

ANÀLISI COMPARADA DE LES RESPOSTES DEMOCRÀTIQUES AL DISCURS DE L'ODI

Isop, considerat el pare de les faules, explica que un dia el seu amo li demanà de comprar per a un banquet el millor dels aliments. Isop se n'anà, obedient, al mercat on només comprà llengües. El menú: només llengües. Els convidats en un primer moment es delecten de l'àpat però al cap de poc n'estigueren farts. "Per què has comprat només llengües?", li demanen tots a Isop, qui respongué: "perquè la llengua és la millor de les coses. És el vincle de la vida civil, la clau de les ciències, amb ella ensenyem, persuadim, regnem a les assemblees...". L'amo, curios, li ordena tot seguit: "Bé doncs, demà compra la pitjor de les coses, vull diversificar i els mateixos comensals hi seran presents". L'endemà, Isop també comprà llengües, només llengües, i explicà als hostes de nou decebut per un menú tan famèlic: "la llengua, és la pitjor de les coses, la mare de totes les discòrdies, la nodrissa dels litigis, la font de les guerres, de la calúnnia i de la mentida"¹.

INTRODUCCIÓ	2
I. LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ I LA SEVA RELACIÓ AMB LA DEMOCRÀCIA ...	4
A. Caracterització general de la llibertat d'expressió.....	4
B. L'arrel democràtica de la llibertat d'expressió.....	7
II. LA RESPOSTA JURÍDICA DAVANT DELS DISCURSOS D'ODI: LA CONTRAPOSICIÓ DE DOS MODELS	12
A. El model europeu: la penalització dels discursos de l'odi.....	12
§1.- La conceptualització dels discursos de l'odi a Europa.....	12
§2.- La conceptualització particular de l'Estat espanyol del discurs de l'odi	19
B. El model americà: la protecció de l'apologia a l'odi	22
§1.- La definició àmplia de la llibertat d'expressió: la protecció de l'apologia a la violència	22
§2. L'aplicació estricta de límits a la llibertat d'expressió: la no incriminació dels discursos de l'odi	25
CONCLUSIONS	29
BIBLIOGRAFIA	31

¹ Radio Télé Luxembourg (ràdio francesa), 15 d'abril 2008, "La langue d'Ésope".

INTRODUCCIÓ

La premsa no podia quedar impertèrrita en un àmbit que tant l'incumbeix: “*Spain puts 'gag' on freedom of expression as senate approves security law*”²; “*Spanish Artwork Denounced Political 'Persecution.' It Was Ordered Removed*”³; “*Why Spanish courts censor art, speech and rap lyrics*”⁴; “*2nd Spanish rapper jailed, fined for praising terror groups*”⁵; “*The Spanish rappers getting 'terror' sentences for songs*”⁶; “*Spain's freedom of speech repression is no joke*”⁷.

Tampoc les organitzacions i experts internacionals (civils i institucionals) podien restar muts: “*Tuitea... si te atreves*”⁸; “*Spain must respect fundamental rights in response to Catalan referendum, UN rights experts*”⁹; “*UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia*”¹⁰; “*Spain: PEN condemns confirmation of prison sentence against rapper Valtonyc*”¹¹; “*The rights to freedom of expression and peaceful assembly of Catalan independence supporters were disproportionately restricted*”¹².

PÉREZ ROYO, catedràtic de dret constitucional, afirma¹³ que s'està produint una “*regressió*” en matèria de llibertat d'expressió assimilable a la situació “*predemocràtica*” i així ho confirmen una miriada de causes judicials que s'han instruït en el marc de la lluita contra els discursos de l'odi i l'enaltiment del terrorisme: la crema d'una fotografia del monarca, l'espectacle d'uns titellaires, les piulades de Cesar Strawberry i de Cassandra Vera, les lletres dels *rappers* Valtonyc i Pablo Hasél o del grup La Insurgencia, les portades satíriques del Jueves, o l'obertura d'una causa per delictes d'odi contra un regidor que vestia un nas de pallasso. Tot i l'aparença daliniana d'aquests casos, la realitat demostra que alguns d'ells han acabat amb sentència penal condemnatòria i segueixen a les instàncies judicials.

² Ashifa Kassam, *Spain puts 'gag' on freedom of expression as senate approves security law*, The Guardian, 12 de març de 2015.

³ Raphael Minder, *Spanish Artwork Denounced Political 'Persecution.' It Was Ordered Removed*, The New York Times, 21 de febrer de 2018.

⁴ The Economist, *Why Spanish courts censor art, speech and rap lyrics*, 1 de març de 2018.

⁵ The Guardian, *2nd Spanish rapper jailed, fined for praising terror groups*, 2 de març de 2018.

⁶ Guy Hedgcock, *The Spanish rappers getting 'terror' sentences for songs*, BBC News, 17 de març de 2018.

⁷ Federico López-Terra, *Spain's freedom of speech repression is no joke*, The Independent, 19 d'abril de 2017.

⁸ Amnistia Internacional, *Tuitea... si te atreves*, març de 2018.

⁹ David Kaye, Alfred de Zayas, *Spain must respect fundamental rights in response to Catalan referendum, UN rights experts*, 28 de setembre de 2017.

¹⁰ David Kaye, *UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia*, 6 d'abril de 2018.

¹¹ Sahar Halaimzai, *Spain: PEN condemns confirmation of prison sentence against rapper Valtonyc*, PEN International, 20 de febrer de 2018.

¹² Amnistia Internacional, *Amnesty international report 2017/18*, 2018.

¹³ J. Pérez Royo, Entrevista a Els Matins de TV3, 22 de febrer de 2018.

Aquesta situació reflexa un sistema dissonant en el context europeu on, tot i no escatimar esforços per lluitar contra els discursos més odiosos, la llibertat d'expressió gaudeix d'una protecció adequada als estàndards democràtics. D'ençà de l'adopció de la Llei Orgànica 1/2015 de modificació del Codi Penal i de la Llei Orgànica 4/2015 de Seguretat Ciutadana, la tendència repressiva de les autoritats espanyoles en detriment de la llibertat d'expressió no ha cessat de créixer. Així ho afirma el Síndic de Greuges de Catalunya al seu informe monogràfic d'abril de 2017¹⁴: *“cal revisar la legislació vigent i la doctrina jurisprudencial per aconseguir un perfecte equilibri dels delictes d'odi i d'enaltiment del terrorisme amb la llibertat d'expressió”*.

Per tal de poder analitzar de quina manera es conjuga la lluita contra el discurs de l'odi amb la protecció de la llibertat d'expressió a l'Estat espanyol, resulta extremadament útil procedir a un exercici de dret comparat. En efecte, a ambdós extrems de l'oceà atlàntic existeixen dos grans models jurídics que divergeixen sobre la forma de protecció de la llibertat d'expressió: el model nord-americà i el model europeu. Estudiant-ne els trets principals podrem ser capaços de definir quins estàndards de protecció s'apliquen a cada cas i, a partir d'establir aquests punts de referència, situar el model de l'Estat espanyol.

Pel que fa al model europeu, i especialment en l'àmbit del Consell d'Europa, l'article 10.2 de la Constitució espanyola (en endavant, C.E.) justifica l'estudi dels articles 10 i 17 del Conveni Europeu de Drets Humans (en endavant, C.E.D.H.) tal i com l'ha interpretat el Tribunal Europeu de Drets Humans (d'ara endavant, T.E.D.H.) i que informa tot l'ordenament nacional.

Pel que fa al model nord-americà, aquest divergeix en el mode d'enfocar la protecció de la llibertat d'expressió que s'ha consolidat al continent europeu. Si bé les diferències responen a tradicions històriques i jurídiques pròpies, el seu estudi permetrà d'obtenir pistes de reflexió que seran útils de cara a analitzar els estàndards de protecció de la llibertat d'expressió que s'empren actualment a l'Estat espanyol davant dels discursos de l'odi.

Per a realitzar aquest exercici de dret comparat cal, en un primer moment, establir quins són els fonaments de la llibertat d'expressió, és a dir, oferir una caracterització de la noció i un estudi de l'estreta relació que manté aquesta llibertat amb la democràcia (I). En segon terme, caldrà reflexionar sobre quines respostes jurídiques articulen els models objecte d'aquest treball davant

¹⁴ Síndic de Greuges, *Retrocessos en matèria de drets humans: llibertat d'expressió dels càrrecs electes i separació de poders al Regne d'Espanya*, abril de 2017.

dels discursos de l'odi: el model europeu, i dins d'aquest el model espanyol, i el model nord-americà (II).

I. LA LLIBERTAT D'EXPRESSIONI I LA SEVA RELACIÓ AMB LA DEMOCRÀCIA

En aquesta primera part del treball s'exposaran quins són els trets bàsics i principals de la llibertat d'expressió (A) i després s'analitzarà l'estreta relació que presenta aquesta llibertat amb la democràcia (B). Només establint els fonaments universals d'aquesta llibertat podrem realitzar un autèntic exercici de dret comparat.

A. Caracterització general de la llibertat d'expressió

És important recalcar que la llibertat d'expressió es constitueix, abans que res, com a *llibertat fonamental*. Tradicionalment, els drets de llibertat¹⁵ es distingeixen dels drets de prestació; així, la llibertat d'expressió es caracteritza perquè la seva definició suposa una delimitació negativa de l'àmbit d'actuació de l'individu, exigint, doncs, una passivitat dels poders públics per tal que amb la seva acció no se'n torbi l'exercici legítim.

És més, i seguint a BOBBIO¹⁶, els drets de llibertat són aquells que tendeixen a “*limitar el poder del Estado y a reservar al individuo o a los grupos particulares una esfera de libertad del Estado*”, mentre que els drets polítics no només conceben la llibertat negativament “*como no-impedimento, sino positivamente como autonomía [...] o libertad en el Estado*”. És en aquest segon grup que cal ubicar la llibertat d'expressió, especialment quan serveixi per a difondre missatges d'interès general o d'indole política.

Així ho admet el propi Tribunal Constitucional (en endavant, T.C.) quan afirma que la llibertat d'expressió consagrada a l'article 20.1 de la Constitució revesteix una naturalesa bàsicament negativa i no prestacional¹⁷.

A més, aquesta llibertat és *fonamental*, és a dir que com a categoria específica de la llibertat subjectiva¹⁸, presenta un caràcter constitucional que implica la màxima intensitat de protecció en

¹⁵ L. López Guerra, *Derecho constitucional, volumen 1, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 8ª edició, Tirant Lo Blanch, p. 124; M. A. Aparicio Pérez i Mercè Barceló i Serramalera (coord.), *Manual de derecho constitucional*, 2ª edició, Atelier, p. 725.

¹⁶ N. Bobbio, *Presente y futuro de los derechos del hombre*, in “El problema de la guerra y las vías de la paz”, Gedisa, 1979, p. 139.

¹⁷ SSTC 6/1981 i 86/1982.

¹⁸ M. A. Aparicio Pérez, *op. cit.*, p. 599. Cal assenyalar que, seguint una classificació taxonòmica, la llibertat de producció i creació literària, artística, científica i tècnica i la llibertat de càtedra es configuren com a dues espècies dins del gènere de la llibertat d'expressió de l'article 20.1.a) CE (que coexisteix amb el gènere de llibertat d'informació, que alhora es “desdobla” en la llibertat d'informar i de rebre la informació); llibertat que s'integra dins de la família de les llibertats compreses dins del concepte abstracte de llibertat d'expressió de l'article 20 C.E.

comparació amb els drets i llibertats de caràcter ordinari o legislatiu o amb d'altres drets i llibertats que no es troben a la Secció primera del Capítol II de la C.E. La llibertat d'expressió és doncs indisponible¹⁹ i, per tant, el legislador n'ha de respectar el contingut essencial tal i com marca l'article 53.1 C.E.

La llibertat d'expressió també es configura com una llibertat *històrica*. Ja la Declaració de Drets de Virginia (1776) la preveia al seu article XII així com la Declaració de Drets de l'Home i del Ciutadà (D.D.H.C.) de 1789 en el seu article 11. El *First Amendment* (1791) a la Constitució americana de 1787 la consagra com una de les llibertats primeres, amb un “*caràcter fundamental y fundamentador de otros derechos*”²⁰.

Posteriorment, i especialment després de la segona guerra mundial, diverses normes internacionals desenvolupen aquesta llibertat que, com hem vist, es consagra en el seu caràcter dual. Així, per exemple, l'article 19 de la Declaració Universal de Drets Humans (D.U.D.H.) de 1948 o l'article 10 del C.E.D.H. de 1950. En dret constitucional comparat, d'altres normes destaquen l'article 5 de la Llei Fonamental de Bonn (1949)²¹ i els articles 37, 38 i 48 de la Constitució portuguesa de 1976, precursora de la C.E. de 1978. Aquests textos normatius no només consoliden la llibertat d'expressió com una de les llibertats més precioses, sinó que n'amplien el seu contingut en un context en el qual s'estableixen els fonaments de les democràcies modernes *post* la segon guerra mundial, pel qual podem parlar de llibertats d'expressió²², en plural. Així, la llibertat d'expressió també presenta una estreta relació amb la democràcia, que estudiarem *ut infra*. Val a dir ara que la definició que hem donat ha d'informar-se per aquest principi estructural que regeix en tots els Estats moderns que es qualifiquin de democràtics. En efecte, la llibertat d'expressió té una innegable radicalitat²³ democràtica.

Ultra això, la llibertat d'expressió es revesteix d'un seguit de limitacions. Aquestes poden trobar el seu origen ja sia en la pròpia naturalesa de la llibertat d'expressió o en la interrelació d'aquesta llibertat d'expressió amb d'altres drets i llibertats: són els anomenats límits intrínsecs i extrínsecs. Així, segons el missatge o discurs que s'exterioritzi podrà considerar-se que aquest, o bé no s'encabeix en el legítim exercici de la llibertat d'expressió i que, en aquests casos, es tracta d'un

¹⁹ M. A. Aparicio Pérez, *op. cit.*, p. 592 i 600.

²⁰ *Ibidem*, p. 724

²¹ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0041.

²² M. A. Aparicio Pérez, *op. cit.*, p. 725

²³ Radical, del llatí, *radicalis*, derivat de *radix* o “arrel” i el sufix *-alis*, sufix adjectival marcant una relació, una pertinença.

ús abusiu²⁴ de la llibertat, o bé que el seu exercici ha de cedir davant d'altres interessos igualment protegits i que en aquell cas concret han de prevaldre.

La possibilitat de limitar aquesta llibertat comporta doncs l'afirmació d'un altre tret essencial de la llibertat d'expressió: la llibertat d'expressió és una llibertat *relativa*²⁵. Així, cal diferenciar-la dels drets i llibertats absoluts –extraordinaris²⁶– i que es caracteritzen, seguint a BOBBIO pel fet que “*no entran en competición con otros derechos también fundamentales*”. En aquest sentit, el propi article 20.4 de la Constitució (així com la resta d'articles relatiu a la llibertat d'expressió dels principals instruments internacionals) preveu una àmplia panòpia de límits a la llibertat d'expressió, prova manifesta del seu caràcter relatiu²⁷.

D'altra banda, i com a anvers de la relativitat, la llibertat d'expressió s'alça com un “*complemento imprescindible*”²⁸ per a exercir d'altres drets fonamentals com són els drets de reunió i manifestació o d'altres drets polítics. Per tant, la llibertat d'expressió és la clau de volta que assegura que la resta de dovelles (o drets i llibertats fonamentals) quedin degudament fixades.

Es desclera dons un altre atribut de la llibertat d'expressió, a saber: el seu caràcter “*relacional*”²⁹. L'exemple manifest d'aquesta naturalesa simbiòtica el constitueix la llibertat ideològica³⁰. Així, malgrat la importància que presenta aquesta llibertat *ad extra* (ja no tan sols com a atribut individual sinó per la rellevància política i transcendència institucional que presenta), la lliure expressió també enriqueix, *ad intra*, el desenvolupament de la persona (al qual pugna la norma suprema de l'ordenament espanyol en el seu article 10.1), afirmant-se així el seu caràcter de “*derecho público subjetivo*”³¹.

D'altra banda, l'exercici de la llibertat d'expressió no limita la tria del mode de difusió; així, el missatge pot difondre's a través d'una gran pluralitat de mètodes, podent afirmar aleshores que

²⁴ Segons l'acadèmic francès JOSSEAND, utilitzar un dret fonamental per a una finalitat que semblaria comprometre'n la seva pròpia existència pot qualificar-se com un “abús de dret”, és a dir, “*el dret cessa on l'abús comença*”.

²⁵ Segons la jurisprudència del T.C. cap dret és absolut (STC 11/1981 i STC 223/1992).

²⁶ Com afirma BOBBIO “*Son muy pocos los derechos considerados fundamentales que no están en contraste con otros derechos, considerados también ellos fundamentales, y que no imponen por tanto, en ciertas situaciones y en relación con particulares categorías de personas, una elección. No se puede afirmar un nuevo derecho en favor de una categoría de personas sin suprimir algún viejo derecho del que se beneficiaban otras categorías de personas*”. N. Bobbio, *Sobre el fundamento de los derechos del hombre*, in *op. cit.* p. 123.

²⁷ L'exemple d'un límit de la llibertat d'expressió és el del missatge que presenta un contingut (*symbolic speech*) que per ell mateix pot incitar a la comissió d'actes delictius. En aquest cas, la paraula constitueix el preludi de l'acció.

²⁸ L. López Guerra, *op. cit.*, p. 245.

²⁹ *Ídem*. Si bé és cert que el T.C. acorda a aquesta llibertat un “*valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor*” (SSTC 104/1986 i 165/1987) donat que la garantia de l'opinió pública és una “*institución constitucional del Estado democrático*”.

³⁰ Com hem exposat *ut supra*, cal considerar que la llibertat d'expressió és el vessant extern de la llibertat ideològica de pensament i consciència, reservada al fur intern de cadascú.

³¹ L. López Guerra, *op. cit.*, p. 245.

el producte que resulta de l'exercici de la llibertat d'expressió és, formalment, de naturalesa *il·limitada*. El fet expressiu pot produir-se i difondre's a través dels mitjans clàssics (oralitat, gestualitat i escriptura) o “*a través de cualquier otro medio de reproducción*”³².

Per últim, la llibertat d'expressió presenta, en quant als subjectes que en gaudeixen, una extensió *universal*. En efecte, i llevat algunes especificitats³³, la llibertat d'expressió té vocació a ser exercida per tota persona, indiscriminadament. Contràriament al que es pot pensar pel que fa a la llibertat d'informació de l'article 20.1.d) CE, el T.C. no acorda cap privilegi en funció de la qualitat de la persona que exerceix la llibertat d'expressió³⁴.

Llibertat fonamental històrica relativa i relacional, la llibertat d'expressió com a llibertat subjectiva individual presenta, a més, un component funcional, objectiu, i que serveix al correcte funcionament de tot sistema que pretengui definir-se com a democràtic. Aquesta relació és la que analitzarem tot seguit (B).

B. L'arrel democràtica de la llibertat d'expressió

La llibertat d'expressió és un dels atributs principals de tot sistema polític que pretengui qualificar-se de democràtic i, alhora, tot sistema democràtic necessita de la llibertat d'expressió per tal de permetre un debat polític i la crítica de la política dels governants.

Idealment, en democràcia, el poble ha de prendre les decisions amb coneixement de causa, és a dir, ha de poder-se informar i decidir només un cop conegut tots els arguments en joc. D'aquesta manera, la decisió popular adoptada al final d'un procés dialèctic que permet l'intercanvi complet d'informació, serà materialment justa donat que totes les opinions hauran sigut sospesades i s'haurà escollit la que tingui un recolzament majoritari; això és, la democràticament millor³⁵. Per aquesta raó, els discursos i opinions polítiques i d'interès general gaudeixen d'una màxima protecció jurídica. Inversament, tampoc pot concebre's la llibertat d'expressió fora del context democràtic. Acceptant que el sistema democràtic (almenys en la seva accepció directa³⁶) és aquell

³² Article 20.1 C.E.

³³ Com la llibertat de càtedra prevista a l'article 20.1.c) CE que es reserva als ensenyants. Malgrat això, el T.C. ha reconegut (STC 165/1987) que el valor preferent de la llibertat d'expressió assoleix el seu màxim nivell quan s'exerceix pels professionals de la informació i només si aquesta activitat es vehicula a través dels “*cauces normales de formación de la opinión pública*”.

³⁴ “*Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio [...]*” (STC 6/1981 i STC 105/1983).

³⁵ “*Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas*” (STC 159/1986).

³⁶ J.-J. Rousseau critica la democràcia representativa al considerar que “*la soberanía no pot ésser representada per la mateixa raó que no pot ser alienada; la soberanía consisteix essencialment en la voluntat general, i la voluntat no es representa pas; o*

que dona a l'Home el màxim de llibertat, tota altra possibilitat condueix a la negació de la llibertat. Així, no es pot exercir la llibertat d'expressió, tal i com l'entendem en democràcia, en un sistema dictatorial.

Per tant, la llibertat d'expressió juga un rol essencial en la democràcia i és, també en virtut de la democràcia, que podem gaudir plenament de la llibertat d'expressió. Aquesta relació simbiòtica ha impregnat la jurisprudència interna i europea. Així, als ulls del T.E.D.H. resulta clar que “*la democràcia representa, sens dubte, un element fonamental de l'«ordre públic europeu»*”^{37,38}.

El Tribunal d'Estrasburg traça un vincle “*molt clar*” entre l'instrument convencional i la democràcia, declarant que la salvaguarda i el desenvolupament dels drets humans i de les llibertats fonamentals reposa “*essencialment sobre un règim polític realment democràtic, d'una part, i, d'altra part, sobre una concepció comuna i un comú respecte dels drets humans*”³⁹. Així, els Estats que han ratificat el Conveni europeu comparteixen “*un patrimoni comú d'ideals i tradicions polítiques, de respecte de la llibertat i de preeminència del dret*”⁴⁰.

Aquests motius permeten al Tribunal afirmar que “*la democràcia apareix així com l'únic model polític considerat pel Conveni i, per tant, l'únic compatible amb ell*”⁴¹. El T.E.D.H. ha establert una jurisprudència que, en aquesta línia, dibuixa un vincle molt fort entre democràcia i llibertat d'expressió. La sentència fundadora del rol democràtic de la llibertat d'expressió és la que es dictà en el cèlebre afer *Handyside c/ Regne Unit* l'any 1976. En aquesta sentència, la sessió plenària del T.E.D.H. afirma que la llibertat d'expressió constitueix “*un dels fonaments essencials de la societat democràtica, una de les condicions primordials del seu progrés i del desenrotllament de la persona humana*”.

Així, el T.E.D.H. institueix “*el pluralisme, la tolerància i l'esperit d'obertura*” com a axiomes que han de guiar i orientar l'exercici de la llibertat d'expressió: la lliure expressió necessita de l'intercanvi entre diversos intervinents (el pluralisme), el respecte de les opinions contràries – fins i tot d'aquelles que ofenen, xoquen o inquieten⁴² (la tolerància) i la predisposició a discutir-ne i sobretot a canviar d'opinió davant de noves idees (esperit d'obertura).

és la mateixa o és una altra, no hi ha terme mig”, *Du contrat social*, Livre de Poche, col. Classiques de la philosophie, Paris, 1992, Livre III, Chapitre XV.

³⁷ Tribunal E.D.H., Gran Sala, *Loizidou c/ Turquia* (excepcions preliminars), 23 març 1995, r. 15318/89, §75.

³⁸ Tribunal E.D.H., Gran Sala, *Partit Comunista Unificat de Turquia c/ Turquia*, 13 gener 1998, §45.

³⁹ Preàmbul del CEDH.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Tribunal E.D.H., *Partit Comunista Unificat de Turquia c/ Turquia*, precitat, §45.

⁴² Fent referència a la prolífica fórmula emprada pel T.E.D.H. a l'afer *Handyside*: “*[la llibertat d'expressió] val no només per les 'informacions' o 'idees' acollides amb favor o considerades com a inofensives o indiferents, sinó també per aquelles que*

En aquesta mateixa línia, la Gran Sala del T.E.D.H. afirmà el 1998⁴³ que “*una de les principals característiques de la democràcia resideix en la possibilitat que ella ofereix de resoldre mitjançant el diàleg i sense recórrer a la violència els problemes a què s’enfronta un país, fins i tot quan aquests pertorben. La democràcia es nodreix de la llibertat d’expressió*”⁴⁴.

A la vista d’aquests raonaments, és fàcil concloure que la llibertat d’expressió és una característica inherent a tota societat democràtica i que els discursos que s’hi emparin beneficiaran d’una major o menor protecció segons el grau de contribució a la democràcia. Per aquesta raó, el discurs polític⁴⁵ i els discursos d’interès general⁴⁶ se situen al zenit de la protecció que el Conveni europeu confereix a través del seu article 10: ambdues classes de discurs contribueixen a crear i nodrir un debat públic beneficiós per a la democràcia, especialment a través de la premsa (qui juga, en aquest sentit, un rol considerable⁴⁷).

Per tant, la llibertat d’expressió que s’acorda als polítics⁴⁸ i als partits polítics⁴⁹ gaudirà de la màxima protecció com a conseqüència del vincle que mantenen el discurs polític i el funcionament de la democràcia. L’altra cara de la moneda el constitueix la tolerància d’un ampli marge de crítica dels ciutadans al respecte dels polítics i dels partits polítics⁵⁰.

Fora de l’àmbit jurisdiccional, en l’àmbit polític, cal destacar també la Declaració sobre la llibertat d’expressió i d’informació de 1982⁵¹. En el Considerant primer d’aquesta declaració s’afirma: “*Considering that the principles of genuine democracy, the rule of law and respect for human rights form the basis of their co-operation [of the member states of the Council of Europe], and that freedom of expression and information is a fundamental element of those principles*”. Perllongant aquesta idea el Comitè de Ministres del Consell d’Europa ha afirmat que cal trobar

fereixen, xoquen o inquieten a l’Estat o a una fracció qualsevol de la població. Així ho volen el pluralisme, la tolerància i l’esperit d’obertura sense els quals no hi ha ‘societat democràtica’”. El famós dictum ha sigut transposat directament a la jurisprudència interna per la STC 62/1982, i STC 174/2006.

⁴³ Tribunal E.D.H., *Partit Comunista Unificat de Turquia i altres c/ Turquia*, precitat.

⁴⁴ El T.E.D.H., a l’afer *Zdanoka c/ Letònia de 2006*, afirma que existeix entre els drets civils i polítics protegits pels articles 10 (llibertat d’expressió), 11 (llibertat d’associació) i l’article 3 del Protocol núm. 1 (dret a unes eleccions lliures) un vincle innegable constituït per la necessitat de garantir el respecte al pluralisme de les opinions en una societat democràtica.

⁴⁵ Comissió E.D.H., *Lingens i Leitgeb c/ Àustria*; Tribunal E.D.H., *Castells c/ Espanya*, 23 abril 1992.

⁴⁶ Tribunal E.D.H., *Oberschlick c/ Àustria*, 23 maig 1991; Tribunal E.D.H., *Observer i Guardian c/ Regne Unit*, 26 novembre 1991.

⁴⁷ El T.E.D.H. subratlla la importància de la premsa, qualificada de *chien de garde* o *watchdog* de la democràcia; Tribunal E.D.H., *Observer i Guardian c/ Regne Unit*, §59.

⁴⁸ Tribunal E.D.H., *Castells c/ Espanya*.

⁴⁹ Admesa implícitament pel Tribunal E.D.H., Gran Sala, *Partit Comunista Unificat de Turquia i a. c/ Turquia*, precitat, §46 ; i, més endavant, explícitament a l’afer del Tribunal E.D.H., Gran Sala, *Incal c/ Turquia*, 9 juny 1998, §46: “*Précieuse pour chacun, la liberté d’expression l’est tout particulièrement pour les partis politiques et leurs membres actifs*”.

⁵⁰ “*En un sistema democràtic, les accions o omissions del govern han de situar-se sota un control vigilant no només dels poders legislatiu i judicial, sinó també de l’opinió pública*”, Tribunal E.D.H., *Sürek c/ Turquia (1)*, 8 juliol 1999.

⁵¹ Consell d’Europa, Comitè de Ministres, *Declaration on the freedom of expression and information*, adoptada a la 70a sessió celebrada el 29 d’abril de 1982.

un equilibri entre la lluita contra els discursos d'intolerància i la llibertat d'expressió “*per tal d'evitar el risc de minar la democràcia sota el pretext de defensar-la*”⁵².

Per la seva banda, i centrant-se concretament en la llibertat d'expressió, el T.C. admet que “*la protección constitucional de los derechos del artículo 20 opera con su máxima eficacia cuando el ejercicio de los derechos de expresión e información versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático*”⁵³.

De tal manera, la llibertat d'expressió constitueix la pedra angular dels règims polítics democràtics donat que assegura la formació d'una opinió pública lliure i plural⁵⁴. En particular, la llibertat d'expressió no només consagra una llibertat individual consistent a expressar i a comunicar o rebre lliurement informació sinó que també “*garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática*”⁵⁵.

La comunicació pública lliure resulta essencial per a la democràcia ja que sense ella, “*quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política*”⁵⁶. Gaudir d'una àmplia informació permet als individus la ponderació d'opinions diverses i, fins i tot, contraposades per tal que així puguin formar lliurement les seves opinions i participar en els afers públics. Es reconeix doncs una que l'opinió pública constitueix una “*institución política fundamental*”, estretament vinculada amb el pluralisme polític que constitueix un dels fonaments dels Estats democràtics⁵⁷.

La llibertat d'expressió juga un rol essencial pel funcionament de la societat democràtica i ha de servir per a canalitzar els missatges que contribueixen als debats polítics o d'interès general. Malgrat això, la llibertat d'expressió no es consagra exclusivament al servei de la democràcia

⁵² El Comitè de Ministres del Consell d'Europa considera, en la seva Recomanació (97)20, de 30 d'octubre de 1997: “*Conscient de la nécessité de trouver un équilibre entre la lutte contre le racisme et l'intolérance, et la nécessité de protéger la liberté d'expression, afin d'éviter le risque de saper la démocratie au motif de la défendre*”.

⁵³ STC 105/1990.

⁵⁴ Per moltes, STC 82/1986, 104/1986, 159/1986, 171/1990, 172/1990, 219/1992, 240/1992, 173/1995.

⁵⁵ STC 159/1986.

⁵⁶ La STC 6/1981 afirma: “*La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder*”.

⁵⁷ STC 6/1981 i 104/1986.

sinó que també serveix als interessos individuals. Ara bé, què succeeix en cas de conflicte manifest entre els interessos particulars i els valors col·lectius i democràtics més fonamentals?

A l'afer del Partit Comunista Unificat de Turquia, el Tribunal d'Estrasburg, reitera que *“la conciliació entre els imperatius de la defensa de la societat democràtica i els de la salvaguarda dels drets individuals”*⁵⁸ és inherent al sistema convencional. En aquesta direcció, el Tribunal precisa que *“si bé de vegades cal subordinar els interessos individuals a aquells d'un grup, la democràcia no consisteix a la supremacia constant de l'opinió d'una majoria sinó que exigeix un equilibri que asseguri als individus minoritaris un tracte just i que eviti tot abús d'una posició dominant”*⁵⁹.

En efecte, *“el pluralisme i la democràcia han de fonamentar-se en el diàleg i en un esperit de compromís, que impliquen necessàriament concessions diverses de la part dels individus que es justifiquen per la finalitat de salvaguardar i promoure els ideals i valors d'una societat democràtica”*⁶⁰. Aquesta constant recerca d'un equilibri entre els drets fonamentals de cadascú constitueix el fonament de la *“societat democràtica”*⁶¹.

El Tribunal consagra un dret a la diferència donat que considera que la tolerància de l'opinió d'una minoria –sempre que no sigui incompatible amb els valors d'una societat democràtica– no genera una discriminació sinó que *“assegura el pluralisme en la cohesió i l'estabilitat, i promou l'harmonia i la tolerància en el sí de la societat”*⁶².

Precisament, en la ponderació que realitza el T.C. davant d'una col·lisió dels drets de l'article 18.1 i 20.1 CE, cal prendre en consideració que *“la formación de una opinión pública libre aparece como una condición para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático, por lo que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña «el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político»”*⁶³.

Havent constatat la *“trascendencia institucional”*⁶⁴ d'aquesta llibertat que depassa la lògica liberal-individual clàssica dels drets civils i polítics correspon analitzar en la segona part d'aquest treball quines respostes ha organitzat la democràcia davant d'aquells que, emparant-se en

⁵⁸ Tribunal E.D.H., Gran Sala, *Partit Comunista Unificat de Turquia i a. c/ Turquia*, §32.

⁵⁹ Tribunal E.D.H., Gran Sala, *S.A.S. c/ França*, 1 juliol 2014, §128. En el mateix sentit: Tribunal E.D.H., *Petropavlovskis c/ Letònia*, 13 gener 2015, §70.

⁶⁰ Tribunal E.D.H., Gran Sala, *S.A.S. c/ França*.

⁶¹ Ídem.

⁶² Tribunal E.D.H., *Petropavlovskis c/ Letònia*, §70.

⁶³ Per moltes, SSTC 104/1986 i 105/1990.

⁶⁴ L. L. Guerra, *op. cit.*, p. 244.

l'exercici de la llibertat d'expressió, l'empren per tal d'exterioritzar missatges d'odi i d'incitació a la violència que es confronten directament amb els valors essencials de les democràcies (II).

II. LA RESPOSTA JURÍDICA DAVANT DELS DISCURSOS D'ODI: LA CONTRAPOSICIÓ DE DOS MODELS

A ambdues bandes de l'Atlàntic existeixen mètodes diferents, coincidents amb dues concepcions diferenciades de la llibertat d'expressió, per tal de fer front als discursos d'odi i d'incitació de la violència. A les pàgines que segueixen s'exposarà, en un exercici de dret comparat, les diferències entre les respostes que els models europeu (A) i americà (B) ofereixen davant dels discursos que minen els fonaments de la democràcia. Així, la gran majoria de democràcies europees han preferit legislar i incriminar els anomenats discursos de l'odi; altrament, els Estats Units han optat per una visió singular i pròpia que respon a la idiosincràsia liberal del país.

A. El model europeu: la penalització dels discursos de l'odi

En aquesta part del treball correspon analitzar quins mètodes de resposta s'han articulats a Europa davant de l'anomenat discurs de l'odi, començant a exposar primer els estàndards de protecció internacional (§1) per acabar amb el mètode de garantia de l'Estat espanyol (§2).

§1.- La conceptualització dels discursos de l'odi a Europa

“La démocratie ce n'est pas la loi de la majorité mais la protection de la minorité”⁶⁵.

En un primer moment cal exposar els esforços normatius que s'han dedicat a definir el discurs de l'odi (§1.1) i, en segon lloc, analitzar com aquest concepte ha sigut emprat i aplicat pel Tribunal Europeu de Drets Humans (§1.2).

§1.1.- La conceptualització normativa del discurs de l'odi

“Criminal offence + Bias motivation = Hate Crime”. Aquesta és la màxima que la Organització per a la Seguretat i la Cooperació a Europa (en endavant, O.S.C.E)⁶⁶. Així, un crim d'odi requereix la concurrència de dos elements: la comissió d'un il·lícit penal i un mòbil consistent

⁶⁵ A. Camus, *Carnets III*, Gallimard, 2013, p. 260.

⁶⁶ El Consell Ministerial de la O.S.C.E. reunit a Madrid adoptà la Decisió 10/07 intitulada *“Tolerance and non-discrimination: Promoting mutual respect and understanding”* per la qual s'apel·la als Estats per tal que combatin la incitació a violència immediata i a la comissió de crims d'odi a través de la seva legislació nacional tot respectant la llibertat d'expressió.

en la selecció de la víctima en raó de la pertinença a un grup que comparteix una característica protegida (uns orígens, una religió, una llengua o d'altres)⁶⁷.

Ja a l'any 1993, la Declaració de Viena adoptada pels caps d'Estat i de govern membres del Consell d'Europa constata el “*desenvolupament d'un clima d'intolerància*” i advoca per la necessitat de reaccionar contra les ideologies, polítiques i pràctiques que incitin a l'odi racial, a la violència i a la discriminació.

Partint d'aquesta constatació el Comitè de Ministres del Consell d'Europa condemna, en la seva Recomanació (97)20, de 30 d'octubre de 1997, “*totes les formes d'expressió que inciten a l'odi racial, a la xenofòbia, a l'antisemitisme i a totes les formes d'intolerància car aquestes minen la seguretat democràtica, la cohesió cultural i el pluralisme*”. Mitjançant aquesta Recomanació també es defineix què s'entén per discurs de l'odi: “*tota forma d'expressió que difon, incita, promou o justifica l'odi racial, la xenofòbia o d'altres formes d'odi fonamentades en la intolerància, inclosa la intolerància que s'expressa sota la forma de nacionalisme agressiu i d'etnocentrisme, de discriminació i d'hostilitat envers les minories, els immigrants i les persones provinents de la immigració*”.

Com assenyala el Síndic de Greuges⁶⁸, “*aquesta definició [...] se centra en formes de discriminació racial o ètnica, però deixa lloc a “altres formes basades en la intolerància”, de manera que permet als països membres combatre altres tipus de discurs de l'odi, com ara els basats en l'orientació sexual, les creences religioses o la identitat de gènere*”. En aquest sentit, el Síndic de Greuges també reitera que “*en els darrers anys el discurs d'odi és una de les principals preocupacions a escala europea per la seva difusió en actes públics i, cada vegada més, perquè té una presència considerable a Internet*”⁶⁹. Així, la lluita contra els discursos d'odi no s'atura en els mitjans tradicionals d'expressió sinó que s'estén també sobre l'odi expressat mitjançant noves eines tecnològiques⁷⁰.

En l'àmbit de la Unió Europea, la Decisió Marc 2008/913/JAI del Consell de la Unió⁷¹ proposa un enfocament penal de la qüestió dels discursos d'odi amb mòbils racistes o xenòfobs, sens perjudici que els Estats puguin adoptar legislació penal que incrimini discursos d'odi fonamentats

⁶⁷ O.S.C.E., Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Hate Crime Laws, A Practical Guide*, 2009.

⁶⁸ Síndic de Greuges, *Informe al Parlament 2015*, febrer de 2016.

⁶⁹ Íbidem.

⁷⁰ Articles 3 i 4 del Protocol Addicional al Conveni sobre Ciberseguretat, relatiu a la incriminació d'actes de natura racista i xenòfoba comesos a través de sistemes informàtics.

⁷¹ Decisió Marc 2008/913/JAI, del Consell, de 28 de novembre de 2008, sobre la lluita contra certes formes i manifestacions de racisme i xenofòbia a través del dret penal.

en d'altres motius⁷². Més recentment, i encara en l'àmbit de l'Europa dels fins ara 28 Estats membres, s'ha adoptat la Directiva 2012/29/UE⁷³, per la qual s'exigeix als Estats una avaluació individual de les víctimes per tal de determinar les necessitats especials de protecció que requereixin i afegeix que “*seran objecte de deguda consideració les víctimes de [...] delictes per motius d'odi*” donat que aquestes persones “*tendeixen a patir una taxa elevada de victimització secundària o reiterada, intimidació o represàlies*”.

Per tant, els discursos de l'odi es caracteritzen per constituir una agressió a la igualtat i a la dignitat dels col·lectius i persones vulnerables i per perpetuar processos de dominació. Des d'un punt de vista filosòfic JUDITH BUTLER afirma que “*el lenguaje agresivo del discurso del odio no es una mera representación de una idea odiosa: es en sí misma una conducta violenta, que pretende someter al otro, deconstruyendo su propia condición de sujeto, arruinándolo en su contexto y colocándolo en otro, donde sufra la amenaza de una violencia real*”⁷⁴.

En aquest sentit, les paraules s'assimilen a actes violents de naturalesa subtil. Aquestes formes de violència simbòlica són, segons l'acadèmic PIERRE BOURDIEU, una manera de legitimar un punt de vista que, fent-se passar com l'únic punt de vista legítim, menysprea d'altres punts de vista particulars⁷⁵.

Sobre aquesta base normativa, el T.E.D.H. ha adoptat un posicionament jurisprudencial que, tot i exaltar la importància que la llibertat d'expressió revesteix per les societats democràtiques, ha de conciliar-se amb el respecte a la convivència i a la dignitat de les persones (§1.2).

§1.2.- La conceptualització jurisprudencial del discurs de l'odi a Europa

El C.E.D.H. de 1950 preveu dues clàusules que poden restringir o limitar la llibertat d'expressió. Una és la que conté l'article 10.2 i que defineix les restriccions de dret comú de la llibertat d'expressió. L'altra és la clàusula que es consagra a l'article 17, anomenada de l'abús de dret, i que consisteix en una delimitació excepcional de la pròpia noció de llibertat d'expressió. Començant per aquesta darrera, es considera que els discursos que atemptin contra els valors convencionals han de ser exclosos *ratione materiae* de l'àmbit d'aplicació de la llibertat d'expressió prevista a l'article 10.1 del mateix C.E.D.H.

⁷² La Decisió Marc és la principal instigadora de la reforma operada per la Llei Orgànica 1/2015.

⁷³ Directiva 2012/29/UE, del Parlament europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2012, per la qual s'estableixen normes mínimes sobre els drets, el recolzament i la protecció de les víctimes de delictes, i per la qual es substitueix la Decisió Marc 2001/220/JAI del Consell.

⁷⁴ Judith Butler, *Excitable Speech: a politics of the performative*, Psychology Press, 1997.

⁷⁵ Pierre Bourdieu, *Homo academicus*, Éditions de Minuit, 1984.

L'article 17 és, doncs, una eina que permet als Estats democràtics lluitar contra els enemics de la democràcia. Així, el T.E.D.H. declararà inadmissibles⁷⁶, en virtut d'aquest precepte, les demandes dels individus que pretenguin emparar-se en el propi C.E.D.H. per tal de destruir els drets i llibertats que aquest consagra. Aquest article, concebut en el context d'anticomunisme i de la guerra freda⁷⁷, ha sigut utilitzat pel Tribunal d'Estrasburg per tal d'impedir la protecció d'un gran nombre de discursos que inciten a l'odi⁷⁸ a través de la no admissió de les demandes "lliberticides"⁷⁹. Així succeeix respecte dels discursos nacionals-socialistes i negacionistes o revisionistes, i també quan aquestes dues classes de discurs es combinen⁸⁰. De la mateixa manera, el T.E.D.H. també ha aplicat l'article 17 als discursos racistes i antisemites, o que constitueixen un cúmul d'aquests dos⁸¹. Evidentment, el Tribunal també ha declarat inadmissibles les demandes que es fonamentaven en la llibertat d'expressió per tal de difondre un missatge que, alhora, fos negacionista, racista, antisemita i nazi⁸².

El tant citat article també ha sigut aplicat al respecte de discursos d'odi i d'intolerància religiosa⁸³ així com als discursos d'odi contra els homosexuals⁸⁴ o els de naturalesa insultant i vexatòria⁸⁵. Llevat algunes excepcions⁸⁶, el T.E.D.H. aplica l'article 17 del Conveni⁸⁷ i inadmet *in limine litis* les demandes que pretenguin emparar convencionalment un discurs de l'odi reprimit a nivell nacional. Malgrat això, l'article 17 només s'aplica als casos més greus i evidents⁸⁸. En canvi,

⁷⁶ En virtut del que disposa l'article 35§3.a) del C.E.D.H.

⁷⁷ El primer afer en què s'utilitzà la clàusula guillotina va ser el relatiu al Partit Comunista de la República Federal d'Alemanya (Comissió E.D.H., *Partit comunista c/ RFA*, 20 juliol 1957).

⁷⁸ Definits a l'afer *Gündüz c/ Turquia* com aquells que "propaguen, inciten a, promouen o justifiquen l'odi racial, a xenofòbia, l'antisemitisme o d'altres formes d'odi basades en la intolerància".

⁷⁹ "La démocratie est un jeu dont la règle la plus fondamentale est de consentir à être démocrate", F. Ost, « Conclusions. Quelle liberté pour les groupements liberticides ? Six questions pour un débat ».

⁸⁰ Comissió E.D.H., *Kühnen c/ R.F.A.*, 12 maig 1988; *B. H. ; M. W. ; H. P. ; G. K. c/ Àustria*, 12 octubre 1989; *F. P. c/ Alemanya*, 29 març 1993; *Walendy c/ Alemanya*, 11 gener 1995; *Honsik c/ Àustria*, 18 octubre 1995; *Rebhandl c/ Àustria*, 16 gener 1996; *D. I. c/ Alemanya*, 26 juny 1996; *Pierre Marais c/ França*, 24 d'abril de 1996; *Nachtmann c/ Àustria*, 9 setembre 1998; Tribunal E.D.H., *Witzsch c/ Alemanya*, 20 abril 1999; *Schimanek c/ Àustria*, 1 de febrer 2000; *Garaudy c/ França*, 24 juny 2003; *Witzsch c/ Alemanya*, 13 desembre 2005.

⁸¹ Comissió E.D.H., *Glimmerveen i Hagenbeek c/ Països Baixos*, 11 octubre 1979; *Hennicke c/ Alemanya*, 21 maig 1997; Tribunal E.D.H., *Seurot c/ França*, 18 maig 2004; *Molnar c/ Romania*, 23 octubre 2012; *W.P. i a. c/ Polònia*, 2 setembre 2004; *Pavel Ivanov c/ Rússia*, 20 febrer 2007; *M'Bala M'Bala c/ França*, 20 octubre 2015.

⁸² Comissió E.D.H., *Ochensberger c/ Àustria*, 2 setembre 1994; *Remer c/ Alemanya*, 6 setembre 1995.

⁸³ Tribunal E.D.H., *Norwood c/ Regne Unit*, 16 novembre 2004.

⁸⁴ Tribunal E.D.H., *Molnar c/ Roumanie*, ja citat.

⁸⁵ Tribunal E.D.H., *Rujak c/ Croàcia*, 2 novembre 2012.

⁸⁶ Excepcions en què discursos amb elements racistes (afers *Féret c/ Bèlgica*; *Seurot c/ França*; *Le Pen c/ França*, 2010, i *Le Pen c/ França*, 2017), negacionistes (*X. c/ R.F.A.*) i d'intolerància religiosa (*I.A. c/ Turquia*) no han estat sotmesos a la clàusula de l'abús de dret sinó a la clàusula de restricció de dret comú prevista a l'article 10.2 del Conveni. En els casos en què el discurs no pot ser qualificat clarament, el T.E.D.H. declara una constatació de no-violació i no una no-admissió com passa amb l'article 17 del C.E.D.H. Així succeeix a l'afer *Soulas* al respecte d'un llibre que critica la immigració musulmana a França i que exposa els efectes catastròfics de la immigració pel país d'acollida. Per a més casos de discursos pròxims al discurs de l'odi i que no se'ls ha aplicat l'article 17, vegeu: *Vona c/ Hongria* (al respecte de la dissolució d'una associació ultranacionalista i de caràcter militar a Hongria) i *Delfi AS c/ Estònia* (sobre els comentaris racistes i de l'odi que publiquen els usuaris d'un diari digital al peu dels articles).

⁸⁷ Si bé resulta clar que aquests discursos no reben protecció convencional, el mètode emprat pel T.E.D.H. és sibil·lí. De vegades aplicarà l'article 17 tot sol, d'altres vegades utilitzarà l'article 10.2 i fonamentarà la necessitat de la restricció a través de l'article 17.

⁸⁸ Tribunal E.D.H., *Paksas c/ Lituània*, 6 gener 2011.

només una petita part dels discursos polítics totalitaris i d'incitació a la violència seran condemnats directament per la clàusula de l'article 17 del C.E.D.H.⁸⁹. En la resta de casos, i donat el caràcter polític que presenten la major part dels discursos, el Tribunal prefereix entrar a analitzar el fons de l'afer i realitzar el clàssic control de proporcionalitat⁹⁰.

El control de proporcionalitat de la restricció previst a l'article 10.2 permet al T.E.D.H. ponderar els interessos en joc: l'àmplia llibertat d'expressió que s'acorda als polítics i als partits polítics i el necessari respecte dels valors democràtics fonamentals. En l'àmbit del discurs polític, el Tribunal indica que la simple apologia de la Xaria, sense incitar a la violència per a aconseguir-la, no constitueix un discurs de l'odi⁹¹.

Com s'observa, el Tribunal d'Estrasburg no només reconeix que certes expressions constitueixen un discurs de l'odi sinó que a més els reserva un absolut desemparament. El T.E.D.H. ha jutjat que *“la tolerància i el respecte i la idèntica dignitat de tots els éssers humans constitueixen el fonament d'una societat democràtica i pluralista. D'això se'n dedueix que en principi es pot considerar necessari, a les societats democràtiques, sancionar, i fins i tot prevenir, totes les formes d'expressió que propaguen, inciten a, promouen o justifiquen l'odi fonamentant en la intolerància”*⁹².

Així, a l'afer *Féret c/Bèlgica* de 2009, el Tribunal considera, explícitament per primer cop, que la incitació a l'odi no requereix que es faci apologia a cometre un acte de violència sinó que la injúria, la ridiculització, la difamació o la incitació a la discriminació *“són suficients per tal que les autoritats facin prevaldre la lluita contra el discurs racista davant d'una llibertat d'expressió irresponsable i atemptatòria a la dignitat i, fins i tot, a la seguretat d'aquests grups”*. El Tribunal conclou que aquests discursos representen un perill per *“la pau social i l'estabilitat política dels Estats democràtics”*⁹³. Als afers *Jersild c/ Dinamarca*⁹⁴ i *Delfi AS c/ Estònia*⁹⁵, el Tribunal ja havia afirmat, en un *obiter dictum*, que comentaris racistes no poden beneficiar-se de la protecció de l'article 10.1 del C.E.D.H.

⁸⁹ Comissió E.D.H., *Partit comunista c/RFA*, ja citat; *Lingens et Leitgeb c/ Àustria*, ja citat; *Purcell i a. c/ Irlanda*, 16 abril 1991; Tribunal E.D.H., *Partit Comunista Unificat de Turquia*, ja citat; *Hizb Ut-Tahrir i a. c/ Alemanya*, 12 juny 2012; *Kasymakhunov i Saybatalov c/ Rússia*, 14 març 2013.

⁹⁰ Tribunal E.D.H., *Zana c/ Turquia*, 25 novembre 1997; *Sürek c/ Turquia*, 8 juliol 1999; *Refah partisi c/ Turquia*, 13 febrer 2003. En matèria de terrorisme: *Leroy c/ França*, 2 octubre 2008.

⁹¹ Tribunal E.D.H., *Müslüm Gündüz c/ Turquia*, ja citat; a *contrario* Cour E.D.H., *Refah Partisi c/ Turquia*, precitat, §104. A l'afer *Erbakan c/ Turquia* el Tribunal exigeix la concurrència d'un risc actual i un perill imminent per a la societat per tal de justificar la llibertat d'expressió

⁹² Tribunal E.D.H., *Erbakan c/ Turquia*, §56.

⁹³ Tribunal E.D.H., *Féret c/ Bèlgica*, §73.

⁹⁴ Tribunal E.D.H., *Jersild c/ Dinamarca*, 23 setembre 1994, §35.

⁹⁵ Tribunal E.D.H., *Delfi AS c/ Estònia*, ja citat, §140

Resulta paradigmàtic el cas de l'humorista francès *Dieudonné* a qui li fou negat el dret d'exercir la seva llibertat d'expressió en el marc d'un dels seus espectacles. El Tribunal considera que, si bé és cert que l'article 17 del Conveni normalment s'ha aplicat a expressions explícites i directes que no necessitaven cap interpretació, “*un posicionament caracteritzat d'odi i d'antisemitisme, transvestit sota l'aparença d'una producció artística, és tan perillós com un atac frontal i abrupte*”⁹⁶.

En aquesta mateixa línia, el Conveni interpretat pel Tribunal admet, en virtut de la protecció de la democràcia, la interdicció d'una conferència donat que existien motius raonables de creure que s'expressarien punts de vista negacionistes (el títol de la conferència era “*El futur d'Alemanya i la manipulació política*” i el convidat era un reputat negacionista)⁹⁷.

Per tant, inclús un discurs racista i antisemita indirecte (revestit d'una forma humorística o política) pot ser prohibit, fins i tot amb caràcter preventiu⁹⁸.

Amb indiferència de l'*habitus judicandi* utilitzat (articles 10.2 o 17, o els dos de forma combinada), el T.E.D.H. fonamenta la seva jurisprudència en la distinció dels discursos segons el seu contingut (racista, antisemita, negacionista, violent, etc.), i no segons l'apreciació casuística dels efectes que genera cadascun d'aquests discursos en el context concret en què fou pronunciat. El contingut del discurs *pressuposa* uns efectes indesitjables i que no poden legitimar l'exercici de la llibertat d'expressió. Aquesta presumpció encaixa amb la conceptualització normativa del discurs de l'odi (§1.1) i que pressuposa la producció d'uns efectes contraris a la democràcia i a la convivència plural. Aquest *salt* és, com veurem, la principal diferència del model europeu respecte del model dels Estats Units.

Cartells amb missatges racistes i homòfobs són “*pel seu contingut*”, i per naturalesa, susceptibles d'instigar a l'odi i incompatibles amb els valors fonamentals del Conveni i d'una societat democràtica⁹⁹. Segons el Tribunal, i tractant-se de missatges homòfobs, “*tot i que aquestes afirmacions no condueixin als individus a cometre actes odiosos, constitueixen al·legacions perjudicials. La incitació a l'odi no comporta necessàriament una crida a cometre un acte violent o*

⁹⁶ Tribunal E.D.H., *M'Bala M'Bala c/ França*, ja citat.

⁹⁷ Tribunal E.D.H., *Le Pen c/ France*, 13 setembre 2016.

⁹⁸ A *contrario*, un article que assenyalava a l'Església Catòlica com una de les causes de l'Holocaust no és considerat com incitant a l'odi (Tribunal E.D.H., *Giniewski c/ França*, 30 gener 2006).

⁹⁹ Tribunal E.D.H., *Molnar c/ Roumanie*, ja citat.

actes criminals donat que atacs insultants, ridiculitzants o calumniosos dirigits contra un grup específic són suficients per justificar la intervenció de les autoritats”¹⁰⁰.

Per tant, la simple apologia d'un discurs de l'odi o violent permet excloure la protecció convencional. Aquesta premissa ha sigut criticada per les opinions dissidents d'una pluralitat d'afers. Així, a l'afet *Sürek c/ Turquia*, els jutges de la minoria afirmen que la qüestió radica en el mètode que permet al Tribunal qualificar un discurs violent o ofensiu i, de manera més contundent, l'opinió dissident de l'afet *Féret c/ Bèlgica* sentència: “*Temo que la llibertat d'expressió no sigui sacrificada a una política de no-discriminació que es prevalgui de mètodes que restringeixen els drets fonamentals [...]. La possibilitat de reglamentar un discurs pel seu simple contingut [...] reposa sobre l'idea que certes expressions són contràries a l'esperit del Conveni. Però un “esperit” no pressuposa estàndards clars i obre la porta a abusos. Els éssers humans, inclosos els jutges, tendeixen a qualificar les opinions que no els convenen d'inadmissibles i, per tant, a excloure-les de l'esfera de l'expressió protegida. Ara, és justament quan ens confrontem a idees que provoquen el nostre odi o el nostre desgrat que el judici ha de ser el màxim de reflexiu [...]*”.

Aquesta concepció crítica de la jurisprudència europea considera que el fet de pressuposar, o de presumir, que un determinat contingut produeix sempre un mateix resultat concret és fals i que cal establir criteris circumstancials que permetin apreciar en cada cas sí aquella expressió suposa efectivament un perill imminent (“*la intolerància, el sentiment sense acció o, si més no, sense tendència manifesta a l'acció, no hauria de considerar-se un delicte*”¹⁰¹).

Certament, segons la jurisprudència del Tribunal hi ha discursos d'incitació i provocacions que “*actuen*”¹⁰² –com si d'actes es tractés– i que una societat democràtica no pot tolerar. Seguint aquesta línia argumental, la manifestació o l'apologia de certes idees és susceptible de conduir a la realització d'actes contraris a la democràcia; afirmant l'existència d'un vincle potencial entre mots i accions, entre l'*haver de* i el *ser*, entre opinions i fets.

El filòsof realista MICHEL TROPER presenta la qüestió en els següents termes¹⁰³: el sistema funciona a través d'un joc de presumpcions. Així, hom pressuposa de manera objectiva que una categoria d'escrits o d'expressions provoca “*uns o altres efectes sobre un destinatari ideal, l'home raonable o mitjà*”. L'expressió de determinades tesis i els actes a què aquestes poden conduir

¹⁰⁰ Tribunal E.D.H., *Vejdeland c/ Suècia*, 9 febrer 2012.

¹⁰¹ Opinió dissident Tribunal E.D.H., *Féret c/ Bèlgica*.

¹⁰² G. Muhlmann, « Les mots et les actes. Retour sur Charlie Hebdo », in G. Muhlmann (dir.), E. Decaux, E. Zoller, *La liberté d'expression*, Dalloz, 2016 p. 18. “*Quan comença a manifestar-se pel verb, el racisme no tarda a manifestar-se pels actes*”, Commission nationale consultative des Droits de l'homme, La Lutte contre le racisme et la xénophobie, Rapport 1994, Paris, La Documentation française, 1995.

¹⁰³ M. Troper, « La loi Gayssot et la constitution », in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 54e année, n. 6, 1999, p. 1247.

formen un tot. L'exemple més clar de les paraules que “*actuen*” consisteix en la situació de cridar “*Foc!*” a una sala de teatre atapeïda de gent per tal d'infondre el pànic¹⁰⁴. Aquesta expressió no constitueix simples paraules, sinó veritables accions.

Transposant aquest exemple a la jurisprudència europea, es presumeix que existeix un vincle de causalitat entre la pronúncia de certs tipus de discurs –pel seu contingut– i la producció de determinats fets o accions que es consideren perjudicials per als valors democràtics. La simple idea perniciosa, un discurs de l'odi, és suficient per a atemptar contra els valors convencionals i democràtics¹⁰⁵.

§2.- La conceptualització particular de l'Estat espanyol del discurs de l'odi

Els postulats criminalitzadors del discurs de l'odi troben el seu reflex en dret intern a l'article 510 del Codi penal¹⁰⁶ (en endavant, C.P.). És important exposar on s'ubica aquest precepte en el Codi penal: la Secció 1^a del Capítol IV del Títol XI que tipifica els delictes comesos en ocasió de l'exercici dels drets i llibertats fonamentals garantits per la Constitució.

El legislador concep doncs que determinats drets i llibertats constitucionals puguin ser exercits de manera contrària a la seva finalitat legítima i, per tant, la *ratio legis* d'aquesta secció es connecta directament amb l'article 17 del Conveni europeu de drets humans que preveu l'anomenada “*clàusula guillotina*”¹⁰⁷ o d'abús de dret i a la que hem fet referència *ut supra* (§1.2)

Entrant a exposar el contingut material del precepte, l'article 510 C.P. preveu una pena de presó d'entre un i quatre anys i una multa i de multa per diverses classes de conductes: (1) el foment, promoció o incitació a l'odi, hostilitat, discriminació o violència contra persones o grups vulnerables i que es fonamenti en algun dels motius previstos¹⁰⁸; (2) la producció i la difusió d'escrits o qualsevol altre material o suport que resulti en la conducta anterior; (3) la negació pública, la trivialització greu o l'enaltiment dels delictes (o dels seus autors) de genocidi, lesa humanitat o de les persones per tal de promoure violència, odi o discriminació; (4) la lesió de la dignitat de persones o grups vulnerables a través de la humiliació, el menyspreu o el descrèdit

¹⁰⁴ Holmes, U.S.S.C., *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁰⁵ Aquesta superposició entre el món del llenguatge i el món dels actes no és exempta de perill. Aquesta llibertat, en la seva versió més liberal, es caracteritzaria per la tolerància de més agressivitat en el *dir* que en l'*actuar*. Així, la llibertat d'expressió permetria representar, mitjançant paraules i imatges, moltes més coses de les que tenim la llibertat de fer (“Podem colpejar a través d'un article, però no a través d'una autèntica bufetada”, G. Muhlmann, ja citat, p. 16-17).

¹⁰⁶ Aquest article fou modificat com a conseqüència de l'adopció de la Llei Orgànica 1/2015, de 30 de març.

¹⁰⁷ G. Cohen-Jonathan, « Abus de droit et libertés fondamentales », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au Carrefour des droits*, Dalloz, p. 527.

¹⁰⁸ “[...] por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

per un dels esmentats motius; (5) l'enaltiment o justificació pública de delictes comesos contra persones o grups vulnerables.

És necessari recordar que el T.C. ja declarà inconstitucional l'article 607.2 C.P. (en el seu anterior redactat) que tipificava com a delicte la difusió d'idees negacionistes o la justificació dels delictes de genocidi previstos a l'article 607.1 C.P. Així, en analitzar l'article 510 C.P. i com es comprèn el discurs de l'odi a l'Estat espanyol, cal prestar una important atenció a la jurisprudència constitucional, especialment a la Sentència 235/2007¹⁰⁹.

En aquest afer es discutia la constitucionalitat de l'article 607.2 C.P. en quant havia estat aplicat al Sr. Pedro Varela Geiss, director de la cèlebre llibreria Europa. El T.C. afirma la inconstitucionalitat de la penalització de la negació dels delictes de genocidi tipificada a l'esmentat article del C.P. (mentre alhora, i no exempt de crítiques¹¹⁰, sosté la constitucionalitat de la tipificació del delicte de justificació d'aquests delictes).

Per a arribar a aquesta conclusió, el T.C. fa prevaldre la llibertat d'expressió garantida per l'article 20.1 C.E.¹¹¹. El T.C. exigeix que mitjançant la difusió d'idees contràries a la Constitució i a la noció de dignitat humana del seu article 10.1 *“se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional”*. Així, el Fonament Jurídic 4 de la sentència reprèn el que ja afirmà a la STC 214/1991¹¹² al considerar que *“las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración [...] quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión [...] sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”*.

Fonamentant-se en la jurisprudència del T.E.D.H., el T.C. afirma que els discursos racistes i xenòfobs *“con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar”* no tenen cabuda a l'article 20.1 C.E. Gambé defineix, seguint el que marca la Recomanació (97) 20 del Consell d'Europa, el discurs d'odi com *“aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la*

¹⁰⁹ STC 235/2007, de 7 de novembre de 2007. Aquesta sentència va ser portada a Estrasburg per violació de l'article 6 del Conveni.

¹¹⁰ Quatre vots particulars acompanyen l'esmentada sentència del T.C. Així, el jutge dissident RODRÍGUEZ-ZAPATA recorda que la STC 214/1991 afirmà que la llibertat d'expressió no garanteix el dret a expressar i difondre un discurs racista o xenòfob de menyspreu i discriminació envers de persones i grups determinats. De la mateixa manera, esgrimeix que a la STC 176/1995 ja exclougué de la protecció de l'article 20.1 C.E. els discursos que neguen la dignitat humana. Igualment, RODRÍGUEZ ARRIBAS considera que, de la mateixa manera que la justificació, un discurs de negació dels delictes de genocidi també comporta l'element intencional necessari per a ser qualificat de discurs de l'odi.

¹¹¹ El T.C. afirma que *“conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE”*.

¹¹² STC 214/1991, d'11 de novembre, FJ 8.

violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”¹¹³.

El T.C. considera que l'article 607.2 C.P. sanciona la difusió de discursos negacionistes *per se*, sense exigir “*un dolo específico*” ni incitació –ni directa ni indirecta– a cometre un delict de genocidi, és a dir, castigant una difusió “*en cierto modo «neutra»*”. La difusió d'idees és una conducta protegida per l'article 20.1 C.E. i que entronca amb el contingut essencial d'aquesta llibertat que no pot ser delimitat pel legislador. Malgrat això, en un *obiter dictum*, el T.C. afirma que “*el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio*”.

D'aquesta decisió del T.C. se'n poden inferir dues reflexions. En primer lloc, que la llibertat d'expressió de l'article 20.1 C.E. garanteix la difusió de missatges negacionistes¹¹⁴ que constitueixen simples idees i opinions i, en segon lloc, que per a qualificar un discurs com a discurs de l'odi que escaparia del camp *ratione materiae* de la llibertat d'expressió cal un element finalista, és a dir, que es creï “*una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado*”.

El T.C. adopta una versió estricta dels efectes del discurs de l'odi i no comparteix, com s'ha exposat *ut supra*, el postulat segons el qual el discurs d'incitació pública a l'odi (en aquest cas, negacionista) dirigit contra un grup o una persona vulnerables és un discurs performatiu o que “*actua*”¹¹⁵ i que potencialment crea un ambient d'hostilitat i una atmosfera social violenta que condueix a la discriminació d'aquests col·lectius. A diferència del T.E.D.H., el T.C. no pressuposa que el discurs de l'odi genera, pel seu propi contingut, uns efectes nocius envers els col·lectius afectats i la democràcia.

Segons aquesta sentència de l'Alt Tribunal espanyol, el simple contingut del discurs no és punible a no ser que el contingut contingui una crida, una apel·lació, a la generació d'uns efectes nocius per a un grup vulnerable (mentre que la jurisprudència europea considera que certs continguts, *per se*, produeixen odi i incitació a la violència; com ara el racista o el negacionista).

¹¹³ En aquest sentit, la STC 214/1991 afirmava: “*el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana*”.

¹¹⁴ La simple negació del delict de genocidi és “*inane*” i no és apta per a aconseguir un clima social d'hostilitat contra les seves víctimes. En canvi, pel que fa a la justificació dels delictes de genocidi, el T.C. afirma que pot comportar una incitació –si bé indirecta– a la seva comissió o a l'odi, la discriminació i la violència. Aquesta justificació cal entendre-la més enllà de la simple adhesió ideològica que trobaria protecció a través dels articles 16 i 20 C.E.

¹¹⁵ J. L. Austin, *How to do Things with Words*, 1962, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press. p. 132-146.

El posicionament *sui generis* del T.C.¹¹⁶ respecte del discurs de l'odi cal analitzar-lo no només des de l'òptica europea sinó també des de la jurisprudència nord-americana¹¹⁷.

En efecte, a la sentència 235/2007, el jutge dissident RODRÍGUEZ-ZAPATA argumenta que la decisió adoptada s'inspira en la doctrina que defensà el *Justice BLACK* a la sentència de la United States Supreme Court (en endavant, U.S.S.C.) *Milk Wagon Drivers Union of Chicago v. Meadowmoor* de 1941 i que predicava una llibertat d'expressió il·limitada¹¹⁸.

La concepció espanyola *sui generis* en el context europeu del discurs de l'odi no és exclusiva de l'Estat espanyol, ans al contrari, ja que convergeix, en alguns punts, amb els postulats que s'afirmen als Estats Units. Mitjançant aquest mètode de contrast, entre model europeu i model americà, serà possible palesar on se situa la protecció de la llibertat d'expressió a l'Estat espanyol (B).

B. El model americà: la protecció de l'apologia a l'odi i la violència

"No hi ha mètode de raonament més comú, però també més criticable, que el d'esforçar-se a refutar una hipòtesi sota pretext que les seves conseqüències són perilloses per a la religió i per a la moralitat"¹¹⁹.

La definició de la llibertat d'expressió als Estats Units es caracteritza per tenir una delimitació materialment molt àmplia (§1) i, alhora, per l'estreta circumscripció de les restriccions permeses i que, arran de la idiosincràsia americana, exclou la incriminació del discurs de l'odi (§2).

§1.- La definició àmplia de la llibertat d'expressió: la protecció de l'apologia a la violència

El paradigma d'una defensa fèrria de la llibertat d'expressió l'encarna la U.S.S.C., que ha mostrat a través de la seva abundant i eloqüent jurisprudència la importància que presenta la llibertat d'expressió (en aquest cas, protegida a ultrança¹²⁰) per a la democràcia, amb

¹¹⁶ Una clara mostra de la visió particular del T.C. respecte del delictes d'odi es palesa a la seva sentència 177/2015 al respecte de la crema d'una fotografia capgirada del monarca en una concentració de protesta antiborbònica contra la seva visita a la ciutat de Girona. El Tribunal considera que el missatge que difonen les dues persones que cremaren la fotografia és constitutiu d'una incitació a l'odi i a l'hostilitat envers de la institució de la Corona. Diversos vots particulars de la sentència consideren que es "desfigura" i "banalitzà" la noció de discurs de l'odi. Aquesta interpretació serà posteriorment invalidada pel T.E.D.H. *Stern Taulats i Roura Capellera c/ Espanya*, 13 de març 2018.

¹¹⁷ A la sentència del T.C., els magistrats fan referència a nocions pròpies de la jurisprudència constitucional americana en matèria de llibertat d'expressió ("symbolic speech" i "expressive speech").

¹¹⁸ "En el año 1941, cuando el Juez Black escribía su famoso Voto particular[...] cruzaban el Atlántico miles de barcos en los que huían de la Shoá [...]. Cada continente genera sus propios monstruos y la frialdad burocrática de un régimen que practicaba científicamente todas las conductas genocidas que tipifica hoy nuestro art. 607 CP no se produjo en América, sino en Europa. Por eso la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contempla, [...] una «precious freedom of expression», mientras que [...] los Estados democráticos europeos no encuentran reparo en adoptar leyes que incriminan a quienes niegan o trivializan los crímenes del holocausto nazi o el genocidio".

¹¹⁹ D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, llibre II, 3ª part, secció II.

¹²⁰ Als Estats Units, missatges de caire racista o la manifestació de simpaties envers el nazisme no estaran prohibits *ipso facto* en raó del seu contingut, sinó que ho seran en funció d'uns criteris molt restrictius establerts per la jurisprudència de la U.S.S.C.

independència del contingut del missatge que es difongui (fins i tot dels discursos catalogables com a discursos de l'odi).

La U.S.S.C. ha fixat aquesta idea en la seva jurisprudència, que garanteix la *freedom of speech* protegida pel *First Amendment* de manera molt àmplia. Així, per exemple, els discursos racistes o nacional-socialistes no poden ser prohibits *per se* als Estats Units ja que constitueixen el que s'anomena *symbolic speech*¹²¹. Als ulls de la USSC, qui exhibeix una esvàstica, per ofensiva que sigui, només pretén comunicar al públic les seves creences¹²².

En canvi, els discursos compresos dins del concepte de *fighting words*, sí que poden ser reprimits, és a dir, discursos especialment insultants que són susceptibles de provocar violència immediata. Així, la USSC es pronuncià¹²³ al respecte de la constitucionalitat d'una llei de l'Estat de New Hampshire adoptada amb la finalitat de preservar l'ordre públic a través de la prohibició de discursos que tendeixin directament a provocar que, les persones a qui es dirigeixen, cometin actes de violència.

La U.S.S.C. afirma la constitucionalitat de la llei donat que és suficientment precisa i que es limita a castigar una conducta específica consistent a expressar-se a un lloc públic a través de paraules que causen una ruptura de la pau (pertorbació de l'ordre públic o "*breach of the peace*")¹²⁴.

La distinció entre *symbolic speech* i *fighting words* respon a la separació entre opinions i fets (actes), essent aquestes últimes les que reben la protecció de la Primera Esmena. Per a identificar els discursos que constitueixen *fighting words*, que no es limiten només a afirmacions ofensives envers d'un col·lectiu com és el cas dels discursos de l'odi¹²⁵, la U.S.S.C. començà per aplicar el *bad tendency test*¹²⁶ consistent en condemnar un discurs que atempti contra l'ordre públic. Davant de la ineficàcia d'aquest test¹²⁷ diverses veus es començaren a alçar i proposaren la *clear*

¹²¹ U.S.S.C., *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

¹²² Trobem una miriada d'exemples en què la USSC ha considerat que els discursos litigiosos constitueixen *symbolic speech*, entre d'altres: lluir un braçal per a expressar una opinió, mantenir-se dempeus tot sol, l'ensenyà d'una bandera roja i l'exhibició de pancartes a prop d'una seu del govern.

¹²³ U.S.S.C., *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

¹²⁴ La USSC ja ho havia afirmat amb anterioritat: la pertorbació de l'ordre públic i de la convivència no només es produeix per actes de violència sinó també per actes i paraules susceptibles d'incitar a la violència d'altri (U.S.S.C., *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 1940).

¹²⁵ En efecte, el concepte de *fighting words* engloba la noció del discurs de l'odi, però no exclou –en virtut del principi d'igualtat– d'altres discursos que incitin a la violència contra, no ja un col·lectiu o una persona vulnerable, sinó contra tota persona.

¹²⁶ U.S.S.C., *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907) al respecte d'un article que acusava els jutges de l'estat de Colorado de prevaricar en favor de diverses empreses; U.S.S.C., *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) en relació a activistes que repartien fulletons propagandístics a treballadors per a incitar-los a impedir la producció d'armament contra la Unió Soviètica i a defensar la revolució comunista.

¹²⁷ A l'afer U.S.S.C., *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) s'arriba fins i tot a condemnar a una dona per les seves implicacions amb el Partit Comunista, que aleshores s'associava amb el sindicalisme criminal.

*and present danger theory*¹²⁸ segons la qual, i atenent a les circumstàncies concurrents, es podria limitar la llibertat d'expressió si es constata una malícia manifesta (*substantial evil*).

El caràcter abstracte del test proposat és evident i no tardà a ser també criticat proposant-se l'adopció d'un test que permetés una apreciació més equànime i adaptada al cas concret¹²⁹. No va ser fins el 1969 amb l'afer *Brandenburg v. Ohio*¹³⁰ que la USSC adoptà el criteri que actualment s'empra per a determinar si un discurs constitueix *fighting words*.

Mitjançant aquesta sentència es conculca definitivament el *bad tendency test* de 1905 i s'afirma que “*the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*”.

Per tant, la simple apologia de la violència no és condemnable als Estats Units, conclusió diametralment oposada a la del T.E.D.H. que, com hem vist, ha afirmat que el discurs de l'odi en qualsevol de les seves declinacions (racisme, nazisme, antisemitisme, negacionisme, etc.) no pot beneficiar-se de la protecció convencional¹³¹. En canvi, sí que es poden establir ponts entre el posicionament nord-americà i la ja citada Sentència 235/2007 del T.C.

D'aquest refinament jurisprudencial podem observar com la màxima preocupació de la U.S.S.C. ha sigut la de trobar un mètode que permeti ponderar de manera concreta quan un discurs ha de ser prohibit en raó de la incitació directa a la violència. No és fútil constatar que el mètode adoptat als Estats Units es fonamenta en un seguit de criteris circumstancials que permeten una apreciació individualitzada de cada cas (l'apologia, *advocacy*, de la violència només està prohibida si, primer, pretén incitar o produir una acció il·legal imminent i, segon, si és probable que inciti o produeixi aquesta acció).

En efecte, el discurs d'apologia a la violència és un discurs exhortant a una acció violenta que serà prohibit sempre que “*el vincle entre el discurs i l'acció sigui curt*”¹³², però sense pressuposar-ne mai els efectes que hauran de ser degudament provats. Així, del que venim exposant, n'inferim

¹²⁸ Es menciona inicialment a U.S.S.C., *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), i també a l'opinió dissident del *Justice Brandeis* a l'afer *Abrams* ja citat i finalment, la U.S.S.C. centra el seu raonament en aquest test en l'afer U.S.S.C., *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

¹²⁹ U.S.S.C., *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951): “*In each case, [courts] must ask whether the gravity of the 'evil,' discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger. We adopt this statement of the rule. [...], it is as succinct and inclusive as any other we might devise at this time. It takes into consideration those factors which we deem relevant, and relates their significances. More we cannot expect from words*”.

¹³⁰ U.S.S.C., *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹³¹ Tribunal E.D.H., *Jersild c/ Dinamarca* i *Süreker c/ Turquia*.

¹³² A. Robitaille-Froidure in « Racisme aux États-Unis : le premier amendement au secours de l'intolérance, pas de la violence », C.R.D.F., n. 8, 2010, p. 89.

que la llibertat d'expressió als Estats Units rep una definició que no admet gaires límits i que, per tant, el tret característic no és que s'entén per llibertat d'expressió sinó el curt abast de les restriccions que se li poden infondre. “*La resposta s’ha de buscar no en el principi, sinó en els seus límits*”¹³³.

Si l'abast *ratione materiae* de la llibertat d'expressió és extremadament ampli als Estats Units, inversament, les restriccions que s'hi poden aplicar se circumscriuen a allò estrictament necessari i no s'apliquen en base al contingut del discurs (§2).

§2. L'aplicació estricta de límits a la llibertat d'expressió: la no incriminació dels discursos de l'odi

Als Estats Units la llibertat d'expressió es fonamenta en la teoria del *free marketplace of ideas*. Així, la Primera Esmena a la Constitució impedeix que el parlament (en aquest cas el Congrés) adopti cap llei que limiti la llibertat d'expressió. Aquesta idea rau en el paradigma liberal segons el qual els poders públics han d'interferir el mínim necessari a l'esfera de la llibertat dels individus.

Resulta especialment representatiu el següent fragment de la sentència *Texas v. Johnson*¹³⁴ al respecte de legislacions estatals que condemnen els ultratges (“*deseccrating*”) a la bandera nacional. El *Justice* BRENNAN escriu: “*if there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable*”. Declamà també Thomas Jefferson: “*Si hi ha algú entre nosaltres a qui li agradaria dissoldre aquesta Unió o canviar-ne la seva forma republicana, deixem que s'expressi sense torbació com a emblema de la seguretat amb què una opinió errònia pot ser tolerada, allà on la raó és lliure per a combatre-la*”¹³⁵.

Així, per molt que l'exercici de la llibertat d'expressió ofengui l'estètica i les sensibilitats morals i polítiques, la Primera Esmena no permet al govern decidir quins tipus de discursos són suficientment ofensius com per a requerir la intervenció dels poders públics correspon a l'espectador que sent violentades les seves sensibilitats desviar la mirada d'aquests discursos.

Seguint aquesta lògica, la U.S.S.C. considera que, si bé es permet la censura de certs discursos, la Primera Esmena només admet la sanció de situacions en el seu context, mai d'un contingut: és

¹³³ E. Zoller, « La liberté d'expression aux États-Unis : une exception mal comprise », in G. Muhlmann (dir.), E. Decaux, E. Zoller, *La liberté d'expression*, Dalloz, 2016, p. 180.

¹³⁴ U.S.S.C., *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

¹³⁵ Thomas Jefferson, discurs inaugural com a tercer president dels Estats Units, el 4 de març de 1801.

la regla que exigeix que una limitació sigui neutra respecte del contingut del missatge (*content neutral*)¹³⁶. El règim de les limitacions de la llibertat d'expressió no es fonamenta sobre el contingut de l'expressió, donat que cal desinteressar-se'n en favor dels seus efectes, de les seves conseqüències¹³⁷. En aquesta línia, el *Chief Justice* Holmes considerarà que “*the question in every case is whether the words used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger*”¹³⁸.

Per tant, la censura de certs discursos es fonamenta en el context circumstancial en què s'emeten i no en virtut del contingut del missatge o de l'idea (*content based*). El 1941 la U.S.S.C. estableix que els límits de la llibertat d'expressió només poden regir-se en funció de criteris circumstancials com ara “*consideracions de temps, de lloc o de forma*”¹³⁹. La definició d'aquesta idea es concreta a través de l'*O'Brien's test*¹⁴⁰ establert el 1968 i que permet determinar si una limitació és contrària a la Primera Esmena. En aquest sentit, cal que es justifiqui la concurrència d'un interès important o substancial del govern (“*important or substantial Government interest*”) el qual no presenti cap relació amb la supressió de l'expressió (“*unrelated to the suppression of speech*”, per tant, neutra respecte del contingut) i que no prohibeixi l'expressió més del que sigui essencial per a promoure aquest interès (“*no greater than is essential to the furtherance of that interest*”).

El fonament d'aquest posicionament es palesa de manera manifesta en un afer de 1972¹⁴¹ on s'afirma que “[...] *the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content. [...] The essence of this forbidden censorship is content control. Any restriction on expressive activity because of its content would completely undercut the profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open. [...] There is an "equality of status in the field of ideas", and government must afford all points of view an equal opportunity to be heard. [...] Government may not prohibit others from assembling or speaking on the basis of what they intend to say. Selective exclusions from a public forum may not be based on content alone, and may not be justified by reference to content alone*”¹⁴².

¹³⁶ G. Muhlmann, « Les mots et les actes. Retour sur Charlie Hebdo », *op. cit.*, p. 41.

¹³⁷ E. Zoller, « La liberté d'expression aux États-Unis : une exception mal comprise », *op. cit.*, p. 208.

¹³⁸ U.S.S.C., *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), ja citat.

¹³⁹ U.S.S.C., *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941).

¹⁴⁰ U.S.S.C., *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

¹⁴¹ U.S.S.C., *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

¹⁴² En aquesta decisió, la U.S.S.C. traça, indirectament, un vincle entre el principi d'igualtat reconegut a la Catorzena Esmena i la llibertat d'expressió que s'atribueix a cadascú de manera igualitària i, per tant, es tracten tots els discursos sobre un peu d'igualtat (E. Zoller, *op. cit.*, p. 214).

De la simbiosi que teixeix la U.S.S.C. entre el principi d'igualtat i la llibertat d'expressió se'n dedueix la necessitat d'impedir que una majoria imposi la seva veu o el silenci als dissidents en nom de simples preferències personals¹⁴³. Peremptòriament, la USSC conclou: “*To many, the immediate consequence of this freedom may often appear to be only verbal tumult, discord, and even offensive utterance. These are, however, within established limits, in truth necessary side effects of the broader enduring values which the process of open debate permits us to achieve. That the air may at times seem filled with verbal cacophony is, in this sense not a sign of weakness but of strength. [...]*”¹⁴⁴. La llibertat d'expressió d'idees minoritàries no pot limitar-se als Estats Units pel fet de ser una idea que rep un suport menor: és el principal atribut d'una democràcia, d'admetre la pluralitat i la diversitat sense destruir-se¹⁴⁵.

Com s'ha començat exposant en aquest apartat, resulta del la teoria del *free marketplace of ideas*¹⁴⁶ la premissa de considerar que cap d'elles no es pressuposa *ab initio* i *ex ante* falsa: “*under the First Amendment, there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries, but on the competition of other ideas*”¹⁴⁷. “*The remedy for speech that is false is speech that is true*”¹⁴⁸.

Partint d'aquesta premissa, la U.S.S.C. imposa limitacions a la llibertat d'expressió amb la mà tremolosa¹⁴⁹. Així, en virtut de la teoria de la *slippery slope* considera “*poc probable que una excepció a la llibertat d'expressió resti un cas aïllat*”¹⁵⁰. La USSC també és conscient del *chilling effect*¹⁵¹ que poden suscitar les restriccions a la llibertat d'expressió, donat que aquestes són susceptibles de dissuadir-ne l'exercici.

Com a corol·lari d'aquest posicionament jurisprudencial, els discursos de l'odi no poden ser *per se* prohibits per cap legislació (ni federal ni estatal), donat que això constituiria la censura d'un discurs pel seu contingut. Seguint la jurisprudència analitzada, la censura dels discursos només

¹⁴³ U.S.S.C., *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 7 juny 1971: “*Any broader view of this authority would effectively empower a majority to silence dissidents simply as a matter of personal predilections* ”.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ “*Those who begin coercive elimination of dissent soon find themselves exterminating dissenters. Compulsory unification of opinion achieves only the unanimity of the graveyard [...]* Authority here is to be controlled by public opinion, not public opinion by authority. [...] But freedom to differ is not limited to things that do not matter much. That would be a mere shadow of freedom. The test of its substance is the right to differ as to things that touch the heart of the existing order [...]” (U.S.S.C., *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Igualment, U.S.S.C., *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977)).

¹⁴⁶ “*The government must remain neutral in the marketplace of ideas*”, U.S.S.C., *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

¹⁴⁷ U.S.S.C., *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

¹⁴⁸ U.S.S.C., *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 11-210 (2012).

¹⁴⁹ Aquesta reserva en l'aplicació de limitacions es manifesta clarament en l'afirmació “*if there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to advert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence*” (Concurrent opinion, U.S.S.C., *Whitney v. California*, ja citat).

¹⁵⁰ A. Robitaille-Froidure, *op. cit.*, p. 86.

¹⁵¹ U.S.S.C., *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965), *Justice Brennan concurring opinion*: “*but inhibition as well as prohibition against the exercise of precious First Amendment rights is a power denied to government*”.

és vàlida a través dels tribunals, això és, a través del poder judicial i no mitjançant una legislació general i *in abstracto* adoptada. A més, la censura jurisdiccional serà només procedent si, en l'anàlisi del context *in concreto* del cas, el discurs es dirigeix a incitar o produir una “*imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*”.

Cal distingir doncs la noció europea del discurs de l'odi dels *fighting words* americans. Ambdues nocions pertanyen a la categoria de discursos no protegits. Ara bé, la seva conceptualització és radicalment diferent i respon a axiomes divergents. Així, quan la U.S.S.C. admet que la protecció de la llibertat d'expressió no comprèn els *fighting words* ho fa explícitament en base a la incitació immediata a cometre un acte violent, però no en base al contingut del missatge dirigit contra un col·lectiu o una persona vulnerable.

Tampoc la noció de *libel* o d'injúria permet de considerar que als Estats Units el discurs de l'odi constitueix una excepció a la llibertat d'expressió. Així, si, en un primer moment, la U.S.S.C. va admetre la constitucionalitat d'una llei estatal que criminalitzava expressions de menyspreu, de mofa o de vituperació (“*contempt, derision, or obloquy*”) dirigides contra grups ètnics, racials o religiosos¹⁵² ho féu considerant que es tractava d'injúries o calúmnies grupals que no tenien justificació o que no eren certes. Aquesta restricció, però, ha quedat estrictament circumscrita per la posterior jurisprudència donat que la U.S.S.C. ha precisat que les injúries i calúmnies no són, per principi, una categoria de discurs desprotegida.

En efecte, cal que qui se senti atacat per aquestes expressions vilipendioses demostrï que van ser proferides amb “*actual malice*”, és a dir, amb coneixement de la seva falsedat (“*knowledge that it was false*”) o amb irresponsable despreocupació sobre la seva certesa (“*reckless disregard of whether it was false or not*”)¹⁵³. A més, la U.S.S.C. ha considerat que una ordenança municipal que prohibeix discursos injuriosos pel sol fet d'anar dirigits contra certs grups vulnerables no està emparat per la Primera Esmena, fins i tot si es tracta de *fighting words*¹⁵⁴; per tant, les “*selective limitations*” de la llibertat d'expressió no estan admeses. Aquestes limitacions poden revestir dues formes principals: la discriminació de certs punts de vista (“*viewpoints*”) en favor d'altres idees o opinions, i el fet d'afavorir o d'impedir un discurs en raó del seu contingut (“*content based*”)¹⁵⁵.

¹⁵² U.S.S.C., *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

¹⁵³ U.S.S.C., *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁵⁴ U.S.S.C., *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

¹⁵⁵ Per a il·lustrar aquest punt resulta esclaridor els següents exemples. Cremar una bandera pot prohibir-se en virtut d'una norma que criminalitzi encendre un foc a llocs públics, però no podrà prohibir-se la crema d'una bandera en virtut d'una norma que castigui l'ultratge a la bandera. Així, una norma que prohibeixi tota expressió sobre la guerra de l'Iraq seria prohibida car es

En aquest darrer afer, l'opinió majoritària afirma: "*The reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey*". Així, els discursos que inciten o produeixen una "*imminent lawless action*" (*fighting words*) no es troben exclosos de la protecció constitucional en raó del seu contingut sinó en virtut del seu mode d'expressió, que condueix a una violència imminent.

Aquesta conclusió es troba confirmada per una recent decisió¹⁵⁶ en la qual l'opinió majoritària afirma que, si bé és cert que els discursos humiliants i degradants basats en la raça, l'ètnia, el gènere, la religió, l'edat, la discapacitat o altres motius són odiosos, "*el més gran orgull de la nostra jurisprudència sobre la llibertat d'expressió és que protegim la llibertat de manifestar el pensament que odiem*"¹⁵⁷.

Per tant, la indiferència al contingut dels missatges constitueix l'excepció nord-americana en matèria de llibertat d'expressió. La coherència amb aquesta idea exigeix que els discursos de l'odi no puguin ser criminalitzats pel seu contingut (com succeeix a Europa), sinó pels seus efectes. La llibertat d'expressió compleix la funció de "*invite dispute*" i d'evitar una "*standardization of ideas*". La millor manera de servir a aquest propòsit és que indueixi a un estat d'inquietud, que creï insatisfacció i que fins i tot inciti a la gent a la ira ("*even stirs people to anger*")¹⁵⁸.

CONCLUSIONS

La llibertat d'expressió, com a llibertat fonamental relativa, revesteix una importància cabdal pels sistemes democràtics. Alhora, aquests han de garantir-la per tal de poder conservar aquest qualificatiu. Hem vist com una democràcia té diverses formes de reaccionar davant de discursos que, abusivament emparats en la llibertat d'expressió, pretenen socavar-ne els fonaments.

D'una banda, el model europeu es basa en l'adopció d'un arsenal normatiu que defineix i incrimina certs discursos com a discursos de l'odi, en virtut del seu potencial destructiu del teixit social plural que ha de caracteritzar tota democràcia. Aplicant aquestes normes, el Tribunal

consideraria una limitació basada en el contingut del discurs; de la mateixa manera, una norma que prohibís els discursos contra la guerra es consideraria una limitació prohibida ja que es basaria en l'admissió d'un únic punt de vista vàlid.

¹⁵⁶ U.S.S.C., *Matal v. Tam*, 582 U.S. (2017).

¹⁵⁷ "*Speech that demeans on the basis of race, ethnicity, gender, religion, age, disability, or any other similar ground is hateful; but the proudest boast of our free speech jurisprudence is that we protect the freedom to express "the thought that we hate"*.

¹⁵⁸ U.S.S.C., *Terminiello v. Chicago*, 337 US 1 (1949).

d'Estrasburg utilitza alternativament els articles 10.2 i 17 del Conveni europeu per a validar restriccions i limitacions a l'exercici de la llibertat d'expressió. En bona part dels casos, el discurs de l'odi (discursos racistes, antisemites, xenòfobs, nazis, negacionistes, homòfobs, entre d'altres) seran exclosos *de plano* de la protecció convencional mitjançant l'article 17. Aquesta depuració es realitza principalment en base al contingut del discurs i a una presumpció de perjudicialitat envers la democràcia i les persones i grups vulnerables.

D'altra banda, el model nord-americà es fonamenta en una llibertat d'expressió duta al paroxisme i amb una aplicació de restriccions casuística i centrada en l'anàlisi dels efectes que pot causar un discurs. Un discurs que advoqui o faci apologia de la violència o de l'odi no serà prohibit als Estats Units: només podrà ser prohibit si aquest incita o produeix una acció violenta imminent. El legislador nord-americà, federal o estatal, no pot adoptar legislació que limiti la llibertat en base a un determinat contingut del missatge (com seria el cas d'un discurs nazi, per exemple). Aquesta premissa jurídica impedeix que es pugui considerar el discurs de l'odi com una categoria no protegida d'expressió donat que la presumpció de perjudicialitat que s'ha establert a Europa no casa amb el model empíric i circumstancial nord-americà.

Les línies que han obert aquest treball han exposat breument l'escenari de retrocés que viu l'Estat espanyol en matèria de llibertat d'expressió. En efecte, el discurs de l'odi ha pogut servir per a reprimir opinions que, sense incitar a l'odi ni a la violència, no coincidien amb la *doxa* popular o que, políticament, eren díscòles o dissidents. La desnaturalització del discurs de l'odi no només juga en detriment de la llibertat d'expressió sinó que alhora afebleix la democràcia i banalitza la situació de vulnerabilitat que pateixen els grups o persones històricament discriminats.

L'article 10.2 de la Constitució exigeix una interpretació de la llibertat d'expressió conforme amb la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans. Cal que el Tribunal Constitucional s'allunyi de posicionaments pròxims a la doctrina nord-americana (STC 235/2007) i que s'aproximi als estàndards de garantia fixats per la Unió Europea i el Consell d'Europa (Tribunal E.D.H., *Stern Taulats i Roura Capellera c/ Espanya*, 13 de març 2018).

És necessari que el Tribunal Constitucional adopti una doctrina clara i coherent amb el context geogràfic on s'ubica. A Europa, pel seu context històric, la repressió del discurs de l'odi constitueix una lluita contra un passat que no s'ha de repetir; però alhora, com a bressol de la civilització occidental, la llibertat d'expressió no pot veure's relegada a una simple prerrogativa que quedaria sotmesa al control i voluntat de les autoritats.

“Li diria... que les bestieses impreses només tenen importància als llocs on se n’impedeix la circulació; que *sense la llibertat de criticar, cap elogi resulta afalagador*; i que només els homes petits temen els petits escrits. (...) s’ha establert a Madrid un sistema de llibertat sobre la venda de produccions, que s’estén fins i tot a la premsa; i que, a condició de no parlar en els meus escrits ni de l’autoritat, ni del culte, ni de política, ni de moral, ni de gent actual, ni dels grups d’influència, ni de l’opera, ni dels altres espectacles, ni de cap persona que sostingui qualsevol cosa, puc imprimir-ho tot lliurement, sota la inspecció de dos o tres censors”¹⁵⁹.

BIBLIOGRAFIA

(Les cites de fragments en anglès o francès s’han traduït lliurement.)

DOCTRINA I TEXTOS LEGALS

- M. A. Aparicio Pérez i Mercè Barceló i Serramalera (coord.), *Manual de derecho constitucional*, 2ª edició, Atelier.
- N. Bobbio, “El problema de la guerra y las vías de la paz”, Gedisa, 1979.
- G. Cohen-Jonathan, « Abus de droit et libertés fondamentales », in *Mélanges en l’honneur de Louis Dubouis. Au Carrefour des droits*, Dalloz.
- L. Josserand, *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie de l’abus des droits*, Dalloz, 1927.
- G. Muhlmann, « Les mots et les actes. Retour sur Charlie Hebdo », in G. Muhlmann (dir.), E. Decaux, E. Zoller, *La liberté d’expression*, Dalloz, 2016.
- L. López Guerra, *Derecho constitucional, volumen 1, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 8ª edició, Tirant Lo Blanch.
- F. Ost, « Conclusions. Quelle liberté pour les groupements liberticides ? Six questions pour un débat », in H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel, F. Tulkens (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, op. cit., p. 126, cité par M. Levinet, « Le pluralisme confronté à la clause d’interdiction de l’abus de droit de l’article 17 de la Convention européenne des droits de l’homme » in *Pluralisme et Justice n° 91*, collection Droit & Justice, Bruylant, 2010, p. 128.
- J. Pérez Royo, Entrevista a Els Matins de TV3, 22 de febrer de 2018.
- A. Robitaille-Froidure in « Racisme aux États-Unis : le premier amendement au secours de l’intolérance, pas de la violence », C.R.D.F., n. 8, 2010
- M. Troper, « La loi Gayssot et la constitution », in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 54e année, n. 6, 1999.
- E. Zoller, « La liberté d’expression aux États-Unis : une exception mal comprise », in G. Muhlmann (dir.), E. Decaux, E. Zoller, *La liberté d’expression*, Dalloz, 2016, p. 180.
- Amnistia Internacional, *Tuitea... si te atreves*, març de 2018.
- Amnistia Internacional, *Amnesty international report 2017/18*, 2018.
- Commission nationale consultative des Droits de l’homme, *La Lutte contre le racisme et la xénophobie*, Rapport 1994, Paris, La Documentation française, 1995.
- Comitè de Ministres del Consell d’Europa, Recomanació (97)20, de 30 d’octubre de 1997.
- Consell d’Europa, Comitè de Ministres, *Declaration on the freedom of expression and information*, adoptada a la 70a sessió celebrada el 29 d’abril de 1982.
- Consell Ministerial O.S.C.E., Decisió 10/07 “*Tolerance and non-discrimination: Promoting mutual respect and understanding*”.
- Decisió Marc 2008/913/JAI, del Consell, de 28 de novembre de 2008, sobre la lluita contra certes formes i manifestacions de racisme i xenofòbia a través del dret penal.
- Directiva 2012/29/UE, del Parlament europeu i del Consell, de 25 d’octubre de 2012, per la qual s’estableixen normes mínimes sobre els drets, el recolzament i la protecció de les víctimes de delictes
- O.S.C.E., Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Hate Crime Laws, A Practical Guide*, 2009
- Síndic de Greuges, *Retrocessos en matèria de drets humans: llibertat d’expressió dels càrrecs electes i separació de poders al Regne d’Espanya*, abril de 2017.
- Síndic de Greuges, *Informe al Parlament 2015*, febrer de 2016. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0041.

JURISPRUDÈNCIA

- SSTC 6/1981, 11/1981, 62/1982, 86/1982, 105/1983, 82/1986, 104/1986, 159/1986, 165/1987, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 214/1991, 219/1992, 223/1992, 173/1995, 174/2006, 176/1995, 235/2007, 177/2015.
- U.S.S.C., *Patterson v. Colorado*; *Abrams v. United States*; *Schenck v. United States*; *Whitney v. California*; *Stromberg v. California*; *Cantwell v. Connecticut*; *Thornhill v. Alabama*; *Cox v. New Hampshire*; *Chaplinsky v. New Hampshire*; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*; *Thomas v. Collins*; *Terminiello v. Chicago*; *Dennis v. United States*; *Beauharnais v. Illinois*; *Edwards v. South Carolina*; *New York Times Co. v. Sullivan*; *Lamont v. Postmaster General*; *United States v. O'Brien*; *Brandenburg v. Ohio*; *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*; *Cohen v. California*; *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*; *Gertz v. Robert Welch, Inc.*; *Buckley v. Valeo*; *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*; *Wooley v. Maynard*; *Hustler*

¹⁵⁹ P.-A. C. Beaumarchais, *Le mariage de Figaro*, Acte V, scène III, Monologue de Figaro.

Magazine, Inc. v. Falwell; Texas v. Johnson; R.A.V. v. City of St. Paul; United States v. Alvarez; Matal v. Tam.

Comissió E.D.H., *Partit comunista c/ RFA*, 20 juliol 1957; *Glimmerveen i Hagenbeek c/ Països Baixos*, 11 octubre 1979; *Lingens i Leitgeb c/ Àustria*, 11 de desembre de 1981; *Kühnen c/ R.F.A.*, 12 maig 1988; *B. H. ; M. W. ; H. P. ; G. K. c/ Àustria*, 12 octubre 1989; *Purcell i a. c/ Irlanda*, 16 abril 1991; *F. P. c/ Alemanya*, 29 març 1993; *Ochensberger c/ Àustria*, 2 setembre 1994; *Walendy c/ Alemanya*, 11 gener 1995; *Remer c/ Alemanya*, 6 setembre 1995; *Honsik c/ Àustria*, 18 octubre 1995; *Rebhandl c/ Àustria*, 16 gener 1996; *D. I. c/ Alemanya*, 26 juny 1996; *Pierre Marais c/ França*, 24 d'abril de 1996; *Hennicke c/ Alemanya*, 21 maig 1997; *Nachtmann c/ Àustria*, 9 setembre 1998.

Tribunal E.D.H., *Handyside c/ Regne Unit*, 13 d'abril de 1976; *X. c/ R.F.A.*, 16 juliol 1982; *Oberschlick c/ Àustria*, 23 maig 1991; *Observer i Guardian c/ Regne Unit*, 26 novembre 1991; *Castells c/ Espanya*, 23 abril 1992; *Jersild c/ Dinamarca*, 23 setembre 1994; *Loizidou c/ Turquia* (excepcions preliminars), 23 de març de 1995; *Zana c/ Turquia*, 25 novembre 1997; *Partit Comunista Unificat de Turquia c/ Turquia*, 13 de gener de 1998; *Incal c/ Turquia*, 9 juny 1998; *Witzsch c/ Alemanya*, 20 abril 1999; *Schimanek c/ Àustria*, 1 de febrer 2000; *Sürek c/ Turquia (1)*, 8 juliol 1999; *Refah partisi c/ Turquia*, 13 febrer 2003; *Garaudy c/ França*, 24 juny 2003; *Gündüz c/ Turquia*, 4 de desembre de 2003; *Seurot c/ França*, 18 maig 2004; *W.P. i a. c/ Polònia*, 2 setembre 2004; *Norwood c/ Regne Unit*, 16 novembre 2004; *I. A. c/ Turquia*,

13 de setembre de 2005; *Witzsch c/ Alemanya*, 13 desembre 2005; *Giniewski c/ França*, 30 gener 2006; *Zdanoka c/ Letònia*, 16 de març de 2006; *Erbakan c/ Turquia*, 6 juliol 2006; *Pavel Ivanov c/ Rússia*, 20 febrer 2007; *Leroy c/ França*, 2 octubre 2008; *Féret c/ Bèlgica*, 16 de juliol de 2009; *Le Pen c/ França*, 20 abril 2010; *Paksas c/ Lituània*, 6 gener 2011; *Vejdeland c/ Suècia*, 9 febrer 2012; *Hizb Ut-Tahrir i a. c/ Alemanya*, 12 juny 2012; *Molnar c/ Romania*, 23 octubre 2012; *Rujak c/ Croàcia*, 2 novembre 2012; *Kasymakhunov i Saybatalov c/ Rússia*, 14 març 2013; *Vona c/ Hongria*, 9 de juliol de 2013; *S.A.S. c/ França*, 1 juliol 2014; *Petropavlovskis c/ Letònia*, 13 gener 2015; *Delfi AS c/ Estònia*, 16 de juny de 2015; *M'Bala M'Bala c/ França*, 20 octubre 2015; *Le Pen c/ France*, 13 setembre 2016; *Le Pen c/ França*, 28 de febrer de 2017; *Stern Taulats i Roura Capellera c/ Espanya*, 13 de març 2018.

ALTRES REFERÈNCIES

J. L. Austin, *How to do Things with Words*, 1962, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press.

Pierre Bourdieu, *Homo academicus*, Éditions de Minuit, 1984.

Judith Butler, *Excitable Speech: a politics of the performative*, Psychology Press, 1997.

A. Camus, *Carnets III*, Gallimard, 2013

D. Hume, *A Treatise of Human Nature*.

J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Livre de Poche, col. Classiques de la philosophie, Paris, 1992.