

**TOLERANCIA Y DERECHOS.
EL LUGAR DE LA TOLERANCIA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

CONSEJO EDITORIAL

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

**TOLERANCIA Y DERECHOS.
EL LUGAR DE LA
TOLERANCIA EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL**

Betzabé Marciani Burgos

Prólogo de Luis Prieto Sanchís

Colección: Teoría y filosofía del Derecho

Director:

Dr. Luis Prieto Sanchís

Catedrático de Filosofía del Derecho

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2016 Betzabé Marciani Burgos

© 2016 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16652-39-6

Depósito legal: B-22967-2016

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1. MARCO CONCEPTUAL SOBRE LA TOLERANCIA	23
1.1. Evolución histórica del concepto de tolerancia	23
1.1.1. La tolerancia de los antiguos	24
1.1.2. La tolerancia moderna: de la tolerancia negativa a la tolerancia positiva	29
1.2. Los presupuestos de la tolerancia y su distinción respecto de otros conceptos	33
1.2.1. Competencia adecuada	36
1.2.2. Tendencia a prohibir	39
1.2.3. La ponderación de razones y la cuestión de si la tolerancia es intrasistemática o intersistemática	40
1.3. Hacia una especificación del concepto de tolerancia: la tolerancia desde el punto de vista iusfilosófico, de la filosofía moral y de la filosofía política	50
CAPÍTULO 2. EL ENFOQUE IUSFILOSÓFICO DE LA TOLERANCIA: DESARROLLOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	53
2.1. Los derechos fundamentales y la tolerancia	53
2.1.1. Sobre permiso y tolerancia	55
2.1.2. Sobre derechos, libertades y tolerancia	61
2.2. ¿Se puede seguir hablando jurídicamente de tolerancia?	75
2.2.1. La propuesta de Atienza y Ruiz Manero	76
2.2.2. La propuesta de Massimo La Torre	78
2.2.3. La propuesta de García Figueroa	80
2.2.4. Tolerancia de acciones (opiniones y manifestaciones de la identidad) e intolerabilidad de la injusticia: la propuesta de Luigi Ferrajoli	84

CAPÍTULO 3. EL ENFOQUE DE LA FILOSOFÍA MORAL Y POLÍTICA: LAS RAZONES DE LA TOLERANCIA Y SU CONFIGURACIÓN ACTUAL	91
3.1. El argumento moral del liberalismo: la tolerancia como manifestación del respeto a la autonomía del individuo.	93
3.2. El argumento prudencial del escepticismo político: la tolerancia como <i>modus vivendi</i> o la forma de lograr una convivencia pacífica en un mundo plural	99
3.2.1. Escépticos políticos versus optimistas políticos.	99
3.2.2. El argumento prudencial: la tolerancia como <i>modus vivendi</i>	109
3.3. El argumento epistemológico del optimismo político: el tránsito desde la búsqueda de la verdad al diálogo y los consensos.	113
3.3.1. La tolerancia y el accidentado camino hacia el conocimiento de la verdad.	114
3.3.2. Las alternativas dialógicas y la vía del consenso. La tolerancia como un valor epistemológico para el diálogo	122
3.4. Más allá de nuestras fronteras. Una referencia a la idea de tolerancia en el orden internacional de John Rawl	135
CAPÍTULO 4. ¿UNA NUEVA PERSPECTIVA ÉTICA DE LA TOLERANCIA? LA TOLERANCIA Y EL PARADIGMA DEL RECONOCIMIENTO	145
4.1. La necesidad de reconocimiento: consideraciones psicológicas y antropológicas	146
4.2. La identidad arraigada y la tolerancia vista desde la perspectiva de la no neutralidad de contenidos sustantivos de los comunitaristas.	149
4.3. El reconocimiento como nuevo paradigma ético vinculado a la autonomía y la autorrealización	159
4.4. La justicia como reconocimiento y la justicia liberal distributiva: ¿es mejor un cambio total de perspectiva o una perspectiva integradora sobre la justicia?.	162
4.5. Una nueva tolerancia dirigida al reconocimiento	172
4.5.1. La tolerancia como reconocimiento como una forma de tolerancia positiva	172
4.5.2. La tolerancia como reconocimiento frente a la tolerancia liberal.	176
4.5.3. Objeciones al concepto de tolerancia como reconocimiento y críticas a las políticas de reconocimiento	185
CAPÍTULO 5. EL LENGUAJE SEXISTA Y EL <i>HATE SPEECH</i>: UN PRETEXTO PARA DISCUTIR SOBRE LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE LA TOLERANCIA LIBERAL.	191
5.1. El estado de la cuestión	194
5.2. Los argumentos para defender la primacía de la libertad de expresión y contra la censura del <i>hate speech</i>	198
5.3. ¿Libertad o igualdad? El dilema del liberalismo reflejado en el caso <i>hate speech</i>	202
5.4. El caso de las caricaturas de Mahoma	214

5.5. Alternativas a la censura desde el enfoque de la resignificación del lenguaje	219
5.6. La guerra del <i>rap</i> (o la extraña coincidencia de progresistas y conservadores contra el lenguaje vulgar).....	223
5.7. A modo de conclusión: hacia un enfoque pragmático, argumentativo y no dogmático del <i>bate speech</i>	227
BIBLIOGRAFÍA	233

PRÓLOGO

La filosofía de la tolerancia en la cultura occidental tiene un origen histórico bastante preciso. En el contexto de la ruptura de la unidad religiosa como consecuencia de la Reforma y de la consolidación de los Estados absolutistas en la Europa del siglo XVI, la religión se convirtió en un elemento clave de identificación nacional y de legitimación de las monarquías. De un lado, las iglesias tienden a integrarse en el Estado, incorporando sus finalidades a la causa política, algo que resulta patente en los Estados protestantes pero que no deja de ocurrir en los católicos; de otro, los príncipes temporales encuentran en la religión un formidable instrumento de adhesión política. El resultado serían las sangrientas guerras de religión y la implacable persecución de los disidentes: *cuius regio, eius religio*, la religión del príncipe es la religión del Estado, con exclusión de cualquier otra. En estas condiciones, la tolerancia religiosa comenzará a ser el anhelo de una Europa desgarrada por las guerras incesantes y por la represión interna de las minorías, de Erasmo o Moro a Locke, de Bodino a Milton o Bayle.

Sin embargo, hay que apresurarse a decir que aquella filosofía de la tolerancia religiosa de los siglos XVI y XVII distaba bastante de la que hoy denominamos libertad de conciencia o libertad ideológica y religiosa, para mantener la terminología de la constitución española. Al menos por dos motivos entrelazados entre sí que afectan tanto al fundamento como al alcance respectivo de la tolerancia y de los derechos fundamentales.

En primer lugar, las razones de la vieja tolerancia no son coincidentes con las razones de la libertad de conciencia, esto es, el reconocimiento de un ámbito de inmunidad individual para expresar, practicar y actuar conforme a las propias creencias, el reconocimiento de un *derecho natural* que no es creado por el Estado, sino que, al contrario, representa la razón misma de su existencia. En los autores del Antiguo Régimen y supuesto el *ius circa sacra* del príncipe, la tolerancia se postula en cambio como una *concesión* fundada en razones preferentemente religiosas y políticas: la confianza en una próxima y deseable reunificación de las iglesias y el convencimiento de que es la palabra y no la fuerza el mejor medio para alcanzarla; y la preocupación por la paz y la prosperidad de

la república, amenazadas por guerras, persecuciones y prácticas intolerantes. El pluralismo se considera en todo caso como un *mal* con el que sin embargo conviene transigir, bien para recuperar la ansiada unidad de creencias, bien como un mal menor necesario para preservar otros intereses de seguridad o de cohesión social y política.

La segunda gran diferencia entre la tolerancia y la libertad de conciencia tal y como hoy se conoce en el Estado constitucional tiene que ver con su alcance. Para empezar, los primeros filósofos de la tolerancia se mostraron bastante selectivos a la hora de fijar qué cosas eran tolerables y cuáles no, excluyendo generalmente este beneficio para los católicos y para los ateos: los primeros por prestar obediencia a una autoridad distinta del soberano, frente a quien incluso podían resistirse cuando fuera declarado hereje o excomulgado; los segundos por disolver todo vínculo de sumisión u obediencia, que se concebía al mismo tiempo con un fundamento político y religioso. Pero, sobre todo, aquella tolerancia suponía excluir la sanción penal de los disidentes, pero en modo alguno impedía su discriminación civil. Más bien todo lo contrario: un modelo de confesionalidad o de religión de Estado se basa siempre en la proclamación de una fe verdadera, de una ideología o cosmovisión como objeto de especial protección pública y consiguientemente en la privación o limitación de derechos o estatus para quienes no comulgan con la ortodoxia.

En resumen, históricamente la filosofía de la tolerancia fue un primer y decisivo paso hacia la plena libertad de conciencia, y con ello un impulso trascendental para el desarrollo de los derechos fundamentales, pero ser tolerado no equivale todavía a tener un derecho. En su significado original, la tolerancia es o puede ser un elemento del Estado absoluto y confesional, pero parece un cuerpo extraño en el marco de un Estado constitucional basado en los derechos: aquí los poderes —los poderes de verdad, no el llamado poder constituyente— no conceden nada porque carecen de competencia sobre el ejercicio de los derechos; por supuesto tampoco han de transigir con ningún mal porque les está vedado asimismo proponer ideales de virtud o pronunciarse sobre presuntas verdades morales; y, en fin, por la misma razón no pueden trazar discriminaciones jurídicas a partir de las opciones éticas o de los modos de vida de sus ciudadanos.

Y, sin embargo, lo cierto es que seguimos hablando de tolerancia. Tanto en nuestro lenguaje cotidiano como en contextos más teóricos o académicos, la tolerancia se propone como una virtud ética de reconocimiento y comprensión del *otro*, como una pauta de filosofía política que impulsa el diálogo y el acuerdo sobre principios públicos de justicia, e incluso como una figura que debe conservar su lugar en el lenguaje jurídico y de la filosofía del Derecho. Aquí reside a mi juicio un mérito sobresaliente del volumen de Marciani, consistente en haber sabido recomponer, analizar y presentarnos con claridad los plurales significados de la tolerancia para unas circunstancias enteramente distintas a las que definieron su alumbramiento.

Ciertamente, el significado de la tolerancia en el lenguaje jurídico de nuestros días presenta un carácter residual cuando no fuertemente estipulativo: la tolerancia en el sentido original de permisión de ideas, manifestación de creencias o

conductas del sujeto ha quedado embebida en la constelación de los derechos. En realidad, hoy la tolerancia quiere presentarse más bien como un modo de ser de las normas jurídicas y de los propios derechos fundamentales en el marco de un constitucionalismo que parece haber incorporado decididamente la moral al Derecho y que se muestra abierto al desarrollo del razonamiento práctico; ahora, aunque suene paradójico, quienes resultan formalmente tolerantes son los propios derechos, que admiten excepciones, que son objeto de ponderación con otros principios o derechos que suministran argumentos contrarios a su virtualidad y, en suma, que pueden resultar derrotados. El sistema jurídico resulta ser tolerante porque admite que algunas de sus normas en determinadas circunstancias se repliegan en su aplicación ante la concurrencia de razones más fuertes. Si no me equivoco, esto es equivalente a lo que Zagrebelsky denomina el Derecho *mitte*, que acertadamente fue traducido al español como *dúctil* pero que pudo traducirse también como templado o tolerante; un Derecho que es característico del constitucionalismo contemporáneo y que, como se ve, poco tiene en común con la vieja tolerancia.

Pero naturalmente las razones de la tolerancia entendida como aceptación de las diferencias siguen vivas en las sociedades políticas de nuestros días. Por qué en la esfera pública debemos tolerar aquello que no compartimos, y hasta dónde debemos tolerarlo, son interrogantes que nos sitúan en el ámbito de la filosofía política y que reciben respuestas que en muchos casos gozan de un dilatado recorrido histórico, aunque hoy se presenten con un lenguaje diferente. El presente ensayo examina con detalle esos nuevos o renovados argumentos, que por lo demás creo que no deben considerarse necesariamente incompatibles: el imperativo liberal de respeto hacia la autonomía y dignidad de las personas, que es el fundamento mismo de los derechos, no impide admitir razones estratégicas o prudenciales a favor de la tolerancia, especialmente en contextos de fuerte pluralidad o multiculturalidad. En el diálogo a propósito de principios de justicia entre sujetos que profesan distintas creencias o concepciones del bien, el espíritu de la tolerancia se muestra así como un método de evitación de conflictos y como un límite a la esfera de lo que puede decidirse; la tolerancia invita a no enturbiar la búsqueda de consensos con la introducción de argumentos de autoridad que tienen su origen en concepciones morales o religiosos particulares, y que deben quedar a salvo de la esfera de los principios que se postulan como comunes. De ahí que en mi opinión la idea de tolerancia no juegue papel alguno como forma de alcanzar consensos a propósito de presuntas verdades morales, en particular si, como suele ocurrir, tales consensos traspasan el nivel de lo contrafáctico y quieren identificarse con proyectos de democracia política moralizante.

Finalmente, hoy se abre paso un nuevo significado de tolerancia que se quiere vincular al paradigma del reconocimiento, que a su vez pretende ofrecer una respuesta moral a la exclusión histórica de individuos y de grupos socialmente estigmatizados o humillados. Se trata de una tolerancia positiva orientada a comprender en lugar de meramente a soportar, y que implica no sólo el respeto, sino también una actividad promocional o de especial consideración hacia las diferencias a fin de asegurar el pluralismo. También se encontrará aquí una cuidada re-

construcción de este nuevo significado, de sus variantes y también de sus riesgos, así como de las críticas que ha recibido. Por mi parte, y dicho apresuradamente, creo que la llamada tolerancia positiva o se concibe como una virtud privada o, en la esfera pública, presenta problemas análogos a los que suscitan las doctrinas que propugnan una suerte de «subvención de la libertad», de desarrollo de una función promocional o de prestación en relación con las libertades o derechos que no son en sí mismos prestacionales (los derechos sociales). Tales problemas se resumen en dos: el surgimiento de discriminaciones jurídicas en el ejercicio de los derechos fundamentales y la quiebra de la neutralidad moral de los poderes públicos.

El presente volumen inaugura esta colección de teoría y filosofía del Derecho de la Editorial Atelier y creo que constituye un espléndido ejemplo del programa que quiere orientar nuestra empresa. El libro de Marciani conjuga el rigor y la seriedad académica con la información solvente y la claridad expositiva de problemas que se hallan en el centro mismo del actual debate político y jurídico. En mi opinión, es una cabal muestra de la más que estimable filosofía del Derecho del mundo latino que se viene alumbrando en las últimas décadas y que, sin sectarismos ideológicos ni metodológicos, tiene en este sello editorial un nuevo lugar de expresión.

Por último, conviene indicar que esta obra recoge en lo sustancial la que fuera tesis doctoral de la autora, elaborada con esfuerzo y paciencia durante varios años (no al modo *express*) bajo la dirección del Dr. Alfonso García Figuerola. La amistad que me une con ambos, cimentada en una prolongada colaboración académica, explica que hayan tenido la benevolencia de ofrecerme la redacción de este Prólogo, que tan sólo quiere ser una invitación a la lectura y que, al mismo tiempo, me ha brindado la oportunidad de presentar esta nueva colección de teoría y filosofía del Derecho.

Luis PRIETO SANCHÍS

INTRODUCCIÓN

La tolerancia es un elemento esencial de los actuales debates políticos. Forma parte de los discursos de los líderes de los Estado democráticos; de las reflexiones filosóficas, políticas, jurídicas y sociológicas acerca de la gestión de la diversidad en nuestras sociedades; pero también de las deliberaciones de la sociedad civil y del hombre común y corriente que debe convivir con dicha diversidad. La actualidad del término *tolerancia* se hace patente en las discusiones sobre el uso de los velos islámicos o el *burka* en algunos países europeos, en los debates acerca del espacio que le corresponde a la religión en las sociedades seculares de Occidente, en las reformas legales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, y en muchos otros asuntos que diariamente enfrentan a las sociedades democráticas con lo ajeno y diferente, pero también con la valoración de sus propias tradiciones y costumbres, y con la interpretación de los principios de libertad e igualdad sobre los que se sustentan.

Hoy se suele hablar de tolerancia en varios sentidos, a partir de distintas perspectivas o ámbitos de estudio y en alusión a realidades que, quizá, deberían describirse mejor con otros conceptos. Aunque el término *tolerancia* forma parte de nuestro vocabulario más ordinario, cuando intentamos precisar su contenido, diferenciarlo de otros conceptos con los que se confunde y describir los elementos que lo conforman y distinguen, empiezan a surgir las dificultades.

En nuestra época de globalización; de *choque y diálogo* de civilizaciones; de búsqueda de consensos morales universales, pero también de retorno a lo particular; de lucha por la igualdad, pero también por la diferencia; de derechos, pero también de las más mayores desigualdades sociales,¹ seguimos hablando de tole-

1. La brecha que hoy separa a ricos y pobres es la más grande de toda nuestra historia y ha sido puesta de manifiesto en trabajos como los de Thomas Pogge (2005), Luigi Ferrajoli (2005a) o Marisa Iglesias (2006). Como refiere Pogge: «Los 2800 millones de personas más pobres tienen juntas cerca del 1,2% de la renta global agregada, mientras que los 908 millones de personas de las «economías de renta alta» acaparan el 79,7%. Con sólo transferir un 1% de la renta global agregada —312 000 millones de dólares anuales— del primer grupo al segundo, se erradicaría la

rancia. Y, sin embargo, ¿en qué sentido lo hacemos? Esta interrogante es la que motiva y constituye el hilo conductor del presente trabajo. Esta investigación pretende ser una aproximación al problema de la tolerancia, a su desarrollo y evolución como concepto, y al debate sobre su pertinencia y utilidad actual, principalmente en el contexto de los Estados constitucionales de Derecho y a la luz de las propuestas y reflexiones del llamado paradigma ético del reconocimiento.

El tema de la tolerancia se relaciona y confunde con cuestiones tan diversas y complejas como las referidas a la naturaleza, estructura y límites de los derechos fundamentales; los cambios producidos por el constitucionalismo en la configuración y funcionamiento de los sistemas jurídicos; la globalización y el declive del Estado; la internacionalización de los derechos; la discusión entre *contextualistas* y *universalistas* morales;² el pluralismo moral, la ética discursiva y el relativismo; las críticas, reformulaciones y limitaciones del pensamiento liberal; las discusiones en torno a la llamada *culturalización de la política*;³ la construcción de la identidad y la necesidad de reconocimiento; las consecuencias morales y políticas de la falta de reconocimiento; las políticas de la redistribución frente (o en adición) a las políticas de reconocimiento; la pertenencia, el conflicto, el acuerdo y el

pobreza mundial extrema. Sin embargo, la transferencia de la renta global se está haciendo, en realidad, en el sentido contrario. La desigualdad continúa creciendo década tras década. Los prósperos son cada vez más ricos, mientras los pobres permanecen aún en el nivel de subsistencia, o incluso por debajo» (Pogge 2005, 14). Datos más recientes —como el estudio realizado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en 2014 (<https://www.oecd.org/els/soc/41547484.pdf>) o el Banco Mundial en 2015 (<http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/06/22/desigualdad-las-diferencias-entre-ricos-y-pobres-no-son-solo-de-dinero>)— no hacen sino ratificar este proceso mundial.

2. El debate entre *contextualistas* y *universalistas* ha sido descrito, de este modo, por Chantal Mouffe. Los *universalistas*, como Jürgen Habermas, John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Scanlon o Karl Otto Apel, consideran que es posible llegar a ciertos consensos morales universales —reales o hipotéticos— que son independientes del contexto histórico-cultural. En cambio, los *contextualistas* (comunitaristas, multiculturalistas, pluralistas, etnocentristas, algunos pensadores posmodernos y hermenéuticos, entre otros), como Richard Rorty, John Gray, Michael Walzer, Jean François Lyotard o Michel Foucault, critican las pretensiones universalistas de las propuestas liberales deliberativo-consensuales que para ellos representan un tipo más de *juego de lenguaje*, el cual no puede estar al margen de los usos e instituciones de una cultura determinada y, además, puede conducir a un forma de imposición cultural (Mouffe 2003, 76-91; ver también: Benhabib 2006, 61-66).

3. Aunque según Slavoj Žižek (2007) la concepción de la cultura como un hábito arraigado en el individuo (*second nature*) es antigua, puede destacarse como un momento decisivo en la transformación de la visión del conflicto político la exitosa publicación de Samuel Huntington en torno al *choque de civilizaciones* (1997). El término *culturalization of politics* es usado por Wendy Brown para describir la situación actual del debate político (derivada del enfoque propuesto por Huntington y sus seguidores), que parte de una concepción esencialista de las culturas y simplificadora de la identidad humana [en ese mismo sentido, se ha referido Amartya Sen (2007) al enfoque singularista de la identidad humana], y que reduce el conflicto político a una discusión entre culturas. Con la *culturalización de la política*, aspectos tan relevantes como la historia, las relaciones internacionales, la economía, el capitalismo, el colonialismo o la estratificación de clases son dejados de lado para concentrarse en una perspectiva cultural y en una visión de las culturas como intrínsecamente conflictivas (Brown 2006, 14-24).

poder como elementos de la política; entre muchos otros problemas. Por ello, la cuestión de la tolerancia exige una necesaria perspectiva multidisciplinaria.

La tolerancia se analiza en este trabajo a partir de tres enfoques distintos, pero a la vez vinculados en muchos aspectos: el iusfilosófico, el ético y el filosófico-político. De, forma marginal, se hará referencia también a otras perspectivas de estudio como la histórica, la antropológica y las derivadas de otras áreas de la filosofía (como la epistemología o la filosofía del lenguaje).

El trabajo está estructurado en cinco capítulos, que representan un itinerario que pretende descender de lo abstracto a lo concreto; de los conceptos y discusiones teóricas sobre el concepto de tolerancia, los elementos que lo conforman y los argumentos que lo fundamentan, al análisis de algunos casos concretos en los que puede cuestionarse los límites de la tolerancia e incluso la propia referencia a la noción de tolerancia.

El primer capítulo busca ser un marco conceptual sobre el tema general de la tolerancia. Lo preside una breve referencia histórica que permite entender la evolución experimentada desde la *tolerancia negativa* (movida por un razonamiento meramente prudencial y eminentemente circunstancial y frágil) a la *tolerancia positiva* (que da paso a un razonamiento de tipo moral), y desde la *tolerancia vertical* a la *tolerancia horizontal*. Además, se subrayan algunos aspectos históricos que contribuyen a la discusión acerca de la tolerancia en los siguientes capítulos (por ejemplo, en lo relativo al carácter universal o *cultural* de la tolerancia). En este primer capítulo se desarrollan, también, los presupuestos o elementos constitutivos del concepto de tolerancia y que permiten diferenciarlo de otros conceptos. Finalmente, el capítulo concluye con un apartado que busca especificar los sentidos en que se hablará de tolerancia en este trabajo. Esta precisión responde a la necesidad de esclarecer la confusión derivada del uso del término *tolerancia* para aludir a lo que en realidad corresponde al ejercicio de un derecho, a una virtud privada, a una nueva actitud vinculada al reconocimiento del otro, y a otras realidades tan dispares como incluso contradictorias. Aquí se abordará la cuestión de la tolerancia a partir de los enfoques iusfilosófico, ético y filosófico-político debido a la íntima relación que guardan entre sí, principalmente en el contexto de los actuales Estados constitucionales de Derecho.

El segundo capítulo se construye sobre la base de la perspectiva iusfilosófica de la tolerancia, en el marco de los sistemas jurídicos constitucionalizados. En este apartado se abordará la cuestión relativa a la condición normativa de lo tolerado, distinguiéndose para ello entre obligaciones, prohibiciones y permisos; y entre libertades y derechos. Se discutirá la idoneidad del concepto de tolerancia en el marco de los Estados de Derecho en los que se reconocen derechos fundamentales, y que a decir de autores como Javier De Lucas (1996; 1992) tornarían imperitante —o muy marginal— la referencia a la tolerancia. Por último, la presentación de las ideas de algunos autores evidenciará la forma tan diversa en que puede ser entendida y reformulada la tolerancia hoy en día dentro de los Estados constitucionales de Derecho. Así, la tolerancia se mostrará como una forma de *lícito atípico*, semejante a una excepción (Atienza y Ruiz Manero 2006); como un mecanismo inherente a la propia lógica del sistema jurídico y al funcionamiento de

los derechos fundamentales (La Torre 2000 o García Figueroa 2006a); o —propuesta como *intolerabilidad*— como un paradigma normativo del Estado de Derecho, tanto en la relativo a los derechos de libertad como a los derechos sociales (Ferrajoli 1995; 1993).

En el tercer capítulo se exponen los argumentos tradicionales a favor de la tolerancia. Desde un enfoque ético y filosófico-político, se analiza la evolución, contenido y actualidad de los argumentos estratégico (vinculado a la idea de tolerancia como *modus vivendi*), epistemológico (que concibe a la tolerancia como un requisito necesario para alcanzar el conocimiento), y moral (que entiende a la tolerancia como consecuencia necesaria del respeto a la autonomía del individuo). La discusión entre los argumentos estratégico y moral (tanto el referido a la autonomía del individuo como el que asocio al argumento epistemológico y a la búsqueda de consensos morales universales), se establece a partir de la distinción que propongo entre *escépticos* y *optimistas* políticos, y que identifico con dos formas de entender no sólo la idea de tolerancia, sino también la configuración y funciones de la política.

Para los *escépticos* políticos la política es el espacio de la confrontación, el poder entendido como violencia y el conflicto, producto de una distinción entre *nosotros* y *ellos*, o de una relación de pertenencia o ajenezad usualmente propuesta en términos de *amigos* y *enemigos*. Desde este punto de vista, la tolerancia se aprecia como una forma de lograr la convivencia en contextos de diversidad y enfrentamiento. Al contrario, para los *optimistas* políticos la política se relaciona con el diálogo que conduce al entendimiento. Es a partir de una perspectiva optimista de la política y de la ética que se puede confiar en la posibilidad de que los seres humanos puedan arribar a ciertos consensos morales universales (no obstante sus particularidades y diferencias), lo cual está vinculado a una nueva concepción discursiva de la ética. La tolerancia, en tal caso aparece como tolerancia positiva (la que busca *comprender* y no sólo *soportar*) y como una herramienta para el acercamiento, el diálogo y, a veces, la comprensión de lo ajeno y distinto.

Ambas concepciones de la tolerancia y de la política pueden rastrearse en la evolución histórica que se ha producido de la tolerancia meramente prudencial a la tolerancia moral —si bien es cierto que hoy en día se aprecia un resurgimiento de ciertas concepciones estratégicas de la tolerancia, como en el caso de las tesis de John Gray (2001)—, y de la tolerancia negativa a la positiva. Como explica Rainer Forst (2007; 2004), cuando la tolerancia deja de ser vista como un permiso otorgado por la autoridad (la antigua *permission conception* a que se refiere el autor) y empieza a vincularse a la idea de derechos y de un cambio en la concepción del poder político, surge una nueva concepción de la tolerancia (*respect conception*). La tolerancia en este último sentido que parte del respeto a la autonomía del individuo —como se verá al analizar el argumento moral de la tolerancia— supone un *derecho a la justificación* de las interferencias, moralmente relevantes, en las acciones de los sujetos. La tesis de Forst es que la justificación, en tal caso, debe realizarse a partir de razones que no puedan ser *recíprocamente* ni *generalmente* rechazadas; esto es, no a partir de una particular concepción ética

del bien, sino de una concepción *moral* de lo justo, y donde la tolerancia aparece como una «virtud de la justicia» (Forst 2007, 17). Como veremos, esto está relacionado con los alcances y límites del consensualismo moral y con el papel que puede jugar la tolerancia en ese tipo de planteamiento.

En el cuarto capítulo se aborda una nueva forma de entender la tolerancia a partir de lo que se ha calificado como el *paradigma ético del reconocimiento*. Se trata de una nueva concepción ética que parte de una lectura del concepto de reconocimiento propuesto por Hegel y otros autores como George Herbert Mead, y que se ha desarrollado en los estudios referidos al multiculturalismo, el feminismo o el análisis de las causas de las luchas y las revoluciones sociales. Su énfasis está puesto en aspectos tales como el respeto, la inclusión y el reconocimiento como elementos determinantes en la formación de la identidad del sujeto; así como en las motivaciones psicológicas y morales de los conflictos sociales, derivados de las experiencias de exclusión, menosprecio o humillación de ciertos individuos o grupos. Aunque no se trata de una línea de pensamiento uniforme (de ahí las polémicas surgidas entre Axel Honneth o Nancy Fraser, por ejemplo), las teorías del reconocimiento han tenido gran influencia en los debates contemporáneos sobre la tolerancia, la ética y la justicia. Por ese motivo se le ha asignado un capítulo independiente en este trabajo, que sirve como nexo entre los fundamentos clásicos de la tolerancia (tercer capítulo) y el examen de las respuestas ofrecidas por algunas concepciones cercanas a la ética del reconocimiento en un caso concreto (quinto capítulo).

La perspectiva del reconocimiento está en la base de una nueva forma de entender la tolerancia. Frente a la tolerancia liberal tradicional, sustentada en los fundamentos clásicos de la autonomía del individuo y cuyo límite ha sido propuesto (desde los trabajos de John Stuart Mill) a partir del daño a terceros, las tesis de la tolerancia como reconocimiento —como la de Anna Elisabetta Galeotti (2002; 1997)— consideran que los límites a la tolerancia pueden ampliarse a fin de abarcar los supuestos de menosprecio y exclusión social que no llegan a configurar casos claros de discriminación desde el punto de vista legal. Desde esta óptica, la tolerancia se relaciona con la promoción de las identidades particulares, el reconocimiento de derechos de grupo, los efectos simbólicos de las medidas legales y su contribución al cambio en las estructuras sociales de exclusión y de calificación de lo *normal* y *anormal*, entre otros aspectos.

El último capítulo pretende ser una mirada más concreta al problema de la tolerancia. A partir de un caso (o de un conjunto de casos) como es el referido al debate en torno a la prohibición de las expresiones de tipo sexista, racista, homófobo o similares (a las que la jurisprudencia norteamericana denomina *hate speech* y cuyo cuestionamiento también se ha producido en Europa, en el caso de la sanción de las expresiones que niegan el Holocausto, por ejemplo), se exponen, critican y evalúan los posibles límites a la libertad de expresión y a la tolerancia liberal.

Entre el liberalismo más reactivo a cualquier forma de censura —que afirma la primacía de la libertad de expresión, de forma casi dogmática, no sólo por constituir un derecho individual, sino principalmente por ser un elemento central en

la consolidación del sistema democrático— y, por otra lado, la radicalidad del conservadurismo moral, pero también del *progresismo* feminista, por ejemplo,⁴ se presentan posturas intermedias que optan por soluciones novedosas y creativas, que no sólo atienden a la justicia sino también la eficacia en los casos concretos.

En este capítulo se analiza, también, la influencia de la perspectiva del reconocimiento (por ejemplo, en el polémico caso de *las caricaturas de Mahoma*) y su sintonía con ciertos razonamientos en favor de la restricción del *hate speech*. Se explican y cuestionan los argumentos referidos a la dimensión performativa del lenguaje sexista o racista y su *fuerza* en la consolidación de las estructuras sociales de subordinación; el posible *efecto silenciador* de estas expresiones; los argumentos vinculados a la igualdad y a la libertad, tanto positiva como negativa; o la misión simbólica que cumpliría la ley en la transformación de las estructuras sociales de dominación y discriminación de ciertos colectivos.

Finalmente, se concluye con una toma de posición a favor de una concepción pragmatista, argumentativa y no generalista del modo en que el Derecho debería abordar este tipo de casos. Se trata de una concepción que se perfila a lo largo de este trabajo y que supone una forma de entender la tolerancia como «un valor epistemológico para el diálogo»,⁵ que está vinculada a una actitud falibilista y antidogmática del sujeto que participa en el diálogo (Thiebaut 1999), y sustentada en la idea de que aunque «no todo vale», no existen razones absolutas pero sí mejores y peores razones (Bernstein 2006, 39-70).

En esencia, este texto recoge la tesis con la que obtuve el título de doctora el año 2011. A pesar de los años transcurridos, he preferido respetar en lo sustancial el texto original y así mantener la coherencia del mismo. Como entonces, me gustaría agradecer los comentarios que en su momento me hicieron llegar quienes formaron parte de mi tribunal, los profesores Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Alfonso Ruiz Miguel, Rafael Escudero y Angel Faerna.

No puedo terminar esta introducción sin reconocer la deuda que tengo con algunas personas e instituciones que, de un modo u otro, han permitido que este trabajo vea, finalmente, la luz. En primer lugar, debo referirme a la Pontificia Universidad Católica del Perú, mi universidad, sin cuyo respaldo económico e institucional hubiese sido muy difícil realizar mis estudios de doctorado en España.

Asimismo, quiero agradecer a los profesores y amigos de la Universidad de Castilla-La Mancha quienes, desde mi llegada a esa institución y en todo momento, mostraron su generosa disposición para apoyarme, tanto en lo relativo a aspectos académicos como personales: A la profesora Marina Gascón Abellán, por su gen-

4. He denominado tesis *fuertes* acerca de la prohibición legal del *hate speech* o la pornografía a aquellas como las de Mari Matsuda (1989) o Catharine MacKinnon, para quienes la prohibición legal parece ser la única salida justa en este tipo de situaciones. Al contrario de lo que llamo tesis *débiles*, como las de Cass Sunstein (1993), Wojciech Sadurski (1999) o Judith Butler (2009) quienes, aunque no rechazan la posibilidad de la prohibición legal de estas expresiones, están más concentrados en la justificación de los casos concretos y en la búsqueda de soluciones razonables que eviten las peligrosas consecuencias de la censura legal.

5. La idea es del profesor Ángel Faerna.

tileza y respaldo desde nuestro primer encuentro en Lima hace ya varios años. Al profesor Juan Ramón de Páramo Argüelles, quien me permitió disfrutar de una importante estancia como profesora visitante en la Facultad de Derecho de Ciudad Real, y que resultó de mucho provecho para mi investigación. A mis compañeros del Departamento de Filosofía del Derecho de Toledo, los profesores Santiago Sastre Ariza (a quien debo buena parte de la bibliografía empleada en este trabajo) y Miguel Ángel Pacheco Rodríguez, por su amistad.

De forma muy especial, deseo agradecer al profesor Luis Prieto Sanchís, Catedrático del área de Filosofía del Derecho de Toledo (a quien, por extensión y para mi fortuna, puedo considerar también mi maestro), por su generosidad y confianza desde el primer momento, y que hicieron que me sintiera *en casa* dentro del área. Su sabia orientación académica a lo largo de estos años es parte de los *haberes* que uno no llega a calcular al iniciar estas tareas y no termina de valorar nunca.

Finalmente, esta investigación no hubiese empezado ni concluido sin la imprescindible guía de mi entonces director, y querido amigo, el profesor Alfonso García Figueroa. A él le agradezco tanto la primera motivación para investigar en este lugar y sobre estos temas (surgida allá por el año 2005 en Lima), como su permanente apoyo a lo largo de mi estancia en Toledo. Sus inestimables recomendaciones y correcciones (no sólo en este trabajo sino en todos los que lo antecedieron), su admirable creatividad (nunca reñida con la rigurosidad) y su solidez intelectual, constituyen elementos fundamentales de mi formación académica y, espero también, de esta tesis. Debo reconocer que las partes más acabadas de este trabajo se deben, sin duda, a la minuciosidad de las críticas y a los inteligentes aportes de mi director; las menos buenas son producto de mi terquedad y de su capacidad de tolerancia.