nuevos supuestos.

Sin embargo, Searle criticó esta tipología de Austin ya que “no son clasificaciones de actos ilocucionarios, sino de verbos ilocucionarios en inglés.”³⁹

De esta forma, Searle presenta una taxonomía alternativa con las siguientes categorías: *asertivas*, *directivas*, *comisivas*, *expresivas*, *declaraciones*.⁴⁰ A continuación, se centrará el análisis en las *expresiones* y *declaraciones*.

En las *expresiones*, se trata de “expresar el estado psicológico especificado en la condición de sinceridad sobre un estado de cosas especificado en el contenido proposicional”. Los paradigmas de los verbos expresivos son "agradecer", "felicitar", "pedir disculpas", "condoler", "deplorar" y "dar la bienvenida".⁴¹

En las *declaraciones*, la “característica definitoria es que el ejercicio exitoso de uno de sus miembros conlleva la correspondencia del contenido proposicional y la realidad”⁴². De esta forma, Searle sostiene “si realizo exitosamente el acto de nombrarlo presidente, entonces eres el presidente; si realizo exitosamente el acto de nominarlo como candidato, entonces usted es un candidato; si yo realizo con éxito el acto de declarar un estado de guerra, luego la guerra está iniciada”⁴³

Se trata, por tanto, de una *declaración* si “la ejecución exitosa del acto de habla es suficiente para lograr el ajuste entre palabras y mundo, para hacer verdadero el contenido proposicional.”⁴⁴ Desde esta

³⁸ Por ejemplo, “pido disculpas”, “agradezco”, “deploro”, “me compadezco”, “me conduelo”, “me congratulo”, “felicito”, “me declaro ofendido”, “me quejo”, “me siento agraviado”, “aplauzo”, “elogio”, “lamento” y los usos no ejercitativos de “censuro”, “culpo”, “apruebo” y “apoyo”. También otros ejemplos de comportativos son “te doy la bienvenida”, “te deseo buena suerte”, “te bendigo”, “te maldigo”, “reto”, “desafío”, “invito”(por ejemplo, a polemizar sobre un tema). AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, cit., pp. 207-209.

³⁹ SEARLE, J., “A taxonomy of illocutionary acts”, en SEARLE, J., *Expression and meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, 1999, pp. (1-29) 9.

⁴⁰ Idem, pp. 12-28.

⁴¹ Idem, p. 15.

⁴² Idem, pp.16-20.

⁴³ Idem, p. 17.

⁴⁴ SEARLE, J. “How performatives work”, *Linguistic and Philosophy*, 12, 1989, pp. (535-558) 547.

perspectiva, una declaración expresa tanto “una creencia como un deseo: Un hombre que declara sinceramente una reunión aplazada *debe querer* aplazar la reunión y *debe creer* que la reunión es aplazada con ello”.⁴⁵

Austin considera *declaraciones* como discurso, y no como actos desde el uso performativo del lenguaje, en cambio, para Searle, las declaraciones son performativas⁴⁶ Esta categoría de *declaraciones* y *expresiones* es especialmente idónea para el análisis del objetivo de este artículo sobre el lenguaje simbólico y los insultos raciales. Sobre un insulto, dentro del lenguaje del odio, como *nigger*, Searle realiza una serie de reflexiones:

“Un ejemplo de palabra que se ha convertido en algo parecido a una obscenidad es el término inglés “*nigger*”. “*Nigger*” es una expresión grosera (descortés, obscena) para decir “negro”. A veces se dice que “*nigger*” tiene a la vez significado descriptivo y evaluativo, pero esto es claramente una confusión, pues si esto fuese verdad no debería haber nada impropio en la emisión de la oración. “Él no es un “*nigger*””, puesto que estaría negando meramente la fuerza evaluativa negativa de “*nigger*”, del mismo modo que cuando se dice “Él no es un canalla”. Pero la emisión de “Él no es un “*nigger*””, es tan impropia como la de “Él es un “*nigger*””; la misma emisión de esa palabra particular es una indicación de hostilidad, desprecio, etc. hacia los negros y es, por tanto, tabú.”⁴⁷

Aquí Searle reconoce la fuerza ilocucionaria del término *nigger*, en inglés asociada con hostilidad y desprecio, pero de la que no sigue ocupándose. Se podría considerar que los insultos son un tipo específico de la categoría de *expresiones* o *declaraciones* en la taxonomía de Searle, aunque no les dedica una categoría propia en su taxonomía de actos ilocucionarios.

Se pueden conceptualizar, en primer lugar, los insultos raciales como un tipo de *expresiones*, algo similar a “deplorar”. Aquí se expondría un estado psicológico del emisor implicado en un contexto performativo determinado. Sin embargo, a partir del enfoque del Butler y MacKinnon⁴⁸, se puede afirmar que los insultos raciales, dentro del lenguaje del odio, son *declaraciones* en las que cuando se pronuncian de forma exitosa, se produce un cambio en la realidad. De forma sintética, llamar a alguien *nigger* de forma

⁴⁵ SEARLE, J., *Intentionality. An essay of the Philosophy of mind*, Cambridge University Press, New York, 1999, p. 172.

⁴⁶ Idem, p. 17.

⁴⁷ SEARLE, J., *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, traducción de Luis Valdés Villanueva, 2017, p. 186.

⁴⁸ MacKinnon afirma que “Decir “mata” a un perro de ataque entrenado son *solo palabras*. Sin embargo, no se considera que exprese el punto de vista “te quiero muerto”, que de hecho suele expresar. Se considera que realiza un acto equivalente a la destrucción de alguien, como decir “listos, apunten, dispáren” a un pelotón de fusilamiento MACKINNON, C., *Only words*, cit., p. 12.

exitosa, implica subordinación y silenciamiento para el receptor del insulto -en concreto- y los miembros de la minoría de la que se trata -de forma general-.

Sobre el caso de la *cruz en llamas*, los hechos se produjeron en el jardín de una familia negra y este tipo de actos son habitualmente perpetrados por la organización racista Ku Klux Klan. Se puede plantear, de nuevo, la duda de si se trata de *expresiones* o *declaraciones*. Si se sigue el análisis de MacKinnon y Butler, que analizaron este caso, aquí se da una *declaración* que es una amenaza concreta para esa familia y también como lenguaje del odio implica subordinación y silenciamiento -en concreto- para los receptores y -en general- para la minoría.

En el caso de la *quema de la foto de los Reyes*, cabe plantear si se está ante *expresiones* o *declaraciones*. El Tribunal Constitucional español sostiene que “los hechos así expuestos avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio”⁴⁹ Y, más adelante, afirma que “lisa y llanamente *actuaron con el propósito de incitar a la exclusión, sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas.*”⁵⁰ En otro pasaje de la Sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene “quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza.”⁵¹

El Tribunal Europeo de Derecho humanos (TEDH) considera que, en estos hechos, el componente predominante es el de la crítica política. El TEDH constata que se trata de elementos simbólicos que tienen una “*relación clara y evidente con la crítica política concreta* expresada por los demandantes, que se dirigía al Estado español y su forma monárquica: la efigie del Rey de España es el símbolo del Rey como Jefe del aparato estatal, como lo muestra el hecho de que se reproduce en las monedas y en los sellos, o situada en los lugares emblemáticos de las instituciones públicas; el recurso al fuego y la colocación de la fotografía bocabajo expresan un rechazo o una negación radical, y estos dos medios se *explican como manifestación de una crítica de orden político u otro.*”⁵²

⁴⁹ STC 177/2015 de 22 de julio Fº.Jº. 4º.

⁵⁰ STC 177/2015 de 22 de julio Fº.Jº. 4º.

⁵¹ STC 177/2015 de 22 de julio. Fº.Jº. 4º.

⁵² Sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* TEDH 13 de marzo 2018, demandas nº 51168/15 y 51186/15 parr. 38.

Si se opta, en este caso, por considerar los hechos como *expresiones*, según la taxonomía de Searle, se expresa un estado del emisor que tiene su sentido en el contexto performativo. Si se consideran *declaraciones* ha de haber un cambio a partir de la emisión del contenido proposicional y la realidad.

Entonces, la cuestión que se plantea es si el hecho de quemar una foto de los Reyes de España, en las circunstancias del caso, es una *declaración* -Searle-, es decir, su emisión supondría un cambio en la realidad que implique “odio” o “exclusión” -en último término- o su incitación -de forma gradual-, o bien, una amenaza. Esta sería la visión defendida por el Tribunal Constitucional.

En cambio, el enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de considerar estos hechos una *expresión* -Searle- de “rechazo o negación total”, como parte del ejercicio protegido de la crítica política en las sociedades democráticas, que sólo puede ser restringido por razones fuertemente justificadas.

Se da un argumento adicional, que también utiliza el Tribunal Europeo⁵³, que afirma que el lenguaje del odio -y del delito e incitación al odio del 510 del Código Penal- se aplica sólo para miembros de las minorías, esto no incluye el Jefe de Estado, que es una autoridad política. Desde el punto de vista del enfoque performativo, según el esquema argumentativo propuesto, esto significa que el efecto de *subordinación* y *silenciamiento* que el lenguaje del odio tiene respecto a los miembros de las minorías, no se aplica para el Jefe de Estado⁵⁴.

Cabe concluir que en el caso de la *quema de la foto de los Reyes* es más plausible la interpretación que considera que los hechos constituyen *expresiones*. Para considerarlo como *declaraciones* se da un problema de prueba respecto al cambio en el mundo producido, teniendo en cuenta que se trata de sentimientos como el odio o su incitación. Tampoco se puede considerar que se den los elementos de la amenaza, por la gran desigualdad de poder de las partes implicadas y demás circunstancias del contexto.

⁵³ Desde esta perspectiva, el TEDH sostiene “la protección del artículo 10 del Convenio está limitada, incluso excluida, al tratarse de un discurso de odio, término que se entiende que abarca todas las *formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia*. Sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* TEDH 13 de marzo 2018, demandas nº 51168/15 y 51186/15 parr. 41.

⁵⁴ En este sentido se expresa Bilbao Ubillos comentando precisamente este caso, cuando habla de la “banalización” el discurso del odio, que considera este autor debe circunscribirse a minorías, no extenderse a “autoridades, funcionarios, entidades o instituciones públicas”. BILBAO UBILLOS, J., “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España: la crónica de una condena anunciada”, *Revista General de Derecho Constitucional*, num. 28, 2018, pp. 16-30.

En el siguiente apartado se analizará la teoría de los *hechos institucionales* de Searle que podría aclarar este punto.

En el caso de la *incitación a la quema de la bandera nacional* se vuelve a plantear el dilema, desde el uso performativo del lenguaje simbólico, entre *expresiones* y *declaraciones*.

Si se considera como una *declaración*, en terminología de Searle, su emisión debe comportar un cambio en la realidad, de acuerdo con el contenido proposicional. Esto cabría deducirlo de este fragmento de la Sentencia cuando se afirma: “no ya el de la mera destrucción material de la bandera por el fuego, sino también la difusión a los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional y propios”⁵⁵.

Aunque si se atiende a la literalidad de lo expresado pudiera parecerlo, las circunstancias de este caso hacen ver que no se trata de una amenaza real, a diferencia del caso de la *cruz en llamas* y a diferencia del caso de los *insultos raciales*, aquí no se da un efecto de subordinación y silenciamiento, porque el lenguaje del odio sólo se predica de los miembros de las minorías, no de las banderas. Este caso guarda más similitudes con el que la *quema de la foto de los Reyes*, en primer lugar, porque los Reyes y la bandera son símbolos nacionales. En segundo lugar, en un caso se utiliza el lenguaje simbólico -quemar una foto- para mostrar rechazo y en el otro, se insulta a una bandera y se incita a quemarla.

En el Voto Particular del Magistrado Ollero Tassara se sostiene que “adecuadamente custodiada por el personal militar e izada a metros de altura absolutamente fuera del alcance de los manifestantes, por más que su líder les sugiriera, “*hai que prenderlle lume á puta bandeira*”, no se produjo *eficacia performativa* alguna.”⁵⁶ Esto cabría entenderlo de dos formas. La primera es que la emisión de esa frase no implicó como resultado efectivo la quema de la bandera. La segunda, más sofisticada, sería que esa frase es una *expresión* y no una *declaración*, según la terminología de Searle. Esto significa que expresa el estado psicológico del hablante, en un contexto performativo, algo similar a “deploro”, pero su emisión no significa un cambio en el mundo implicado por el contenido proposicional, algo similar a una promesa.

⁵⁵ STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020 FºJº 5º.

⁵⁶ Voto particular que formula el magistrado don Andrés Ollero Tassara, en relación con la sentencia dictada en recurso de amparo avocado al Pleno núm. 1691-2018. STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020.

Esta interpretación de los hechos del caso como una *expresión*, podría seguirse cuando en la Sentencia se afirma: “se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos.”⁵⁷

Una mención especial merece las palabras “puta bandera”, que se repiten dos veces. Es un insulto a un símbolo nacional, pero no a personas concretas, ni a miembros de las minorías. Una expresión de abierto rechazo, pero también son comunes este tipo de expresiones en el lenguaje popular, como advierte un Voto particular.⁵⁸ El punto importante es que los hechos, y el contexto, de este caso, son sustancialmente diferentes del caso de los *insultos raciales* y del caso de la *cruz en llamas* y no se aplican los efectos performativos de *subordinación* y *silenciamiento*.

3. Hechos institucionales -Searle-

Un elemento relevante en el enfoque de la performatividad y el discurso, más que a la emisión de unos sonidos determinados, está vinculado a un contexto concreto. Como señala Muñoz Conde, lo relevante es “esta capacidad expresiva o significativa de comportamiento humano en un determinado contexto de comunicación intersubjetiva.”⁵⁹

Desde esta perspectiva, Searle ofrece una distinción entre *hechos brutos* y *hechos institucionales*, que se entiende desde el trasfondo de la normatividad. Los *hechos brutos* serían “una cierta representación que los individuos tienen sobre lo que constituye el mundo y, consecuentemente, de lo que constituye conocimiento del mundo. Esta representación es fácil de reconocer, pero difícil de describir.”⁶⁰

Los *hechos institucionales* son, “en efecto, hechos; pero su existencia, a diferencia de los hechos brutos, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas”⁶¹. Searle aclara que éstas se refieren a “sistemas

⁵⁷ STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020 FºJº 5º.

⁵⁸ En el Voto particular del Magistrado Ollero Tassara se afirma “que España pudiera sentirse ultrajada por esa salida de tono no me parece probable, dado el trivial alcance del reprobable término, que pierde toda substantividad cuando se usa como adjetivo. Quizá habría que contabilizar las veces que el autor del mensaje, que no parece presumir de bienhablado, utiliza a diario calificativo tan habitual en más de un ambiente popular.” Voto particular que formula el magistrado don Andrés Ollero Tassara, en relación con la sentencia dictada en recurso de amparo avocado al Pleno núm. 1691-2018. STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 30-31.

⁶⁰ SEARLE, J., *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, traducción de Luis Valdés Villanueva, 2017, pp. 68-69.

⁶¹ Ídem, p. 70.

de reglas constitutivas.”⁶² Como ejemplos de *hechos institucionales*, Searle utiliza a la promesa, o el matrimonio, o las reglas del fútbol o la atribución de valor a un papel, que habitualmente se le llama dinero.⁶³

Es interesante porque Searle conecta su categoría de *declaraciones* y los *hechos institucionales* cuando afirma “con la excepción de las declaraciones sobrenaturales, todas las declaraciones provocan hechos institucionales, hechos que existen sólo dentro de los sistemas de reglas constitutivas, y que son, por tanto, hechos en virtud de acuerdo humano.”⁶⁴ Desde su análisis, Searle atribuye cuatro características a las *declaraciones* dentro de *hechos institucionales*:

- 1.- Una institución extralingüística.
- 2.- Una posición especial por parte del orador y, a veces, por el oyente, dentro de la institución.
- 3.- Una convención especial de que ciertas oraciones literales de lenguajes naturales cuentan como las realizaciones de ciertas declaraciones dentro de la institución.
- 4.- La intención del hablante al pronunciar esas oraciones que su enunciado tiene un estado declarativo, que crea un hecho correspondiente al contenido proposicional.⁶⁵

En su análisis de la naturaleza convencional del lenguaje, Ruiz Antón parte de afirmar que, para Searle, hablar un lenguaje es participar de una conducta gobernada por reglas. Y, en concreto, sostiene “lo que determinan esas reglas no son sucesos, ni efectos naturales, que se podrían producir independientemente de ellas, sino que las reglas constituyen y crean la modalidad de conducta que en cada ocasión se lleva a cabo con el correspondiente acto de habla”⁶⁶.

Refiriéndose al *uso operativo del lenguaje*, Carrió explica que “al formular su enunciado el testador está haciendo una cosa específica, que presupone la existencia de un sistema de reglas vigentes: está

⁶² Ídem, vid Di ROSA, A., *Hate speech e discriminazione. Un' analisi performativa tra diritti umani e teoria della libertà*, Mucchi Editore, Modena 2020, pp. 120-127.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ SEARLE, J., *Intentionality. An essay of the Philosophy of mind*, op. cit., p. 172.

⁶⁵ SEARLE, J. “How performatives work”, op. cit, p. 548.

⁶⁶ RUIZ ANTÓN, L. F., “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras”, cit., p. 494.

instituyendo un heredero. Del mismo modo, “cuando digo a otro ‘lo saludo cordialmente’ o ‘le prometo que iré’, estoy realizando con palabras actos que, según ciertas convenciones en vigor, constituyen un saludo o una promesa.”⁶⁷

Los insultos raciales se comprenden mejor dentro de un *hecho institucional*, ya que presuponen la existencia de instituciones, como el racismo estructural o la discriminación. En este sentido, aproximándose al concepto de racismo estructural, Powel afirma que “el racismo no tiene por qué ser intencional ni individualista. Las prácticas institucionales y los patrones culturales pueden perpetuar la inequidad racial sin basarse en actores racistas”⁶⁸ Calmore reflexiona sobre el racismo y propone “afrontar cuestiones de raza en este país simultáneamente en tres niveles: política pública, institucional e individual. Trascendiendo estos niveles, encontramos que la raza está muy arraigada dentro de nuestra organización social y entendimientos culturales.”⁶⁹

De esta forma, el racismo estructural funcionaría como la *institución extralingüística* de un *hecho institucional*, en el que se darían determinadas *declaraciones*, en forma de *insultos raciales* o *quema de cruces*, siguiendo el esquema de las características propuesto por Searle.

El insulto racial está regido por reglas, que serían las de un tipo específico de insulto. Si se considera que son *declaraciones* implican como efecto la subordinación y silenciamiento -en concreto- para el receptor y -en general – para la minoría de que se trate.

En el caso de la *cruz en llamas*, igualmente se comprende mejor dentro de un *hecho institucional*, ya que presupone la existencia de instituciones extralingüísticas, como el racismo estructural o la discriminación o las amenazas. Los hechos de la *cruz en llamas* están regidos por reglas. En este caso, se estaría ante una amenaza que, como señala Ruiz Antón, es “un *hecho institucional* que tiene como base un sistema de reglas”⁷⁰. En palabras de MacKinnon sobre este caso: “nadie llora por la madera carbonizada. Al invocar simbólicamente toda la historia violenta del Ku Klux Klan, dice: “negros fuera”, participando así

⁶⁷ CARRIÓ, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 20-21

⁶⁸ POWELL, J.A., "Structural Racism: Building upon the Insights of John Calmore", *North Carolina Law Review*, vol. 86, no. 3, 2008, p., 795.

⁶⁹ CALMORE, J.O., "Race/ism Lost and Found: The Fair Housing Act at Thirty", *University of Miami Law Review*, vol. 52, no. 4 1998, p. 1068.

⁷⁰ RUIZ ANTÓN, L. F., “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras”, cit. p. 495.

en el terrorismo y efectuando la segregación.”⁷¹ Si se considera que los hechos del caso constituyen una *declaración* –Searle-, en forma de amenaza, que implica subordinación y silenciamiento -en concreto- para el receptor y -en general- para la minoría de que se trate.

Sobre el caso de la quema de *foto de los Reyes*, se podría considerar que la quema de la foto de dirigentes políticos se comprende como un *hecho institucional*. A este respecto es interesante el caso que decidió el TEDH *Christian Democratic People’s Party c. Moldova (No. 2)*, donde se produjo la quema de fotos de líderes rusos y de la bandera de Rusia y se corearon lemas como “abajo el régimen totalitario de Voronin” y “abajo con el régimen de ocupación de Putin.”⁷² Según los tribunales internos, estos hechos implicaban “incitación al derrocamiento violento del régimen constitucional y odio hacia el pueblo ruso e instigación a una guerra de agresión contra Rusia.”⁷³

El Tribunal Europeo observa que tales lemas deben ser comprendidos como “una expresión de insatisfacción y protesta y no pueden considerarse razonablemente como un llamado a la violencia, incluso si va acompañada de la quema de banderas y fotografías de líderes rusos.”⁷⁴ Y, más adelante, reitera su conocida jurisprudencia sobre libertad de expresión y discurso político, cuando sostiene que en el caso se da: “una forma de expresar una opinión con respecto a un tema de *gran interés público*, a saber, la presencia de tropas rusas en el territorio de Moldavia. El TEDH recuerda en este contexto que la libertad de expresión se refiere no solo a ‘información’ o ‘ideas’ que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que *ofenden, conmocionan o perturban*.”⁷⁵

Quemar una foto de los Reyes, en un acto público, es una forma del lenguaje simbólico y se vincula a determinadas instituciones regidas por reglas, las cuales son un *hecho institucional*. La fuerza ilocucionaria del acto está algo indeterminada y requiere cierta interpretación. De forma sintética, la tesis del Tribunal Constitucional es que el acto ilocucionario se vincula con la amenaza, la incitación al odio y a la violencia y sería un tipo de *declaración* -Searle-. Por su parte, para el Tribunal Europeo de Derechos

⁷¹ MACKINNON, C., *Only words*, cit., 1996, p. 33.

⁷² Sentencia *Christian Democratic People’s Party c. Moldova (No. 2)* TEDH 2 febrero 2010, demanda no. 25196/04 parr. 9.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ Ídem. parr. 27.

⁷⁵ Ídem. Énfasis añadido.

Humanos el acto ilocucionario sería una *expresión* -Searle-, que se vincula con una forma de protesta radical y crítica política.

Pretender que la protección establecida en el discurso político para el lenguaje del odio se aplique a un acto simbólico contra el Jefe del Estado de un país puede suponer una cierta confusión. La explicación podría venir de considerar que el Jefe del Estado representa al Estado, o al conjunto de españoles, y es contra ese colectivo contra quien se dirige el mensaje de repudio del acto simbólico. A eso parece apuntar el Tribunal Constitucional, pero no lo dice explícitamente.

No obstante, como Jefe del Estado y representante institucional, también cabe la crítica política hacia su posición. Siendo evidente que los Reyes no pertenecen a un grupo vulnerable -objeto de lenguaje del odio- y siendo posible la interpretación del acto simbólico como mera crítica política y protesta, resulta entonces difícil justificar por qué limitar la expresión en este tipo de actos simbólicos.

Respecto al caso de *incitación a la quema de la bandera nacional*, una manera de enfocarlo sería afirmar que, en el contexto de las ceremonias militares, el respeto por los símbolos nacionales es un *hecho institucional*. Transgredir las reglas de este *hecho institucional* convierte las palabras emitidas por el trabajador respecto a la bandera como “innecesarias, ofensivas e irrespetuosas”⁷⁶ en palabras del Voto particular de la Magistrada Encarnación Roca Trías. Según afirma esta Magistrada, el objetivo de esas palabras era “presionar a la Administración de Defensa delante de sus instalaciones, con la finalidad de que interviniera en la resolución del conflicto laboral existente.”⁷⁷

Como se ha visto, se trata de una *expresión* -Searle- ”de una insatisfacción y protesta y no fue acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público.”⁷⁸En el Voto particular de los Magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón, donde se analiza el caso -ya comentado- del TEDH sobre Moldavia, se concluye afirmando que: “incluso en contextos altamente conflictivos, es posible entender que el uso de la libertad de expresión contra símbolos o instituciones es legítimo, siempre que no conlleven un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento

⁷⁶ Voto particular discrepante que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1691-2018 STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020.

⁷⁷Ídem..

⁷⁸ Ídem.

materialmente violento y dañino.”⁷⁹ Esto está vinculado al *standard* -que ha desarrollado el Tribunal Supremo norteamericano- sobre *el test del clear and present danger*, a partir del voto discrepante del Juez Holmes en el caso *Abrams*⁸⁰. Allí se estableció ese *test* como límite a la libertad de expresión, en el conocido ejemplo de “expresión no protegida” de “quien grita falsamente ‘fuego’ en un teatro lleno de gente, causando pánico”.⁸¹

4.- Comunicación como consenso -Habermas-

Frente a las visiones de Austin, Searle y Grice, Habermas plantea su propio y amplio enfoque que denomina “pragmática universal” donde se propone reconstruir la base universal de validez del habla⁸². Sus planteamientos versan sobre temas parecidos a la teoría de los Actos de Habla, pero la terminología, los enfoques y los conceptos básicos difieren.

Una de las grandes diferencias con Searle es el papel del acuerdo emisor/oyente que es central para Habermas. De esta forma, Habermas afirma que la meta del entendimiento es la producción de un acuerdo, que termine en la comunidad intersubjetiva de la comprensión mutua, del saber compartido, de la confianza recíproca y de la concordancia de unos con otros. El acuerdo descansa sobre la base del reconocimiento de cuatro correspondientes pretensiones de validez: inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud⁸³. A veces, el acuerdo no es posible y reconoce que “los estados más típicos son los pertenecientes a esa zona gris entre la no comprensión y el malentendido, entre la no veracidad intencionada y la involuntaria, entre la no concordancia velada y la no concordancia abierta, por un lado y la búsqueda de un entendimiento, por el otro”⁸⁴.

Desde esta perspectiva, Habermas distingue entre acciones comunicativas y acciones estratégicas. Mientras que en la acción comunicativa la fuerza generadora de consenso del *entendimiento* lingüístico,

⁷⁹ Voto particular que formulan el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1691-2018. STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020.

⁸⁰ *Abrams v United States*, 250 U.S. 16, 630 (1919) (Holmes, J. dissenting).

⁸¹ ROSENFELD, M.; “Hate speech in Constitutional jurisprudence: A comparative analysis”, *Cardozo Law School*, Working Paper series núm. 41, 2003, p. 18.

⁸² HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1989, traducción de Manuel Jiménez Redondo, p. 302.

⁸³ HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, op. cit, p. 301.

⁸⁴ *Idem*.

es decir, las energías que el propio lenguaje posee en lo tocante a crear vínculos, se tornan eficaces para la coordinación de la acción, en el caso de la acción estratégica el efecto de coordinación permanece dependiente de un ejercicio de influencias (el cual discurre a través de actividades no lingüísticas) de los actores sobre las situaciones de acciones y de los actores unos sobre otros. Vistos desde la perspectiva de los participantes, esos dos mecanismos, es decir, el mecanismo que representa un entendimiento motivador de convicciones y el *influjo* que cabe inducir a un determinado comportamiento, no tienen más remedio que excluirse⁸⁵.

De esta forma, lo que a todas luces se ha producido por influencias externas (gratificaciones o amenazas, sugestión o inducción a engaños) no puede contar intersubjetivamente como acuerdo; tal intervención pierde su eficacia en el momento de coordinar la acción⁸⁶. En los casos que se dé una utilización *latentemente* estratégica del lenguaje, afirma Habermas, éste vive parasitariamente del uso normal de él, porque sólo puede funcionar si, al menos, una de las partes supone falsamente que el lenguaje está siendo empleado con vistas a entenderse⁸⁷. En cambio, en los contextos de acción estratégica *manifiesta* son precisamente esas pretensiones de validez, la pretensión de verdad proposicional, de rectitud normativa y de veracidad subjetiva las que quedan socavadas o se vuelven vacías. Queda en suspenso el presupuesto de una orientación con pretensiones de validez⁸⁸.

En este sentido, Habermas pone el ejemplo del atracador de banco que grita “¡manos arriba!”, con pistola en mano, exige de los empleados la entrega del dinero. Aquí se muestra de forma drástica que en esta situación las condiciones de validez normativa han sido sustituidas por condiciones de sanción. Las condiciones de aceptabilidad de un imperativo desprovisto de toda cobertura normativa tienen que complementarse con tales condiciones de sanción⁸⁹.

Cabe plantearse si las expresiones del lenguaje del odio, en este caso de los *insultos raciales*, se incluyen, desde la perspectiva de Habermas, entre las acciones comunicativas o las acciones estratégicas. Este autor requiere para el caso de las acciones comunicativas que se dé un consenso entre hablante y receptor,

⁸⁵ HABERMAS, J., *Pensamiento postmetafísico*, Taurus Humanidades, Madrid, 1990, traducción de Manuel Jiménez Redondo, p. 73.

⁸⁶ Idem, p. 131.

⁸⁷ Idem, p. 75.

⁸⁸ Ídem, p. 77.

⁸⁹ Idem.

donde “el acuerdo se basa en *convicciones* comunes. El acto de habla de un actor sólo puede tener éxito si el otro acepta la oferta que ese acto de habla contiene, tomando postura (siquiera sea implícitamente) con un sí o con un no frente a una pretensión de validez que en principio es susceptible de crítica”⁹⁰.

¿Pueden los insultos raciales o las amenazas generar consenso o son acciones estratégicas?

Existe una tendencia a considerar las expresiones del lenguaje del odio como alejadas de las acciones comunicativas pero, sin embargo, se puede interpretar, en la línea de las teorías del *efecto de subordinación*, que lo que consigue el lenguaje del odio es que la propia víctima de estas expresiones acepte su *status* de subordinación. De esta forma, Habermas afirma que el hablante entabla con su imperativo una pretensión de poder a la que se somete el oyente cuando la acepta. Pertenece al significado de un imperativo el que el hablante abrigue una expectativa *fundada* de imponer su pretensión de poder; y esto sólo sucederá si H sabe que su destinatario tiene razones para plegarse a su pretensión de poder⁹¹.

En las acciones comunicativas, orientadas al entendimiento, sobre el consenso de fondo, es decir, al “reconocimiento en común” de pretensiones de validez que recíprocamente se plantean, Habermas considera que han de significar al menos lo siguiente:

-hablante y oyente saben implícitamente que cada uno de ellos ha de entablar las mencionadas pretensiones de validez para que, en general, pueda producirse una comunicación en el sentido de acción orientada al entendimiento;

-esto significa la convicción común de que las pretensiones de validez planteadas en cada caso, o bien (como sucede en el caso de la inteligibilidad de las oraciones emitidas) han quedado ya resueltas o desempeñadas o bien (como sucede en el caso de la verdad, veracidad o rectitud) podrían desempeñarse porque las oraciones, proposiciones, intenciones manifestadas y emisiones cumplen las correspondientes condiciones de adecuación⁹².

La oración gramaticalmente bien formada satisface la pretensión de *inteligibilidad*, el acto de habla comunicativamente logrado exige, además de inteligibilidad de la expresión lingüística, que los

⁹⁰ HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Trotta, Madrid, 2010, traducción de Manuel Jiménez Redondo, p. 333.

⁹¹ Ídem, p. 347.

⁹² HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, op. cit., pp. 301-302.

participantes en la comunicación estén dispuestos a entenderse y entablen y supongan mutuamente satisfechas las pretensiones de *verdad*, *veracidad* y *rectitud*. Las oraciones son objeto de análisis lingüísticos, los actos de habla objeto de un análisis pragmático⁹³⁹⁴

En un pasaje de la obra *Teoría de la acción comunicativa. Estudios y complementos*, Habermas se refiere a las acciones no lingüísticas advirtiendo que, por lo general, carecen del componente proposicional que expresa una experiencia o estado de cosas y, por tanto, estas acciones no pueden cumplir funciones expositivas. De esta forma, “al hacer señales a un taxi, al empezar el trabajo en el despacho a las ocho de la mañana, al reaccionar con el gesto de un padre a las pésimas calificaciones del niño, al sumarse a una manifestación, al expresar la no aceptación de una invitación, manteniéndose lejos, al dar la mano a un candidato que ha superado un examen, etc. sigo o trasgredo determinadas convenciones. Naturalmente, estas expectativas normativas tienen un contenido proposicional; sin embargo, el contenido proposicional tiene que ser conocido ya por los participantes para que el comportamiento expresado pueda considerarse comienzo de mi jornada laboral, reacción de un padre, participación en una manifestación, en una palabra: como acción. La propia manifestación no verbal no puede expresar el contenido proposicional de la norma que estoy presuponiendo, pues no puede cumplir funciones expositivas; ciertamente que puede entenderse como un indicador que trae a la memoria el contenido proposicional de la norma presupuesta”⁹⁵. La conclusión es que las expresiones no lingüísticas presuponen una norma que les da significado.

Desde su particular enfoque, Habermas propone un esquema de análisis de los Actos de Habla:

1.- Un acto de habla se logra, es decir, produce la relación interpersonal que H pretende con él si

⁹³ Idem, p. 331.

⁹⁴ Se puede destacar que estas cuatro *pretensiones de validez* son las siguientes:

- a) una pretensión de *inteligibilidad* para la emisión que supone la inteligibilidad de la expresión lingüística;
- b) una pretensión de *verdad* para el contenido proposicional;
- c) una pretensión de *rectitud* (aclara López de Lizaga que en alemán, *Richtigkeit*, que puede traducirse también por corrección, o incluso –un poco más arriesgadamente– por legitimidad) para la realización del propio acto de habla;

d) una pretensión de *veracidad*, es decir, la pretensión de que el hablante expresa, con su acto de habla, sus verdaderas creencias, intenciones o sentimientos. Vid. LÓPEZ de LIZAGA, J. L., “Pedir, exigir, ordenar, coaccionar. Searle y Habermas sobre la fuerza ilocucionaria de los actos de habla”, op. cit., p. 413. HABERMAS, J., *Pensamiento postmetafísico*, op. cit., p. 128. HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo II. Crítica de la razón fucionalista*, op. cit., p. 384.

⁹⁵ HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, op. cit., p. 337.

el acto de habla

-es comprensible y es aceptable, y

-es aceptado por el oyente.

2.- La aceptabilidad del acto de habla depende, entre otras cosas, de que se cumplan dos presuposiciones pragmáticas:

-La existencia de contextos restringidos típicos para cada tipo de actos de habla (“*preparatory rule*”);

-un compromiso reconocible del hablante de contraer determinadas obligaciones típicas de cada clase de acto de habla (“*essential rule*”, “*sincerity rule*”)

3.- La fuerza ilocucionaria de un acto de habla consiste en que puede mover al oyente a actuar bajo la premisa de que el compromiso del hablante, señalado en un acto de habla, va en serio. Esta fuerza

-en el caso de los actos de habla institucionalmente ligados, el hablante puede tomarla directamente de la fuerza vinculante de las normas vigentes;

-en el caso de los actos de habla institucionalmente no ligados, el hablante puede desarrollarla de forma que motive al oyente al reconocimiento de pretensiones de validez

4.- Hablante y oyente pueden moverse mutuamente al reconocimiento de pretensiones de validez porque el contenido del compromiso del hablante viene determinado por una referencia específica a una pretensión de validez semánticamente subrayada, de modo que el hablante

-con una pretensión de validez asume obligaciones de fundamentar,

-con una pretensión de rectitud asume obligaciones de justificar,

-con una pretensión de veracidad asume obligaciones de acreditar con obras lo que dice

y todo ello susceptible de comprobación o examen⁹⁶. Es interesante porque en este pasaje Habermas utiliza la terminología de Searle sobre *preparatory rule*, *essential rule* y *sincerity rule*.

No obstante, el enfoque de Habermas se aparta del de Searle, en algunos aspectos y, de hecho, ambos son protagonista del debate Searle - Habermas. Así, Habermas afirma que, “desde mi punto de vista, en cambio, un acto de habla que un hablante emplea con el fin de entenderse con un destinatario sobre algo, expresa simultáneamente: a) una intención del hablante; b) un estado de cosas; c) y una relación interpersonal”⁹⁷.

Analizando este debate entre Habermas y Searle, López de Lizaga apunta que Searle niega, en primer lugar, que el éxito ilocucionario de un acto de habla requiera el acuerdo entre hablante y oyente: en su opinión basta simplemente la comprensión meramente lingüística por parte del oyente para que el fin ilocucionario pueda considerarse logrado. Y en segundo lugar, Searle niega que todo acto de habla entable esas “pretensiones de validez” que el oyente debe aceptar o rechazar, y que constituyen el núcleo de la concepción habermasiana de la comunicación lingüística⁹⁸.

Sobre el primer punto, el choque de los dos enfoques Searle - Habermas es claro y afecta a aspectos medulares de ambas teorías. De esta manera, Habermas critica a Searle cuando sostiene que “se limita a la perspectiva del hablante y no presta atención a la dinámica de la discusión y el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez, es decir, a la *formación de consenso*. El modelo de Searle, al centrarse solamente en las dos relaciones lingüísticamente mediadas entre un actor solitario y un único mundo, el objetivo, no deja espacio para la relación intersubjetiva entre participantes en la comunicación que se entienden entre sí sobre algo en el mundo. En el desarrollo del modelo se hace patente la estrechez del supuesto ontológico en que se funda”⁹⁹.

La réplica de Searle es clara: “no podemos analizar el significado, la comunicación y los actos de habla en términos del intento de lograr consensos, porque, a no ser que se produzca una comprensión real de

⁹⁶ Idem, pp. 364-365.

⁹⁷ HABERMAS, J., *Pensamiento postmetafísico*, op. cit., p. 140-141.

⁹⁸ LÓPEZ de LIZAGA, J. L., “Pedir, exigir, ordenar, coaccionar. Searle y Habermas sobre la fuerza ilocucionaria de los actos de habla”, op. cit., p. 418.

⁹⁹ HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo II. Crítica de la razón fucionalista*, op. cit., p. 372.

un acto de habla significativo en una comunicación lograda, no hay nada sobre lo que pueda haber consenso, no hay ninguna forma de especificar los términos del consenso”¹⁰⁰.

Sobre el segundo punto, Habermas propone la equivalencia entre sus condiciones de validez y las categorías de Searle cuando se refiere a que “si se considera en conjunto el análisis que Searle efectúa de las condiciones de los actos de habla, en cierto modo cabe encontrar en su esquema analítico las tres mencionadas pretensiones de validez si bien bajo una descripción distinta. En una discusión Searle propuso analizar la pretensión de rectitud en términos de sus *preparatory conditions*, la pretensión de veracidad en términos de sus *sincerity conditions* y la pretensión de verdad en términos de sus *essential conditions*”¹⁰¹.

Sin embargo, aclara López de Lizaga que “Searle niega que aquí se trate de una mera diferencia terminológica. Y es que la tesis habermasiana de que el hablante entabla pretensiones de validez que el oyente puede juzgar, aceptar o rechazar sobre la base de argumentos, presupone ya un nivel complejo de interacción no sólo lingüística, sino también social. Dicho de otro modo: con su teoría de las pretensiones de validez, Habermas presenta como la forma más fundamental y originaria de la comunicación lingüística (y también como el ideal normativo de toda comunicación) un tipo de comunicación muy complejo, que probablemente es muy tardío desde el punto de vista evolutivo, y que presupone ya un buen número de instituciones y normas sociales que van mucho más allá de las escuetas condiciones básicas del intercambio de actos de habla”¹⁰².

El enfoque de Habermas se aparta de las visiones anteriores sobre los Actos de Habla y presenta sus características originales que parten de distinguir entre acciones estratégicas y acciones comunicativas y éstas últimas son concebidas desde la afirmación de un consenso que implica la aceptación de hablante y receptor.

En el caso de la *quema de cruces* el mensaje de amenaza, junto con el efecto de subordinación y silenciamiento, puede ser captado, e incluso comprendido, por el receptor y por terceros. Podrían darse

¹⁰⁰ SEARLE, J., “Response: Meaning, Intentionality, and Speech Acts” en E. Lepore y R. Van Gulick, (eds.) *John Searle and his critics*, Blackwell, Oxford, 1991, p. 92.

¹⁰¹ HABERMAS, J., *Pensamiento postmetafísico*, op. cit, p. 150.

¹⁰² LÓPEZ de LIZAGA, J. L., “Pedir, exigir, ordenar, coaccionar. Searle y Habermas sobre la fuerza ilocucionaria de los actos de habla”, op. cit, p. 421.

dos situaciones: o bien, que el receptor lo acepte e internalice, o bien, que lo considere un ataque o un ultraje o un aviso de un peligro mayor. En el primer caso, se puede hablar de un consenso emisor/receptor, en el segundo caso, no se daría este consenso.

Sobre el caso de la *quema de la foto de los Reyes* el Tribunal Constitucional afirma, en primer lugar, que “la escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados.”¹⁰³ Y, en segundo lugar, el Tribunal sostiene que “la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio.”¹⁰⁴ Quizá se podría hacer alguna distinción sobre el público de aquella manifestación y quien visiona el video del evento. También se podría entrar en un juicio de intenciones, pero se puede concluir que el consenso emisor/receptor para un espectador de este video no tiene por qué establecerse en los términos expuestos por el Tribunal. Sobre todo porque el espectador puede interpretar que se trata de un ejercicio legítimo del derecho a la protesta y a la crítica política.

Sobre el caso de *incitación a la quema de la bandera nacional*, no se daría el consenso emisor/receptor ya que, como se relata en la Sentencia, se da “además del ‘intenso sentimiento de humillación’ que, según refiere la sentencia de apelación, sufrieron los militares presentes en el acto, también la manifestación de algunas de las trabajadoras participantes en la concentración, que dijeron ‘no, eso no’.”

105

Sin embargo, se puede considerar que esas palabras, en ese contexto tienen el efecto performativo de una *expresión* -Searle-, similar a *deploro* o *censo*, dirigido a una bandera, que es un símbolo nacional. El *hecho institucional* del respeto por los símbolos nacionales, en el contexto de una ceremonia militar, hace que esa *expresión sea comprendida*, pero se considere por el público congregado extremadamente inoportuna -u ofensiva-.

¹⁰³ STC 177/2015 de 22 de julio. Fº.Jº. 4º.

¹⁰⁴ STC 177/2015 de 22 de julio. Fº.Jº. 4º.

¹⁰⁵ STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020 FºJº 5º.

5. Algunas conclusiones

En la conocida expresión de Dworkin: “la Filosofía del Derecho *-Jurisprudence-* es la parte general de la adjudicación, el *prólogo silencioso* a cualquier decisión en Derecho.”¹⁰⁶ Conectar nociones de filosofía del lenguaje y hacerlas útiles en el contexto de explicar y justificar la resolución de casos judiciales sobre lenguaje del odio y/o simbólico es una cierta tarea de microscopio, supone perfilar un análisis iusfilosófico sobre aquellos elementos que subyacen a la literalidad de la letra de las sentencias o códigos. Su interés deriva de consolidar categorías dogmáticas, que puedan ser útiles para interpretar el Derecho y poder justificar futuras decisiones judiciales, desde lo más concreto a lo más abstracto, en un *ascenso justificatorio*. Desde esta perspectiva, este enfoque sigue la vía dworkiniana del *prólogo silencioso*...

Con las palabras -y el lenguaje simbólico- se pueden *hacer cosas*. Entre estas, se pueden cometer delitos, como amenazar o injuriar. Es interesante atender al enfoque performativo en los casos del lenguaje del odio. MacKinnon y Butler, analizando el tema de la pornografía y el caso -analizado- de la *quema de cruces*, llegan a formular el argumento de la subordinación y silenciamiento para las minorías, como los efectos performativos de un tipo de discurso -pornográfico, amenazante, odioso- que no estaría protegido por la ley.

La distinción entre *expresiones* y *declaraciones*, desde la taxonomía de actos ilocucionarios ofrecida por Searle, permite explicar por qué en el caso de los *insultos raciales* y la amenaza del caso de la *quema de cruces* se está ante *declaraciones*, mientras que en el caso de la *quema de la foto de los Reyes* y el de la *incitación a la quema de la bandera nacional* se trata de *expresiones*.

Otro concepto estudiado por Searle son *hechos institucionales*. En el caso de los *insultos raciales*, el *hecho institucional* es el racismo estructural o la discriminación. En el caso de la *quema de cruces*, se añade el *hecho institucional* de la amenaza en forma de quema de cruces, que es un uso de grupos racistas. En el caso de la *quema de la foto de los Reyes*, el *hecho institucional* es algo ambiguo, pero existe un uso de quema de fotos de gobernantes, o políticos, para expresar crítica política o abierta oposición, avalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este uso del lenguaje simbólico como crítica política, conformaría un *hecho institucional* y sería discurso protegido. En el caso de la *incitación a la quema de la bandera nacional*, el *hecho institucional* es el respeto a los símbolos nacionales en las ceremonias

¹⁰⁶ DWORKIN, R. , *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1991, p. 90.

militares, lo cual convierte los hechos en cuestión en inoportunos y ofensivos, pero no necesariamente merecedores de sanción penal.

Respecto al enfoque de la *comunicación como consenso* que propone Habermas, cabe distinguir dos niveles. La mera comprensión del acto performativo y su aceptación por el destinatario. En los casos analizados, en parte porque constituyen *hechos institucionales*, se suelen dar pocas dudas sobre la comprensión de estos actos, sin embargo, no suelen ser aceptados por sus destinatarios. En el caso de los *insultos raciales*, se da una *declaración* que implica subordinación y silenciamiento, puede ser comprendida pero no aceptada. Cabe que los destinatarios internalicen esa subordinación y silenciamiento, entonces podría darse el consenso. El caso de la *quema de cruces*, es una *declaración* de una amenaza que implica subordinación y silenciamiento. Puede ser comprendida, pero no aceptada, aunque cabe que sea internalizada y cabría el consenso.

El caso de la *quema de la foto de los Reyes* es una *expresión* de crítica política lo cual puede comprenderse, pero no necesariamente aceptarse. En el caso de la *incitación a la quema de la bandera nacional* se da una *expresión* de rechazo a un símbolo nacional, lo cual puede comprenderse, pero no necesariamente aceptarse y por ello es por lo que el público congregado en el acto no compartió ese rechazo al símbolo nacional.

Analizar algunos casos judiciales de lenguaje del odio y/o simbólico, desde las teorías de la performatividad de los actos de habla, puede abrir un interesante panorama, para abordar los efectos de determinados discursos y su relevancia jurídica. En ocasiones, una pretendida neutralidad sobre los efectos performativos del discurso tiene como consecuencia la desprotección y el no adecuado reconocimiento para los miembros de las minorías.

6. Bibliografía

- AUSTIN, J. L., "Performative-constative" en Searle, John (ed.) *Philosophy of language*, Oxford University Press, 1971, pp. 13-22.
- AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Barcelona, 2017, traducción de Genaro Carrió y Eduardo A. Rabossi.
- BERDINI, F., "Speech acts and normativity: A plea for inferentialism", *Esercizi Filosofici*, 8, 2013, pp. 71-88.
- BILBAO UBILLOS, J., "La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España: la crónica de una condena anunciada", *Revista General de Derecho Constitucional*, 28, 2018, pp. 16-30.
- BUTLER, J., *Lenguaje, poder e identidad*, Editorial Síntesis, Madrid, 2004, traducción de Javier Sáez y Beatriz Preciado.
- BUTLER, J. ATHANASIOU, A., *Dispossession: the performative in the political*, Polity Press, Cambridge, 2013
- CARRIÓ, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- DELGADO, R., "Words that wounds: A tort action for racial insults, epithets and name calling", AA.VV., *Words that wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Routledge, New York, London, 2018, pp. 89-110.
- DUFF, R. A.; MARSHALL, S.E., "Criminalizing Hate?", *Legal Studies Research Papers Series, Research paper No. 15-34, University of Minnesota Law School*, 2015, pp. 1-48.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1991.
- DWORKIN, R., *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- Di ROSA, A., *Hate speech e discriminazione. Un' analisi performativa tra diritti umani e teoria della libertà*, Mucchi Editore, Modena 2020.
- FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, traducción de Víctor Ferreres Comella y Jorge Malem Seña.
- HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1989, traducción de Manuel Jiménez Redondo.
- HABERMAS, J., *Pensamiento postmetafísico*, Taurus Humanidades, Madrid, 1990, traducción de Manuel Jiménez Redondo.
- HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*, Trotta, Madrid, 2010, traducción de Manuel Jiménez Redondo.
- HURD, H.M., MOORE, M.S., "Punishing Hatred and Prejudice", *Stanford Law Review*, núm. 56, vol. 5, 2004, pp. 1081-1146.
- LAWRENCE, Ch. R. III et al., "Introduction" AA.VV., *Words that wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Routledge, New York, London, 2018, pp. 1-16
- LEVIN, A., *The Cost of free speech, Pornography, hate speech, and their challenge to liberalism*, Palgrave MacMillan, New York, 2010.
- LÓPEZ de LIZAGA, J. L., "Pedir, exigir, ordenar, coaccionar. Searle y Habermas sobre la fuerza ilocucionaria de los actos de habla", *Estudios de Lingüística del Español*, 36, 2015, pp. 411-430.
- MACKINNON, C., *Only words*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.

POLAINO NAVARRETE, M., POLAINO-ORTS, M., *Cometer delitos con palabras, Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico penal*, Dykinson, Madrid, 2004.

ROSENFELD, M., “Hate speech in Constitutional jurisprudence: A comparative analysis”, *Cardozo Law School*, Working Paper series núm. 41, 2003.

RUIZ ANTÓN, L. F. , “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras” en Cerezo Mir, José *et. al.*, *Nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999.

SEARLE, J. “How performatives work”, *Linguistic and Philosophy*, 12, 1989, pp. 535-558.

SEARLE, J., “Response: Meaning, Intentionality, and Speech Acts” en E. Lepore y R. Van Gulick, (eds.) *John Searle and his critics*, Blackwell, Oxford, 1991.

SEARLE, J., *Intentionality. An essay of the Philosophy of mind*, Cambridge University Press, New York, 1999.

SEARLE, J., “A taxonomy of illocutionary acts”, en Searle, John, *Expression and meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, 1999, pp. 1-29.

SEARLE, J., *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 2017, traducción de Luis Valdés Villanueva.

TSESIS, A., *Free speech in the balance*, Cambridge University Press, Cambridge New York, 2020.

Sentencias citadas

España

- STC 177/2015 de 22 de julio 2015.
- STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020.

Tribunal Europeo de derechos humanos

- Sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* TEDH 13 de marzo 2018, demandas nº 51168/15 y 51186/15.
- Sentencia *Christian Democratic People’s Party c. Moldova* (No. 2) TEDH 2 febrero 2010, demanda no. 25196/04.

Norteamérica

- Abrams v. United States*, 250 U.S. 16, 630 (1919) (Holmes, J. dissenting).
- *Agarwal v. Johnson* , 25 Cal.3d 932.
- Wiggs v. Courshon*, 355 F. Supp. 206 (S.D. Fla. 1973).
- R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).