

Informe: La Llibertat d'Expressió i el Discurs de l'Odi a l'Estat Espanyol

El PEN Català elabora aquest informe per analitzar l'estat actual de la llibertat d'expressió a Espanya tenint en compte els estàndards europeus i, en particular, la nova regulació del discurs de l'odi. L'informe pretén analitzar el marc jurídic actualment en vigor, sense afegir valoracions, de manera que serveixi de base al debat que s'ha d'establir dins el PEN. Així, es podrà adoptar una posició comuna que garanteixi a la vegada el legítim exercici de la llibertat d'expressió i la dignitat dels col·lectius més vulnerables.

* * * * *

El 31 de març de 2015 es publicà al Butlletí Oficial de l'Estat l'aprovació de dues Lleis Orgàniques que han sigut extensament comentades, a nivell nacional i internacional, per juristes i experts i criticades per una bona part de la societat civil organitzada¹. Cal recalcar, a més, que ambdues es troben encara pendents de pronunciament per part del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalitat d'alguns dels seus preceptes.

El Síndic de Greuges de Catalunya ha analitzat les profundes implicacions pels drets fonamentals que susciten tant la Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana (en endavant, LOSC) com la reforma del Codi Penal per la Llei Orgànica 1/2015, de 30 de març, per la que es modifica la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal (en endavant, LO 1/2015) i la Llei Orgànica 2/2015, de 30 de març, per la que es modifica la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal, en matèria de delictes de terrorisme (en endavant, LO 2/2015).

El Síndic considera que *“en els darrers temps, Espanya s'ha dotat d'una legislació administrativa i penal que, en opinió d'aquesta institució, restringeix en excés els drets i les llibertats fonamentals, de manera incompatible amb la jurisprudència del Tribunal Europeu”*².

En sintonia amb aquesta conclusió, el PEN Català elabora el present informe per tal d'analitzar quin és l'estat actual de la llibertat d'expressió a l'Estat espanyol a la llum dels estàndards europeus i, en particular, de la nova regulació del discurs de l'odi. Aquest informe pretén nodrir el debat que necessàriament s'ha de mantenir a l'interior del PEN per tal d'harmonitzar els

¹ Veure <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S>
<https://blogs.es.amnesty.org/madrid/2018/04/10/la-ley-mordaza-amenaza-el-derecho-a-la-libertad-de-expresion-en-espana/>
<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/espana/libertad-de-expresion/>
<http://rightsinternationalspain.org/uploads/prensa/679e44c23174a8d67a65fe40c6324c4745d9eea2.pdf>

² Síndic de Greuges, *Retrossos en matèria de drets humans: llibertat d'expressió dels càrrecs electes i separació de poders al Regne d'Espanya*, abril de 2017.

punts de vista i adoptar una posició comuna que alhora garanteixi el legítim exercici de la llibertat d'expressió i la dignitat dels col·lectius més vulnerables.

Si les noves Lleis Orgàniques han sigut adoptades, entre d'altres motius, sota el pretext d'actualitzar la normativa espanyola respecte de noves “*demandes socials*”³ i dels protectors estàndards europeus (I), el seu (ab)ús demostra com determinats preceptes d'aquestes normes esdevenen una arma de doble tall per a la llibertat d'expressió (II).

I) EL MARC NORMATIU DE LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ: LA TENDÈNCIA REPRESSIVA DE L'ESTAT ESPANYOL

La reforma de 2015 consisteix en l'adopció de la nova Llei Orgànica de protecció de la seguretat ciutadana (A) i la modificació del Codi Penal a través de les Lleis Orgàniques 1/2015 i 2/2015 (B), que procedirem tot seguit a analitzar.

A) La Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana

La LOSC, extensament qualificada com a Llei mordassa⁴, indica en el seu preàmbul que la necessitat de modificar l'anterior Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, de Protecció Ciutadana (en endavant, LOPC) resulta del propi decurs del temps, dels “canvis socials operats al nostre país” i “*de les noves formes de posar en risc la seguretat i tranquil·litat ciutadanes*”⁵.

La LOSC permet la imposició de sancions administratives per un seguit de conductes considerades contràries al seu objecte, a saber: “*la protecció de persones i béns i el manteniment de la tranquil·litat ciutadana*”⁶. Tanmateix, un important nombre d'aquestes conductes es troba estretament relacionat amb l'exercici de drets fonamentals, com són el dret de reunió pacífica i la llibertat d'expressió⁷.

³ Preàmbul de la LOSC.

⁴ Amnistia Internacional (2017), España: activistas sociales y el derecho a la información, en el punto de mira. Análisis sobre la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, disponible a:

[https://doc.es.amnesty.org/ms-](https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=%3A*&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=mssearch_fl)

[opac/doc?q=%3A*&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=mssearch_fl](https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=%3A*&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=mssearch_fl)

⁵ Preàmbul de la LOSC.

⁶ Ídem.

⁷ El propi Tribunal Constitucional defineix el dret de reunió pacífica com “aquella manifestació col·lectiva de la libertad de expresión, como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivos en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático” (Sentència 170/2008, de 15 de desembre). En aquest mateix sentit v. també la Sentència del Tribunal Constitucional STC 301/2006, de 23 d'octubre.

Davant d'aquest conflicte entre béns jurídicament protegits (la seguretat pública i les llibertats fonamentals), el legislador ha optat per endurir el règim sancionador de determinades conductes relacionades amb la protesta i la llibertat d'expressió a través de la previsió de noves infraccions i l'increment de les quanties de les sancions ja existents.

Pel que fa al dret de reunió pacífica, la LOSC habilita a les autoritats i òrgans competents en matèria de seguretat ciutadana a adoptar *“les mesures necessàries per a protegir la celebració de reunions i manifestacions, impedit que es pertorbi la seguretat ciutadana”*⁸.

Analitzant el contingut d'aquest precepte se n'extreu que l'objectiu de la LOSC no és el de dissoldre les reunions i manifestacions *quan es produeixin alteracions de l'ordre públic*⁹, sinó que s'habilita a les autoritats competents a *impedir* que es pertorbi la seguretat ciutadana. Introduint aquest límit addicional a l'exercici del dret protegit per l'article 21 de la Constitució es legalitza la possibilitat de sancionar administrativament conductes amb caràcter preventiu.

En aquest context d'híper-“securització”, s'hi afegeix l'àmplia discrecionalitat que la LOSC acorda a les autoritats competents per a decidir la dissolució d'una reunió o manifestació; decisió que podrà fins i tot revestir la forma verbal. Aquest fet no resulta anodí si es té en compte que la pròpia LOSC atribueix als agents de l'autoritat una presumpció simple de veracitat dels fets que hagin presenciat.

Partint d'aquestes premisses, la LOSC estableix un règim sancionador que defineix un seguit d'infraccions administratives que podran ser reprimides per les sancions previstes a l'article 39 de la LOSC. Aquestes sancions, al nostre entendre desproporcionades, consisteixen en multes que oscil·len entre els 30.000,01 euros i els 600.000 euros per a les infraccions molt greus, els 601 euros i 30.000 euros per a les greus i per a les lleus entre els 100 euros i 600 euros.

Resulta especialment qüestionable el fet de definir aquestes infraccions a través d'un important nombre de conceptes jurídics indeterminats que en matèria sancionadora haurien de quedar exclosos; aquesta circumstància acreix la inseguretat jurídica que produeix la LOSC envers de la ciutadania.

⁸ Art. 23.1 LOSC.

⁹ Tal com preveu la Llei Orgànica 9/1983, de 15 de juliol, reguladora del dret de reunió. El seu article 5 disposa que es podran dissoldre reunions i manifestacions quan: a) es considerin il·lícites de conformitat amb les lleis penals; b) es produeixin alteracions de l'ordre públic, amb perill per a persones o béns; c) s'utilitzin uniformes paramilitars; d) s'organitzin per part de les Forces Armades o la Guàrdia Civil infringint sengles normes reguladores. Cal a més tenir en compte que l'anterior Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, sobre Protecció Ciutadana, i que queda derogada per la LOSC, preveia en el seu article 16.1 que “las autoridades a las que se refiere la presente Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones o manifestaciones y de espectáculos públicos, procurando que no se perturbe la seguridad ciudadana”.

Així, per exemple, com a infracció molt greu, la LOSC permet la imposició d'una sanció quan la manifestació o reunió es celebri a infraestructures bàsiques per a la comunitat o als seus *voltants* i es generi un risc per a la vida o la integritat física de les persones; cal notar que amb l'anterior LOPC de 1992 aquesta conducta era susceptible d'una sanció greu.

A més, la LOSC ara equipara abusivament les reunions o manifestacions no comunicades a les prohibides i permet que es considerin com a responsables d'aquesta infracció no només els organitzadors o promotors, que haurien d'haver transmès la preceptiva comunicació prèvia a les autoritats, sinó també qui les *"presideixi, dirigeixi o exerceixi actes similars, o qui per publicacions o declaracions de convocatòria de les mateixes, per les manifestacions orals o escrites que s'hi difonguin, pels lemes, banderes o altres signes que ostentin o per qualsevol altre fet pugui determinar-se raonablement que és director d'aquelles"*. L'activa participació en una reunió o manifestació implica, doncs, la possibilitat de ser considerat responsable de la infracció molt greu prevista per la LOSC i, per tant, conté un innegable efecte dissuasiu de l'exercici d'un dret fonamental.

Entre moltes d'altres, com a sancions greus es preveu la celebració de manifestacions o reunions que pertorbin greument la seguretat ciutadana davant de les seus del Congrés dels Diputats, del Senat i de les assemblees legislatives de les Comunitats Autònomes, fins i tot si no estan reunides. La LOSC també permet la repressió de manifestacions i reunions quan s'impedeixi, fins i tot pacíficament, a una autoritat pública l'exercici legítim de les seves funcions; al·ludint subreptíciament als escarnis públics que organitza, per exemple la Plataforma d'Afectats per l'Hipoteca, davant d'execucions hipotecàries.

També es tipifica com a infracció greu la desobediència o resistència a l'autoritat, la negativa a identificar-se o l'al·legació de dades falses o inexactes en els processos d'identificació.

En matèria de les llibertats d'expressió i informació, protegides per l'article 20.1 de la Constitució, la LOSC també defineix com a infracció greu *"l'ús no autoritzat d'imatges o dades personals o professionals d'autoritats o membres de les Forces i Cossos de Seguretat que pugui posar en perill la seguretat personal o familiar dels agents, de les instal·lacions protegides o en risc l'èxit d'una operació"*.

En un context de mala praxi policial aquesta infracció suposa un límit essencial a la llibertat d'informació de la ciutadania així com una font d'autocensura.

De la mateixa manera, la infracció lleu consistent en sancionar les *"faltas de respecte i consideració"* envers d'un membre de les Forces i Cossos de Seguretat en l'exercici de les seves funcions atorga una important

discrecionalitat davant d'expressions que es profereixin, per exemple, en el curs d'una manifestació i que podrien estar emparades pel legítim exercici de la llibertat d'expressió.

La lògica preventiva de la LOSC és manifesta i suposa una important inversió de la càrrega de la prova i de la presumpció d'innocència.

Per tant, resulta evident la finalitat de la LOSC de contrarestar la protesta i el malestar social creixent de la ciutadania. Aquest postulat xoca frontalment amb el que assenyala el Tribunal Constitucional a la seva sentència 301/2006¹⁰ on s'afirma que *“en una societat democràtica l'espai urbà no és només un àmbit de circulació, sinó també un àmbit de participació”* i que és propi de tot Estat que pretengui qualificar-se com a democràtic.

Segons Carme Arenas, presidenta del PEN Català, aquesta llei *“prioritza la protecció civil (deixant la porta oberta a la interpretació del concepte) per sobre de tots els drets fonamentals”* i, afegim, suposa una limitació a l'espai de llibertat d'assemblea i d'expressió de qualsevol organització i periodistes.

La Llei Mordassa és una manifestació més del que el professor Jacobo Dopico considera una creixent i alarmant tendència a criminalitzar certs actes que haurien d'estar protegits pel dret a la llibertat d'expressió. Com diuen l'advocat Darío Serrano i el polític Martín Serrano¹¹, la Llei Mordassa no és només una llei, sinó *“un esperit personificat en una sèrie de documents molt polítics que constitueixen el que es pot anomenar, sense risc d'exagerar, una política antisocial, antiliberal i autoritària”*.

B) La reforma del Codi Penal

En el mateix ordre d'idees que la LOSC, les LO 1/2015 i LO 2/2015 impliquen importants limitacions pels drets fonamentals i són especialment incisives en la llibertat d'expressió.

En primer lloc, cal recordar que la reforma del Codi Penal que opera la LO 2/2015 consisteix en una modificació integral dels delictes en matèria terrorista i perllonga la mateixa lògica “seguritària” de la LOSC. El Legislador espanyol estimà convenient modificar el Codi Penal per tal de recollir la *“profunda preocupació de la comunitat internacional per la recruada de l'activitat terrorista i per la intensificació de la crida a cometre atemptats a totes les regions del món”*, tal i com s'expressa a la Resolució 2178(2014) del Consell de Seguretat de les Nacions Unides, aprovada el 24 de setembre de 2014.

¹⁰ Tribunal Constitucional, Sentència 301/2006, ja citada, FJ 2.

¹¹ Veure <http://ctxt.es/es/20170419/Firmas/12190/ley-mordaza-tuiteros-titiriteros-libertad-expresion.htm>

Aquesta Resolució recorda als Estats el deure específic que conté la Resolució 1373(2001) per la qual se'ls exhorta a enjudiciar a qui "*participi en el finançament, planificació, preparació o comissió d'actes de terrorisme o recolzi aquests actes*" i tipifica un seguit de delictes que els Estats han d'incorporar a les seves legislacions nacionals (entre d'altres, el desplaçament per tal de cometre, planificar, preparar o participar en actes terroristes i finançament del terrorisme directa o indirectament).

L'article 578 del Codi Penal, en el redactat resultant de la reforma, tipifica el delicte *d'enaltiment o justificació pública* del terrorisme i imposa penes superiors en comparació amb el redactat anterior, especialment si aquestes conductes es realitzen a través de mitjans de comunicació electrònica o internet. Aquest precepte també puneix a qui *enalteixi o justifiqui els autors* o realitzi actes de *descrèdit, menyspreu o humiliació* de les víctimes o familiars i augmenta la pena màxima dels dos fins als tres anys.

Aquest article ha estat reiteradament utilitzat per a reprimir discursos polítics qualificats com a delictes d'enaltiment del terrorisme així com d'humiliació a les víctimes del terrorisme, tant a les xarxes socials com en el món de l'art.

L'article 579 del Codi Penal afegeix la possibilitat de castigar la *difusió pública* de missatges o consignes que tinguin com a finalitat o que, pel seu contingut, siguin idonis per a *incitar a la comissió d'un delicte de terrorisme*. De la mateixa manera també amplia la possibilitat de castigar penalment a qui *públicament "o davant d'una concurrència de persones" inciti o sol·liciti* la comissió d'un delicte de terrorisme. Amb l'anterior redactat, només es reprimien les conductes de provocació, conspiració o proposició per a cometre aquests delictes.

Aquests tipus penals desenvolupen una idea de participació en el terrorisme (difusió, justificació, provocació, incitació) que s'allunya de l'objectiu principal de les Resolucions de la ONU i que, precisament, serveixen de pretext a la reforma.

L'adopció de la reforma empresa per la LO 1/2015 suposa, en segon lloc, la supressió de les faltes que regulava el Codi Penal i la seva nova tipificació com a delictes lleus o com a infraccions administratives de la LOISC. La justificació d'aquest aspecte de la reforma, fonamentada en el principi d'intervenció mínima del dret penal i d'agilització de l'Administració de Justícia, decau donat que el transvasament de les faltes a infraccions administratives –més enllà de la inferior garantia processal que ofereix el seu tractament a través del procediment administratiu– augmentarà la càrrega de treball de les Administracions Públiques i, posteriorment, de la via contenciosa-administrativa.

Aquesta reconducció de les faltes en infraccions administratives significa que, allà on abans es produïa la intervenció directa d'un jutge imparcial, ara és la

potestat sancionadora de l'Administració que impera, regint-se pel principi d'autotutela. A més, el particular haurà d'assumir les càrregues que implica el procediment administratiu així com, en cas de recurs, el subseqüent procediment contenciós-administratiu.

En tercer lloc, la LO 1/2015 també modifica, en l'àmbit que aquí ens ocupa, la regulació de les conductes d'incitació a l'odi i a la violència per tal d'actualitzar els tipus penals que preveu l'ordenament jurídic espanyol respecte de la Decisió Marc 2008/913/JAI del Consell de la Unió Europea, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el Dret penal (en endavant, Decisió Marc). La Decisió Marc 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 en d'altres motius.

El nou article 510 del Codi Penal modifica profundament el tractament penal de l'anomenat "discurs de l'odi". D'una banda, sanciona les conductes *d'incitació a l'odi o a la violència* contra grups o individus vulnerables per motius racistes, antisemites o d'altres relatius a la ideologia, la religió, l'ètnia o la pertinença a grups minoritaris, així com aquelles que comportin *humiliació o menyspreu* cap a aquests grups o persones. D'altra banda, aquest precepte també castiga la *producció o distribució de materials* que pel seu contingut siguin idonis per a *incitar a l'odi o a la violència* contra minories, *l'enaltiment o justificació de delictes* contra ells o la *negació, apologia o trivialització greu del genocidi* quan així s'afavoreixi l'odi o la violència¹².

A més, i tal com succeeix en matèria de delictes de terrorisme, l'article 510 preveu un factor agreujant quan el discurs s'emeti a través d'un mitjà de comunicació social o d'internet.

Com veurem, segons la normativa europea i internacional, la criminalització del discurs de l'odi pretén protegir els col·lectius històricament discriminats. No obstant això, la realitat demostra com alguns representants polítics i autoritats judicials estan deformant la *ratio legis* del concepte de "discurs de l'odi" per a encabir-hi discursos polítics de crítica, protesta i dissidència expressats sovint a les xarxes socials i també sorgits de la comunitat artística. Aquesta aplicació resulta contrària als estàndards internacionals de drets humans i a la pròpia raó de ser de la norma.

En els últims anys, la majoria dels delictes de discurs de l'odi es produeixen a plataformes d'Internet. El 2015 la Policia va rebre 232 denúncies, i el 2016,

¹² Pel que fa a la negació del delictes de genocidi, l'anterior article 607 del Codi Penal preveia una pena inferior. La nova regulació del negacionisme s'adopta per tal de donar compliment al que s'afirma a la STC 235/2007, de 7 de novembre de 2007 i que exigeix que la negació dels delictes de genocidi impliqui una incitació directa a la violència contra determinats grups.

19816. El motiu majoritari de discriminació era racisme i xenofòbia (39,7%), seguit de la identitat sexual (22,8%) i l'orientació política (18,9%).

Segons Dopico, els crims d'odi només són aplicables quan els actes porten a un encoratjament clar a cometre un crim, i, per tant, *“bromes o sàtires no suposen un incitament conscient a cometre crims”*¹³.

II) L'APLICACIÓ DESNATURALITZADA DELS DELICTES D'INCITACIÓ A L'ODI: EL CAS DEL DISCURS DE L'ODI

L'aplicació que en certes ocasions fan les autoritats públiques de les disposicions resultant de la reforma orgànica de 2015 ha esdevingut una eina de repressió contrària als estàndards europeus, especialment en relació amb el discurs de l'odi (A); aquest abús s'ha materialitzat a l'Estat espanyol sota la forma d'un important nombre de casos repressius (B).

A) L'aplicació abusiva del marc regulador del discurs de l'odi

Com hem exposat, a l'Estat espanyol l'article que permet la repressió penal del discurs de l'odi és el 510 del Codi Penal. En aquest tipus penal s'hi conté la definició del que es considera discurs de l'odi: la incitació a l'odi o a la violència (tipus objectiu) envers un grup o persona vulnerable (subjecte passiu) per motius racistes, antisemites, ideològics, religiosos, ètnics, de creences, orígens, nacionalitat sexe, orientació o identitat sexual, gènere, malaltia, discapacitat o de situació familiar (mòbil/motivació).

És necessari recordar que el Tribunal Constitucional ja declarà inconstitucional l'anterior redacció del delicte de discurs de l'odi contingut a l'article 607.2 del Codi Penal¹⁴. Així, el Tribunal exigeix que el discurs de l'odi provoqui una lesió efectiva de drets o béns de rellevància constitucional i considera que els discursos racistes i xenòfobs *“amb un ànim deliberat de menysprear i discriminar”* són incompatibles amb l'exercici de la llibertat d'expressió quan aquests *“suposin una incitació directa a la violència contra ciutadans en general o contra determinades races o creences en particular”*. D'aquesta sentència se n'extreu que la difusió de discursos de l'odi ha de crear una *“actitud d'hostilitat envers del col·lectiu afectat”*.

En aquest sentit, el Comitè de Ministres del Consell d'Europa defineix, a la seva Recomanació (97)20, de 30 d'octubre de 1997, el discurs de l'odi com *“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*

¹³ Veure <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20171226/delito-de-odio-opiniones-juristas-codigo-penal-6462066>

¹⁴ STC 235/2007, de 7 de novembre de 2007.

d'etnocentrisme, de discriminació i d'hostilitat envers les minories, els immigrants i les persones provinents de la immigració".

Com assenyala el Síndic de Greuges¹⁵, "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".

El Tribunal Europeu de Drets Humans (en endavant, TEDH) ha considerat 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"¹⁶.

Així, a l'afer *Féret c/Bèlgica* de 2009, el TEDH 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 TEDH conclou que aquests discursos representen un perill per "la pau social i l'estabilitat política dels Estats democràtics"¹⁷. Als afers *Jersild c/ Dinamarca*¹⁸ i *Delfi AS c/ Estònia*¹⁹, el Tribunal d'Estrasburg ja havia afirmat, en un obiter dictum, que comentaris racistes no poden beneficiar-se de la protecció de l'article 10.1 del Conveni Europeu de Drets Humans.

Per tant, per tal de poder qualificar un discurs com a discurs de l'odi resulta cabdal que es reuneixin els elements que s'indiquen a nivell europeu, i que també es recullen a la citada STC 235/2007: la difusió de missatges que inciten a l'odi, la violència i la intolerància (1) envers de minories o persones vulnerables (2) per motius discriminatoris (3).

Malgrat la definició conciliadora amb la llibertat d'expressió que el Tribunal Constitucional estableix a la seva STC 235/2007, la posterior tendència repressiva (i que es materialitza en les reformes del Codi Penal i en l'adopció

¹⁵ Síndic de Greuges, Informe al Parlament 2015, febrer de 2016.

¹⁶ Tribunal E.D.H., *Erbakan c/ Turquia*, §56.

¹⁷ Tribunal E.D.H., *Féret c/ Bèlgica*, §73.

¹⁸ Tribunal E.D.H., *Jersild c/ Dinamarca*, 23 setembre 1994, §35.

¹⁹ Tribunal E.D.H., *Delfi AS c/ Estònia*, 16 de juny de 2015, §140.

de la LOSC) condueix a l'adopció de nous postulats. Així, resulta paradigmàtica la STC 177/2015 al respecte de la crema d'una fotografia capgirada del monarca en una concentració de protesta antiborbònica. El Tribunal considera que el missatge que difonen les dues persones que cremaren la fotografia és constitutiu d'un delictes d'incitació a l'odi i a l'hostilitat envers de la institució de la Corona.

Considerar que la crema d'una fotografia del monarca per tal de mostrar una opinió política republicana és un discurs de l'odi condueix a desfigurar i banalitzar aquesta noció. Per aquest motiu aquesta interpretació serà posteriorment invalidada pel TEDH a l'afer *Stern Taulats i Roura Capellera c/ Espanya*, de 13 de març de 2018.

Aquest posicionament es troba avalat per la també recent sentència del TEDH relativa a una performance provocativa de tres activistes del grup Pussy Riot a la Catedral del Crist Salvador a Moscou i que varen ser condemnades per les autoritats russes pel delictes d'incitació a l'odi religiós. En aquest afer el TEDH conclou que, si bé certes persones poden considerar que aquesta actuació és ofensiva, no es produeix incitació a l'odi. En particular, el Tribunal exigeix una anàlisi in concreto del context i de si el discurs constituïa una crida a la violència, a l'odi o a la intolerància a la vista de les conseqüències nocives que podria generar²⁰.

El Tribunal, a més, recorda que *“en principi, les formes pacífiques i no violentes d'expressió no haurien d'estar subjectes a l'amenaça de la imposició d'una pena d'empresonament [...] i que la interferència amb la llibertat d'expressió sota la forma de sancions penals pot comportar un efecte dissuasiu de l'exercici d'aquesta llibertat”*, especialment al tractar-se de penes desproporcionades²¹.

D'altra banda cal recordar que l'article 5.1 del Conveni Europeu de Drets Humans, tal i com l'ha interpretat el TEDH²², prohibeix les privacions de llibertat arbitràries. Per tant, resulta imprescindible que la legislació nacional sigui suficientment precisa per a permetre al ciutadà preveure, fins a un grau raonable, les conseqüències jurídiques que una determinada acció pot comportar. En el cas que ens ocupa aquest estàndard no es compleix ja que la noció de discurs de l'odi que utilitzen les autoritats espanyoles és extremadament mal·leable i subjecta a interpretació.

La utilització de termes genèrics (l'article 510 del Codi Penal utilitza, entre d'altres: *“incitació directa o indirecta a l'odi”*, *“accessible a un número elevat de*

²⁰ Tribunal E.D.H., Mariya Alekhina i altres c/ Rússia, 17 de juliol de 2018, §§ 225-226.

²¹ Ibídem, §227. En aquest mateix sentit, v. Tribunal E.D.H., Paraskevopoulos c/ Grècia, 28 de juny de 2018, §42.

²² Tribunal E.D.H., Steel i altres c/ Regne Unit, 23 de setembre de 1998, §47.

persones”, “*crear un greu sentiment d’inseguretat o de temor*”) impedeix que es consideri acomplert l’atribut de predictibilitat de la llei i, per tant, és font d’inseguretat jurídica. A més, molts d’aquests termes estableixen el llinar punitiu a partir de conceptes subjectius i que no resulten significatius a l’hora de considerar si un discurs incita o no a l’odi (“*inseguretat*”, “*temor*”, etc.).

Els termes genèrics i imprecisos que s’empren en el tipus penal del discurs de l’odi permeten reprimir discursos que, si bé resulten controvertits, no inciten ni a l’odi ni a la violència.

Així, més enllà dels tipus penals ja previstos, i qüestionables, com són les injúries a la Corona o l’ofensa als sentiments religiosos, la reforma de 2015 condueix a un context repressiu que utilitza de manera desnaturalitzada i desproporcionada la legislació penal (discurs de l’odi i enaltiment del terrorisme) per a reprimir la protesta social.

Segons el professor de Dret Constitucional Germán M. Teruel Lozano²⁷, la reforma de la regulació del discurs de l’odi a Internet (sobretot, a Twitter) significa una amenaça real a la llibertat d’expressió. Segons Teruel, els tipus penals existents abans de la reforma de 2015 eren suficients per castigar el discurs de l’odi a les xarxes i argumenta que aquesta extensió podria significar el “Cavall de Troia” per a la repressió política en el futur. Amb la reforma, l’espai per a la interpretació augmenta i s’empra el discurs de l’odi com una arma de doble tall per a limitar la llibertat d’expressió.

Un exemple molt recent de l’enorme marge interpretatiu de la noció de discurs de l’odi sorgeix arran de la repressió violenta de la policia al referèndum d’independència de Catalunya de l’1 d’octubre i l’aplicació de l’article 155 de la Constitució espanyola per intervenir les institucions d’autogovern de Catalunya.

Aquesta situació ha provocat un increment exponencial de comentaris a les xarxes socials en contra de les forces de seguretat i les autoritats judicials que han sigut investigats com a delictes de l’odi. Segons l’advocada Isabel Elbal²³, s’està desnaturalitzant el crim de l’odi, que hauria de lluitar contra la “discriminació” per protegir “minories que poden ser atacades degut al seu origen, orientació i identitat sexual, etc.”. Com assegura Elbal, “*els crims d’odi no estan dissenyats per protegir un membre de les forces de seguretat, ni tampoc el Govern o l’oposició. Serveixen per protegir minories vulnerables*”.

Tot seguit exposarem alguns d’aquests casos que ens mostren com la Llei Mordassa i les diverses disposicions del Codi Penal abans comentades sobre delictes de terrorisme i de discurs de l’odi han limitat, a través d’una utilització

²³ Veure <http://www.publico.es/sociedad/libertad-expresion-interior-inventa-definicion-delito-odio-diferente-codigo-penal.html>

abusiva i desnaturalitzada, l'espai per a la llibertat d'expressió a l'Estat espanyol.

B) Casos repressius concrets

El diagnòstic que ofereix el Síndic de Greuges al respecte de la situació a l'Estat espanyol resulta pertinent: *“primer es van produir retallades en drets econòmics, socials i culturals i que, arran de les mobilitzacions socials que van provocar aquestes regressions, l'Estat ha reaccionat amb clars retrocessos en els drets civils”*²⁴.

En efecte, a l'Estat espanyol s'han utilitzat els preceptes exposats ut supra per a reprimir la protesta social i la dissidència política. Aquest ús abusiu de la legislació s'exemplifica, sense ànims d'exhaustivitat, en els següents casos:

• Valtonyc

Josep Miquel Arenas Beltrán (1993) és un *rapper* mallorquí que el 2012 fou acusat per la Policia Nacional d'enaltiment del terrorisme i d'incitació a l'odi i a la violència, així com d'injúries a la Corona. L'Audiència Nacional el condemnà el 2017 a 3 anys i mig de presó per enaltiment del terrorisme i humiliació de les seves víctimes, així com per injúries i calúmnies greus al Rei. La condemna va ser ratificada pel Tribunal Suprem i actualment el músic es troba refugiat a Bèlgica.

• Jordi Pessarrodona

Jordi Pessarrodona, regidor, va ser imputat per un delictes de l'odi per la seva conducta durant els escorcolls a la seu de Governació de la Generalitat de Catalunya el 20 de setembre de 2017, en un context d'alta tensió per la propera celebració del referèndum d'independència a Catalunya. Se'l va acusar d'actuar públicament, vestint un nas de pallaso, incitant directament a l'hostilitat contra els agents que realitzaven els escorcolls. La causa ha estat finalment arxivada pel jutjat d'instrucció.

• Cassandra Vera

El 3 de març de 2017, Cassandra Vera (Murcia, 1995) va ser condemnada a un any de presó i 7 d'inhabilitació per treballar al sector públic. Vera va ser acusada de delictes d'“humiliació de les víctimes de terrorisme” per 13 comentaris a Twitter que va publicar entre 2013 i 2016 on compartia bromes satíriques sobre l'assassinat el 1973 de Luis Carrero Blanco a mans d'ETA. L'Audiència Nacional va considerar els tuits “una actitud irrespectuosa i

²⁴ 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, ja citat.

humiliant”. La sentència també implica que Vera perdi els seus drets de concursar en oposicions. La pròpia neboda de Carrero Blanco va publicar una carta a EL PAÍS en suport de Vera. El 2 de març de 2018, el Tribunal Suprem l’ha absolt del delictes d’enaltiment del terrorisme.

- **César Strawberry**

César Augusto Montaña Lehmann (1964), conegut pel seu nom artístic César Strawberry, és el cantant del grup Def con Dos. També és escriptor, ha publicat tres llibres d’històries curtes i una biografia del seu grup de música. Es va fer conegut pel seu rol a Def con Dos, un grup de hip-hop i metal rap. El 19 de maig de 2015 va ser detingut i acusat d’”enaltiment al terrorisme” per una sèrie de tuits que difamaven figures com Luis Carrero Blanco, José Antonio Ortega o Eduardo Madina, tots víctimes del grup terrorista ETA. Tot i que va ser alliberat el mateix dia i el seu cas va ser arxivat dos cops, les apel·lacions del fiscal van provocar que el cas de Montaña Lehmann es reobris i el 19 de gener de 2017 va ser sentenciat a 1 any de presó i 6 anys d’inhabilitació.

- **El cas dels titellaires**

Alfonso Lázaro i Raúl García són dos titellaires que van ser detinguts després de representar una obra titulada “La Bruja y Don Cristóbal” el 5 de febrer de 2016 a Madrid. L’obra incloïa escenes polèmiques com el penjament d’un jutge o la pallissa a un policia, al davant d’una audiència infantil. A més, una de les titelles, en un moment de la representació, mostrava un cartell on es llegia “Goraalka-ETA”. Van ser acusats d’ “enaltiment del terrorisme” i van passar cinc dies a presó. Tots dos van ser finalment alliberats i els seus càrrecs van ser aixecats.

- **Toni Albà**

Toni Albà i Noya (Vilanova i la Geltrú, 1961) és un actor, humorista i director de cinema. És molt conegut a Catalunya pels seus papers als programes d’humor satíric “Polònia” i “Cracòvia”. El 28 de novembre de 2017 Albà va ser citat als jutjats de Vilanova i la Geltrú. Segons diverses informacions, la Policia Nacional l’acusa de delictes d’injúries per una sèrie de tuits que ridiculitzaven la jutgessa de l’Audiència Nacional Carmen Lamela, qui estava al càrrec dels casos contra membres de la Generalitat de Catalunya pel seu paper al referèndum no reconegut de l’1 d’octubre de 2017. L’acusació també podria incloure càrrecs per una actuació de l’actor del setembre de 2016, on representà en una obra humorística Felip V i Felip VI. Segons l’actor, la Policia posseïa fotografies d’ell en aquella obra quan va anar als jutjats per acceptar la citació.

- **Revista El Jueves**

Guillermo Martínez-Vela (Barcelona, 1983), és el director de la revista satírica El Jueves. Va declarar davant del jutge el 8 de novembre de 2017 després que la Policia Nacional denunciés la revista per injúries. La raó de la denúncia va ser un article satíric que insinuava que els membres de la Policia Nacional traslladats a Catalunya just abans de la celebració del referèndum no reconegut de l'1 d'octubre havien consumit tanta cocaïna que provocaren un "esgotament de les existències". Martínez-Vela va argumentar que l'article, com tot el que El Jueves publica, era fals i entrava dins el marc de l'humor. Després que Martínez-Vela declarés, el jutge també va citar l'autor de l'article i subdirector de la revista. El cas encara està pendent de resolució

- **Pablo Hásel**

Pablo RivadullaDuró, (Lleida, 1988) conegut popularment com a Pablo Hásel és poeta i cantant de rap. Ha publicat més de quaranta discos, maquetes i demos, distribuïts de forma gratuïta a través d'Internet, i deu poemaris. Va ser detingut el 4 d'octubre de 2011 a Lleida acusat d'enaltir el terrorisme a les lletres de les seves cançons, concretament a un dels líders de l'organització GRAPO. Va declarar davant l'Audiència Nacional el 5 de novembre de 2017 i va sortir en llibertat provisional sense fiança, obligat a presentar-se davant els jutjats cada quinze dies. El 2014 l'Audiència Nacional ja el va condemnar a dos anys de presó per la mateixa causa, i també per demanar l'assassinat d'alguns polítics en els seus temes de rap. La condemna no va ser confirmada pel Tribunal Suprem i Rivadulla no va haver d'entrar a presó, ja que la pena no superava els 24 mesos. El 2017 va tornar a ser acusat d'enaltiment del terrorisme i injúries contra la Corona, però aquesta vegada no per la seva música sinó per una sèrie de comentaris que va publicar a les xarxes socials. El 30 de gener de 2018 va ser condemnat a dos anys i nou mesos de presó i una multa de 40.500 euros, i en cas de no poder pagar-la la condemna de presó augmentarà a cinc anys.

CONCLUSIONS

*"Conscient de la necessitat de trobar un equilibri entre la lluita contra el racisme i la intolerància, i la necessitat de protegir la llibertat d'expressió, per tal d'evitar el risc de minar la democràcia amb el motiu de defensar-la"*²⁵.

Ja des de la seva adopció, diversos experts de Nacions Unides²⁶ alertaven sobre l'amenaça que suposaven la LOSC i les LO 1/2015 i 2/2015 de reforma

²⁵ El Comitè de Ministres del Consell d'Europa considera, en la seva Recomanació (97)20, de 30 d'octubre de 1997.

²⁶ Ver <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S>

del Codi Penal per als drets i llibertats fonamentals, essencials per a l'existència d'una societat lliure i democràtica. Aquesta amenaça ha acabat materialitzant-se i ha suposat, com hem vist, la tergiversació d'una legislació orgànica que sota la màscara de bones intencions ha servit a finalitats repressives contràries als drets fonamentals.

La Resolució sobre l'Estat espanyol adoptada per l'Assemblea de Delegats del PEN Internacional en el 83è Congrés de Lviv (18 a 21 de setembre de 2017) ja constata la *“preocupació pel deteriorament democràtic i els atacs a la llibertat d'expressió a l'Estat espanyol”*, en particular les polítiques públiques tendents a *“criminalitzar la protesta, la crítica i la dissidència”*.

Del que venim exposant resulta clar que si bé la ratio legis aparent de l'actual legislació de l'Estat espanyol és la protecció de la seguretat dels ciutadans, la lluita antiterrorista i la protecció de les minories, a la pràctica les autoritats han fet un ús abusiu i desnaturalitzat d'aquest marc normatiu que, al contrari, ha minat l'exercici legítim de drets fonamentals, especialment de la llibertat d'expressió. Aquesta utilització s'ha desplegat en detriment de les veus dissidents i de la protesta política que, sens dubte, han de tenir cabuda en tot règim polític que pretengui qualificar-se de democràtic.

És especialment representatiu el cas de la penalització dels discursos de l'odi que, sota el pretext general de la protecció de col·lectius històricament discriminats o vulnerables, en ocasions ha acabat constituint un subterfugi per a la repressió per part de les autoritats públiques.

L'exemple de l'Estat espanyol revela el potencial devastador per als drets fonamentals que conté la lluita contra el discurs de l'odi i el terrorisme. En efecte, l'aplicació inadequada dels tipus penals que condemnen aquestes conductes condueix a situacions d'arbitrarietat i de limitació excessiva dels drets inherents a tota democràcia.

Cal recalcar la importància de la precisió terminològica en un àmbit tan controvertit. La precisió normativa atorga seguretat jurídica i la tan necessària predictibilitat dels tipus penals i de les infraccions administratives.

En aquest sentit és necessari que la legislació que regula el discurs de l'odi no criminalitzi discursos que, segons la prolífica fórmula del TEDH, fereixen, xoquen o inquieten a l'Estat o a una fracció qualsevol de la població²⁷. Cal que l'aplicació del tipus penal que puneix el discurs de l'odi sigui realment una *ultima ratio* que s'apliqui en els casos en què realment concorren els tres elements que componen la definició del discurs de l'odi: incitació a l'odi o a la violència (1) contra un individu o col·lectiu vulnerable (2) per motius discriminatoris (3).

²⁷ Tribunal E.D.H., Handyside c/ Regne Unit, 7 de desembre de 1976, §49.

Només respectant estrictament aquesta definició es pot assegurar la conciliació que ha d'existir entre l'exercici d'un dret fonamental i la protecció de persones i col·lectius vulnerables. La utilització del concepte de discurs de l'odi per a qualsevol altra finalitat repressiva respon a la figura jurídica de l'abús de dret continguda a l'article 17 del Conveni Europeu de Drets Humans:

“Cap de les disposicions del present Conveni podrà ser interpretada en el sentit d'implicar per a un Estat, grup o individu, un dret qualsevol a dedicar-se a una activitat o a realitzar un acte tendent a la destrucció dels drets o llibertats reconeguts en el present Conveni o a limitacions més àmplies d'aquests drets o llibertats que les previstes en el mateix”.

El perill d'abusar de la legislació relativa al discurs de l'odi és significatiu, especialment a la vista de les sancions penals que preveuen fins a tres anys d'empresonament i elevades penes de multa. El mateix succeeix amb els delictes d'enaltiment del terrorisme i amb les infraccions administratives previstes a la LOSC que, al nostre parer, són totalment desproporcionades i condueixen a dissuadir l'exercici del dret d'expressió.

En aquest sentit, el Comitè sobre l'Eliminació de la Discriminació Racial de la ONU precisa, en la seva Recomanació General n. 35, que:

“20. [...] broad or vague restrictions on freedom of speech have been used to the detriment of groups protected by the Convention [on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination]. States parties should formulate restrictions on speech with sufficient precision, according to the standards in the Convention as elaborated in the present recommendation. The Committee stresses that measures to monitor and combat racist speech should not be used as a pretext to curtail expressions of protest at injustice, social discontent or opposition”.

Per evitar aquesta situació cal harmonitzar concepcions i establir estàndards comuns i aplicar estrictament la norma segons aquests paràmetres d'acord amb les circumstàncies particulars de cada cas. En aquest sentit, resulten especialment útils els criteris que estableix el Consell d'Europa a través de la ECRI (Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància) a la seva Recomanació n. 15 sobre el discurs de l'odi:

“As the definition above makes clear, the element of incitement entails there being either a clear intention to bring about the commission of acts of violence, intimidation, hostility or discrimination or an imminent risk of such acts occurring as a consequence of the particular hate speech used.

[T]he assessment as to whether or not there is a risk of the relevant acts occurring requires account to be taken of the specific circumstances in which the hate speech is used. In particular, there will be a need to consider (a) the context in which the hate speech concerned is being used (notably whether or not there are already serious tensions within society to which this hate speech is linked): (b) the capacity of the person using the hate speech to exercise

influence over others (such as by virtue of being a political, religious or community leaders); (c) the nature and strength of the language used (such as whether it is provocative and direct, involves the use of misinformation, negative stereotyping and stigmatisation or otherwise capable of inciting acts of violence, intimidation, hostility or discrimination); (d) the context of the specific remarks (whether or not they are an isolated occurrence or are reaffirmed several times and whether or not they can be regarded as being counter-balanced either through others made by the same speaker or by someone else, especially in the course of a debate); (e) the medium used (whether or not it is capable of immediately bringing about a response from the audience such as at a “live” event); and (f) the nature of the audience (whether or not this had the means and inclination or susceptibility to engage in acts of violence, intimidation, hostility or discrimination)”.

El TEDH, tot aplicant aquests criteris²⁸, afegeix que, segons el Relator Especial sobre la promoció i la protecció del dret a la llibertat d'opinió i d'expressió, també cal considerar el “*valor artístic i el context, donat que l'art pot ser utilitzat per a provocar forts sentiments sense la intenció d'incitar a la violència, la discriminació o l'hostilitat*”.

Des del PEN Català estem convençuts que la via més efectiva per a lluitar contra el discurs de l'odi no és la d'imposar un silenci forçat, excepte en els casos en què s'inciti a l'odi i a la violència contra els grups més vulnerables per motius discriminatoris, sinó la de fomentar el contra discurs i el debat públics, especialment en l'àmbit educatiu. Només d'aquesta manera, i amb la correcta aplicació d'un marc legal clar, precís i proporcionat, es podrà assolir la necessària conciliació entre la lluita contra la intolerància i l'exercici legítim de la llibertat d'expressió.

* * * * *

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, curiós, 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 calúmnia i de la mentida”.

²⁸ Tribunal E.D.H., Mariya Alekhina i altres c/ Rússia, 17 de juliol de 2018, §222.

L'elaboració d'aquest informe ha estat possible gràcies a la col·laboració de Robert Guixaró, jurista, i de l'Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC).