

Discurs d'incitació a ~~l'odi~~:

Anàlisi des dels drets humans i pautes interpretatives



Institut de Drets
Humans de Catalunya



S.O.S. RACISME



Ajuntament de
Barcelona



Diputació
Barcelona

#DibaOberta

DISCURS D'INCITACIÓ A L'ODI: Anàlisi des dels drets humans i pautes interpretatives

Aquest estudi forma part del projecte **Reconstruint garanties dels drets humans en la lluita contra l'odi**, realitzat per l'Institut de Drets Humans de Catalunya en col·laboració amb SOS Racisme Catalunya, amb el finançament de l'Ajuntament de Barcelona i la Diputació de Barcelona. El projecte té com a finalitat contribuir a la conciliació de drets en la lluita contra l'odi, evitant l'extrema judicialització dels casos de discriminació i assegurant la protecció efectiva dels drets les víctimes i de la llibertat d'expressió. Aquest estudi i els debats i formacions realitzades en el marc del projecte posen de manifest les deficiències de l'actual marc legal relatiu als delictes d'odi i la seva aplicació per part dels tribunals. I es dona un pas més, proposant elements de millora que incorporin clarament els estàndards internacionals de drets humans i la motivació de les legislacions contra la discriminació: la protecció de col·lectius i persones històricament discriminades i excloses.

Autora: Laia Serra Perelló

Advocada penalista, experta en Drets Humans, interseccionalitats, dret a la protesta i violències de gènere. És assessora legal de l'Observatori contra l'Homofòbia, membre de la Comissió de Defensa del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, l'Associació Catalana per a la Defensa dels Drets Humans i de Dones Juristes.

Les opinions expressades en aquest estudi són les de l'autora i no poden ser atribuïdes a les institucions que l'han finançat ni a les organitzacions impulsores.

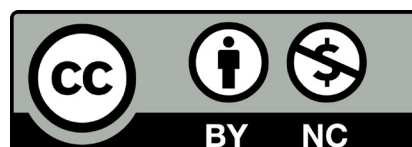
Imatge i disseny: nadianmartin.com

Editat a Barcelona, al desembre de 2018 per l'**Institut de Drets Humans de Catalunya**.

Aquesta versió és una traducció de l'original.



Aquesta obra està sota una llicència de Creative Commons Reconeixement-NoComercial 4.0 Internacional. Es pot copiar, distribuir, comunicar públicament, traduir i modificar, sempre que sigui per a fins no comercials i es reconegui la seva autoria.



Índex

	Introducció	7
<hr/>		
I	Impactes individuals i col·lectius del discurs d'incitació a l'odi	8
	1.1. Perspectiva victimològica	8
	1.2. Atenció psicosocial a les víctimes/supervivents	9
	1.3. Infradenúncia	10
<hr/>		
II	Conceptualització del fenomen i definicions sobre el “discurs d'incitació a l'odi”	11
	2.1. Conceptualització del fenomen	11
	2.2. Definicions	12
	2.3. Conseqüències de la falta d'unificació d'una definició sobre “discurs d'incitació a l'odi”	13
<hr/>		
III	Recopilació de dades i anàlisi del “discurs d'incitació a l'odi”	15
	3.1. Obligacions dels Estats	15
	3.2. Recomanacions internacionals sobre recopilació de dades sobre delictes d'odi	15
	3.3. Registre de delictes d'odi per part dels cossos policials i de les associacions	16
<hr/>		
IV	Mesures per combatre el “discurs d'incitació a l'odi”	17
<hr/>		
V	Llibertat d'expressió	19
	5.1. La funció de la llibertat d'expressió	19
	5.2. Els principis reguladors de la llibertat d'expressió	20
	5.3. Subjectes titulars del dret a la llibertat d'expressió	21
	5.4. El rol dels mitjans de comunicació	21

VI	La llibertat d'expressió a Internet	23
6.1.	Projecció del dret a l'entorn digital	23
6.2.	Els continguts violents, vexatoris i discriminatoris a Internet	24
6.3.	Els excessos restrictius dels Estats enfront dels continguts nocius a Internet	25
6.4.	Anonimat dels usuaris	26

VII	La responsabilitat de les plataformes intermediàries d'Internet	27
7.1.	Responsabilitat des del dret internacional dels drets humans	27
7.2.	Prohibició legal dels continguts nocius a Internet	28
7.3.	Autoregulació i codis de conducta	30

VIII	Prohibició internacional del "discurs d'incitació a l'odi"	31
8.1.	Convenis internacionals i interpretacions autoritzades	31

IX	Prohibició del "discurs d'incitació a l'odi" en l'àmbit europeu	41
9.1.	Valors fundacionals i normativa antidiscriminatòria	41
9.2.	Triple graduació en la restricció del "discurs d'incitació a l'odi"	43
9.3.	Normativa sobre prohibició de "discurs d'incitació a l'odi"	45
9.4.	Orientacions de la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI)	47

X	Pautes interpretatives sobre el "discurs d'incitació a l'odi" del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH)	49
10.1.	Enfocament general sobre els límits a la llibertat d'expressió	49
10.2.	Vies d'avaluació dels límits a la llibertat d'expressió	51
10.3.	El criteri del TEDH respecte de les sancions	52
10.4.	Supòsits especials	53

XI	La prohibició del “discurs d’incitació a l’odi” a l’Estat espanyol	56
11.1.	Contextualització: els dos models legislatius	56
11.2.	Límits a la llibertat d’expressió en la normativa estatal	60
11.3.	Precedents jurisprudencials històrics sobre “discurs d’incitació a l’odi”	62

XII	Recorregut de l’Article 510 del Codi Penal, abans de la reforma de 2015	65
12.1.	Origen de l’Article 510 del Codi Penal	65
12.2.	Polèmica sobre la interpretació del terme “provoquin” de l’Article 510 CP	66
12.3.	Precedents dictats abans de la reforma del Codi Penal de 2015	67

XIII	La reforma de l’Article 510 del Codi Penal de 2015	70
13.1.	Motius de la reforma	70
13.2.	Reforma del 2015 de l’Article 510 CP	71
13.3.	Precedents jurisprudencials posteriors a la reforma del Codi Penal de 2015	74
13.4.	Noves propostes de reforma de l’Article 510 CP	76

XIV	Confusió entre “discurs d’incitació a l’odi” i crítica política	77
14.1.	Discurs antimonàrquic	77
14.2.	Enaltiment del terrorisme	78
14.3.	Producció musical dissident	80
14.4.	Sàtira i humor àcid	81
14.5.	Crítica als cossos policials	82

XV	Incidents d’odi: les infraccions administratives	85
-----------	---	-----------

XVI	Conclusions: criteris per l’aplicació de l’Article 510 CP	88
------------	--	-----------

	Bibliografia i documents clau	95
--	--------------------------------------	-----------

Discurs d'incitació a l'odi:

**Anàlisi des dels drets humans i pautes
interpretatives**



Introducció

Els delictes d'odi, entre ells el “discurs d'incitació a l'odi”, han passat en poc temps de ser infraccions que passaven desapercebudes a estar al centre de l'atenció social. El seu tractament judicial ha estat desigual i, a vegades, inclús incompatible amb els estàndards internacionals. L'Institut de Drets Humans de Catalunya i SOS Racisme Catalunya, contribuint al debat públic sobre el “discurs d'incitació a l'odi”, han promogut aquest estudi divulgatiu. Aquest incorpora una anàlisi sobre la normativa, les recomanacions i sentències internacionals i europees, una síntesi de les reflexions que han sorgit en el transcurs de la lluita contra el discurs d'odi, una ressenya dels documents clau, la visibilització d'iniciatives i bones pràctiques de les associacions, la radiografia de l'evolució dels precedents jurídics dictats a l'Estat espanyol i una sèrie de pautes jurídiques interpretatives de l' Article 510 del Codi Penal.

El “discurs d'incitació a l'odi” travessa les vides i el benestar de moltes persones i comunitats, condiona la convivència social i afecta diversos drets fonamentals. Les mesures adoptades per lluitar-hi en contra poden danyar altres drets fonamentals i justificar restriccions abusives i contraproductes. El seu potencial danyós mereix una reflexió àmplia i col·lectiva sobre els aspectes determinants, com la conciliació dels drets fonamentals en joc, la centralitat dels drets de les víctimes/supervivents, les eines legals disponibles i la seva idoneïtat, la decisió sobre com les utilitzem i els impactes que generen les nostres accions de denúncia a curt, mig i llarg termini. En definitiva, quin balanç fem de les eines legals amb les quals estem lluitant contra el “discurs d'odi”, en termes d'eficiència, de cultura democràtica i de promoció de drets.

I

Impactes individuals i col·lectius del discurs d'incitació a l'odi

1.1. Perspectiva victimològica

El discurs d'incitació a l'odi és un fenomen greu donat que té un fort impacte tant a nivell individual com col·lectiu. L'estudi elaborat pel govern canadenc el 2007, "*Étude des besoins des victimes de crimes motivés par la haine*", analitza els problemes particulars que generen els delictes d'odi degut a la seva naturalesa específica, les característiques dels quals giren entorn la identitat de la persona i de la comunitat a la que pertany. Es tracta d'un atac contra la naturalesa essencial de la víctima/supervivent; un atac contra els seus drets individuals i col·lectius, al gaudi de l'exercici de drets i de la participació equitativa al sí de la societat. El discurs d'odi ha de ser dimensionat des de la vulneració de drets fonamentals que suposa, afectant la igualtat, la dignitat, la llibertat, la participació política i la llibertat d'expressió.

Els delictes d'odi són actes simbòlics, actes de missatge, i cal tenir en compte que el dany psicològic individual i col·lectiu que causen pot no ser sempre correlatiu a l'aparent gravetat de la infracció comesa. A nivell individual, tenen un impacte psicològic diferenciat i específic respecte d'altres crims. La víctima pot sentir el seu valor com a persona anul·lat, pot modificar la seva autopercepció i la manera d'interactuar amb l'entorn. Els efectes poden ser debilitants i de llarga durada. A nivell col·lectiu, el discurs d'odi genera sensació de vulnerabilitat, devaluació i perill personal al sí dels col·lectius vulnerables.

El professor de Dret i investigador Paul Iganski, el 2001, al seu estudi "*Hate Crimes Hurt More*", desglossa els successius cercles d'impacte del discurs d'odi: 1) afectació de la víctima, 2) afectació dels seu entorn íntim, 3) afectació del col·lectiu vulnerabilitzat al que pertany, 4) afectació d'altres col·lectius potencialment diana i 5) afectació de les normes i valors fonamentals de la societat. Un altre dels impactes referits a l'estudi és el de la victimització secundària quan la resposta dels cossos policials, dels serveis d'atenció i dels operadors jurídics no és l'adequada i no respon a les expectatives de protecció. La banalització o no reconeixement de la motivació discriminatòria de la infracció també pot generar-la.

En relació al discurs d'incitació a l'odi misogin a Twitter, el març del 2018, Amnistia Internacional va publicar el seu estudi *#ToxicTwitter* sobre vuit països, en el qual destaca la poca investigació sobre les violències de gènere en línia i la subestimació generalitzada del seu impacte. Actualment, no existeixen investigacions que analitzin amb profunditat els perfils que emeten

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

aquests continguts, la distinció entre perfils individuals i col·lectius, l'organització de campanyes d'odi o el recolzament polític i econòmic que es proporcionen a aquests perfils. Una idea central de l'informe és el fet que la delimitació entre violència *offline* i *online* és artificial. Les violències en xarxa son violències reals. La ciberviolència és una continuació de les violències exercides fora de línia, té les mateixes causes i objectius. La creença de que aquestes poden ser senzillament ignorades és errònia. Els continguts violents que circulen en la Xarxa la desborden. Eliminar un compte de Twitter probablement no aconsegueix evitar que el missatge ens arribi per un altre canal comunicatiu o a través del nostre entorn.

Un altre element rellevant de l'impacte del discurs d'incitació a l'odi és que la violència en línia genera una victimització major, donat que es transmet per a què tothom la vegi. La sensació d'indefensió és molt potent. La seva escalada, persistència i reiteració generen un dany permanent que s'actualitza amb cada nou acte de difusió. Tot i no existir violència física, el trauma pot ser extrem i romandre inclús després de finalitzada la propagació del contingut violent o vexatori.

L'impacte personal concret que retrata l'estudi és el d'estrès, ansietat, atacs de pànic, impotència, pèrdua de confiança en una mateixa, trastorns alimentaris o digestius, sensació general d'inseguretat, de pèrdua de control i de poder. Prop de la meitat de les entrevistades havia sentit la seva integritat física en perill. La incertesa de l'amenaça en ella mateixa ja generava un dany tangible.

1.2. Atenció psicosocial a les víctimes/supervivents

L'atenció psicosocial ha de prioritzar la reparació específica integral dels impactes provocats pel discurs d'incitació a l'odi. El referit estudi canadenc reivindica que l'atenció psicosocial concep la reparació des d'una òptica individual però també col·lectiva. Coincideix en aquest sentit l'informe del Relator Especial sobre la promoció i protecció del dret a la llibertat d'opinió i d'expressió, Frank La Rue, per l'Assemblea General de les Nacions Unides de 7/9/12 titulat "[Promoció i protecció del dret a la llibertat d'opinió i d'expressió](#)" que apel·la als Estats per a que apliquin diferents tipus de reparació, de tipus processal, com l'accés a la justícia i l'eficàcia de les institucions nacionals i de tipus substantiu, per exemple, reparacions adequades, ràpides i proporcionals a la gravetat del missatge, com el restabliment de la reputació, la prevenció de la recurrència o la compensació financera.

El 2012, a nivell europeu, es va aprovar la [Directiva 2012/29/UE](#), del 25 d'octubre del 2012, per la qual s'estableixen normes mínimes sobre els drets, el recolzament i la protecció de les víctimes de delictes. Les víctimes tenen dret a mesures d'assistència i recolzament (Art. 51) i les Oficines d'Atenció a la Victima han de proporcionar recolzament emocional i legal, així com altres mesures de protecció (Art. 28). Aquesta Directiva va ser transposada a la nostra Llei 4/2015, del 27 d'abril de l'[Estatut de la víctima del delictes](#), que amplia la condició de víctima a les víctimes directes i a les indirectes, i regula l'avaluació de les necessitats específiques d'algunes víctimes concretes, entre elles les dels delictes d'odi (Art. 23.2 7º). A nivell d'actuació urgent per la protecció de les víctimes, han de ser també esmentades les possibilitats que ofereix la [Llei d'Enjudiciament Criminal](#) (Art. 13 y Art. 544 bis).

La necessitat de posar al centre de l'actuació contra els delictes d'odi els drets de les víctimes/super-vivents ha anat guanyant consens. Després de la declaració clau del novembre del "[Combating hate crime in the EU: Giving hate crime victims a face and a voice](#)", l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA), en la seva tasca d'impuls i de guia, va publicar l'Informe "[Ensuring justice for hate crime victims: professional perspectives](#)" de 28/4/16, en el qual diagnostica un resultat global d'atenció fragmentada i desigual. La major part de l'atenció no la realitzen els serveis públics, sinó les associacions de drets humans a les quals es dirigeixen les víctimes, per la seva proximitat i pel seu grau de confiança. Existeix el debat sobre com dispensar una atenció adequada i específica; si han d'establir-se serveis específics d'atenció o si els serveis d'atenció genèrics han de perfeccionar la seva especialització. Un exemple de bones pràctiques és el del [mapeig de recursos d'atenció a víctimes de delictes d'odi](#) elaborat el 2018 per el IDHC, SOS Racisme i SPORA, amb el recolzament finan-cer de l'Ajuntament de Barcelona.

1.3. Infradenúncia

Els delictes i les infraccions d'odi, incloent el discurs d'incitació a l'odi, tenen un alt índex de xifra oculta. La falta de denúncia impedeix que es puguin registrar i que es pugui aprofundir en l'estudi del fenomen. Això dificulta que es puguin dissenyar mesures de resposta adequades i eficients o revisar les existents. Un dels organismes pioners en el registre de delictes d'odi és l'Organització Europea per la Seguretat i la Cooperació (OSCE), que des del 2003 incentiva els Estats a registrar-les i monitorar-les, incloent el discurs d'odi. En el seu estudi "[Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms A Practical Guide](#)" de 2014, cita com a causes de la infradenúncia: 1) la por a la revictimització o a les represàlies per part dels agressors, 2) els sentiments d'humiliació o de vergonya, 3) la incertesa sobre com/on denunciar un incident o sobre quins beneficis li reportarà com a víctima, 4) la falta de confiança en el fet que les forces de seguretat l'ajudin o es prenguin el seu cas seriosament i efectiva, 5) les barreres lingüístiques, 6) la por a ser expulsat del país en el cas de persones indocumentades, 7) en el cas de les persones LGTBIQ, la por a exposar la seva identitat sexual, 8) el no considerar que l'incident hagi estat un delicte o concebre'l com una infracció menor.

A mode d'exemple, respecte de les persones LGTBIQ, l'estudi "[Treballar amb víctimes de delictes d'odi anti-LGTB. Manual pràctic](#)", elaborat per la Universitat de Girona el 2015, cita la [Macro Enquesta europea sobre el col·lectiu LGTBIQ](#) publicada el 2013 per l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea. Aquesta coincideix en el diagnòstic de les causes de la falta de denúncia i fa referència al fet que tan sols es denuncia una cinquena part dels incidents. El mencionat estudi de la FRA "[Ensuring justice for hate crime victims: professional perspectives](#)" refereix que la infradenúncia posa en entredit l'efectivitat del sistema de justícia. La impunitat incideix en la credibilitat del sistema judicial, sobretot si les escasses infraccions que es denunciïn són sistemàticament investigades de forma inadequada i aquesta ineficàcia és coneguda pels col·lectius diana d'aquestes infraccions. La impunitat és el principal desin-centiu de la denúncia, generant un cercle que es retroalimenta. Per això, les infraccions que són denunciades han de ser tractades amb la màxima diligència per part dels cossos policials i dels operadors jurídics.

II

Conceptualització del fenomen i definicions sobre el “discurs d'incitació a l'odi”

2.1. Conceptualització del fenomen

El concepte de delictes d'odi té el seu origen als Estats Units i prové de la necessitat de visibilitzar i reconèixer la particularitat dels crims polítics motivats per prejudicis. Karlos Castilla Juárez, al seu article [“Crimen de odio, discurso de odio: en el Derechos las palabras importan”](#), fa referència al fet que *“el terme ‘crims d'odi’ (Hate Crimes) va sorgir en aquest país el 1985, quan es van presentar un gran nombre de crims basats en prejudicis racials, ètnics i nacionalistes. Al ser investigats aquests delictes pel Federal Bureau of Investigation (FBI), tant aquesta institució com els mitjans de comunicació van adoptar aquest terme pel seu gran valor d'impacte en els titulars de notícies i el missatge que transmetia”*.

La incorporació del terme “odi” suposava l'aprofitament del gran potencial simbòlic d'un terme fàcilment comprensible i amb una alta càrrega moral i estigmatitzant. En contrapartida, la seva menció indueix a la confusió sobre el seu significat. La conceptualització del “discurs d'incitació a l'odi” es veu dificultada per la complexa i delicada delimitació entre sentiments, creences i ideologies. L'odi, com emoció interna, és un sentiment legítim que no pot ser penalitzat. Només pot ser-ho si es tradueix en actes externs que afecten de manera rellevant els drets de tercers. Una altra de les dificultats afegides és que termes com “odi”, “violència” o “hostilitat” no són termes normatius sinó sociològics, i el seu significat és relativitzat segons l'entorn cultural. Un altre dels elements que dificulta el consens sobre la seva conceptualització és que el “discurs d'odi” ve travessat per l'equilibri de diversos drets fonamentals nuclears pels sistemes democràtics, com el d'igualtat, dignitat, llibertat d'expressió, participació política i llibertat ideològica. De la mateixa manera, també són concebuts i jerarquitzats de manera diferent segons la realitat política. Una altra dificultat rellevant té a veure amb la inseguretats que genera la incorporació de “conceptes jurídics indeterminats”, altament interpretables, al terreny de les normes legals, i més quan es tracta de normes amb conseqüències repressives, com el Codi Penal.

L'Organització de les Nacions Unides per l'Educació, la Ciència i la Cultura, de les Nacions Unides (UNESCO), en el seu informe de 2015 [“Combattre les discours de haine sur Internet”](#), desenvolupa reflexions molt oportunes sobre la conceptualització del discurs d'incitació a l'odi. Entre

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

d'altres, qüestiona la seva denominació, suggerint denominacions alternatives més apropiades, com el “discurs discriminatori”, “perillós” o “de la por”. La denominació no és neutra i revela què es prioritza en la seva conceptualització. Si es fonamenta en un criteri d'ordre públic, es focalitzarà en la capacitat del discurs de generar violència; si es prioritzen els drets de les víctimes, es focalitzarà en la seva capacitat per lesionar la seva dignitat.

La UNESCO, en la seva anàlisi, examina el vincle entre discurs i acció, exposant que, pel moment, no existeixen suficients estudis com per a poder afirmar que hi hagi una relació directa i concloent entre ambdós. Tot i així, sí que s'ha arribat a determinar que l'acció necessita d'unes condicions prèvies per ser duta a terme. El “discurs d'incitació a l'odi” es caracteritza per la seva capacitat de danyar altres, però també per catalitzar o amplificar tensions preexistents. Aquests missatges creen progressivament un estat d'opinió, que legitima els actes de violència i que acaba activant la seva comissió. La seva funció és doble: per una banda, degrada i deshumanitza l'individu i el col·lectiu vulnerabilitzat al qual pertany, creant un “ells” i un “nosaltres”; i, per altra banda, reforça i genera la sensació de pertinença a qui divulga aquests continguts, sentint-se legitimats per continuar divulgant-los.

2.2.

Definicions

La definició de “discurs d'incitació a l'odi” ha estat i continua sent objecte de polèmica a nivell internacional. Part de la problemàtica sorgeix de la tensió entre la necessitat de clarificar i delimitar el seu contingut i la d'oferir un ventall suficientment ampli per abastar infraccions molt diverses.

A nivell internacional, existeixen dues definicions autoritzades específiques sobre “discurs d'incitació a l'odi”. La primera d'elles és la del Consell de Ministres del Consell d'Europa, que en la seva [Recomanació R \(97\) 20](#) el defineix com aquell que cobreix *“totes les formes d'expressió que estenen, inciten, promouen o justifiquen l'odi racial, la xenofòbia, l'antisemitisme i qualsevol altra forma d'odi basada en la intolerància”*. Posteriorment, la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI), en la seva [Recomanació 15 de 8/12/2015](#) fa referència al fet que el **“discurs d'odi” ha d'entendre's com foment, promoció o instigació, en qualsevol de les seves formes, de l'odi, la humiliació o el menyspreu d'una persona o grup de persones, així com el seu assetjament, descrèdit, difusió d'estereotips negatius, estigmatització o amenaça respecte la persona o grup de persones en qüestió i la justificació d'aquestes manifestacions per motius de “raça”, color, ascendència, origen nacional o ètnic, edat, discapacitat, llengua, religió, creences, sexe, gènere, identitat de gènere, orientació sexual i altres característiques o condicions personals.**

Ambdues definicions, tot i els anys que les separen i el procedir d'organismes molt diferents, són extremadament ambigües. Els eixos discriminatoris que cobreixen també difereixen (“edat”, “identitat sexual”, etc.). Un aspecte que sí comparteixen és el de posar en el centre de la seva conceptualització la motivació o intencionalitat de les infraccions. La conceptualització de l'ECRI, més actual, introdueix un segon eix d'infraccions, que són les relatives a la humiliació i menyspreu de les víctimes.

En termes més amplis, en relació a la definició dels delictes d'odi, l'[OSCE el 2003](#) va adoptar la definició de **tota infracció penal, incloses les infraccions contra les persones i les propietats, quan la víctima, el lloc o l'objecte de la infracció són seleccionats a causa de la seva connexió, relació, afiliació, recolzament o pertinença, real o suposada, a un grup que pot estar basat en la “raça”, l'origen nacional o ètnic, el idioma, el color, la religió, l'edat, la minusvalidesa física o mental, l'orientació sexual o altres factors similars**. El 2009, en la seva “[Legislació sobre els Delictes d'Odi, Guia Pràctica](#)”, defineix els delictes d'odi com **actes delictius comesos per una motivació basada en prejudicis**. Aquest terme descriu un concepte, més que una definició legal. L'OSCE opta pel terme prejudici precisament per evitar referir-se a l'odi, terme que pot induir a error.

A l'Estat espanyol, l'“[Estudi encarregat per la Comissió de Seguiment del Conveni de col·laboració i cooperació Interinstitucional contra el racisme, la xenofòbia i altres formes d'intolerància](#)” del 14/3/18, en la seva anàlisi sobre la conceptualització dels delictes d'odi, destaca **dos elements. El primer és el de la intencionalitat, com element central de la infracció –“comes per”–, i el segon és la distinció entre delictes i infraccions d'odi**. Aquesta diferenciació atén a la graduació de la gravetat de les conductes que, de la mateixa manera, es tradueix en la intervenció sancionadora per part de diferents jurisdiccions: la jurisdicció penal sancionará els casos greus, considerats delictes, i la jurisdicció administrativa sancionará els casos de menys entitat, com infraccions administratives.

2.3. Conseqüències de la falta d'unificació d'una definició sobre “discurs d'incitació a l'odi”

La falta d'una definició consensuada provoca la impossibilitat de crear categories o *ítems* de registre que comparteixin els actors que intervenen en el procés de prevenció, investigació i sanció: els cossos policials, els operadors jurídics, els serveis de recolzament, els organismes d'estadística i les associacions. Les categories o *ítems* de registre que manegen cada un d'ells posen el focus en un aspecte o en un moment del procés diferent: número d'incidents reportats sense atendre a la seva tipologia, nombre de denúncies policials, nombre d'escrits d'acusació realitzats per la Fiscalia, etc. Aquestes categories no són comparables entre sí, ni a nivell internacional ni tampoc nacional, impeding la traçabilitat dels incidents, des de que són reportats fins al final del seu recorregut judicial.

Una altra conseqüència rellevant és que les plataformes intermediàries d'Internet han encunyat les seves pròpies definicions de “discurs d'odi”, que no estan adaptades ni a les dels organismes internacionals ni a les legislacions nacionals. Aquestes definicions són les que acaben tenint major transcendència, donat que són les que s'utilitzen per decidir quins continguts s'eliminen de la Xarxa.

A nivell estatal, el 27/1/18, l'ECRI va publicar el seu [Informe sobre Espanya](#), en què menciona al seu apartat dedicat al “discurs d'odi” que pren nota amb satisfacció de que les autoritats espanyoles i la societat civil hagin començat seriosament a recopilar, millorar i posar a punt les estadís-

tiques sobre el discurs d'incitació a l'odi i altres delictes motivats per l'odi. Així serà molt més fàcil obtenir una visió realista de l'abast d'aquests delictes a Espanya. Ara bé, l'ECRI apunta a què, malauradament, segueix sent difícil determinar quants casos es refereixen al discurs d'incitació a l'odi. Si bé 205 casos es van classificar com amenaces (el 15,4%) i 113 casos com injúries (el 8,5%), les estadístiques oficials no contenen dades sobre la incitació a l'odi (article 510 del Codi Penal). A més, no existeixen dades disponibles sobre el progrés d'aquests casos en el seu recorregut oficial, fet que indicaria quants d'aquests acaben amb una sentència penal. Les autoritats espanyoles van informar l'ECRI de què les dades dels diferents anys no eren totalment comparables, ja que hi havia hagut incoherències en la recopilació de dades. L'ECRI també assenyala que el nombre de casos registrats per les associacions és notablement superior als registrats per les autoritats.

III

Recopilació de dades i anàlisi del “discurs d'incitació a l'odi”

3.1. Obligacions dels Estats

Tot i que no existeix una delimitació clara i consensuada del concepte “discurs d'odi”, els organismes internacionals clau en aquesta matèria tenen posicionaments interpel·lant als Estats sobre la seva obligació de registrar, realitzar estadístiques i estudiar el fenomen. L'OSCE, en la seva [Decisió 633](#) sobre “Foment de la tolerància i de la llibertat informativa a Internet” de l'11/11/2004 recordava als Estats el seu compromís de crear estadístiques i de mantenir fonts fidedignes d'informació sobre els delictes motivats per l'odi. Per la seva part, el Relator de les Nacions Unides sobre la llibertat d'expressió, en el seu Informe per l'Assemblea General, titulat “[Promoció i protecció del dret a la llibertat d'opinió i d'expressió](#)”, del 7/9/12, dedica un apartat a la recopilació de dades i a la investigació. En ell, reivindica la necessitat d'aprofundir en la relació entre la llibertat d'expressió i el “discurs d'odi”: en quines circumstàncies es produeix, qui l'emet, a qui es dirigeix i per quins canals. Aquest aprofundiment permetria avaluar l'adequació de les mesures que s'estan implementant per lluitar contra el “discurs d'incitació a l'odi”. Conèixer el fenomen també permetria crear mecanismes d'intervenció urgent o “alerta primerenca”. El Relator també recomana avaluar a fons l'impacte de les lleis vigents i l'adequació de les mesures implementades al dret internacional dels drets humans. Per la seva part, el Parlament Europeu, en la seva [Resolució sobre el reforç de la lluita contra el racisme, la xenofòbia i els delictes motivats per l'odi de 14/3/13](#) afegeix que s'hauran d'investigar les experiències de les víctimes sobre la resposta estatal rebuda.

3.2. Recomanacions internacionals sobre recopilació de dades sobre delictes d'odi

L'OSCE, en la seva [guia sobre el registre de dades sobre delictes d'odi del 2014](#) abans referida, realitza una sèrie de recomanacions, entre elles, la de 1) adoptar una definició comuna, integral i simple pel seu ús per tots els sistemes de justícia, 2) desenvolupar formularis estandaritzats i 3) establir procediments de revisió de dades. La FRA, el 2018, també ha elaborat la guia sobre recopilació de dades “[Hate crime recording and data collection practice across the EU](#)” en què analitza les normes i estàndards internacionals sobre registre de delictes d'odi. La FRA

reivindica prioritzar els estudis i enquestes per sobre del simple registre de dades. El punt de vista de les víctimes és molt important, ja que abasta una dimensió més àmplia i criminològica del fenomen, valorant paràmetres com la informació demogràfica, les percepcions de la por, la qualitat de la resposta de l'Estat, etc. Ara per ara, la FRA ha dut a terme macroenquestes sectorials sobre minories ètniques i persones migrades, col·lectiu LGTBIQ, dones i antisemitisme.

3.3. Registre de delictes d'odi per part dels cossos policials i de les associacions

A l'Estat Espanyol, els Mossos d'Esquadra de Catalunya van ser el primer cos policial en registrar i confeccionar un protocol per actuar front als delictes d'odi, el 2008, respecte de les infraccions per LGTBIQ-fòbia. El 2010 es va actualitzar respecte de la resta d'eixos discriminatoris. Per la seva part, a nivell estatal, la Secretaria d'Estat de Seguretat va elaborar la Instrucció 16/2014, mitjançant la qual es crea el “[Protocol d'Actuació per les Forces i Cossos de Seguretat pels Delictes d'Odi i Conductes que Vulneren les Normes Legals sobre Discriminació](#)”. Aquest va ser revisat el 2015, per incloure 15 indicadors de discriminació que va encunyar l'OSCE i va citar el Tribunal Europeu de Drets Humans en la seva sentència Balázs c. Hongria del 10/10/15. En l'últim informe publicat pel Ministeri d'Interior el 2016 sobre delictes d'odi, els incidents es distribueixen per categories d'antisemitisme, aporofòbia, creences pràctiques religioses, discapacitat, orientació o identitat sexual, racisme/xenofòbia, ideologia i sexe/gènere. També existeix el “[Manual de recolzament per la formació de forces i cossos de seguretat en la identificació i registre d'incidències racistes o xenòfobes](#)”, del 2012. Un altre document referent pels cossos policials i operadors jurídics és el “[Manual pràctic per la investigació i enjudiciament de delictes d'odi i discriminació](#)”, elaborat pel Fiscal especialitzat Miguel Ángel Aguilar i altres, el 2015. Tots ells tenen referències específiques sobre “discurs d'incitació a l'odi”.

Pel que fa a les associacions pro drets que registren delictes i infraccions d'odi, a nivell internacional pot citar-se [HATE BASE](#), que proporciona eines de monitoratge del discurs d'incitació a l'odi. A nivell nacional, es troba SOS Racisme, el Moviment contra la Intolerància i la Federació Estatal de Lesbianes, Gais, Transexuals i Bisexuals (FELGTB). A nivell autonòmic, es pot citar l'exemple de Catalunya, en què col·lectius como SOS Racisme Catalunya o l'Observatori contra l'Homofòbia també registren dades sobre delictes i infraccions d'odi. El 29/3/2018, l'Observatori de Xarxes Contra l'Odi de la FELGTB va publicar el seu estudi titulat “[La cara oculta de la violència cap al col·lectiu LGTB](#)” en què menciona els casos de discurs d'incitació a l'odi cap a aquest col·lectiu.

IV

Mesures per combatre el “discurs d'incitació a l'odi”

Un dels informes més esclaridors respecte de les polítiques públiques per lluitar contra el discurs d'incitació a l'odi és el ja citat anteriorment del Relator de les Nacions Unides sobre la llibertat d'expressió per l'Assemblea General de les Nacions Unides titulat “[Promoció i protecció del dret a la llibertat d'opinió i d'expressió](#)” del 7/9/12, que parteix d'una idea central: les mesures legislatives, sobretot la repressió penal dels discursos d'incitació a l'odi, són necessàries, però no basten per sí mateixes per resoldre aquest fenomen. Per eradicar-lo, es precisa d'un conjunt d'eines que abordin les causes profundes del discurs d'incitació a l'odi, això és, la desigualtat i la discriminació estructurals. Es requereixen mesures que promoguin el foment de valors com la pau i el respecte. En l'àmbit de l'educació, desglossa mesures com la prevenció, la divulgació de campanyes informatives sobre el discurs d'incitació a l'odi i el dany que causa; i la capacitació de cossos policials i d'operadors jurídics. En l'àmbit del debat social, aposta per un foment de la cultura del discurs públic; la condemna dels missatges d'incitació a l'odi per part de la ciutadania i les institucions i el diàleg entre comunitats culturals i religioses.

Per la seva part, l'estudi sobre la lluita contra el “discurs d'incitació a l'odi” elaborat per diverses veus expertes durant el 2012, va donar lloc al denominat [Pla d'Acció de Rabat](#), que es va incorporar a l'[Informe de l'Alta Comissionada de les Nacions Unides pels Drets Humans](#) de l'11/1/13. Les directrius del Pla de Rabat són les que han inspirat les polítiques públiques de molts països. El seu plantejament parteix d'afirmar que les respostes legals són importants, però que la legislació és només una part de les eines de resposta. Qualsevol legislació ha de complementar-se amb iniciatives de diversos sectors socials, que alimentin la consciència i el debat social. És necessari afavorir que els col·lectius “diana” habitualment atacats facin emergir les seves contra-narratives i respostes directes al discurs d'incitació a l'odi. Els Estats, els mitjans de comunicació i la societat en general tenen una responsabilitat compartida. Els líders religiosos i polítics haurien d'abstenir-se d'utilitzar missatges intolerants. Els Estats tenen l'obligació d'assegurar espai d'acció a les “minories” i comprometre's a combatre els estereotips negatius i la discriminació cap a individus i comunitats. Els drets humans han d'incorporar-se en el currículum escolar. Els cossos policials i els operadors jurídics s'han de formar. És prioritari establir mecanismes de recollida i anàlisi de dades. Els partits han d'adoptar guies de conducta dels seus representats.

Alguns estudis més recents, com el de la Relatora Especial de les Nacions Unides sobre la violència contra la dona titulat “[Online violence against woman and girls from a human rights perspective](#)” del 14/6/18, tot i estar enfocat a les violències misògines en línia, actualitza algunes propostes

de resposta. Entre elles, la necessària alfabetització digital des de la infància o la creació de mecanismes de vigilància i rendició de comptes.

A nivell estatal, la publicació de la Fundació Advocacia Espanyola, del desembre del 2018, titulada “[Delictes d'odi, Guia pràctica per l'advocacia](#)”, dedica un capítol a exemples de bones pràctiques d'institucions i associacions nacionals. Entre elles, cita l'existència de l'Oficina Nacional de Lluita contra els Delictes d'Odi, l'Observatori Espanyol del Racisme i la Xenofòbia (OBERAXE), l'existència de torns d'ofici especialitzats d'alguns col·legis de l'advocacia, la iniciativa Xarxes contra l'Odi, l'Observatori de delictes d'odi contra les persones sense llar (HATENTO), la Comissió Estatal contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport i altres. A nivell local, mereixen ser mencionades iniciatives com la de l'Ajuntament de Barcelona [#BcnvsOdi](#), que va donar lloc a la publicació de l'article d'Alex Cabo Isasi i Ana García Juanatey, “[El discurs de l'odi en les xarxes socials: un estat de la qüestió](#)”, l'11/12/2016. Aquest aprofundeix en les diferents tipologies de campanya a Internet que poden fer-se per combatre el discurs d'incitació a l'odi. Des de les associacions, també existeixen altres iniciatives divulgatives com la “[Guia per combatre el discurs d'odi](#)”, elaborada per la Fundació del Secretariat Gitano el 2017, o la “[Guia CIBERESPECT](#)” de l'Institut de Drets Humans de Catalunya, SOS Racisme Catalunya i United Explanations el 2017. En totes elles es realitzen mencions específiques sobre el discurs d'incitació a l'odi.

V

Llibertat d'expressió

5.1. La funció de la llibertat d'expressió

La protecció de la llibertat d'expressió resideix en la funció que exerceix: el debat públic sobre qüestions d'interès general i la fiscalització de les actuacions dels poders públics. Aquesta funció ha estat denominada de “gos guardià” de la democràcia. Per això, els continguts que es divulguen es protegiran en la mesura que compleixin aquesta funció. Una sentència referent és la de l'assumpte [Handyside c. Regne Unit](#), del 7/12/1976 del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH). Aquesta determina que la llibertat d'expressió constitueix un dels fonaments essencials d'una societat democràtica, una de les condicions primordials del seu progrés i del desenvolupament dels individus. La llibertat d'expressió no només protegeix les idees ben acollides i les considerades com inofensives, sinó també aquelles que xoquen, molesten o inquieten l'Estat o una fracció de la població. Així ho requereixen el pluralisme, la tolerància i l'esperit d'obertura, sense els quals no pot existir una societat democràtica. Per tant, tota formalitat, condició, restricció o sanció imposada en aquesta matèria haurà de ser proporcional a la finalitat que persegueixi la sanció. És important subratllar que aquesta llibertat protegeix el contingut, però també el vehicle o mode comunicatiu mitjançant el qual s'expressa.

La llibertat d'expressió respon i ha de ser contextualitzada segons la realitat històrica, geogràfica i cultural. La complexitat de la matèria requeriria una anàlisi amb més matisos però, a mode de síntesi, es podria dir que existeixen dos models. El model nord-americà, de tall neoliberal, la concep com una situació en la qual l'Estat no interfereix en el debat públic, sinó que prima el valor de la llibertat per sobre d'altres. Es tracta d'un model que ve representat amb la idea d'un “mercat de les idees” en què aquestes “competeixen” i interactuen en igualtat de condicions. Les restriccions de la llibertat d'expressió només seran legítimes en casos extrems. Els tribunals nord-americans van encunyar el criteri del “perill real i imminent” (*clear and present danger*) com a única excepció que permet restringir la llibertat d'expressió.

En l'altre extrem es trobaria el denominat model europeu, que concep la llibertat d'expressió indissociablement unida al compromís amb els valors fonamentadors de la convivència social, entre ells, la dignitat, la igualtat o el pluralisme, que prevaldrien per sobre de la llibertat individual. En aquest model, la vara de mesura del que es troba sota la cobertura de la llibertat d'expressió serà precisament el discurs que respecti aquests valors. El model europeu s'ha qualificat de “democràcia militant”, en el sentit que va més enllà de demanar respecte per aquests valors pel fet d'entendre justificada una postura pro activa de les institucions en defensa dels

mateixos. Aquest prisma, compartit per països com Alemanya i França, va tenir el seu ressò a la redacció del [Conveni Europeu de Drets Humans](#) del 1950, que conté una clàusula de salvaguarda o de “[prohibició d'abús](#)” (Art. 17), amb la finalitat d'evitar que, sota la cobertura dels drets que preveu el Conveni, es justifiquen accions que pretenen precisament destruir altres drets continguts en ell.

5.2. Els principis reguladors de la llibertat d'expressió

La relació equilibrada entre la llibertat d'expressió i la promoció de la igualtat va donar lloc a la iniciativa del col·lectiu ARTICLE 19, que el 19/4/09 va redactar els anomenats [Principis de Camden](#). Aquests principis rectors de la llibertat d'expressió s'han convertit en una guia referent a nivell mundial i han inspirat les recomanacions d'organismes com les Nacions Unides. Una de les idees centrals que desenvolupa és el fet que ambdós drets són interdependents i indispensables per al gaudi de la resta de drets humans. La seva relació és afirmativa i no contraposada. Aquesta retroalimentació és més rellevant que les tensions que poden sorgir entre ells, que poden resoldre's mitjançant els mecanismes que ofereix el dret internacional.

El pluralisme i la diversitat són inherents a la llibertat d'expressió. El seu exercici facilita el debat públic que, al seu torn, dona veu a les diferents perspectives i punts de vista, allunyant la desigualtat. Per contra, la desigualtat provoca l'exclusió de determinades veus, soscavant el debat públic i restant diversitat. Sense dret a ser escoltat i a participar en la vida política, no hi ha igualtat possible. La invisibilització d'algunes veus nega les seves experiències i les fa vulnerables a la intolerància, la discriminació i l'exclusió.

Quant a les restriccions de la llibertat d'expressió, els Principis de Camden rebutgen el criteri de que la seguretat requereix o justifica restriccions que transgredeixen els drets humans. La millor manera de fomentar-la no és a base de restriccions, sinó amb la responsabilitat de l'Estat de crear un ambient habilitant que garanteixi l'exercici de la llibertat d'expressió de tots els sectors socials. Les restriccions que s'imposin hauran d'estar concisament definides per prevenir el seu ús abusiu. Aquestes hauran d'aplicar-se de manera equitativa en benefici de tots els grups protegits i hauran de tenir en compte els patrons de vulnerabilitat preexistents. Les restriccions hauran de ser utilitzades per protegir individus i grups.

Pel que fa a la protecció jurídica de la llibertat d'expressió, el seu [Principi 2.2](#) conté la previsió fonamental de que les restriccions hauran d'estar previstes per Llei, estar concisament definides per servir a un interès legítim constitucional i ser necessàries en una societat democràtica, per protegir el referit interès. En altres dels seus principis, reclama un marc jurídic clar per protegir el dret a la igualtat i prohibir la discriminació. També aposta per assegurar l'existència de recursos efectius, judicials i no judicials, enfront de les violacions dels drets humans, inclòs el de la llibertat d'expressió. Un altre principi és la responsabilitat de l'Estat d'imposar obligacions als funcionaris públics de tots els nivells, per evitar que facin declaracions que promocionen la discriminació o alimenten estereotips negatius. Els polítics i altres líders hauran d'abstenir-se d'això, també.

5.3. Subjectes titulars del dret a la llibertat d'expressió

Si bé els subjectes titulars del dret a la llibertat d'expressió històricament reconeguts han estat els individus, poc a poc s'ha anat incorporant una dimensió col·lectiva intermèdia. En recents sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) així com en els assumptes [Woman on Waves c. Portugal](#) del 2009 i [Renaud c. França](#) del 2010, s'ha reconegut, respectivament, la funció de “gos guardià” de la democràcia a un col·lectiu de defensa dels drets sexuals i reproductius en la seva tasca divulgativa i a una associació de veïns en la seva crítica a l'actuació urbanística d'un alcalde.

5.4. El rol dels mitjans de comunicació

La fiscalització de la funció informativa dels mitjans de comunicació oscil·la entre la necessitat d'assegurar al màxim la seva independència editorial i, al mateix temps, la responsabilitat inherent a ser un agent social compromès amb la prohibició de la discriminació. No en va, a nivell europeu, els anaven dirigides les primeres recomanacions sobre “discurs d'incitació a l'odi” del Comitè de Ministres del Consell d'Europa. La [Recomanació R \(97\) 21](#), titulada “La promoció de la cultura de la tolerància en els mitjans de comunicació”, va ser la primera en visibilitzar el compromís institucional europeu en lluitar-hi en contra i proporcionar una sèrie de directrius.

Aquesta Recomanació incorpora un annex sobre formació dels professionals de la comunicació i sobre pautes de tractament informatiu de les situacions d'intolerància i violència discriminatòries. Una de les reflexions que incorpora és l'estereotipada representació dels col·lectius “minoritaris” i la seva escassa participació en els mitjans de comunicació. També aporta reflexions sobre l'autoregulació mitjançant codis de conducta.

A nivell internacional, els anteriorment referits Principis de Camden d'ARTICLE 19 aposten per l'autoregulació dels mitjans de comunicació, però des de la responsabilitat. Els mitjans de comunicació massius haurien d'assegurar que el seu personal sigui divers i representatiu de la societat. En pro de la seva responsabilitat moral i social, haurien de jugar un paper clau en la lluita contra la discriminació i per l'enteniment cultural. Els Principis també inclouen pautes informatives i de formació dels professionals.

El Principi 6 refereix que la legislació i les pràctiques nacionals sobre discurs d'incitació a l'odi haurien de tenir en compte la funció dels mitjans a l'hora de comunicar i analitzar-ne els casos concrets, així com el dret del públic a rebre aquestes informacions. La legislació i les pràctiques nacionals haurien de distingir clarament entre la responsabilitat de l'autor de les expressions d'incitació a l'odi i la responsabilitat dels mitjans de comunicació i dels seus professionals que informen sobre la qüestió. En el seu Principi 7 refereix que la informació sobre el racisme, la xenofòbia, l'antisemitisme o altres formes d'intolerància està plenament protegida per la llibertat d'expressió. A l'hora de restringir-la, hauria de tenir-se en compte el context i el propòsit de la divulgació de la informació. El respecte de les llibertats periodístiques també implica que no

correspon als tribunals o a les autoritats públiques imposar les seves opinions sobre les tècniques d'informació que han d'adoptar els periodistes.

El ja citat Informe del Relator sobre llibertat d'expressió de les Nacions Unides, del 7/9/12, dedica un apartat a l'ètica dels mitjans de comunicació. Són necessaris uns mitjans de comunicació objectius i ètics per informar sobre assumptes polèmics de manera equilibrada i evitar la retòrica extremista. Cal tenir en compte que el tractament dels actes d'extremisme pot arribar a desencadenar esclats de violència. El fenomen de la concentració de la propietat dels mitjans de comunicació en oligarquies mediàtiques provoca la reducció de la diversitat en els mitjans i prioritza l'entreteniment per sobre el periodisme. S'ha de comptar amb codis ètics i sistemes d'autoregulació que evitin el discurs d'incitació a l'odi, exerceixin una vigilància activa i rendeixin comptes sobre la mateixa.

A nivell europeu, la [Directiva 2010/13/UE](#) del 10 de març del 2010, anomenada “Directiva de serveis audiovisuals”, conté previsions específiques sobre la prohibició del discurs d'incitació a l'odi. Aquesta, preveu que els Estats (Art. 3.4 i) podran interrompre la prestació del servei si s'instiga a l'odi per motius de “raça”, sexe, religió o nacionalitat, així com el seu compromís a què els serveis de comunicació sota la seva jurisdicció no continguin incitacions a l'odi (Art. 6). Això és extensible a la publicitat (Art. 9). També poden ser citades les aportacions de la European Federation of Journalists: “[Media Against Hate](#)”.

A l'Estat Espanyol, la [Llei 7/2010, del 31 de març, General de la Comunicació Audiovisual](#) també conté una previsió específica sobre prohibició de l'odi i la discriminació (Art. 4.2). L'ECRI, en el seu [Informe sobre Espanya](#) del 28/2/18 menciona que, malauradament, els mecanismes d'autoregulació dels mitjans de comunicació no funcionen, no són coneguts i reben escassos nombres de queixes. A nivell de Catalunya, el [Projecte PROXI](#), de l'Institut de Drets Humans de Catalunya i United Explanations, va analitzar els continguts de diversos mitjans, per fer visible el tractament comunicatiu inadequat que realitzaven sobre diversos col·lectius, entre ells els gitano.

VI

La llibertat d'expressió a Internet

6.1. Projectió del dret a l'entorn digital

El 16/5/2011, Frank La Rue, Relator de les Nacions Unides sobre la llibertat d'expressió, va publicar un rellevant informe, titulat "[Principis generals sobre el dret a la llibertat d'opinió i d'expressió i Internet](#)". En ell, es fa referència al fet que poques noves tecnologies de la informació han tingut un efecte tan revolucionari com Internet. A diferència dels altres mitjans de comunicació, és interactiu, facilita l'intercanvi participatiu d'informació i la col·laboració en la creació de continguts. Internet deixa enrere el receptor passiu d'informació i obre l'era del intercanvi instantani d'informació i idees, a baix cost, més enllà de les fronteres nacionals. Internet facilita l'accés a informació i coneixements que abans no es podien obtenir, fet que contribueix al descobriment de la veritat i al progrés de la societat en el seu conjunt. Internet té característiques singulars, com la seva velocitat, el seu abast mundial i el seu relatiu anonimats. Una de les seves potencialitats més destacables és que permet difondre informació "en temps real" i mobilitzar a les persones.

Sobre la llibertat d'expressió a Internet es pot citar l'estudi del Consell d'Europa i el Tribunal Europeu de Drets Humans "[Internet: la jurisprudència de la Cour européenne des droits de l'homme](#)" del 2015 que analitza com el TEDH, a través de les seves sentències, ha anat adaptant el seu cos jurisprudencial sobre llibertat d'expressió a les particularitats comunicatives d'Internet. Per això, el Tribunal refereix un criteri interpretatiu important: el Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH) ha de ser interpretat a la llum de l'actualitat, incloent la realitat d'Internet. El TEDH ha afirmat explícitament (assumpte *Delfi c. Estònia* del 2015) que els principis generals de la llibertat d'expressió són plenament aplicables a Internet. La principal aportació d'Internet ha estat la de contribuir a la divulgació d'idees, a l'accés del públic a la informació i, en segon lloc, la de facilitar l'accés a arxius i documents (assumpte [Times Newspaper Ltd c. Reino Unido](#) del 2009). Aquest últim aspecte té a veure amb la progressiva ampliació per part del TEDH del dret a obtenir informació.

Quant a restriccions a la llibertat d'expressió en l'entorn digital, el TEDH s'ha posicionat molt taxativament sobre el fet que el bloqueig de l'accés a Internet sigui total o parcial, és totalment incompatible amb la llibertat d'expressió (assumpte [Yildirim c. Turquia](#) del 2013).

6.2. Els continguts violents, vexatoris i discriminatoris a Internet

L'ECRI, en la seva [Recomanació de Política General número 6](#) sobre la lluita contra la difusió de materials racistes, xenòfobs i antisemites a Internet, del 15/12/00, apel·lava a integrar la lluita contra aquestes tendències en les polítiques de repressió dels continguts il·lícits a Internet. Per la seva part, l'OSCE, en la seva [Decisió 633](#) “*Promoting Tolerance and Media Freedom on the Internet*” de l'11/11/04, interpel·lava els Estats per a que Internet seguís sent un aforament obert i públic per la llibertat d'expressió. Els Estats han d'investigar i castigar la violència discriminatòria a Internet.

Aquest primer enfocament ha anat evolucionant i, des de fa uns anys, Internet s'ha començat a concebre i analitzar des de la perspectiva dels drets humans. El Consell de la Unió Europea va publicar el 27/6/16 les “[Directrius de la UE sobre drets humans relatives a la llibertat d'expressió a Internet i fora d'Internet](#)”, que incorporen per primera vegada el principi general segons el qual els drets humans també han de ser protegits a Internet. Aquestes directrius destaquen la importància de generar confiança a Internet perquè pugui abastar el seu potencial com a facilitador del desenvolupament i de la innovació, especialment pel que fa referència a la llibertat d'expressió, la privacitat i altres drets humans. Els Estats hauran d'abordar la preocupació de la seguretat a Internet de conformitat amb les seves obligacions internacionals de drets humans. Per això, serà necessària la plena cooperació dels governs, la societat civil, el sector privat, la comunitat tècnica i el món acadèmic.

En un informe posterior de l'Alt Comissionat de les Nacions Unides pels Drets Humans pel Consell de Drets Humans, titulat “[Promoció, protecció i gaudi dels drets humans a Internet: mitjans per tancar la bretxa digital entre els gèneres des d'una perspectiva de drets humans](#)” del 5/5/17, es menciona que Internet és un mitjà fonamental per a que les persones puguin exercir el dret a la llibertat d'opinió i d'expressió. Aquest dret comprèn la llibertat de buscar, rebre i difondre informacions i idees de diversa índole, sense consideració de fronteres i per qualsevol procediment. En particular, Internet ha passat a ser fonamental per la formació de comunitats polítiques i per les qüestions de participació política connexes. Els Estats tenen l'obligació positiva de promoure o facilitar el gaudi del dret a la llibertat d'expressió i els mitjans necessaris per exercir aquest dret, amb la inclusió d'Internet.

Tal i com refereix l'Associació Lluitadores en el seu Informe del novembre del 2017, “[La violència en línia contra les dones a Mèxic](#)”, l'espai digital s'ha convertit en un espai que complementa la participació en les protestes als carrers, assemblees i discussions presencials. Per la seva rellevància com a camp per la participació social i política, l'exercici de drets i l'intercanvi d'informació i idees, les plataformes digitals són un camp de batalla en el qual la llibertat d'expressió és atacada. No obstant això, el potencial de llibertat, coneixement i progrés d'Internet, també ha comportat la normalització de moltes violències i el reforç d'estereotips negatius que contribueixen a que els espais digitals puguin ser hostils per les comunitats amb major risc d'exclusió, incloses les dones. En aquest sentit, l'assetjament a Internet, especialment mitjançant amenaces a les xarxes socials, s'ha consolidat com una forma per intimidar, infondre por i censurar.

6.3. Els excessos restrictius dels Estats enfront dels continguts nocius a Internet

El ja referit [Informe del Relator Frank la Rue del 2011](#), recorda que **qualsevol restricció a la llibertat d'expressió, incloent els continguts online, ha de respectar tres exigències bàsiques:**

- Ha d'estar prevista per Llei (principi de legalitat) i ser clara i accessible (principi de previsibilitat i transparència);
- Ha d'obeir a una de les finalitats de l'apartat 3 de l'Article 19 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP) (principi de legitimitat) que són: i) assegurar el respecte als drets o la reputació de la resta, o ii) protegir la seguretat nacional, l'ordre públic o la salut o la moral públiques; i
- Ha de ser necessària i el mitjà menys restrictiu existent per aconseguir l'objectiu previst (principis de necessitat i proporcionalitat).

Les restriccions a la llibertat d'expressió hauran de ser acordades per un òrgan independent de qualsevol influència indeguda de tipus polític, comercial o altres tipus d'influència, de manera que no hi hagi arbitrarietat ni discriminació i que existeixin les degudes salvaguardes contra l'abús, inclosa la possibilitat d'impugnació i recurs contra la seva aplicació abusiva.

L'expansió d'Internet ha despertat el temor a que els Estats tendeixin a restringir, controlar, manipular i censurar continguts, sense fonament jurídic o emparant-se en lleis àmplies i ambigües, sense justificar l'objecte d'aquestes accions o d'una manera clarament innecessària o desproporcionada per a l'assoliment del l'objectiu previst. El Relator afirma que aquestes accions restrictives són clarament incompatibles amb les obligacions concretes pels Estats en virtut del dret internacional dels drets humans i sovint creen un ampli "efecte inhibidor" del dret a la llibertat d'opinió i d'expressió.

Entre moltes d'aquestes tendències restrictives il·legítimes, el Relator destaca l'establiment de bloquejos programats de continguts en moments o esdeveniments concrets, sense que els criteris estiguin establerts per llei. Un altra tendència habitual és la tipificació de l'expressió d'opinions legítimes com a delictes, mitjançant l'aplicació del dret penal vigent o la creació de nova normativa al respecte. El Relator entén que l'empresonament de persones que busquen, reben i difonen informació i idees, rares vegades pot justificar-se com a mesura proporcional per complir una de les fites legítimes previstes en l'[article 19, paràgraf 3, del PIDCP](#).

En els casos en què es justifica una restricció per raons de protecció a la seguretat nacional o de lluita contra el terrorisme, el Govern haurà de demostrar que a) el missatge té com a objectiu instigar a la violència immediata, b) és probable que instigui a aquest tipus de violència i c) existeix una relació directa i immediata entre el missatge i la possibilitat que es produeixi aquest tipus de violència.

Una altra tendència que el Relator considera nociva és la desconnexió d'un usuari per impedir el seu accés a Internet, com es realitza en alguns països com a càstig per haver transgredit les lleis de propietat intel·lectual. Es tracta de mesures tendents a un control centralitzat del tràfic d'Internet, denominades d' "encendre i apagar" o de "resposta graduada", mitjançant les quals s'imposen sancions que poden culminar en la suspensió del servei.

6.4. Anonimat dels usuaris

La dificultat per aconseguir que els autors dels continguts violents, vexatoris o discriminatoris responguin per ells, ja sigui perquè operen des de comptes *fake*, perquè escapen a la jurisdicció del territori d'un Estat o perquè la dificultat tècnica impedeix la seva localització, ha alimentat el debat sobre la legitimitat de l'anonimat a Internet. Sovint s'ha confós l'anonimat o ocultació de la identitat en la Xarxa amb la impossibilitat tècnica d'identificar i localitzar a la persona física o jurídica real que gestiona un compte (IP). Per això, cada vegada més estats estan legislant en el sentit de suprimir l'anonimat. El Relator sobre la llibertat d'expressió, Frank la Rue, en el seu informe de 2011, citava l'anonimat com un dels pilars del potencial d'Internet i alertava del pretext de lluitar contra el discurs d'incitació a l'odi per justificar polítiques nacionals restrictives amb l'anonimat i la privacitat.

El seu successor, el Relator David Kaye, en el seu Informe "[Report on encryption, anonymity, and the human rights framework](#)" del 22/5/15, reivindica que l'anonimat facilita la participació en els debats controvertits en l'esfera pública, ja que permet a l'emissor explorar i divulgar idees i opinions, més enllà del que faria si utilitzés la seva identitat real. El xifrat i l'anonimat són, actualment, les principals vies de seguretat a Internet. Ofereixen a les persones un mitjà per protegir la seva privacitat, al permetre buscar, llegir, elaborar i compartir opinions i informació sense ingerència. També permet a periodistes, organitzacions de la societat civil, membres de grups ètnics o religiosos, persones perseguides a causa de la seva orientació sexual o identitat de gènere, activistes, erudits, artistes i altres, exercir els drets a la llibertat d'opinió i expressió. Defensar l'anonimat no equival a renunciar a l'existència de mitjans tècnics que aconseguixin localitzar als autors responsables de continguts il·lícits.

VII

La responsabilitat de les plataformes intermediàries d'Internet

7.1. Responsabilitat des del dret internacional dels drets humans

El Relator Frank la Rue, en el seu informe del 2011, fa referència al fet que el sector privat ha passat a exercir una influència sense precedents en el dret de les persones a la llibertat d'expressió i l'accés a la informació. En general, les empreses han contribuït d'un mode positiu a l'exercici del dret a la llibertat d'opinió i d'expressió. Per això, aquest es mostra crític amb la tendència progressiva de responsabilitzar a les plataformes pels continguts que allotgen, publicats per tercers. La possibilitat que les plataformes hagin d'assumir sancions econòmiques o responsabilitats penals per continguts publicats per tercers, els incentiva a censurar de forma extensiva davant un contingut de legalitat dubtosa.

El Relator, pel contrari, es mostra crític amb la falta de transparència en els criteris i processos de restricció de continguts per part de les plataformes intermediàries gestores de les xarxes socials i dels buscadors. La seva opacitat pot encobrir pràctiques discriminatòries o pressions polítiques. Aquestes empreses, que es guien pel lucre, poden no estar en la millor situació com per determinar si un contingut és il·legal. Per això, és necessari avaluar amb objectivitat i cura els interessos divergents en joc. El Relator recomana que tota restricció de continguts vagi precedida d'una intervenció judicial. Les condicions de restricció d'un contingut han de ser públiques, transparents, proporcionals i han d'estar conformes amb les normes i principis internacionals de drets humans i de restricció de la llibertat d'expressió. Els mecanismes de denúncia han de ser accessibles i han de permetre revisar les decisions de les plataformes intermediàries. Han d'existir mecanismes de rendició de comptes, d'atorgament de reparacions eficaces i d'examen permanent de la repercussió de les seves polítiques de restricció de continguts en la llibertat d'expressió.

El Relator exposa que, tot i que els Estats siguin els garants dels drets humans, les empreses també tenen responsabilitats específiques respecte d'ells. La protecció dels drets humans ha d'estendre's a Internet. Els [Principis Rectors sobre les empreses i els drets humans](#) del 2011 parteixen del marc denominat "protegir, respectar i reparar", que es basa en tres principis

fonamentals: a) la obligació de l'Estat d'oferir protecció enfront dels abusos dels drets humans comesos per tercers, incloses les empreses, mitjançant mesures adequades, activitats de reglamentació i submissió a la justícia; b) obligació de les empreses de respectar els drets humans, fet que equival a actuar amb la deguda diligència per no vulnerar els drets de tercers, i reparar les conseqüències negatives de les seves activitats; i c) la necessitat de millorar l'accés de les víctimes a vies de reparació efectives, tant judicials com extrajudicials.

Des de la visió dels activistes, resulta rellevant citar les aportacions crítiques de les feministes d'Amèrica Llatina. Aquestes han elaborat rigorosos estudis sobre les condicions d'ús de les principals plataformes d'Internet. L'informe de l'Associació per al Progrés de les Comunicacions (APC) del juliol del 2014, titulat "[Intermediàries d'Internet i violència contra les dones en línia: polítiques d'usuari/es i marc de reparació de Facebook, Twitter i YouTube](#)", denuncia la falta de transparència i accessibilitat dels mecanismes de denúncia/report de continguts. L'APC al·lega la falta de compromís d'aquestes empreses amb el conjunt de drets humans, més enllà de la llibertat d'expressió. En un altre informe del 2014, titulat "[End violence: women's rights and safety online from impunity to justice: improving corporate policies to end technology-related violence against women](#)", en el qual van revisar les polítiques de restricció de continguts de 22 empreses de set països, afirmen que les empreses no atenen a les necessitats de les dones ni dels col·lectius en risc d'exclusió. L'APC reclama deixar enrere el limitat marc de discussió de les obligacions legals per passar a l'enfocament més ampli de les responsabilitats corporatives.

Altres col·lectius feministes del Brasil, com Coding Rights Internet Lab, en el seu Informe del 2017, titulat "[Violències de gènere a Internet: diagnòstic, solucions i desafiaments](#)", adopten el concepte de "colonialisme digital", pel fet que les empreses del "Nord Global" realitzen la restricció de continguts en base a patrons morals occidentals. Les empreses no tenen en consideració les particularitats culturals locals, ni el fet que existeixin legislacions sensibles a les qüestions de gènere, LGTBIQ, pobles originaris o racisme. No s'està avaluant l'impacte que aquestes polítiques de restricció de continguts estan tenint en aquestes col·lectivitats.

7.2. Prohibició legal dels continguts nocius a Internet

La [Directiva 2000/31/CE](#), del 8 de juny del 2000, denominada "Directiva sobre el comerç electrònic", preveu en el seu Article 3 que els Estats membre podran interrompre un servei, sempre que això obeeixi a la finalitat –entre altres- de lluitar contra la instigació a l'odi per motius de "raça", sexe, religió o nacionalitat, així com les violacions de la dignitat humana de persones individuals. Aquesta Directiva obre la porta a exigir el principi de "diligència deguda" a aquestes empreses. La Directiva reflexa la tendència general de delimitar la responsabilitat de les plataformes intermediàries segons el principi de "coneixement efectiu". Això significa que només seran considerades responsables si tenen un coneixement efectiu de que estan allotjant continguts il·lícits. És a dir, que no tenen una obligació pro activa de detectar continguts il·lícits.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

El terme “coneixement efectiu” ha generat polèmica sobre quin tipus de notificació ha d'entendre's suficient per a que la intermediària es doni per informada i la seva inactivitat li reporti responsabilitat per negligència. Les normes nacionals varien sobre aquest aspecte, i les intermediàries es veuen exposades a requisits jurídics dispars. Ja s'ha dictat alguna sentència per part del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) en el sentit que la notificació d'existència d'un contingut il·lícit ha de ser suficientment precisa i estar degudament fonamentada, per a que la intermediària pugui adoptar una decisió al respecte.

El 2017, mitjançant la [Resolució 2144 \(2017\)](#) “*Ending cyberdiscrimination and online hate*”, la Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa va reclamar la necessitat de clarificar la responsabilitat de les plataformes intermediàries d'Internet i que la legislació que les reguli atengui la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH).

El TEDH ha dictat algunes sentències referents com en l'assumpte [Delfi c. Estonia](#) del 16/6/15. El Tribunal va denegar l'empara en base a la llibertat d'expressió d'un portal de notícies d'Internet que havia estat condemnat a una multa per un comentari que un tercer va allotjar a la seva web, comentant una de les seves notícies. El criteri decisiu va ser que el portal tenia una gran infraestructura, exercia una activitat comercial lucrativa i no havia posat en marxa mitjans efectius per a que els casos afectats per les seves notícies i els comentaris a les mateixes reportessin aquests continguts. En aquest cas, tot i haver-li estat requerida la retirada del contingut, el portal no va actuar amb rapidesa per retirar-lo. En sentit contrari, en l'assumpte [Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hongria](#) del 2/2/16, el TEDH va atorgar l'empara a un portal de notícies condemnat per un comentari publicat per un tercer, donat que era un portal gestionat per una modesta associació sense ànim de lucre.

A nivell de l'Estat espanyol, la Llei 34/2002, de l'11 de juliol, del Serveis de la Societat de la Informació i Comerç Electrònic (reformada per la Llei 56/2007, del 28 de desembre, de Mesures d'Impuls de la Societat de la Informació, modificada posteriorment per la Llei del 2/2011, del 4 de març, d'Economia Sostenible) regula el [règim de responsabilitat de les prestadores del servei](#), en base al referit criteri del “coneixement efectiu”. La interrupció del servei (Art. 8.1 c) pot justificar-se en base al principi de respecte a la dignitat de la persona i al principi de no discriminació per motius de “raça”, sexe, religió, opinió, nacionalitat, discapacitat o qualsevol altra circumstància personal o social. La responsabilitat està clarament definida, podent ser tant administrativa, com civil o inclús penal (Art. 13). El seu règim de responsabilitat (Art. 16) menciona que no seran responsables per la informació que emmagatzemin quan a) no tinguin coneixement efectiu que l'activitat o la informació emmagatzemada és il·lícita o que lesiona béns o drets d'un tercer susceptibles d'indemnització, o b) si el tenen, actuïn amb diligència per retirar les dades o fer-ne impossible l'accés. La Llei afegeix que, per coneixement efectiu, s'entendrà quan un òrgan competent hagi declarat la il·licitud del contingut o perjudici i el prestador conegués aquesta resolució. Això, sense perjudici dels procediments de detecció i retirada de continguts aplicables en virtut d'acords voluntaris i d'altres mitjans de coneixement efectiu que puguin establir-se.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

7.3. Autoregulació i codis de conducta

La diversitat sobre quines restriccions a la llibertat d'expressió són legítimes, junt amb la transnacionalitat del fenomen, provoca que els Estats tinguin un marge d'actuació limitat a l'hora d'articular mesures o sancions contra el “discurs d'incitació a l'odi”. Per això, l'autoregulació segueix sent la via més efectiva per incidir en la seva eradicació. A nivell europeu, el maig de 2016, diverses institucions compromeses amb la prohibició de la discriminació i l'odi, van incentivar diverses plataformes intermediàries (YouTube, Twitter, Facebook, Microsoft) a assumir un [codi de conducta](#). Els seus principals compromisos consisteixen en facilitar mecanismes clars i senzills de denúncia/report de continguts, l'establiment de majors filtres de detecció de continguts i la retirada del contingut reportat dins les 24 hores. El gener del 2018, Instagram es va adherir al codi de conducta.

Aquest Codi s'ha ampliat a Instagram i ha anat publicant les seves avaluacions. El gener del 2018, després de la seva [tercera avaluació](#), les institucions europees van comunicar que el 70% del contingut incitador a l'odi i a la violència hauria estat retirat. L'1/3/2018, es va dictar la [Recomanació \(UE\) 2018/334](#) de la Comissió sobre mesures per combatre eficaçment els continguts il·lícits ens línia, que aborda i actualitza els criteris sobre notificació i retirada de contingut il·lícits.

També pot fer-se esment de la ja referida [Resolució 2144 \(2017\)](#) “*Ending cyberdiscrimination and online hate*”, de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, que realitza un sèrie de recomanacions. Una d'elles es dirigeix a les plataformes intermediàries, interpellant-les a garantir que les normes sobre la llibertat d'expressió fixades en el Conveni Europeu de Drets Humans i per l'ECRI siguin d'aplicació en la comunicació en línia en els Estats membre.

El 2018, l'associació ARTICLE 19 va publicar la seva proposta de criteris d'autoregulació per les intermediàries, “[Self-regulation and 'hate speech' on social media platforms](#)”. Aquesta associació entén que les capacitats tècniques inherents als serveis que ofereixen reporten a les intermediàries una responsabilitat social particular a l'hora de lluitar contra la divulgació de continguts il·lícits. La ràpida retirada dels mateixos és essencial per limitar la seva difusió i reduir el dany causat. Les intermediàries han d'actuar amb promptitud i proporcionalitat, valorant el tipus i gravetat del perjudici potencial. Els mecanismes de notificació han de ser flexibles i transparents, i han de preveure l'informar al notificant perjudicat. La denúncia/report no ha d'anar en detriment de les accions legals que corresponen al perjudicat. Les intermediàries haurien de publicar informes sobre l'efectivitat dels mecanismes de notificació.

VIII

Prohibició internacional del
“discurs d'incitació a l'odi”

8.1. Convenis internacionals i interpretacions autoritzades

El [Conveni per la prevenció i la sanció del delictes de genocidi](#) aprovat el 9/12/48, en el seu Article 3 refereix que serà castigada la incitació directa i pública a cometre genocidi.

Però, sens dubte, el primer conveni internacional en regular de forma explícita i desenvolupada la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”, va ser el [Conveni Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial](#) (ICERD, en les seves sigles en anglès) del 21/12/65. En el seu Article 4 estableix que els Estats part hauran de condemnar tota la propaganda i totes les organitzacions que s'inspirin en idees o teories basades en la superioritat d'una “raça” o d'un grup de persones d'un determinat color o origen ètnic, o que pretenen justificar o promoure l'odi racial i la discriminació racial, qualsevol que sigui la seva forma.

Els Estats hauran d'adoptar mesures immediates i positives destinades a eliminar tota discriminació i tota incitació a la discriminació. Tenint en compte els principis de la Declaració Universal de Drets Humans i els drets de l'Article 5 del Conveni:

- a) Declararan com a acte punible tota difusió d'idees basades en la superioritat o en l'odi racial, tota incitació a la discriminació racial, així com tot acte de violència o tota incitació a cometre aquesta mena d'actes contra qualsevol “raça” o grup de persones d'un altre color o origen ètnic, i tota assistència a les activitats racistes, inclòs el seu finançament;
- b) Declararan il·legals i prohibiran les organitzacions, així com les activitats organitzades de propaganda que promouen la discriminació racial i incitin a ella, i reconeixeran que la participació en tals organitzacions o en tals activitats constitueix un delictes penat per llei;
- c) No permetran que les autoritats ni les institucions públiques nacionals o locals promoguin la discriminació racial o incitin a ella.

Les bases assentades per aquest Conveni van ser de suma importància. La força i el consens al voltant de l'antiracisme van permetre establir un nivell de contundència entre les seves prohibicions que no es veuria equiparat en les prohibicions establertes per frenar altres tipus de discurs nociu. Per il·lustrar aquesta asimetria, es pot fer la comparativa amb les prohibicions genèriques de discriminació contra la dona, previstes en la [Convenció per l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona](#) (CEDAW, en les seves sigles en anglès) del 1979.

Posteriorment, el 19/3/93, el Comitè per l'Eliminació de la Discriminació Racial va emetre la seva [Recomanació número 15](#) relativa a l'Art. 4 de la ICERD, mitjançant la qual reiterava l'**obligació dels Estats part d'establir aquestes quatre categories delictives:**

- a) la difusió d'idees basades en la superioritat o odi racial;
- b) la incitació a l'odi racial;
- c) els actes de violència contra qualsevol “raça” o grup de persones d'un altre color i origen ètnic; i
- d) la incitació a cometre aquesta mena d'actes.

El 26/6/2013, aquest mateix Comitè va dictar la seva [Recomanació número 35](#) sobre la lluita contra el discurs d'odi racista, que constitueix una interpretació autoritzada de les previsions de l'ICERD. Les definicions i les postures que adopta constitueixen orientacions clau en la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”. La recomanació afirma que el discurs d'incitació a l'odi exerceix un paper determinant en la denotació de conflictes racials. El discurs pot ser evocat per individus o grups. El discurs pot utilitzar formes no explícites i, amb aquest llenguatge indirecte, dissimular els seus objectius. També pot adoptar formes no verbals, com l'exhibició de símbols, imatges i comportaments en reunions públiques, inclosos els esdeveniments esportius. Aclareix que l'esment de l'Article 4 “basades en” equival a “per motius de”. La tipificació com a delictes ha de reservar-se pels casos més greus, que puguin provar-se més enllà de tot dubte raonable. L'aplicació de sancions penals ha de regir-se pels principis de legalitat, proporcionalitat i necessitat. Els casos menys greus han d'abordar-se fora del dret penal, tenint en compte la naturalesa i l'amplitud de les repercussions per les persones i els grups destinataris del discurs.

El Comitè reitera que **han de ser considerades delictives:**

- a) Tota difusió d'idees basades en la superioritat o en l'odi racial o ètnic, per qualsevol mitjà;
- b) La incitació a l'odi, el menyspreu o la discriminació contra els membres d'un grup per motius de la seva “raça”, color, llinatge o origen nacional o ètnic;
- c) Les amenaces o la incitació a la violència contra les persones o grups pels motius assenyalats en l'apartat b) anterior;

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

- d) L'expressió d'insults, burles o calúmnies a persones o grups, o la justificació de l'odi, el menyspreu o la discriminació pels motius assenyalats en l'apartat b) anterior, quan constitueixin clarament la incitació a l'odi o a la discriminació;
- e) La participació en organitzacions i activitats que promouen i inciten a la discriminació racial.

Com es pot veure, s'afegeix la possibilitat de comissió delictiva mitjançant la denigració (burla, insults, calúmnies), quan aquesta constitueix clarament una incitació a l'odi o a la discriminació.

El Comitè recomana que la negació pública dels delictes de genocidi i crims de lesa humanitat, o l'intent de justificar-los, es declaren punibles, sempre que constitueixin clarament una incitació a la violència. L'expressió d'opinions sobre fets històrics no haurà de ser prohibida ni sancionada.

Atès el fet que l'Article 4 de l'ICERD exigeix la punició de conductes, però no dona orientacions detallades sobre com fer-ho, en la seva recomanació, el Comitè, proporciona una sèrie de **critèris interpretatius per qualificar com a punible un missatge:**

- 1) El contingut i la forma del discurs: si el discurs és o no provocatiu i directe, la forma en que està construït i és difós i l'estil en que s'expressa.
- 2) El clima econòmic, social i polític, inclosa l'existència prèvia de discriminació contra grups ètnics i altres grups. El perill d'un discurs dependrà del context. El context local concret serà essencial per valorar la significació i els possibles efectes dels discurs d'odi racista.
- 3) La posició o condició de l'emissor del discurs en la societat i davant el públic a què es dirigeix el discurs. Els polítics i altres formadors d'opinió poden tenir una gran influència en la creació d'un clima negatiu respecte de determinats grups. El Comitè és conscient de l'especial importància de la llibertat d'expressió en els assumptes polítics, però també del fet que el seu exercici comporta deures i responsabilitats especials.
- 4) L'abast del discurs, amb inclusió del tipus d'audiència i els mitjans de transmissió: si el discurs es va difondre o no en mitjans de comunicació generals o a Internet i la freqüència i amplitud de la comunicació, en particular quan la repetició suggereix l'existència d'una estratègia deliberada per suscitar hostilitat cap a grups ètnics i racials.
- 5) Els objectius del discurs: el discurs encaminat a protegir o defensar els drets humans de persones i grups no ha de ser objecte de sancions penals o d'un altre tipus.

Una altra de les grans aportacions d'aquesta recomanació és la d'aprofundir en la definició de determinats termes clau. La “incitació” ve definida pel Comitè com afany d'influir en altres persones, persuadint-les o amenaçant-les perquè adoptin determinades formes de conducta, inclosa la comissió d'un delictes. La incitació pot ser explícita o implícita, mitjançant actes tals com l'exhibició de símbols racistes o la distribució de material, així com mitjançant paraules. Però al regular les formes d'incitació de l'Article 4 de l'ICERD, els Estats part hauran de tenir en compte (a més dels anteriors criteris interpretatius) la intenció de l'emissor i el risc o la probabilitat imminent que el discurs en qüestió tingui com a resultat la conducta desitjada o pretesa per l'emissor.

La referència tant a la possibilitat de punició del discurs, sense necessitat de tenir en consideració els seus efectes potencials, com de la menció a la intenció i al risc que el discurs desemboqui en un resultat danyí, evidencia la tensió latent en tota la regulació de prohibició del discurs d' “incitació a l'odi”. Aquesta referència a elements contraposats revela la pugna entre dues òptiques d'abordatge de la seva prohibició: qui creu legítim penalitzar el discurs pel seu propi contingut i qui creu que només és legítim penalitzar el discurs si comporta un risc potencial.

El Comitè, a més d'apostar clarament per una resposta en clau penal, recorda que el compliment de les obligacions derivades de l'ICERD no es limita a criminalitzar aquestes conductes. El seu compliment efectiu per part dels Estats s'aconsegueix mitjançant la investigació dels delictes i l'enjudiciament dels autors. L'existència d'òrgans judicials independents, imparcials i informats és fonamental per assegurar que els fets i les qualificacions jurídiques de cada cas s'avaluïn d'acord amb les normes internacionals de drets humans. Al seu respecte, la infraestructura judicial haurà d'estar complementada per institucions nacionals de drets humans.

L'Article 4 de l'ICERD exigeix que les mesures per lluitar contra la discriminació i la incitació a l'odi s'adoptin tenint degudament en compte els principis continguts en la Declaració Universal dels Drets Humans. El Comitè recorda que, en ocasions, s'han utilitzat restriccions àmplies o vagues de la llibertat d'expressió, en detriment de grups protegits per l'ICERD. Els Estats part hauran de formular restriccions a la llibertat d'expressió amb suficient precisió. Les mesures orientades a vigilar i combatre el discurs racista no hauran d'emprar-se com a pretext per restringir les expressions de protesta contra la injustícia, ni les de descontentament social o d'oposició.

El Comitè dedica atenció a les organitzacions racistes i a les seves activitats de propaganda racista, incloses les improvisades, recordant que han de ser declarades il·legals. També dedica una menció als discursos racistes emesos per autoritats i institucions públiques, especialment els alts funcionaris. Sense perjudici de l'eventual comissió de delictes enunciats en l'Article 4, poden ser-los d'aplicació mesures disciplinàries, com la destitució.

Més enllà de l'eix de discriminació racial, el Conveni internacional que regula amb caràcter general els límits a la llibertat d'expressió i la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi” és el [Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics \(PIDCP\)](#) del 16/12/66. Els seus articles 19 i 20 són els que proporcionen el fonament per a la seva delimitació per a tots els Estats part.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

L'Article 19 preveu que 1) ningú podrà ser molestat a causa de les seves opinions i 2) tota persona té dret a la llibertat d'expressió; aquest dret comprèn la llibertat de buscar, rebre i difondre informacions i idees de diversa índole, sense la consideració de fronteres, ja sigui oralment, per escrit o en forma impresa o artística, o per qualsevol altre procediment de la seva elecció. El seu tercer apartat és el que fixa els motius que habiliten la restricció de la llibertat d'expressió. En concret, refereix que el seu exercici comporta deures i responsabilitats especials, podent estar subjecte a restriccions que hauran d'estar expressament fixades per la llei i ser necessàries per a) assegurar el respecte dels drets o de la reputació dels altres; b) assegurar la protecció de la seguretat nacional, l'ordre públic o la salut o moral públiques. Les restriccions de l'apartat 3 permeten modulació, és a dir, una ponderació dels drets en joc, cas per cas.

Pel contrari, l'Article 20 preveu una prohibició total, que no serà modulable en cap cas. En el seu segon apartat, refereix que tota apologia de l'odi nacional, racial o religiós que constitueixi incitació a la discriminació, l'hostilitat o la violència estarà prohibida per llei.

L'associació ARTICLE 19, denominada així en honor a aquest article del PIDCP, en els seus [Principios de Camden](#) del 2019, dedica un apartat específic a la llibertat d'expressió i al “discurs danyí”. El seu Principi 12, referit a la incitació a l'odi, va ser el primer en incorporar una àmplia llista de definicions dels termes clau en la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”.

En el seu apartat 1r, el principi refereix al fet que tots els Estats hauran de prohibir per Llei qualsevol promoció de l'odi nacional, racial o religiós, que constitueixi incitació a la discriminació, l'hostilitat o la violència (expressions d'odi). **Els sistemes nacionals jurídics hauran de deixar clar, ja sigui explícitament o mitjançant interpretació autoritzada, que:**

- a) Els termes d’“odi” i “hostilitat” es refereixen a emocions intenses i irracionals d’oprobri, enemistat i aversió del grup objectiu.
- b) El terme “promoció” s’entendrà com requerint la intenció de promoure públicament l’odi contra el grup objectiu.
- c) El terme “incitació” es refereix a declaracions sobre grups nacionals, racials o religiosos que puguin crear un risc imminent de discriminació, hostilitat o violència contra les persones que pertanyen a aquests grups.
- d) La promoció d’un sentit positiu d’identitat de grup no constitueix expressió d’odi.

L'apartat 2n del principi preveu que els Estats hauran de prohibir que es condonin o es neguin els crims de genocidi, crims contra la humanitat i crims de guerra, però només quan aquestes declaracions constitueixin expressions d'odi, tal com es defineixen al Principi 12.1.

L'apartat 3r d'aquest Principi alerta que els Estats no hauran de prohibir la crítica dirigida contra, o el debat sobre, les idees, creences o ideologies particulars, o les religions o institucions religioses, a excepció que aquesta expressió constitueixi una expressió d'odi, tal com es defineix en el Principi 12.1.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

En el seu apartat 5è, preveu que els Estats hauran de revisar el seu marc jurídic, per assegurar que tota la regulació sobre les expressions d'odi estigui de conformitat amb les anteriors previsions.

Aquests Principis van tenir una gran influència sobre el Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides, quan va emetre la seva [Observació General número 34 sobre l'Article 19](#) del PIDCP, el 12/9/2011. Aquesta Observació constitueix una interpretació autoritzada i actualitzada sobre l'abast de les previsions del referit article. Sobre el dret a no ser molestat a causa de les opinions pròpies (Art. 19.1), el Comitè refereix que és una previsió que no admet cap excepció. Es protegeixen totes les formes d'opinió, tant les d'indole política, científica, històrica, moral o religiosa. Resulta incompatible qualsevol intent coercitiu de fer que es sustenti o no una opinió. La llibertat d'expressar les opinions pròpies, compren necessàriament la llibertat de no expressar-les.

Respecte del dret a la llibertat d'expressió (Art. 19.2), el Comitè indica que protegeix inclús les expressions que puguin considerar-se profundament ofensives. Aquest apartat protegeix les formes i també els mitjans d'expressió, que comprenen la paraula oral i escrita, les expressions no verbals o objectes artístics. També comprèn tots els formats: llibres, diaris, fullets, cartells, peces de roba, al·legats jurídics, expressions audiovisuals i Internet. En relació a l'exercici de la llibertat d'expressió (Art. 19.3), el Comitè subratlla que comporta deures i responsabilitats.

El PIDCP, en el seu Article 5, conté una clàusula “anti-abús” (que compleix la mateixa funció que l'Article 17 del CEDH), mencionant que “*cap disposició del present Pacte podrà ser interpretada en el sentit de concedir algun dret a un Estat, grup o individu per emprendre activitats o realitzar actes encaminats a la destrucció de qualsevol dels drets i llibertats reconeguts en el Pacte o a la seva limitació en major mesura que la prevista en ell*”.

Per tant, les úniques restriccions permeses a la llibertat d'expressió seran les contemplades en l'apartat 3 de l'Article 19 que contempla una triple exigència: hauran de ser fixades per Llei i obeir als propòsits a) i b) (drets i reputació de tercers i seguretat nacional). La menció “drets” de tercers, sobrepassa l'àmbit honorífic o de reputació, i inclou els drets humans reconeguts a nivell internacional.

L'Observació desenvolupa alguns aspectes d'aquesta triple exigència. A més d'estar contemplada en una norma, la restricció haurà de ser necessària per la consecució d'un d'aquests propòsits legítims. L'exigència de previsió legal exclou les normes consuetudinàries. La restricció haurà de ser concreta, mai vaga. Les lleis que imposin restriccions hauran de proporcionar suficients orientacions a qui hagi d'aplicar-les. La proporcionalitat imposa que la restricció s'executi mitjançant l'instrument menys lesiu possible, que sigui capaç d'assegurar el resultat buscat. Aquest principi també és d'aplicació a les autoritats administratives i judicials que les apliquen. La proporcionalitat també haurà de tenir en compte la forma d'expressió de què es tracti, així com els mitjans pels quals es difongui. Correspondrà a l'Estat demostrar, de forma concreta i individualitzada, la naturalesa precisa de l'amenaça i la necessitat i la proporcionalitat de la mesura concreta que s'hagi adoptat per neutralitzar-la. En particular, haurà de demostrar la connexió directa i immediata entre l'expressió i l'amenaça que representa.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

El Comitè subratlla que els Estats part haurien d'adoptar mesures eficaces de protecció contra els atacs destinats a fer callar qui exerceix el seu dret a la llibertat d'expressió. No es pot fer valdre el paràgraf 3 de l'Article 19 del PIDCP com a justificació per a silenciar els defensors de la democràcia pluripartidista, els principis democràtics i els drets humans. En la lluita contra el terrorisme, els delictes d'“incitació”, l'“elogi o lloa”, “exaltació” o “justificació” també hauran de respectar les previsions d'aquest article i estar clarament definits.

Posteriorment, un altre organisme va emetre una altra interpretació autoritzada, de gran influència. Es tracta de l'[informe del Relator sobre la llibertat d'expressió](#), Frank la Rue, titulat “Promoció i protecció del dret a la llibertat d'opinió i d'expressió” del 7/9/12. Aquest, dedica un apartat a la interpretació de l'Article 19.3 del PIDCP, afirmant que l'Article 3 c) de la Convenció per la Prevenció i la Sanció del delictes de Genocidi, junt amb l'Article 4 del ICERD i les previsions del PIDCP formen el cos legal internacional de delimitació de la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”.

El Relator fa seves les tres exigències que els Estats han de complir a l'hora de regular la seva prohibició, així com la càrrega de l'Estat de demostrar el seu compliment. També al·ludeix al risc que les restriccions jurídiques al “discurs d'incitació a l'odi” puguin ser interpretades en sentit lax i ser aplicades de manera selectiva per part de les autoritats. Per això anima a establir salvaguardes eficaces contra la seva aplicació abusiva.

En relació a l'Article 20.2 del PIDCP, el Relator aporta criteris interpretatius molt valuosos sobre quin és el discurs que es pretén prohibir. Manifesta que **la prohibició de tota apologia de l'odi nacional, racial o religiós que constitueixi incitació a la discriminació, l'hostilitat o la violència, és una formulació que inclou tres elements clau:**

- 1) només es refereix a l'apologia de l'odi;
- 2) l'odi ha de ser una apologia que constitueixi incitació, en lloc de tan sols una incitació;
i
- 3) la incitació ha de comportar un dels resultats mencionats, a saber, la discriminació, l'hostilitat o la violència.

Com a tal, l'apologia de l'odi basada en la nacionalitat, “raça” o religió no serà un delictes en sí. L'apologia de l'odi només constituirà delictes quan també constitueixi una incitació a la discriminació, l'hostilitat o la violència, o quan l'autor vulgui provocar una reacció per part de l'audiència.

Quant a la definició dels termes clau, fa seves les dels Principis de Camden sobre l'“odi” i “incitació” i afegeix altres. Per “apologia” s'entendrà el recolzament i la promoció explícits, intencionals, públics i actius de l'odi cap a un grup. Per “discriminació” s'entendrà tota distinció, exclusió o restricció per motius de “raça”, color, ascendència, origen nacional o ètnic, nacionalitat, gènere, orientació sexual, idioma, religió, opinió política o d'una altra índole,

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

edat, situació econòmica, patrimoni, estat civil, discapacitat, o per qualsevol altra condició que tingui per objecte o resultat menyscarbar o anul·lar el reconeixement, gaudi o exercici, en igualtat de condicions, de tots els drets i llibertats fonamentals en les esferes política, econòmica, social, cultural, civil i en qualsevol altra esfera de la vida pública. Per “hostilitat” s’entendrà una manifestació de l’odi més enllà d’un simple estat d’ànim. Per “violència” s’entendrà l’ús de la força física o del poder contra una persona, o contra un grup o comunitat, que causi o tingui moltes probabilitats de causar lesions, mort, danys psicològics, trastorns del desenvolupament o privacions.

El Relator reclama que els **critèris per determinar els tipus d’expressió que encaixen amb la prohibició de l’Article 20.2 del PIDCP**, haurien de ser estrictes i sòlids. Per col·laborar-hi, elabora un **test “de set parts”**:

- 1) La gravetat de l’odi, segons una avaluació de la gravetat del que ha estat expressat, el dany que es promou, la magnitud i la intensitat en relació a la freqüència, l’elecció del mitjà, l’abast i la magnitud;
- 2) La intenció de l’autor d’incitar a la discriminació, l’hostilitat o la violència;
- 3) El contingut o la forma del discurs, inclosos la forma, l’estil, la naturalesa dels arguments utilitzats, la seva magnitud o intensitat, els antecedents de l’autor i fins quin punt el discurs és provocador o discret. L’expressió artística serà considerada en relació al seu valor artístic i context, donat que les persones poden utilitzar l’art per provocar emocions intenses, però sense la intenció d’incitar a la violència, la discriminació o la hostilitat;
- 4) L’abast de l’expressió, quant a la seva projecció i la mida de l’audiència;
- 5) La probabilitat que es produeixin danys. Si bé la incitació és per definició un acte preparatori punible i les accions propugnades per la incitació no han de cometre’s per a que el discurs constitueixi un delictes, ha d’existir un gran risc que acabi amb un resultat danyós;
- 6) La imminència dels actes propugnats pel discurs;
- 7) El context, en què es té en compte l’orador o autor, l’audiència, el dany propugnat, l’existència d’obstacles per la difusió mediàtica, les restriccions àmplies i poc clares sobre el contingut del que es pot publicar o difondre; l’absència de crítiques al Govern o de debats polítics d’ampli abast en els mitjans i altres formes de comunicació; i l’absència d’una condemna social generalitzada de les declaracions d’odi per motius específics arran de la seva difusió.

Entre aquest criteris, el Relator ressalta com a **fonamentals per determinar si una expressió encaixa en el “discurs d’incitació a l’odi”**:

- el perill real i imminent de violència resultant de l'expressió (criteri idèntic al dels tribunals nord-americans);
- la intenció de l'autor d'incitar a la discriminació, l'hostilitat o la violència; i
- un examen curós per part del poder judicial del context en què es va expressar l'odi.

Aquesta precisió obeeix al fet que el dret internacional prohibeix algunes formes d'expressió per les seves conseqüències, i no pel seu contingut. El que és summament ofensiu en una comunitat pot no ser-ho en una altra. En conseqüència, qualsevol examen del context ha d'incloure diversos factors, com l'existència de tensions prèvies entre comunitats religioses o racials, la discriminació del grup de què es tracti, el to i el contingut del discurs, la persona incitadora i els mitjans utilitzats per difondre el discurs.

Finalment, el Relator proporciona una sèrie de **criteris generals complementaris que han de respectar les lleis de prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”**:

- a) ningú ha de ser penalitzat per fer declaracions que són certes;
- b) ningú ha de ser penalitzat per la difusió d'expressions d'odi, a excepció que s'hagi demostrat que ho va fer amb la intenció d'incitar a la discriminació, l'hostilitat o la violència;
- c) ha de respectar-se el dret dels periodistes a decidir la millor manera de comunicar informació i idees a la opinió pública, en particular quan es tracta d'informació relacionada amb el racisme i la intolerància;
- d) ningú ha d'estar subjecte a censura prèvia; i
- e) qualsevol imposició de sanció per part dels tribunals ha de conformar-se estrictament amb el principi de proporcionalitat.

Per concloure el present apartat sobre regulació i criteris internacionals sobre restricció del “discurs d'incitació a l'odi”, convé citar la radiografia de la situació que realitza l'Alta Comissionada de les Nacions Unides pels Drets Humans en el seu [informe sobre els tallers d'experts sobre la prohibició de la incitació a l'odi nacional, racial o religiós](#) de l'11/1/13. L'Alta Comissionada refereix la paradoxa que suposa que els emissors dels “discurs d'incitació a l'odi” no estiguin sent perseguits, mentre que els membres d'algunes minories, sí ho estan pels seus discursos crítics, generant-se un “*chilling effect*” o efecte inhibitori. Les polítiques públiques per a la seva eradicació són massa generalistes, no es compleixen i tenen escàs impacte.

Sobre l'estat de la legislació a nivell mundial, l'Alta Comissionada menciona que no tots els països compten amb prohibicions legals sobre el “discurs d'incitació a l'odi”. La regulació existent, en

termes globals, és heterogènia i sovint massa restrictiva o vaga. Les definicions utilitzades difereixen entre països i són cada vegada més ambigües, generant-se males interpretacions. Existeix la tendència generalitzada d'incorporar cada vegada més categories de motius de discriminació protegits. Alguns països contempen les ofenses religioses i altres, les racials. Alguns països contempen la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi” en la jurisdicció civil, altres en la penal i altres en ambdues. Els cossos legals nacionals haurien de guiar-se per les previsions de l'Article 20.2 del PIDCP i per la resta de Convenis (Art. 4 ICERD) i les seves interpretacions autoritzades (Observació General núm. 34 del 2011). També haurien de guiar-se pels Principis de Camden de l'ARTICLE 19 del 2009. És menester distingir entre tres tipus d'expressió: les ofertes criminals, les civils o administratives i les expressions que no són punibles, però inquieten en termes de tolerància o convivència.

A nivell de jurisprudència, cal comptar amb una infraestructura judicial independent i regularment actualitzada en base als estàndards internacionals. Les regles del “procés degut” són clau per a abordar els casos individuals des dels estàndards internacionals. És poc freqüent recórrer a processos d'arbitratge o conciliació. També són escassos els casos litigats, donada la vulnerabilització dels “col·lectius diana” del “discurs d'incitació a l'odi”. Tal com reclama ARTICLE 19, els sistemes legals nacionals haurien de forjar interpretacions autoritzades dels termes “odi”, “hostilitat”, “incitació”, etc. L'Alta Comissionada, vista la manca d'interpretacions autoritzades, fa seves les que proposa aquesta associació. Finalment, precisa que els criteris delimitadors del “discurs d'incitació a l'odi” serien la crueltat del missatge, el dany al que s'incita, la seva freqüència i l'abast de la incitació.

A nivell de jurisprudència internacional, no es pot obviar la cita dels pronunciaments dels tribunals supranacionals sobre “discurs d'incitació a l'odi”, com les sentències del Tribunal Especial per Ruanda, casos Nahimana, Barayaguriza y Ngeze, en les quals es condemna a titulars de mitjans de comunicació social des dels quals es van emetre aquest tipus de discursos. També s'ha pronunciat el Comitè de les Nacions Unides, en casos com els de Ross c. Canadà o Faurisson c. França.

IX

Prohibició del “discurs d'incitació a l'odi” en l'àmbit europeu

9.1. Valors fundacionals i normativa antidiscriminatòria

El [Conveni per la Protecció dels Drets Humans](#) (CEDH), de 4/11/50, regula en el seu Article 10 el dret a la llibertat d'expressió. La seva regulació també parteix d'un reconeixement condicionat a una sèrie de restriccions. En el seu apartat 1er preveu que tota persona té dret a la llibertat d'expressió. Aquest dret compren la llibertat d'opinió i la llibertat de rebre o de comunicar informacions o idees, sense ingerència de les autoritats públiques i sense consideració de fronteres. En el seu apartat 2n preveu que l'exercici d'aquestes llibertats –que comporta deures i responsabilitats– podrà ser sotmès a certes formalitats, condicions, restriccions o sancions, previstes per la Llei. Aquestes restriccions hauran de constituir igualment mesures necessàries en una societat democràtica. En concret, hauran d'estar dirigides a protegir la seguretat nacional, la integritat territorial o la seguretat pública, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, la protecció de la reputació o dels drets d'altres, per a impedir la divulgació d'informacions confidencials o per a garantir l'autoritat i la imparcialitat del poder judicial.

El Conveni preveu la prohibició de discriminació en el seu Article 14, establint que el gaudi dels drets i les llibertats reconeguts al Conveni s'assegurarà sense cap tipus de distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació. Aquesta previsió es complementa amb l'[Article 1 del Protocol número 12](#) de 4/11/00, que recull la mateixa prohibició general de discriminació i l'estén a qualsevol autoritat pública.

Un altre Article rellevant del CEDH és el 17, que preveu la prohibició d'abús de dret, en el sentit que cap de les disposicions del Conveni no podrà ser interpretada de manera que impliqui que un Estat, grup o individu tingui el dret a dedicar-se a una activitat o a realitzar un acte tendent a la destrucció dels drets o llibertats reconegudes al Conveni o a limitacions més àmplies d'aquests drets o llibertats que les previstes al Conveni.

Posteriorment, la [Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea](#), de 18/12/00, actualitza la prohibició de discriminació en el seu Article 21, ampliant el catàleg d'eixos de discriminació, esmentant les raons de sexe, “raça”, color, orígens ètnics o socials, característiques genètiques, llengua, religió o conviccions, opinions polítiques o de qualsevol altre tipus, pertinença a una minoria nacional, patrimoni, naixement, discapacitat, edat o orientació sexual.

En relació a la prohibició de discriminació, a nivell comunitari, a partir de l'any 2000, van ser aprovades algunes **Directives focalitzades sobre la producció i l'accés a béns i serveis. Concretament:**

- La [Directiva 2000/43/CE](#) del Consell, del 29 de juny del 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic.
- La [Directiva 2000/78/CE](#) del Consell, del 27 de novembre del 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per la igualtat de tracte en l'ocupació laboral.
- La [Directiva 2006/54/CE](#) del Parlament Europeu i del Consell, del 5 de juliol del 2006, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat d'oportunitats i igualtat de tracte entre homes i dones en assumptes d'ocupació laboral (refundició).

La [Proposta de Directiva](#) del Consell per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre les persones independentment de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual de 2/7/08, segueix pendent d'aprovació pel bloqueig d'alguns Estats membre.

La [Resolució](#) del Parlament Europeu sobre el reforç de la lluita contra el racisme, la xenofòbia i els delictes motivats per l'odi de 14/3/13 és un exponent d'aquest compromís fundacional. Les seves consideracions refereixen que “L'Article 2 del Tractat de la Unió Europea (TUE) estableix que «la Unió es fonamenta en els valors de respecte de la dignitat humana, la llibertat, la democràcia, la igualtat, l'Estat de Dret i el respecte dels drets humans, inclosos els drets de les persones que pertanyen a minories» i que «aquests valors són comuns als Estats membre en una societat caracteritzada pel pluralisme, la no discriminació, la tolerància, la justícia, la solidaritat i la igualtat entre dones i homes»”. L'Article 19 del Tractat Fundacional de la Unió Europea (TFUE) confereix a la UE el mandat polític “d'adoptar accions adequades per a lluitar contra la discriminació per motius de sexe, d'origen racial o ètnic, religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual”. L'Article 67 del TFUE estableix que la UE “s'esforçarà per garantir un nivell de seguretat elevat mitjançant mesures de prevenció del racisme i la xenofòbia i de lluita contra aquests”. I, en base a tots aquests considerants, el Parlament demana a la Comissió, al Consell i als Estats membre que reforcin la lluita contra els delictes motivats per l'odi i les actituds i les conductes discriminatòries. També demana al Consell i als Estats membre que adoptin sense dilació la Directiva sobre igualtat, que és un dels principals instruments de la UE per promoure i garantir una vertadera igualtat a la UE i lluitar contra els prejudicis i les discriminacions.

9.2. Triple graduació en la restricció del “discurs d'incitació a l'odi”

De la mateixa manera que a l'àmbit internacional, a l'europeu també existeix consens sobre la necessitat d'una **triple graduació en les restriccions al “discurs d'incitació a l'odi”**. Aquesta es concreta en tres nivells:

- a) el “discurs d'incitació a l'odi” no punible, que és un discurs nociu o inquietant en termes de convivència i tolerància, però que no mereix cap tipus de sanció;
- b) el “discurs d'incitació a l'odi” d'intensitat mitjana, que mereix una sanció civil o administrativa; i
- c) el “discurs d'incitació a l'odi” greu, que mereix una sanció penal.

La [Recomanació R \(97\) 20](#) del Comitè de Ministres del Consell d'Europa als Estats membre sobre el discurs d'odi, de 30/10/97, pionera en l'impuls i la definició del “discurs d'incitació a l'odi”, en el seu Principi 2, interpel·la els Estats membre per a que estableixin un marc jurídic sòlid, que contingui disposicions sancionadores de dret civil, penal i administratiu. Aquesta polivalència de jurisdiccions permetrà a les autoritats administratives i judicials sancionadores de comptar amb diverses opcions per conciliar, cas per cas, el respecte de la llibertat d'expressió amb el respecte a la dignitat humana. Amb aquesta finalitat, **els Estats hauran d'examinar la manera de:**

- a) estimular i coordinar la investigació sobre la eficàcia de la legislació i la pràctica jurídica vigents;
- b) revisar el marc jurídic existent per a garantir que s'apliqui de manera adequada a la diversitat de nous mitjans i serveis i de xarxes de comunicació;
- c) elaborar una política coordinada d'enjudiciament que respecti aquests principis;
- d) afegir ordres de servei comunitari a la gama de possibles sancions penals;
- e) potenciar la possibilitat de combatre la incitació a l'odi a través del dret civil, per exemple, permetent la interposició d'accions civils a les organitzacions no governamentals, indemnitzant les víctimes i establint la possibilitat de dictar ordres judicials que permetin a les víctimes la retirada del contingut; i
- f) proporcionar al públic i als mitjans de comunicació informació sobre les disposicions legals que s'apliquen al “discurs d'incitació a l'odi”.

Per part seva, l'ECRI va dictar la seva fonamental [Recomanació de Política General número 7](#), de 13/12/02, sobre legislació nacional per lluitar contra el racisme i la discriminació racial. Aquesta reco-

manació aporta orientacions generals per a legistar sobre delictes d'odi, partint d'aquesta triple graduació de la intervenció. En relació amb el dret administratiu, estableix una sèrie de **previsions rellevants**:

- 1) La Llei ha de contemplar com a formes de discriminació la segregació, la discriminació per associació, l'anunci de la intenció de discriminar, el fet de donar indicacions sobre com discriminar, l'incentiu a un tercer a discriminar, l'ajuda a un tercer per discriminar.
- 2) La legislació ha de proporcionar procediments judicials i administratius, inclosa la conciliació, que siguin fàcilment accessibles a les víctimes.
- 3) La càrrega de la prova haurà de pesar sobre la part demandada, que haurà de provar que no existeix discriminació.
- 4) Les sancions hauran de ser eficaces, proporcionades i dissuasives.
- 5) La legislació haurà de contemplar la prohibició de l'assetjament per motius discriminatoris.
- 6) La legislació haurà de preveure la possibilitat de dissoldre els organismes que promouguin el racisme.

Pel que fa al dret penal, l'ECRI preveu que **la Llei ha de castigar com a delicte les següents conductes, quan siguin intencionals**:

- a) la incitació pública a la violència, a l'odi i a la discriminació;
- b) les injúries o la difamació pública;
- c) les amenaces cap a una persona o un grup per raó de la seva “raça”, color, llengua, religió, nacionalitat o origen nacional o ètnic;
- d) l'expressió pública, amb finalitat racista, d'una ideologia que preconitzi la superioritat d'un grup de persones per raó de la seva “raça”, color, llengua, etc.;
- e) la negació, la banalització, la justificació o l'apologia pública, amb finalitat racista, de crims de genocidi, contra la humanitat o crims de guerra;
- f) la difusió o distribució públiques, la producció o l'emmagatzemament, amb finalitat racista, d'escrits o imatges;
- g) la creació o la direcció d'una agrupació que promogui el racisme;
- h) la Llei ha de preveure la incitació, la complicitat o la temptativa intencional de les anteriors conductes;
- i) la Llei ha de preveure la motivació racista com a agreujant;
- j) la Llei ha de preveure que les persones jurídiques siguin penalment responsables; i
- k) la legislació ha de preveure sancions eficaces, proporcionals i dissuasives, així com penes accessòries o alternatives.

Diverses d'aquestes orientacions, posteriorment, han estat determinants en la regulació sobre els delictes d'odi que s'ha dictat a l'àmbit de la Unió Europea. Entre elles, la penalització de la conducta de producció o emmagatzemament de materials amb finalitat racista, la motivació racista com a agreujant o la responsabilitat de les persones jurídiques.

9.3. Normativa sobre prohibició de “discurs d'incitació a l'odi”

La promulgació de normativa sobre prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”, ha prioritzat la lluita contra el racisme i la xenofòbia per sobre d'altres eixos de discriminació. En general, la legislació antidiscriminatòria sobre les dones o el col·lectiu LGTBIQ té un grau de reconeixement i disposa d'unes prohibicions de menor intensitat. N'és un bon exemple el [Protocol addicional al Conveni de 23/11/2001 sobre la Ciberdelinqüència](#), relatiu a la penalització d'actes d'índole racista i xenòfoba comesos per mitjà de sistemes informàtics, de 28/1/03. Va entrar en vigor a l'Estat espanyol l'1/4/15 i obliga als Estats membre a castigar determinats delictes cibernètics quan es cometen intencionalment.

Per que fa al “discurs d'incitació a l'odi”, obliga a castigar la conducta de difusió de material racista i xenòfob mitjançant sistemes informàtics (Art. 3). El Protocol eximeix als Estats de sancionar aquesta conducta per la via penal quan el material difós no propugni, promogui o inciti a una discriminació que no estigui associada a l'odi i a la violència. Aquesta dispensa ve condicionada al fet de comptar amb mitjans alternatius eficaços per a sancionar-la. També preveu eximir als Estats de sancionar aquesta conducta quan el respecte als seus principis sobre llibertat d'expressió els impedeixi sancionar-la de manera eficaç.

També s'hauran de condemnar les amenaces amb motivació racista (Art.4), quan s'amenaci amb la comissió d'un delicte greu a) a persones per raó de la seva pertinença a un grup caracteritzat per la “raça”, el color, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic, així com la religió, en la mesura en què aquesta s'utilitzi com a pretext per a qualsevol d'aquests factors; o b) a un grup de persones que es distingeixi per alguna d'aquestes característiques.

El Protocol també preveu la condemna dels insults amb motivació racista i xenòfoba (Art. 5), quan s'emeten en públic i per mitjà d'un sistema informàtic. Aquests insults s'hauran de referir a les mateixes persones i grups que l'article anterior.

També sancionarà (Art. 6) la conducta de difusió o posada a disposició del públic mitjançant un sistema informàtic de material que negui, minimitzi barroerament, aprovi o justifiqui actes constitutius de genocidi o crims contra la humanitat. Els Estats part, per a sancionar aquesta conducta, podran exigir que a) es cometí per incitar a l'odi, la discriminació o la violència contra aquestes mateixes persones i grups de l'article anterior; b) reservar-se el dret de no aplicar, en tot o en part, l'apartat 1er d'aquest article.

Una altra de les normes decisives per la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi” va ser la

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

[Decisió marc 2008/913/JAI del Consell de la Unió Europea](#), relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el Dret penal, de 28/11/08. Aquesta decisió pretén lluitar mitjançant el dret penal, donat que se centra en les formes particularment greus de racisme i xenofòbia. La iniciativa d'aprovar la Decisió Marc busca avançar en la plena harmonització del dret penal, dificultada per les diferents tradicions culturals i jurídiques dels Estats membre.

En els seus considerants, fa una aposta decidida pel dret penal i remarca que es tracta de fixar un llindar mínim de punició que els Estats tenen la llibertat de superar. Quant a les categories de protecció, també poden ser ampliades. Els Estats membre podran ampliar l'abast de l'Article 1, apartat 1, lletres c) i d), als delictes contra grups de persones definits d'acord a altres criteris diferents dels de “raça”, color, religió, ascendència o origen nacional o ètnic, com per exemple la posició social o les conviccions polítiques. La lluita contra el racisme i la xenofòbia requereix de diversos tipus de mesures, dins un marc global, i no pot estar limitada a qüestions penals.

La Decisió Marc refereix que el racisme i la xenofòbia són violacions directes dels principis de llibertat, democràcia, respecte dels drets humans i de les llibertats fonamentals, així com de l'Estat de Dret, en els que es fonamenta la Unió Europea. Aquests valors són comuns i s'han de respectar a tots els Estats membre. És necessari definir un enfocament penal comú del racisme i la xenofòbia a tota la Unió Europea. Així, un mateix comportament constituirà delictes a tots els Estats membre i s'establiran sancions efectives, proporcionades i dissuasives contra les persones físiques i jurídiques que els cometin. Un altre aspecte rellevant de la Decisió és que estableix que les investigacions i actuacions judicials no estaran condicionades a la presentació d'una denúncia per part de les víctimes, donat que en molts casos, són especialment vulnerables i reticents a iniciar accions judicials.

La Decisió, en el 1er apartat de l'Article 1, estableix l'**obligació dels Estats membre de castigar les següents conductes, sempre que siguin intencionades:**

- a) la incitació pública a la violència o a l'odi contra un grup de persones o un membre de tal grup, definit en relació amb la “raça”, el color, la religió, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic;
- b) la comissió d'un dels actes als quals es refereix la lletra a) mitjançant la difusió o la distribució d'escrits, imatges o altres materials; i
- c) l'apologia pública, la negació o la trivialització flagrant dels crims de genocidi, crims contra la humanitat i crims de guerra.

En el seu 2n apartat, modula aquesta obligació punitiva, permetent que els Estats membre optin per castigar únicament les conductes que, o bé es realitzin de forma que puguin donar lloc a perturbacions de l'ordre públic o bé que siguin amenaçadores, abusives o insultants.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

El seu Article 2, sobre sancions penals, obliga a que aquestes conductes es castigui amb sancions penals efectives, proporcionades i dissuasives i, en tot cas, amb una pena màxima de un a tres anys de presó com a mínim. El seu Article 4 obliga a garantir que la motivació racista i xenòfoba sigui considerada com una circumstància agreujant, o bé que els tribunals tinguin en compte aquesta motivació a l'hora de fixar les sancions.

El seu Article 5 incorpora una previsió molt important: estableix la responsabilitat de les persones jurídiques. Aquestes podran ser considerades responsables de les conductes contemplades als Articles 1 i 3, si es realitzen en profit seu per part de personal directiu que tingui un poder de representació, la autoritat per prendre decisions o per exercir el control de la persona jurídica. També podran ser considerades responsables quan els delictes es cometin per causa de la falta de vigilància o control per part d'aquest personal directiu, i sempre que es faci en profit de la persona jurídica. La responsabilitat de les persones jurídiques s'entendrà sense perjudici de les accions penals que s'exerceixin contra les persones físiques que siguin autores o còmplices de les conductes delictives.

L'Article 7, sobre normes constitucionals i principis fonamentals, preveu que la Decisió Marc no podrà afectar a la obligació de respectar els drets i principis jurídics fonamentals, incloses les llibertats d'expressió i d'associació. La mateixa no podrà causar que els Estats membre hagin d'adoptar mesures que contradiguin principis fonamentals relatius a les llibertats d'associació i expressió, en particular, les llibertats de premsa i d'expressió a altres mitjans de comunicació, ni les normes que regulen els drets i les responsabilitats de la premsa i d'altres mitjans d'informació.

El fet que la Decisió Marc es limités al racisme i la xenofòbia va motivar que la Recomanació del Comitè de Ministres sobre mesures per a combatre la discriminació per motius d'orientació sexual o identitat de gènere [CM/Rec \(2010\) 5](#) de 31/3/10 i la Resolució del Parlament Europeu sobre el full de ruta de la Unió Europea contra la homofòbia i la discriminació per motius d'orientació sexual i identitat de gènere de 4/2/14, reclamessin refundre la Decisió Marc amb vistes a incloure els delictes comesos per LGTBIfòbia.

9.4.

Orientacions de la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI)

L'ECRI, vinculada al Consell d'Europa, és un organisme referent a nivell de propostes de polítiques públiques i de creació de definicions autoritzades en matèria de racisme i xenofòbia. Malgrat que se centra en aquest eix discriminatori, les seves orientacions tenen impacte més enllà, sobretot en matèria de prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”. Per exemple, el Tribunal Europeu de Drets Humans, en les seves sentències, es fa eco dels criteris de l'ECRI. Una de les seves orientacions amb més divulgació va ser la [Recomanació General número 15](#), sobre lluita contra el discurs d'odi, de 8/12/15.

L'ECRI recorda la obligació, de conformitat amb els convenis internacionals, de castigar determinades formes de “discurs d'incitació a l'odi”. Si bé aquest es pot dirigir a qualsevol persona

o grup, la seva penalització es va establir per a protegir als membres dels col·lectius vulnerabilitzats.

La seva definició de “discurs d'incitació a l'odi”, més conceptual que jurídica, és la que ha tingut una millor acollida entre les institucions europees i nacionals. Engloba dos tipus de conductes: les pròpiament instigadores o fomentadores d'odi i discriminació i, d'altra banda, les que denigren a les persones o grups, per raons de “raça”, color, ascendència, origen nacional o ètnic, edat, discapacitat, llengua, religió o creences, sexe, gènere, identitat de gènere, orientació sexual i altres característiques o condicions personals. Entre els seus considerants, l'ECRI subratlla que pot haver-hi formes d'expressió que ofenguin, pertorbin o trastornin, però que per sí mateixes no constitueixin “discurs d'incitació a l'odi”. La lluita contra aquest tipus de discurs hauria de servir per a protegir a les persones i als grups, més que a credos, ideologies i religions.

Dues de les orientacions més rellevants de l'ECRI són: a) la necessitat de comptar i delimitar l'abast i l'aplicabilitat de les sancions civils i administratives, i b) l'actuació mitjançant el dret penal, quan el “discurs d'incitació a l'odi” tingui com a finalitat la de incitar a la comissió d'actes de violència, intimidació, hostilitat o discriminació o es pugui suposar raonablement que tindrà aquest efecte. L'opció pel dret penal estarà justificada sempre que no existeixi una mesura menys restrictiva que sigui igualment eficaç i es respecti el dret a la llibertat d'expressió.

X

Pautes interpretatives sobre el “discurs d'incitació a l'odi” del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH)

10.1. Enfocament general sobre els límits a la llibertat d'expressió

El TEDH, en relació amb la llibertat d'expressió, s'emmarca en el model de “democràcia militant”. Les seves resolucions avalen la legitimitat d'una actuació proactiva de les autoritats i dels tribunals en la defensa dels valors continguts en el Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH). A tall de síntesi, es poden citar algunes de les **premisses del Tribunal**:

- a) Dispensa una protecció incrementada a l'expressió política o al debat públic sobre qüestions d'interès general, matèria respecte de la qual deixa molt poc marge de maniobra als Estats per la restricció de continguts.
- b) També protegeix de manera incrementada l'exercici del periodisme, per la funció democràtica de contrapoder que té.
- c) Respecte als líders i representants polítics de l'Estat, els permet una dosi més gran d'exageració o de provocació però, alhora, els exigeix una major responsabilitat a l'hora de fomentar la discriminació en els seus discursos per la influència que poden exercir.
- d) És reticent davant la imposició de penes de presó per delictes d'expressió.
- e) Exigeix als tribunals estatals que, en cas de restricció a la llibertat d'expressió, en justifiquin el fonament legal, la finalitat perseguida per la restricció concreta, l'adequació entre la finalitat i la sanció adoptada, la proporcionalitat de la restricció i de la sanció concreta imposada.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

- f) És sensible a la producció artística i a la sàtira.
- g) És especialment restrictiu respecte als continguts que s'expressen sobre persones o grups vulnerabilitzats.
- h) Imposa l'obligació dels tribunals estatals d'indagar profundament els possibles motius discriminatoris dels actes de violència, establint que la seva manca de reconeixement pot violar la prohibició de discriminació de l'Article 14 CEDH. Aquesta previsió es pot estendre al “discurs d'incitació a l'odi”.

El TEDH marca el límit de la llibertat d'expressió en el respecte als drets dels altres, molt especialment quan es tracta de col·lectius vulnerabilitzats. Quan un discurs denigra o incentiva la discriminació o la violència cap a aquests, no té cobertura per la llibertat d'expressió. Més enllà d'aquest criteri general, el TEDH no ha elaborat una definició pròpia i definitiva de “discurs d'incitació a l'odi”. Sobre el que sí que ha estat explícit ha estat sobre l'existència de dues grans categories: la d'incitació i la de denigració.

Per a validar una restricció a la llibertat d'expressió, el TEDH, en el mateix sentit que els organismes internacionals, segueix un sistema d'avaluació cumulativa. El denominat “test d'Eststrasburg” exigeix que la restricció a) estigui prevista per Llei, b) obeeixi a un propòsit legítim i c) sigui proporcionada.

Adicionalment, el TEDH ha establert una quarta exigència que ha definit com el “*pressing social need*”, traduïble com necessitat social apressant, des d'un punt de vista social o democràtic. Aquesta prové del principi de necessitat i de proporcionalitat, a manera de balanç o anàlisi cost-benefici col·lectiu entre els drets que se sacrifiquen amb la restricció de la llibertat d'expressió i els que es protegeix amb la seva aplicació. Aquesta exigència podria desembocar en una situació en què una restricció estigui prevista per Llei, persegueixi una finalitat de protecció legítima, sigui raonablement proporcional, però no sigui necessària o no estigui justificada en termes de consecució democràtica o de promoció dels drets fonamentals. Un darrer requisit amb el qual el TEDH és cada vegada més estricte és el de la motivació clara, suficient i concreta per part dels tribunals nacionals en les seves decisions de restricció de la llibertat d'expressió.

A l'hora d'avaluar cada cas concret, el TEDH, en la mateixa línia que els organismes internacionals, examina l'emissor del discurs, la seva forma, el seu nivell d'explicitació i si conté una crida directa o no a l'acció, l'abast de la seva divulgació i el context. El Tribunal dona una importància majúscula al context. Aquest ha estat el factor que, en moltes ocasions, l'ha portat a decantar-se per validar o no una sanció a la restricció de la llibertat d'expressió. Dins l'element “context”, inclou una anàlisi àmplia de la situació: el moment polític en el qual es divulga el missatge, la capacitat del col·lectiu atacat de contrarestar el missatge o el fet que existeixi una tendència prèvia a discriminar-lo.

10.2. Vies d'avaluació dels límits a la llibertat d'expressió

El TEDH resol les demandes d'empara per vulneració del dret a la llibertat d'expressió en relació a les sancions imposades pels tribunals nacionals per dues vies: la de l'Article 17 i la de l'Article 10.2 del CEDH.

La via de l'Article 17 del CEDH: inadmissió a tràmit

Aquesta via excepcional, anomenada per alguns autors com d' “efecte guillotina”, es tradueix en el fet que el TEDH rebutja d'entrada “en la instància” la demanda d'empara i no entra a debatre el fons de l'assumpte. El Tribunal inadmet a tràmit la demanda d'acord amb la justificació de la prohibició de l'abús de dret contemplada en l'Article 17 CEDH. El Tribunal utilitza aquesta via quan considera que la demanda d'empara és abusiva, ja que pretén que es doni cobertura a un atac a altres drets protegits pel Conveni, com podrien ser el dret a la igualtat o a la dignitat, basant-se en el dret a la llibertat d'expressió. Aquesta via eximeix al Tribunal d'analitzar el fons, ponderar els drets en joc i justificar la validesa o no de la restricció i de la sanció imposades. Aquesta via expedita no és habitual i es reserva per a casos molt clars, en els quals les expressions emeses promouen clarament la discriminació o inciten a la violència. Moltes de les inadmissions a tràmit per aquesta via tenen a veure amb discursos considerats antisemites.

Com a exemple d'aquesta via, es pot citar l'assumpte [Norwood c. Regne Unit](#), de 16/11/2004, en el qual les autoritats nacionals van condemnar al responsable local del Partit Nacional Britànic per “discurs d'incitació a l'odi” a una multa, pel fet d'haver penjat una pancarta de 60 x 30 cm amb la fotografia de les torres bessones en flames en i en la qual es llegia “*Fora l'Islam! Protegim el poble britànic*”.

Un altre cas polèmic va ser l'assumpte [M'Bala M'Bala c. França](#), de 20/10/15, en el qual un polèmic candidat electe va realitzar una obra de teatre satírica al final de la qual es convidava a un jove conegut per haver estat condemnat en diverses ocasions per negacionisme. L'actor, vestit amb l'uniforme dels presos als camps de concentració nazis, lliurava a aquest jove un premi a la “indefectibilitat” que consistia en un canelobre. M'Bala va ser condemnat a una multa per “discurs d'incitació a l'odi”. El TEDH va entendre que l'obra va perdre el seu caràcter satíric per esdevenir un acte de propaganda antisemita i un enviliment de les víctimes de l'Holocaust.

En l'assumpte de [Pável Ivanov c. Rússia](#), de 20/2/17, el propietari i editor d'un diari va ser condemnat per incitar a l'odi ètnic, racial i religiós a través dels mitjans de comunicació per haver publicat una sèrie d'articles en els quals qualificava als jueus com la font de tots els mals de Rússia i en demanava l'exclusió de la vida social.

La via de l'Article 10.2 del CEDH: ponderació de drets

Aquesta via es tradueix en el fet que el TEDH entra a analitzar el fons de l'assumpte, pondera els drets en col·lisió, argumenta la seva postura sobre el cas concret i dictamina si dona o no

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

cobertura al missatge polèmic i a la sanció amb què les autoritats nacionals l'hagin castigat. Les sentències del TEDH, com també succeeix amb la regulació i les recomanacions internacionals, reflecteixen les dues grans postures existents respecte a la legitimitat de la sanció del “discurs d'incitació a l'odi”: la penalització es justifica pel contingut del missatge en sí, amb independència dels efectes que pugui generar, o bé és legítima si el contingut del missatge té el risc potencial de desencadenar hostilitat, discriminació o fins i tot violència?

La sentència més representativa d'aquesta tensió interna és la de l'assumpte [Féret c. Bèlgica](#), de 16/7/09, en la qual es va denegar l'empara, però sense unanimitat en el sí del Tribunal. En aquest cas, el líder polític del Front Nacional Belga va repartir fullets en contra de la “islamització de Bèlgica”, a favor d'aplicar el principi de “preferència nacional” i d'interrompre la política de “pseudointegració” estatal, amb mesures com l'expulsió de les persones a l'atur d'origen extracomunitari, entre altres. El Tribunal es va veure confrontat a dos dels seus criteris bàsics: d'una banda, la protecció incrementada de l'acció comunicativa política i, de l'altra, la capacitat d'influència d'aquests missatges a causa de l'estatus de l'emissor i al context electoral. En aquesta sentència, el Tribunal justifica de manera explícita la legitimitat de la penalització del contingut del missatge amb independència dels efectes potencials derivats d'aquest. Aquest posicionament contrasta amb la postura adoptada en moltes altres sentències, en les quals el Tribunal ha reclamat que es consideri el risc derivat dels efectes potencials del missatge, element que engloba dins l'anàlisi del context.

En l'assumpte [Vejdeland c. Suècia](#), de 9/2/12, el TEDH va denegar l'empara en un cas de repartiment en un institut per part de membres d'un sindicat d'estudiants d'un fulletó en el qual s'atribuïa als homosexuals la pandèmia del VIH i ser l'origen de la destrucció moral del país, entre d'altres. El Tribunal va entendre que el públic receptor era especialment sensible per la seva joventut i que aquestes afirmacions denigraven un col·lectiu especialment vulnerabilitzat.

En l'assumpte [Perinçek c. Suïssa](#), de 15/10/15, el TEDH va atorgar l'empara. El polític turc resident a Suïssa, en una entrevista, va negar les deportacions i les massacres dels armenis del 1915. Tot i que el Tribunal va entendre que les seves intencions eren racistes, va considerar que aquest missatge no assolía un grau de denigració de les víctimes i de la comunitat armènia que justificués una condemna. En aquest cas, el context receptor va ser determinant. El Tribunal va entendre que era improbable que la societat suïssa reaccionés de manera significativa a la recepció d'aquest missatge.

10.3. El criteri del TEDH respecte de les sancions

Un cop analitzat si el missatge mereix cobertura en el dret a la llibertat d'expressió, el Tribunal realitza una anàlisi de la proporcionalitat de les sancions imposades. En delictes d'expressió, que inclouen però no es limiten al “discurs d'incitació a l'odi”, el repàs de [les sentències del TEDH ens permet de traçar uns criteris generals](#). El Tribunal s'inclina poc per les condemnes de presó, si bé no nega que puguin justificar-se en casos molt extrems i excepcionals.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

- Les autoritats han d'optar per la sanció menys onerosa (*Mouvement Raelien c. Suïssa*).
- La severitat de la pena forma part de l'anàlisi global de proporcionalitat (*Maurice c. França*).
- El temor a una condemna de presó bastarà per a generar un efecte dissuasiu en la premsa (*Fatullayev c. Azerbaidjan*).
- La condemna a presó, encara que es deixi en suspens, pot generar un efecte inhibitor (*Belpietro c. Itàlia*).
- Les multes, encara que siguin d'un import moderat, en determinats casos poden no generar un efecte suficient de prevenció del delictes (*Morice c. França*).

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

10.4. Supòsits especials

a. Blasfèmia

Una de les referències clau en matèria de blasfèmia és la [Recomanació 1805 \(2007\)](#) de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, sobre blasfèmia, insults religiosos i discursos de l'odi contra persones per raó de la seva religió, de 27/6/07, que aposta per les sancions penals.

En posicions contràries, el Relator sobre llibertat d'expressió de les Nacions Unides, en el seu [Informe de 7/9/12](#), es posiciona en contra de les lleis sobre la blasfèmia. Subratlla que les normes internacionals dels drets humans protegeixen a les persones i no a les religions o les institucions religioses. El dret a la llibertat de religió o de creença no inclou el dret a tenir una religió o creença que estigui exempta de crítiques o de ridiculització.

Una sentència recent del TEDH que ha causat polèmica ha estat la de 25/10/18 en l'assumpte [E.S. c. Àustria](#). El TEDH va denegar l'empara a una mestra que en un seminari va insinuar les tendències pedòfiles de Mahoma. El Tribunal va considerar abusiu el comentari, però sobretot, va avalar la sanció dels tribunals nacionals pel risc que la divulgació del comentari pogués amenaçar la pau religiosa al país.

b. Sàtira

La sàtira obeeix a un registre de comunicació crítica, que busca precisament la provocació i l'impacte. El TEDH ha atorgat empara en cas de crítica satírica dirigida a polítics, com en l'assumpte [Alves de Silva c. Portugal](#) de 20/10/09, que va passejar un guinyol gegant ridiculitzant a un alcalde, o en l'assumpte [Eon c. França](#) de 14/3/13, en el qual un agricultor va rebutjar la salutació de Sarkozy i li va etzibar en públic una expressió anàloga a “*fot el camp capullo*”. Ara bé, quan la sàtira afecta a col·lectius vulnerabilitzats, el criteri és més restrictiu. En l'assumpte [Leroy c. França](#), de

2/10/08, el TEDH va denegar l'empara. Es tractava d'un còmic divulgat just després de l'atac a les torres bessones, en el qual apareixien les dues torres en flames amb la inscripció “Tots ho hem somniat... però Hamas ho ha fet”, lema que parodiava un anunci publicitari.

Per part seva, l'ECRI, en la seva [Recomanació número 15](#), exclou de la definició del “discurs d'incitació a l'odi” les formes d'expressió com la sàtira, que simplement ofenen, fereixen o molesten. No obstant això, també recorda que el “discurs d'incitació a l'odi” pot resultar de l'insult, la ridiculització o la difamació irresponsable contra determinats grups de població.

C. Discurs polític

La UNESCO, en el seu [informe](#) de 2015 sobre odi a Internet, parteix de la reflexió que les societats progressen a base de contestació i dissens. Els discursos que fereixen també poden provenir de la tensió sorgida de les desigualtats socials. No s'ha de perdre de vista que el Dret, i la seva aplicació, tendeixen a protegir els interessos i els valors dels grups dominants. L'ús de les mesures per a combatre el “discurs d'incitació a l'odi” per a fer callar dissidències polítiques o religioses ha preocupat de forma creixent a les institucions internacionals. El Consell de Drets Humans de les Nacions Unides, en la seva [Resolució 12/16](#) de 2/10/09, recordava que no haurien d'imposar-se restriccions al debat polític, a la discussió sobre les polítiques del govern, a la informació sobre els drets humans, sobre la corrupció governamental, a la participació en campanyes electorals, en manifestacions pacífiques o en activitats polítiques en pro de la pau i la democràcia, així com l'expressió d'opinions, discrepàncies, idees religioses o creences, per part dels membres de minories o de grups vulnerabilitzats.

En l'àmbit europeu, l'OSCE, en la seva [Decisió 633](#) de l'11/11/04 sobre tolerància, mitjans i llibertat a Internet, es compromet a alertar sobre els casos en què s'utilitzi la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi” de manera discriminatòria o selectiva, amb finalitats polítiques, de manera que impedeixin l'expressió d'opinions alternatives.

Per part seva, l'ECRI, en la seva [Recomanació número 15](#), exposa consideracions similars. També la Comissió de Venècia del Consell d'Europa ha reclamat que la legislació contra l'odi no tingui l'efecte d'emmordassar l'oposició i les veus dissidents, silenciar les minories i enfortir els discursos dominants.

El TEDH s'ha posicionat respecte de la crítica política en diverses sentències rellevants, en les quals ha donat cobertura a missatges crítics incisius. En l'assumpte [Sürek c. Turquia](#), de 8/7/99, va establir que els límits permissibles a la crítica són més amples respecte del govern i dels seus representants. En un sistema democràtic, les accions i omissions governamentals han de ser supervisades atentament pel poder legislatiu, judicial i també per la ciutadania. La posició dominant que ostenta el govern i els seus representants s'hauria de traduir en la seva contenció en l'ús de la via penal per a defensar-se de les crítiques que reben. **L'expressió política i militant permet un llenguatge mordaç i virulent cap als responsables polítics.** Sobre aquest darrer particular, cal citar **dues sentències recents rellevants:**

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

- 1) En l'assumpte [Mariya Alekhina c. Rússia \(Pussy Riot\)](#), de 17/7/18, el TEDH atorga empara a unes activistes que havien estat condemnades per incitació a l'odi religiós per haver realitzat una performance musical a l'interior d'una catedral. El Tribunal conclou que es tractava d'una acció de protesta o de crítica política al suport de l'Església ortodoxa a Putin, amb cobertura en la llibertat d'expressió.
- 2) En l'assumpte [Savva Terentyev c. Rússia](#), de 28/8/18, atorga empara a un jove que va divulgar uns comentaris crítics contra els cossos policials per una entrada i registre realitzats en un diari simpatitzant de l'oposició. Tot i que el jove va manifestar que s'hauria de cremar els agents policials corruptes en fogueres, el Tribunal va al·legar l'escassa divulgació del missatge, així com el fet que es tractava d'una crítica mordaç, que col·laborava al debat públic sobre l'actuació dels cossos policials.

En ambdues sentències, la rellevància del debat va fer que associacions com ARTICLE 19 actuessin com *amicus curiae*, realitzant aportacions al debat. Per primera vegada, el TEDH va incloure en l'examen de la proporcionalitat de la ingerència en la llibertat d'expressió l'avaluació de la claredat i previsibilitat de les lleis nacionals que prohibien “l'extremisme” en base a les quals el jove havia estat condemnat. Per atorgar l'empara, el Tribunal també va tenir en compte la manca de garanties democràtiques a Rússia.

Una última sentència rellevant és la de l'assumpte [Toranzo Gómez c. Espanya](#) de 20/11/18, en què s'atorga empara a un activista prohabitatge condemnat per calúmnies contra cossos policials. El jove, en una roda de premsa posterior a una acció de resistència davant d'un desallotjament, va acusar la policia i als bombers d'haver-li causat tortura psicològica i física. La sentència del TEDH recorda que en matèria d'expressió política i de debat sobre qüestions d'interès públic, els Estats tenen molt poc marge de maniobra per la restricció. En l'anàlisi del context, el Tribunal indica que el terme “tortura” havia estat utilitzat de forma col·loquial, amb l'objectiu de denunciar els mètodes policials. El Tribunal va considerar desproporcionada la sanció, en la mesura que, a més d'haver d'indemnitzar als agents policials, se li va posar una multa. En cas d'impagament de la multa, el jove podria anar a la presó. Aquesta sanció podria provocar un “efecte paralitzant”, que podria dissuadir de criticar els cossos policials. Restringir el dret del jove a criticar l'actuació dels poder públics, imposant-li l'obligació de respectar la definició legal de tortura, suposava una important càrrega per l'activista i pel ciutadà mitjà. La ingerència no era “*necessària en una societat democràtica*”.

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

XI

La prohibició del “discurs d'incitació a l'odi” a l'Estat espanyol

11.1. Contextualització: els dos models legislatius

Per a facilitar i contextualitzar l'anàlisi de l'evolució de la regulació i de la jurisprudència a la nostra realitat judicial, convé aportar algunes consideracions sobre les diferents possibilitats de regulació de la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”. La [“Legislació sobre els delictes d'odi, Guia Pràctica”](#), elaborada per l'Oficina per les Institucions Democràtiques i els Drets Humans (ODHIR) de l'OSCE el 2009, ofereix una sèrie de pautes per ajudar els Estats a posar en pràctica el seu compromís de lluitar contra els delictes d'odi. La guia indica que aquests delictes es caracteritzen i distingeixen de la resta per ser actes violents motivats per la intolerància i els prejudicis. La guia qüestiona la idoneïtat del terme “odi” i opta pel de “prejudici”. La OSCE entén que un prejudici és la *“opinió o actitud prefigurativa negativa cap a una o diverses persones basada en la seva identificació real o suposada amb un grup especialment protegit”*. La base de la motivació dels delictes d'odi seria un prejudici discriminatori que assumeix com a cert un estereotip.

Un primer consell pràctic rellevant és que els Estats redactin la seva legislació havent avaluat quines seran les conseqüències pràctiques de cadascuna de les opcions legislatives. Aquestes haurien de tenir en consideració el context social particular, així com la tradició legislativa nacional en la qual s'emmarcaran. Com més sorgeixi la legislació d'un debat públic previ, més eficaç serà i més coneixement general es tindrà sobre el seu contingut. La redacció de legislació obliga a prendre decisions legislatives, però també polítiques. La guia sintetitza les següents qüestions polítiques a determinar: és més efectiu agreujar les penes dels delictes genèrics existents o crear nous delictes substantius? Quines característiques protegides han de ser incloses en la legislació? Com ha de definir-se la motivació que guia la comissió del delicte? Com s'han d'abordar els casos de discriminació per associació, filiació o errors en la percepció? Quines proves són necessàries i quanta motivació es requereix, per tal que es reconegui com a delicte d'odi?

Sense pretendre entrar a abordar cadascun d'aquests debats de forma extensa, sí que podem centrar-nos en algun d'ells, com el de l'elecció d'un dels models legislatius existents: el de l'“hos-

tilitat”, que posa al centre la motivació o mòbil de l'autor, i el de la “selecció discriminatòria”, que posa en el centre la vinculació entre les característiques protegides i la conducta de l'infractor. La guia de la OSCE subratlla els avantatges del segon model, que no exigeix la difícil prova del mòbil de l'autor i està més enfocada al dany que pretén prevenir la legislació sobre delictes d'odi. L'impacte que es causa en la víctima i la seva comunitat no depenen de la motivació concreta de l'autor.

Un altre debat central és el de la decisió sobre quines categories incloure. La guia parteix de la premissa que els delictes d'odi són delictes contra la identitat. Per aquest motiu, les característiques de les víctimes hauran de ser immutables o, almenys, fonamentals. Aquestes seran les que generin l'existència d'una comunitat o grup, així com la pertinença al mateix. També seran les que motivin l'atac. Com més ample sigui el “llistat”, més risc hi haurà de desnaturalitzar i qüestionar la legislació i de fer-ne un mal ús. La guia també té en compte qüestions pràctiques, com la dificultat d'investigar i provar l'existència de determinades característiques.

La guia suggereix que es decideixi quines categories incloure partint de l'existència d'una opressió històrica, dels problemes socials contemporanis i de la recurrència de determinats tipus de delicte. L'existència de “llistats oberts” pot ser difícil de conciliar amb l'exigència de seguretat i previsibilitat de la Llei. La guia realitza una comparativa i recull un elenc de característiques comunament protegides, com són la “raça” o la “religió”, altres freqüentment protegides com el gènere i altres rarament protegides, com la ideologia.

Una altra de les decisions determinants que han de prendre els Estats és la de la regulació de la comissió de delictes d'odi per associació, com en el cas de parelles mixtes, i el de la comissió per error, quan l'autor actua convençut que la persona atacada presenta una característica que en realitat no té. La guia esmenta la solució d'algunes legislacions d'incorporar la referència a la “pertinença, real o suposada”. Una altra consideració rellevant és la de la interseccionalitat o la possibilitat de motivacions discriminatòries múltiples i interrelacionades. Algunes legislacions, conscients d'aquesta possibilitat, incorporen clàusules de l'estil “motivats en la seva totalitat o en part pel prejudici”.

A l'Estat espanyol, una reflexió similar sobre les opcions de regulació de la penalització del discurs d'incitació a l'odi es troba a l'estudi encarregat per la Comissió de Seguiment del Conveni de col·laboració i cooperació interinstitucional contra el racisme, la xenofòbia i altres formes d'intolerància, titulat “[Informe de delimitació conceptual en matèria de delictes d'odi](#)”, del 14/3/18, elaborat pel professor de dret penal Juan Alberto Díaz López. L'estudi sintetitza el debat sobre si la justificació de l'increment de les penes respon a la motivació de l'acció o bé a les seves repercussions qualificades. L'estudi cita els dos models legislatius referits per l'OSCE en la seva guia i analitza les conseqüències derivades de cadascun.

L’*“animus model”* se centra en castigar la motivació discriminatòria respecte de categories universals, sense distingir quina. En aquest model, l'agressió a una persona per raó del color de la seva pell, serà penalitzada de manera incrementada, sense importar quin és el color de la pell. Es tracta d'una òptica que protegeix i es fonamenta en el dret a la igualtat i la pro-

hibició de la discriminació, ampliant l'aplicació de la legislació contra els delictes d'odi a les “majories”. En l'altre extrem, el “*discriminatory model*” se centra en les característiques identitàries de la víctima, i només protegeix a qui presenti aquelles característiques protegides, que seran justificades per raó de la seva discriminació històrica. Les conseqüències pràctiques d'optar per un model o un altre són majúscules. La seva elecció condicionarà la justificació de la punició, els elements que hauran de ser provats en els processos sancionadors i fins i tot el tipus de víctimes que seran protegides. L'estudi realitza un repàs de l'evolució del concepte de delicte d'odi a Europa, incloent-hi el “discurs d'incitació a l'odi”, per afirmar que el seu element determinant és el de la motivació discriminatòria. En el cas de la legislació estatal, conclou que es tracta d'un “model mixt”, en el qual l'eix central de les infraccions serà la motivació, però afegint un catàleg definit de característiques que legitimen aquesta tutela específica del dret penal.

Un altre dels elements centrals del debat és el de la naturalesa del delicte d'odi, en concret de l'Article 510.1 del Codi Penal (CP), en el qual es contempla la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”. Aquest debat, si bé és eminentment de tècnica jurídica, d'anàlisi sobre quins béns jurídics busquen protegir aquests delictes, comporta un judici de valor. La determinació de la seva naturalesa passa per un debat previ de fons sobre quina és la raó de ser d'aquests delictes i, sobretot, quin sacrifici per altres drets estem disposats a assumir a l'hora de castigar-los. Aquest debat tindrà conseqüències pràctiques sobre els criteris interpretatius del delicte.

Un document útil per situar-se en aquestes disjuntives elaborat per Manuel Jesús Dolz Lago, ex-Fiscal del Tribunal Suprem, és “*Los delitos de odio en el Código Penal tras la modificación operada por la L.O 1/2015, breve referencia a su relación con el artículo 173 CP*”. Per a dilucidar quin és el bé jurídic protegit per aquest delicte, el Fiscal refereix que la ubicació de l'Article 510 en el capítol del Codi Penal sobre delictes contra la Constitució espanyola (CE), ens indica que pretén protegir el correcte exercici dels drets fonamentals a la llibertat d'expressió, manifestació i associació. Aquests drets es reconeixen i protegeixen perquè són la plasmació pràctica dels valors superiors de l'ordenament jurídic, que venen nomenats en l'Article 1 CE, com la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític.

Per a sostenir aquesta delimitació del bé jurídic protegit, afegeix dos arguments per: 1) l'obligació continguda en l'Article 9.2 CE, segons el qual la llibertat i la igualtat de l'individu han de ser reals i efectives, el que comporta un deure proactiu de l'Estat de promoure les condicions per a assolir-les. D'aquí que el principi d'efectivitat obligui a la penalització de les conductes més greument antidemocràtiques; 2) la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la Llei i als drets dels altres, són el fonament de l'ordre polític i de la pau social, com afirma l'Article 10.1 CE.

En un Estat social i democràtic de dret és obligat penalitzar les conductes que destrueixin el fonament del seu ordre polític i de la pau social. Amb això, clou que el bé jurídic protegit no és només la no discriminació o la protecció de la igualtat, o millor dit, de la diferència, sinó els mateixos valors superiors de l'ordre polític i social. L'ordre social democràtic és el bé jurídic protegit.

Respecte a l'anàlisi de la naturalesa del delictes, l'estudi repassa els denominats delictes de perill. Existeixen els delictes de perill concret que, per a la seva penalització, requereixen la creació d'un perill de lesió concret i immediat. I existeixen els delictes de perill abstracte que, per la seva penalització, requereixen tan sols una perillositat potencial abstracta. La majoria de juristes emèrits que influencien l'evolució del Dret mitjançant el seu estudi, l'anomenada doctrina, entén que l'Article 510.1 del Codi Penal és un delictes de perill abstracte, que es projecta sobre un bé jurídic col·lectiu, de dimensió individual o de grup. Com més abstracte és el perjudici que genera una conducta, més difícil és justificar el seu càstig. Per a castigar-la, s'ha de poder identificar un efecte nociu causat per la conducta, que sigui tangible o almenys potencial. Per això, el repte dels delictes de perill abstracte rau en la seva compatibilitat amb el principi de lesivitat. Aquesta lesivitat o antijuridicitat material necessita un desvalor del resultat –sigui de lesió o de posada en perill– juntament amb el desvalor de la conducta. L'Article 510.1 CP, per a activar el càstig de les conductes que preveu, entre elles el del “discurs d'incitació a l'odi”, no requereix que es causi una lesió efectiva al principi d'igualtat i de dignitat. N'hi ha prou amb la seva posada en perill, mitjançant el foment, la promoció o la incitació a l'odi, l'hostilitat, la discriminació o la violència. La intervenció del dret penal s'avança no només al càstig d'un acte preparatori, sinó a una fase prèvia al desenvolupament del recorregut de consumació del delictes o *iter criminis*.

Aquesta anticipació tan extrema de les barreres d'intervenció del dret penal, castigant fases fins i tot prèvies als actes preparatoris, ha motivat crítiques radicals a l'Article 510.1 del CP per part d'alguns sectors doctrinals. Per a rebatre-les, el Fiscal defensa que s'ha d'assumir el càstig de conductes humanes perilloses per l'ordre democràtic, per molt que això suposi avançar la barrera punitiva a fases que per altres delictes de lesió serien inadmissibles, i considerar autoria directa el que, en altres delictes de lesió, seria considerat autoria per inducció. El que en un delictes de lesió es consideraria un acte preparatori impune o, com a molt, una temptativa de comissió de delictes, aquí serà considerat com una consumació anticipada.

El Fiscal conclou afirmant que *“La perillositat d'aquestes conductes s'ha d'avaluar ex ante, sense que s'exigeixi un resultat posterior, sense que sigui necessari acreditar la perillositat ex post. I ho és ex ante, per experiència històrica, més que per altres consideracions (...). D'aquí que aquestes conductes estiguin tan pròximes al bé jurídic protegit, que si volem ser efectius en la seva protecció ex Art.9 CE, no podem sancionar-les com a mers actes preparatoris ex Art. 18 CE, ni com a delictes la naturalesa dels quals exigeixi la prova de la lesió material del bé jurídic, sinó només la seva posada en perill potencial, ja que aquesta aptitud és suficient per a satisfer l'antijuridicitat material de l'acció i respectuosa amb el principi d'ofensivitat, que en justifica fet i fet la tipificació penal”*.

Per part seva, el Fiscal de delictes d'odi i discriminació de l'Audiència Provincial de Barcelona, Miguel Ángel Aguilar, en el seu [“Manual pràctic per la investigació i enjudiciament dels delictes d'odi i discriminació”](#), de 8/1/11, discrepa de l'anterior catalogació de la naturalesa del delictes de l'Article 510.1 CP i refereix: *“La llei pretén castigar la provocació a la discriminació, la violència i l'odi discriminator, no la provocació a la comissió de delictes de discriminació, amb violència o odi. D'acord amb aquesta tesi, el delictes d'incitació a l'odi de l'Art. 510 CP no seria un delictes de perill abstracte contra béns jurídics individuals (el dret a la igualtat, no discriminació i dignitat de subjectes concrets), sinó un de lesió d'un bé jurídic mixt individual-col·lectiu: el dret fonamental a la igualtat i la protecció de determinades minories vulnerables davant d'actuacions idònies per a iniciar processos agressius i d'hostilitat contra aquelles”*.

11.2. Límits a la llibertat d'expressió en la normativa estatal

Pel que fa als drets fonamentals, l'Article 20.1 de la [Constitució espanyola](#) regula el reconeixement i la protecció del dret a) a expressar i difondre lliurement els pensaments, idees i opinions mitjançant la paraula, l'escrit o qualsevol altre mitjà de reproducció; b) a la producció i creació literària, artística, científica i tècnica; c) a la llibertat de càtedra; i d) a comunicar i rebre informació veraç per qualsevol mitjà de difusió. El seu apartat 20.2 estableix que l'exercici d'aquests drets no es pot restringir mitjançant cap mena de censura prèvia. El seu apartat 4 indica que aquestes llibertats tenen el seu límit en el respecte dels drets reconeguts en aquest Títol, en els preceptes de les lleis que els desenvolupin i, especialment, en el dret a l'honor, la intimitat, a la pròpia imatge i a la protecció de la joventut i de la infància. Finalment, el seu apartat 5 preveu que només podrà acordar-se el segrest de publicacions, gravacions i altres mitjans d'informació en virtut de resolució judicial.

El Tribunal Constitucional (TC) ha interpretat la llibertat d'expressió, fent seus els plantejaments del TEDH. En la seva [sentència 174/2006](#) de 5 de juny, expressa que “*el dret a la llibertat d'expressió té per objectiu la lliure expressió de pensaments, idees i opinions, concepte ampli dins el qual s'han d'incloure les creences i judicis de valor. Segons hem dit amb reiteració, aquest dret comprèn la crítica de la conducta d'un altre, inclús quan sigui aspra i pugui molestar, inquietar o disgustar a qui es dirigeix, ja que “així ho requereixen el pluralisme, la tolerància i l'esperit d'obertura, sense els quals no existeix una ‘societat democràtica’ (...). Això vol dir que de la protecció constitucional que brinda l'art. 20.1 a) CE estan excloses les expressions absolutament vexatòries, és a dir, les que, en les concretes circumstàncies del cas i al marge de la seva veracitat o falsedat, siguin ofensives o oprobioses i resultin impertinents per expressar les opinions de què es tracti*”.

En relació als possibles efectes adversos provocats per la restricció a la llibertat d'expressió mitjançant el dret penal, s'han de citar dues sentències rellevants del Tribunal Constitucional:

- La [STC 136/1999](#), de 20 de juliol, va atorgar empara als membres de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, condemnats per col·laboració amb banda armada, per cedir el seu espai electoral a missatges d'ETA. Per primera vegada, el TC va al·ludir explícitament al “*chilling effect*” o efecte dissuasiu derivat de la sanció dels delictes que afecta l'exercici de drets fonamentals. El Tribunal al·ludeix al fet que “*una reacció penal excessiva front a aquest exercici il·lícit d'aquelles activitats, pot produir efectes dissuasius o de desànim sobre l'exercici legítim dels drets referits, ja que els seus titulars, sobretot si els límits penals estan imprecisament establerts, poden no exercir-los lliurement pel temor que qualsevol extralimitació sigui severament sancionada. Com comprovarem immediatament, l'exigència de proporcionalitat de la reacció penal, inclús respecte de l'exercici il·lícit de les llibertats d'expressió i informació, ha estat declarada no només per aquest Tribunal (per totes, STC 85/1992), sinó també pel Tribunal Europeu de Drets Humans (per totes, sentència del TEDH Tolstoy Miloslavsky, de 13 de juliol de 1995)*”.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

– La posterior **STC 110/2000**, de 5 de maig, va analitzar de nou l'efecte dissuasiu derivat de l'aplicació del dret penal, quan la comissió del delictes s'entrecrua amb l'exercici de drets fonamentals. *“La dimensió objectiva dels drets fonamentals, el seu caràcter d'elements essencials de l'ordenament jurídic, permet d'afirmar que no n'hi ha prou amb constatar que la conducta sancionada sobrepassa les fronteres de l'expressió constitucionalment protegida, sinó que s'ha de garantir que la reacció davant aquesta extralimitació no pugui produir ‘per la seva severitat, un sacrifici innecessari o desproporcionat de la llibertat de què priven, o un efecte... dissuasiu o de desànim per l'exercici dels drets fonamentals implicats en la conducta sancionada’ (...). Com ha assenyalat la nostra jurisprudència, la interpretació dels tipus penals en els quals es veu implicat l'exercici de la llibertat d'expressió imposa ‘la necessitat que ... es deixi un ample espai, és a dir, un àmbit exempt de coacció, suficientment generós com perquè pugui desenvolupar-se sense estretors, sense timidesa i sense temor. D'aquí que no dissuadir la diligent i, per això, legítima, transmissió d'informació, constitueixi un límit constitucional essencial que l'art.20 CE imposa a l'activitat legislativa i judicial.”*

La imposició de límits a la llibertat d'expressió, en atenció al respecte dels drets de tercers, s'ha plasmat en l'establiment de prohibicions tant en legislació penal, com en la civil i l'administrativa. Respecte d'aquesta última, ens remetem a les previsions de la Llei de Serveis de la Societat de la Informació (LSSI), referida en l'apartat 7.2, així com a la regulació d'infraccions administratives que s'abordarà en l'apartat XV. Quant a la jurisdicció civil, existeix la [Llei Orgànica 1/1982](#), de 5 de maig, sobre protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, que regula el que s'ha de considerar una intromissió il·legítima a la privacitat, un atac a la reputació o l'ús indegut de la pròpia imatge per part de tercers. A més de la legitimitat o no d'aquestes afectacions, les resolucions dels tribunals civils decidiran sobre la compensació econòmica per danys i perjudicis derivats d'aquesta afectació. La seva òptica, doncs, no està enfocada a la protecció de la dignitat des d'un prisma de tutela de la no discriminació.

En la jurisdicció penal, diversos articles imposen límits a la llibertat d'expressió. Existeixen els Articles 205 i 208 sobre calúmnies i injúries, que també parteixen d'un enfocament de reputació, l'Article 525 sobre el delictes contra els sentiments religiosos, l'Article 490.3 sobre el delictes d'injúries a la Corona, l'Article 169 sobre amenaces i l'Article 170.1 sobre amenaces col·lectives, dirigides a una població, grup ètnic, cultural o religiós, o col·lectiu social o professional, o a qualsevol altre grup de persones.

En l'àmbit de la tutela penal de la no discriminació, no existeix un compendi agrupat de delictes d'odi, sinó que existeix un agreujant genèric (Art. 22.4 CP) aplicable a tots els delictes del Codi Penal, que es tradueix en l'increment de la pena. I existeix una sèrie de delictes disseminats, com el de l'Article 173 CP contra la integritat moral, el de l'Article 314 CP de discriminació laboral, el de l'Article 511 CP de denegació de prestacions públiques, el de l'Article 512 CP de denegació de prestació professional privada, el de l'Article 515.4 CP d'associació il·lícita, el de l'Article 522 a 525 CP contra la llibertat de consciència i els sentiments religiosos, l'Article 607 i 607 bis CD de genocidi.

Quant a l'àmbit del “discurs d'incitació a l'odi”, fins a la reforma del Codi Penal del 2015, existia l'Article 607.2 CP sobre negacionisme, que castigava “*la difusió per qualsevol mitjà d'idees o doctrines que neguin o justifiquin els delictes de genocidi o pretenguin la rehabilitació de règims o institucions que emparen pràctiques generadores d'aquests, amb una pena d'un a dos anys de presó*”. També va haver-hi l'Article 510 del Codi Penal, que en la seva redacció anterior a la reforma de 2015, en el seu apartat 1, establia que “*Els que provoquin a la discriminació, a l'odi o a la violència contra grups o associacions, per motius racistes, antisemites o altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa, seran castigats amb la pena de presó d'un a tres anys i multa de sis a dotze mesos*”. El seu apartat 2 indicava que “*Seran castigats amb la mateixa pena els qui, amb coneixement de la seva falsedat o temerari menyspreu cap a la veritat, difonguin informacions injurioses sobre grups o associacions en relació amb la seva ideologia, religió o creences, la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa*”.

11.3. Precedents jurisprudencials històrics sobre “discurs d'incitació a l'odi”

La [sentència del Tribunal Constitucional \(TC\) 214/1991](#), de l'11 de novembre, assumpte Violeta Friedman, tot i ser una sentència de tutela dels drets honorífics de la jurisdicció civil, ha estat considerada la primera sentència sobre “discurs d'incitació a l'odi”. En l'ocasió de l'entrevista realitzada a León Degrell, antic cap de les Waffen S.S a la revista Tiempo, l'entrevistat va expressar un conjunt d'idees que varen portar a la senyora Friedman a posar-li una demanda. El Constitucional va valorar que es tractava d'afirmacions amb connotacions racistes i antisemites, que només podia interpretar com a incitació antijueva, amb independència de qualsevol judici d'opinió sobre l'existència de fets històrics. Constituïen un atemptat contra l'honor de la demandant i de totes aquelles persones que, com ella i la seva família, havien estat internats en camps de concentració nazis, donat que “*el judici que es fa sobre els fets històrics (...) comporta imputacions efectuades en descrèdit i menyspreu de les pròpies víctimes, és a dir, les integrants del poble jueu que van patir els horrors del nacional-socialisme i, dins aquest grup, l'habitual avui raó per la qual excedeixen l'àmbit en què s'ha d'entendre prevalent el dret a expressar lliurement pensaments, idees i opinions consagrades en l'art. 20.1 CE*”.

Amb posterioritat al dictat d'aquesta sentència, tal com recull el [mapatge de Crims](#) del Grup d'Investigació sobre Crims d'Odi, el 6/10/91, uns neonazis van assassinar la dona transgènere Sonia Rescalvo a Barcelona i el 13/11/92, un atac similar a Madrid va posar fi a la vida de la Lucrecia Pérez, una dona migrada dominicana. Aquest va ser el primer crim d'odi reconegut com a tal.

Un altre precedent rellevant va ser el de la [sentència del Tribunal Constitucional 176/1995](#), de l'11 de desembre, assumpte Makoki S.A. Diverses entitats van formular una querella contra el director i editor de la referida editorial, per delictes d'injúries greus i d'escarni de confessió religiosa, per la publicació del còmic “*Hitler=SS*”. El TC va al·legar que “*al resguard de la llibertat d'opinió hi cap qualsevol, per equivocada o perillosa que pugui semblar al lector, inclús les que ataquen el propi sistema democràtic. La Constitució –s'ha dit– protegeix també als qui la neguen*”. És a dir, la llibertat d'expressió

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

és vàlida no només per les informacions o les idees acollides amb favor o considerades inofensives o vistes amb indiferència, sinó també per aquelles que contrarien, xoquen o inquieten l'Estat o una part qualsevol de la població.

Tot i així, el Tribunal va avalar la constitucionalitat de la condemna, al·legant que *“L’apologia dels botxins, glorificant la seva imatge i justificant els seus fets, a costa de la humiliació de les seves víctimes, no té cabuda en la llibertat d’expressió com a valor fonamental del sistema democràtic que proclama la nostra Constitució. Un ús d’ella que negui la dignitat humana, nucli irreductible del dret a l’honor en els nostres dies, se situa per si mateix fora de la protecció constitucional. Un “còmic” com aquest, que converteix una tragèdia històrica en una farsa burlesca, ha de ser qualificat de libel, per buscar deliberadament i sense cap escrúpol el vilipèndi del poble jueu, menyspreant les seves qualitats per a aconseguir així de desmerèixer en la consideració aliena, element determinant de la infàmia o la deshonra. És clar, pel que s’ha dit, que l’Audiència Provincial de Barcelona va aplicar el tipus delictiu des de la perspectiva constitucional adequada”*.

Però sens dubte, la resolució que va marcar les bases de com els tribunals interpretarien el “discurs d'incitació a l'odi” va ser la [sentència del Tribunal Constitucional 235/2007](#), de 7 de novembre, assumpte Llibreria Europa. En aquesta ocasió, la Secció Tercera de l'Audiència de Barcelona, abans de dictar sentència, va formular davant del TC una consulta sobre la constitucionalitat del redactat de l'Article 607.2 del Codi Penal, de negació del genocidi. En la sentència del Ple del TC que resol la qüestió, el Tribunal va assentar una postura que ha transcendit fins avui. La reforma del Codi Penal de 2015 va adaptar el redactat d'aquest delictes al criteri interpretatiu d'aquesta sentència. El Tribunal no només va fixar una interpretació d'aquest delictes de compliment obligatori, sinó que va consolidar una postura general sobre els límits constitucionals de la punició del “discurs d'incitació a l'odi”. Va manifestar: *“Com se sap, en el nostre sistema –a diferència d’altres del nostre entorn– no té cabuda un model de “democràcia militant”, és a dir, un model en el qual s’imposi no ja el respecte, sinó l’adhesió positiva a l’ordenament i, en primer lloc, a la Constitució”*. Així, vetava el càstig de l'expressió de meres idees, per molt tòxiques que siguin.

En coherència amb aquesta postura política, per a avalar la punició d'aquest delictes de negacionisme, a més de la divulgació d'aquestes idees, va exigir un plus. En el seu Fonament Jurídic IX, va manifestar que *“L’especial perillositat de delictes tan odiosos i que posen en perill la pròpia essència de la nostra societat, com el genocidi, permet excepcionalment que el legislador penal, sense ruptura constitucional, castigui la justificació pública d’aquest delictes, sempre que aquesta justificació operi com a incitació indirecta a la seva comissió; és a dir, incriminant-se conductes que, tot i ser de forma indirecta, suposin una provocació al genocidi. Per això, el legislador pot, dins la seva llibertat de configuració, perseguir aquestes conductes, inclús fent-les mereixedores de retret penal sempre que no s’entengui inclosa en elles la mera adhesió ideològica a posicions polítiques de qualsevol tipus, que resultaria plenament emparada per l’art.16 CE i, en connexió, per l’art. 20 CE (...). Així succeeix, en primer lloc, quan la justificació de tan abominable delictes suposi un mode d’incitació indirecta a la seva perpetració. Succeirà també, en segon lloc, quan amb la conducta consistent en presentar com a just un delictes de genocidi es busqui alguna mena de provocació a l’odi cap a determinats grups definits mitjançant la referència al seu color, raça, religió o origen nacional o ètnic, de tal manera que representi un perill cert de generar un clima de violència i hostilitat que pugui concretar-se en actes específics de discriminació”*. La sentència va declarar inconstitucional la inclusió de l'expressió “neguin o” en el primer incís de l'Article 607.2 CP i va condicionar la constitucionalitat de la condemna per aquest delictes a aquests supòsits.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

Com podrà constatar-se en aquest i successius apartats, les sentències rellevants en matèria d'interpretació dels límits a la llibertat d'expressió en els casos de “discurs d'incitació a l'odi” han dictaminat una decisió majoritària que ha vingut acompanyada de vots discrepants de diversos magistrats, reflectint les pugnes conceptuals internes i debilitant l'autoritat jurídica i moral dels criteris interpretatius que contenen.

En aquesta transcendent sentència del Tribunal Constitucional sobre l'assumpte llibreria Europa, les discrepàncies dins el mateix Tribunal van motivar el dictat de diversos vots discrepants. Aquests reflecteixen les diferents concepcions sobre on ha de situar-se l'inici de la barrera punitiva, és a dir, l'inici de la intervenció del dret penal. Aquesta polèmica reflecteix la mateixa polèmica que ha sorgit al si dels organismes internacionals i del mateix TEDH: caldria penalitzar el discurs pel seu propi contingut, amb independència dels seus efectes potencials, o s'hauria de penalitzar el discurs tan sols quan se'n desprengui un potencial efecte nociu? Aquest debat ha seguit obert fins avui i s'ha reflectit en sentències dispars que han forjat una trajectòria jurisprudencial erràtica.

El vot particular del magistrat Roberto García-Calvo justificava la constitucionalitat del delictes de l'Article 607.2 CP sense necessitat de corregir la seva redacció. Al·legava la necessitat d'anar més enllà en la repressió de les conductes que puguin significar apologia o difusió i recordava que la seva redacció va ser aprovada sense oposició per part de cap força parlamentària. Es tractava d'un delictes de perill abstracte, sabent els ressorts psicològics i socials que aquests discursos podien estimular. Per part seva, el magistrat Jorge Rodríguez-Zapater, apuntant al criteri dels tribunals nord-americans, va referir que la difusió d'idees i doctrines representava un “perill present i clar”. Apel·lava a la proposta de Decisió Marc europea, que assentava les bases de la penalització del negacionisme, amb un plantejament conforme amb la llibertat d'expressió contemplada en el CEDH i amb un criteri menys restrictiu que el que pretenia assentar la sentència majoritària. El vot particular de Pascual Sala, per part seva, va entendre que la qüestió d'inconstitucionalitat s'hauria d'haver desestimat per innecessària, en la mesura que la redacció de l'Article 697.2 CP mai no va pretendre incriminar la mera negació fàctica dels delictes de genocidi, i ja incorporava l'element tendencial que ara la sentència majoritària afirmava d'afegir amb la seva nova interpretació.

XII

Recorregut de l'Article 510 del
Codi Penal, abans de la reforma
de 2015

12.1. Origen de l'Article 510 del Codi Penal

Per a contextualitzar i entendre millor l'evolució de l'Article 510 CP, és útil citar-ne l'origen. Fins a l'adopció de la Llei Orgànica 4/1995, de l'11 de maig, el legislador no havia modificat el Codi Penal de 1973, que fins llavors no incorporava la tipificació de l'apologia dels delictes de genocidi, la provocació i apologia de la discriminació i l'agreujant de racisme. Per a justificar aquesta incorporació, l'exposició de motius de la Llei esmentada assenyalava que *“La proliferació en diferents països d'Europa d'episodis de violència racista i antisemita que es perpetren sota les banderes i símbols d'ideologia nazi obliga als Estats democràtics a emprendre una acció decidida per lluitar contra ella. Això resulta encara més urgent quan es presencia la reaparició, en la guerra que assola l'antiga Iugoslàvia, de pràctiques genocides que els pobles europeus creien desterrades per sempre. Per desgràcia, Espanya no ha romàs aliena al despertar d'aquest fenomen, circumstància que s'agreuja pel fet que la legislació espanyola no contempla prou totes les manifestacions que aquest fenomen genera, manifestacions, no obstant això, contemplades a Tractats internacionals ratificats pel nostre país. Així, el Conveni de Nova York del 9 de desembre de 1948, per la prevenció i la sanció del delictes de genocidi, i el Conveni internacional sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació racial, de 21 de desembre de 1965”*.

El redactat de l'Article 510 CP que va estar vigent fins a la reforma de 2015, era:

“1. Els qui provoquin a la discriminació, a l'odi o a la violència contra grups o associacions, per motius racistes, antisemites o altres motius referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa, han de ser castigats amb la pena de presó d'un a tres anys i multa de sis a dotze mesos. 2. S'han de castigar amb la mateixa pena els qui, sabent-ne la falsedat o amb menyspreu temerari cap a la veritat, difonguin informacions injurioses sobre grups o associacions en relació amb la seva ideologia, religió o creences, la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa”.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

La reforma del Codi Penal operada per la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, va situar l'Article 510 en la seva ubicació actual, entre els delictes comesos en ocasió de l'exercici dels drets fonamentals. La reforma operada per la Llei Orgànica 5/2015, de 22 de juny, va introduir la menció a la "identitat sexual". I com es veurà en l'apartat XIII, la reforma del Codi Penal operada per la Llei Orgànica 1/2015, de 30 de març, ha reformulat amb caràcter integral el seu redactat, que és l'actual.

12.2. Polèmica sobre la interpretació del terme "provoquin" de l'Article 510 CP

L'ECRI, a l'[Informe sobre la seva quarta avaluació de l'Estat espanyol de 7/12/10](#), i davant les escasses condemes per l'Article 510 CP, va preguntar a l'Estat espanyol sobre la seva nul·la aplicació. L'ECRI refereix que la resposta de les autoritats estatals va ser que es tractava d'un delictes "molt poc freqüent". Entre les múltiples causes de les escasses condemes per aquest delictes es troba la reticència de gran part de la judicatura d'aplicar un delictes concebut com a "ideològic", juntament amb el desconeixement generalitzat dels estàndards i precedents internacionals sobre "discurs d'incitació a l'odi".

La ponència de la Magistrada Montserrat Comas d'Argemir titulada "[La regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del Artículo 510 del Código Penal, ante la libertad de expresión](#)", de 24/5/16, sintetitza les dues grans posicions des de les quals s'han anat abordant casos concrets de "discurs d'incitació a l'odi": el sector doctrinal que considerava injustificat haver avançat tant la barrera del dret penal, en detriment de la llibertat d'expressió, i el sector doctrinal que entenia que la seva penalització es justificava pel compliment de les obligacions internacionals i el mandat de protegir les minories.

Aquestes dues posicions "ideològiques" de fons probablement van influir en el principal debat tècnic que va decidir la doctrina i la judicatura. El debat consistia a determinar quina era la interpretació correcta del terme "provoquin" contingut en l'Article 510 CP. I això, tenint en compte que el Codi Penal, en el seu Article 18.1, ja conté una definició del terme "provocació" d'aplicació general a tots els delictes. La magistrada sintetitza en **tres les posicions enfrontades**:

- Un primer sector entenia que el terme "provocació" s'havia d'interpretar d'acord amb l'Article 18.1 del Codi Penal, que la defineix com una incitació directa i pública a la perpetració d'un delictes. La conseqüència pràctica d'adoptar aquesta interpretació era la d'avocar a la pràctica inaplicació de l'Article 510 CP, restringint-lo als casos en què el discurs provoqués a la incitació a un delictes de discriminació. Aquest criteri restrictiu va gaudir de molta acceptació i va determinar la majoria d'absolucions que es van dictar.
- Un segon sector era partidari d'un criteri restrictiu, però sustentat en la idea que la "provocació" no era al delictes, sinó a l'adopció d'actituds d'autèntica hostilitat.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

L'anomenada “avantsala de la violència” i, en sintonia amb els postulats nord-americans, només els discursos que generessin un perill real i imminent de detonació de fets discriminatoris o violents podrien ser sancionats.

- Un tercer sector, partidari d'un criteri no restrictiu, entenia que la voluntat del legislador era la de castigar tota difusió d'idees intolerants, perilloses per si mateixes, tractant-se d'un delictes de perill abstracte, que no necessitava la producció d'un resultat, ni tan sols d'una posada en perill concreta.

12.3. Precedents dictats abans de la reforma del Codi Penal de 2015

Aquestes posicions enfrontades davant la penalització del “discurs d'incitació a l'odi” i els seus criteris interpretatius són clarament perceptibles en les sentències dictades fins que s'han començat a dictar les primeres sentències condemnatòries amb la redacció del delictes donada per la reforma de 2015. En síntesi, les sentències partidàries de penalitzar el “discurs d'incitació a l'odi” van justificar les condemnes segons el mandat derivat dels compromisos internacionals subscrits per l'Estat espanyol en matèria de no discriminació. I les sentències reticents a fer-ho van escudar-se en una interpretació literal i restrictiva de l'Article 510 CP i en la manca de legitimitat d'avançar excessivament les barreres del dret penal.

Per citar alguns exemples concrets, la [sentència del Jutjat Penal núm. 3 de Barcelona](#), 12/1/04, assumpte “Imam de Fuengirola”, va condemnar a aquest líder religiós per la seva justificació i incentiu del càstig físic de les dones. “*Aquestes reflexions atempten frontalment contra el dret a la integritat física i moral protegit en l'article 15 de la Constitució que prohibeix els tractes inhumans i degradants, que tenen el seu reflex en l'article 3 del Conveni Europeu de Drets Humans o en l'article 7 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, en la mesura que refereixen que la finalitat dels cops no és humiliar i maltractar físicament sinó fer sofrir psicològicament, menyscabant greument la dignitat de la víctima, que l'article 10 del Text Constitucional considera fonament de l'ordre polític i de la pau social, recollint com a definició de tracte degradant la que ofereix el Tribunal Suprem (...)*”.

En la sentència del Jutjat Penal núm. 2 de Logronyo, núm. 133/2004 de 2 d'abril, assumpte distribució de pasquins antiimmigració, la condemna es va fonamentar en un raonament segons el qual “*Amb això no s'esgota el nostre deure de solidaritat i la necessitat de tractar amb fermesa aquests actes i la seva proliferació va obligar a fer un pas més en la prevenció de conductes que puguin significar apologia i difusió de les ideologies que defensen el racisme o l'exclusió ètnica. Aquestes obligacions no es poden veure dimitides en nom de la llibertat ideològica o d'expressió, segons ha assenyalat reiteradament el Tribunal Constitucional STC 214/91 (assumpte Violeta Friedman) i, per això, amb una redacció més precisa i ampliada, es reproduïx el contingut de l'article 165 ter, antic, tipificant les conductes xenòfobes o inconstitucionalment discriminatòries. Es tracta d'una tipificació d'una provocació específicament connectada amb unes finalitats determinades*”.

Però sens dubte, la sentència que va tornar a marcar un altre punt d'inflexió en el debat interpretatiu sobre l'Article 510 CP va ser la [sentència del Tribunal Suprem 259/2011](#), de 12 d'abril, assumpte Llibreria Kalki. La Secció Desena de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar condemna, sent revocada per part del Tribunal Suprem. La sentència del TS, fent-se eco de la STC 235/2007 (assumpte Llibreria Europa), va reafirmar i actualitzar la postura doctrinal restrictiva. Respecte a l'acusació per l'Article 510 CP, va absoldre perquè el terme “provocació” s'havia d'ajustar als paràmetres de l'Article 18 CP, exigint de provar l'existència d'una incitació directa encaminada a l'execució de fets dotats d'una mínima concreció que permetessin la seva qualificació com a delictius.

Respecte l'acusació per l'Article 607.2 CP, va absoldre perquè no es va provar que la divulgació d'aquestes idees i doctrines constituís una incitació indirecta a la comissió d'aquells delictes o a la creació d'un clima d'hostilitat, susceptible de concretar-se en actes de violència. La sentència va afegir una clara postura política, manifestant que la Constitució no prohibeix les ideologies que se situen en els dos extrems de l'espectre polític, per molt rebutjables que es puguin considerar des de la perspectiva dels drets constitucionals. Respecte de la penalització dels delictes de perill abstracte, va manifestar que “*el legislador pot establir sancions penals per aquells fets que suposin la causació d'un resultat de lesió o la creació d'un perill, que, tot i ser abstracte, ha de ser real per la integritat d'aquells béns protegits*”. Exigint l'existència d'un perill “real”, introduïa per la via de la interpretació un plus que el legislador no havia contemplat en el redactat de l'Article 510 CP.

Aquesta sentència també va comptar amb un vot discrepant del magistrat Martínez Arrieta. Discrepava sobre el condicionament de la condemna al fet que el missatge pogués provocar la reiteració d'un genocidi o un acte agressiu contra alguna minoria. Segons el magistrat, ambdós delictes no penalitzen la provocació a l'acció sinó el sentiment d'odi. Si s'espera que els destinataris passin a l'acció, potser el dret penal “haurà arribat molt tard”. El magistrat reivindica que el que pretén la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi” és tallar de soca-rel aquests missatges. El que persegueixen aquests delictes és la interdicció de la difusió d'aquest tipus de missatges.

Tot i ser una sentència única i que, el mateix any, el mateix Tribunal va dictar-ne altres dues en les que modulava aquest criteri interpretatiu, concretament la [sentència 372/2011](#), de 10 de maig, assumpte Blood & Honour i la [sentència 1396/2011](#), del 28 de desembre, assumpte Hammerskin España (HSE), el seu dictat va contribuir a incrementar el dissens respecte a la interpretació d'aquest delicte.

Exemplifica l'impacte d'aquesta sentència del TS el dictat de la sentència de la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial de Barcelona, núm. 787/2012, de 29 de juny, assumpte absolució candidat Plataforma per Catalunya per la distribució de pamflets antiimmigració. Seguint el criteri restrictiu derivat de la interpretació del terme “provocar”, manifesta: “*La conducta a la qual es refereix l'article 510 està expressament descrita i formulada en l'article 18.1 del CP (...) la “provocació” existeix quan directament s'incita per mitjà de la impremta, la radiodifusió o qualsevol altre mitjà d'eficàcia similar que faciliti la publicitat o davant una concurrència de persones a la perpetració d'un delicte. Aquest concepte de provocació en el tipus penal que ara examinem ha de ser directa, concreta, amenaçadora, definitiva i greu per a desplegar l'eficàcia de la conducta de provocació. En sentit contrari, la provocació genèrica, indirecta, no té cabuda en el precepte, ja que, com bé apunta en aquest apartat Landa Gorostiza, les declaracions generals en*

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

democràcia s'han de permetre. La intenció, d'una altra banda, ha de ser directa i explícita; la provocació s'ha de dirigir expressament i inequívoca a aconseguir els resultats que el provocador es proposa, això és, crear en altres la voluntat de realitzar actes de violència, discriminació, odi, hostilitat cap als estrangers. Aquest requisit exclou les meres desqualificacions o judicis de valor negatius”.

La sentència de la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Barcelona, 104/2013, de l'1 de febrer, assumpte condemna director de la revista “Intemperie”, va absoldre'l del delictes de l'Article 510 CP en entendre que els continguts divulgatius a la revista no constituïen una incitació directa a la realització del delictes de genocidi o a la provocació a la discriminació, però sí que el va condemnar per l'Article 697.2 CP, per entendre que es ridiculitzava, trivialitzava i justificava l'Holocaust.

Un altre cas de condemna va ser el de la sentència de la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Canàries, núm. 107/2014, del 7 de març, assumpte distribució de poesia antiimmigració. Es condemna per l'Article 510.1 CP, perquè en el text poètic s'exhortava de forma palmària a reaccionar de manera violenta per a repel·lir el que es qualificava d'agressió imminent als valors morals i a la pròpia supervivència. La divulgació de la poesia a mitjans de comunicació revelava la intenció de fer partícip a la ciutadania de la necessitat de reaccionar, pel que anava més enllà de la mera exposició d'opinions despectives i humiliants.

La [sentència de la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Barcelona](#), núm. 713/2014, del 22 de juliol, assumpte Albiol, va al·legar que no era aplicable l'Article 510.2 CP en la mesura que el polític del PP de Badalona va actuar “*guiat per la intenció de denunciar l'existència de la inseguretat ciutadana, exposar les que ell creia que podien ser solucions a tal problema i oferir un compromís al cos electoral de la ciutat de Badalona d'afrontar i mirar de resoldre'l en cas de ser elegit Alcalde. La citada imputació no la va fer perquè els destinataris fossin gitanos romanesos, sinó perquè era el col·lectiu o grup que al seu judici generava els problemes”.*

XIII

La reforma de l'Article 510 del Codi Penal de 2015

13.1. Motius de la reforma

El 2012, la [Memòria de la Fiscalia General de l'Estat](#) (FGE), en el seu apartat de propostes de modificacions legals substantives, ja proposava la modificació del redactat de l'Article 510 CP en els següents termes:

“En primer lloc, tenint en compte que l'ús del verb provocar ha generat disquisicions doctrinals sobre si la conducta s'ha d'emmarcar o no en la provocació en sentit tècnic (art. 18 CP), per evitar interpretacions excessivament restrictives, s'hauria d'introduir en lloc de provocar, com a verbs típics els d'incitar, promoure o difondre.

En segon lloc, s'hauria d'addicionar a més, juntament amb la discriminació, a l'odi o a la violència, el terme hostilitat, previst en l'article 20 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics. En relació tant amb el tipus de provocació a la discriminació com amb el d'informacions injurioses contra grups o associacions se suggereixen les següents modificacions. En primer lloc, amb la finalitat d'evitar una banalització del nucli de prohibició, la descripció típica –tot i mantenir la configuració dels delictes de perill abstracte–, s'ha d'exigir que les conductes tinguin un mínim potencial d'eficàcia incitadora de comportaments discriminatoris. Aquest requisit s'assumeix pel CP alemany en el seu paràgraf 130. En segon lloc, la nova redacció dels tipus ha de deixar clar que la incitació ha de ser pública, com es recull en el dret comparat, si bé, quant als mitjans, la redacció hauria de ser tan àmplia com sigui possible, utilitzant una fórmula sintètica com qualsevol mitjà o procediment o la fórmula portuguesa en una reunió pública, per escrit destinat a la divulgació. En tercer lloc, la nova redacció ha d'aclarir que el subjecte passiu del delicte no són només els grups o associacions sinó també les persones físiques individualment considerades que pertanyen a aquests. En quart lloc, el terme “minusvalidesa” ha de ser substituït pel de “discapacitat”. En cinquè lloc, s'ha d'incloure el terme “situació socioeconòmica”, per a cobrir els atacs als captaires o indigents. Se suggereix a més d'afegir a l'article 510 CP un apartat sobre l'enaltiment o la justificació a posteriori dels delictes comesos amb aquest tipus de motivació.

Es proposa igualment que s'incorpori una previsió específica a l'article 510 sobre la responsabilitat penal de les persones jurídiques (art. 31 bis CP) i de les organitzacions sense

personalitat jurídica (art. 129 CP) i que declari l'aplicabilitat de les penes previstes a l'article 33.7 CP. Caldria finalment introduir la possibilitat de clausura de pàgines web, blogs o qualsevol mitjà tècnic emprat en la comissió del delictes, tant en la seva modalitat cautelar com definitiva”.

13.2. Reforma del 2015 de l'Article 510 CP

El Preàmbul de la [Llei Orgànica 1/2015](#), del 30 de març, refereix en tres els motius **que donen peu a la reforma del redactat de l'Article 510 CP:**

- 1) l'adaptació del Codi Penal a les previsions de la Decisió Marc 2008/913/JAI, que hauria d'haver estat realitzada abans del 28/11/10;
- 2) l'adaptació de l'Article 607.2 CP als criteris interpretatius de la STC 235/2007 (assumpte Llibreria Europa); i
- 3) la necessitat de deixar enrere la divisió doctrinal i jurisprudencial sobre la interpretació del terme “provocar”.

La nova redacció de l'Article 510 CP ha quedat de la següent manera:

1. *S'ha de castigar amb una pena de presó d'un a quatre anys i multa de sis a dotze mesos:*

a) *Els qui fomentin públicament, promoguin o incitin directament o indirectament a l'odi, hostilitat, discriminació o violència contra un grup o una part d'aquest o contra una persona determinada per raó de la seva pertinença a aquell, per motius racistes, antisemites o d'altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat.*

b) *Els qui produeixin, elaborin, posseeixin amb la finalitat de distribuir, facilitin a terceres persones l'accés, distribueixin, difonguin o venguin escrits o qualsevol altra classe de material o suports que pel seu contingut siguin idonis per fomentar, promoure, o incitar directament o indirectament a l'odi, hostilitat, discriminació o violència contra un grup o una part d'aquest o contra una persona determinada per raó de la seva pertinença a aquell, per motius racistes, antisemites o d'altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat.*

c) *Neguin públicament, trivialitzin greument o enalteixin els delictes de genocidi, de lesa humanitat o contra les persones i béns protegits en cas de conflicte armat, o n'enalteixin els autors, quan s'hagin comès contra un grup o una part d'aquest o contra una persona determinada per raó de la seva pertinença a aquell, per motius racistes, antisemites o d'altres referents*

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

a la ideologia, religió o creences, la situació familiar o la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat, quan d'aquesta manera es promogui o afavoreixi un clima de violència, hostilitat, odi o discriminació contra aquells.

2. *S'ha de castigar amb la pena de presó de sis mesos a dos anys i multa de sis a dotze mesos:*

a) *Els qui lesionin la dignitat de les persones mitjançant accions que comportin humiliació, menyspreu o descrèdit d'alguns dels grups a què es refereix l'apartat anterior, o d'una part d'aquests, o de qualsevol persona determinada per raó de la seva pertinença a aquells per motius racistes, antisemites o d'altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat, o produeixin, elaborin, posseïxin amb la finalitat de distribuir, facilitin a terceres persones l'accés, distribueixin, difonguin o venguin escrits o qualsevol altra classe de material o suports que pel seu contingut siguin idonis per lesionar la dignitat de les persones per representar una humiliació greu, menyspreu o descrèdit d'alguns dels grups esmentats, d'una part d'ells, o de qualsevol persona determinada per raó de la seva pertinença a aquells.*

b) *Els qui enalteixin o justifiquin per qualsevol mitjà d'expressió pública o de difusió els delictes que s'hagin comès contra un grup o una part d'aquest, o contra una persona determinada per raó de la seva pertinença a aquell per motius racistes, antisemites o d'altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia, raça o nació, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació o identitat sexual, per raons de gènere, malaltia o discapacitat, o els qui hagin participat en l'execució d'aquests delictes.*

Els fets han de ser castigats amb una pena d'un a quatre anys de presó i multa de sis a dotze mesos quan es promogui o afavoreixi un clima de violència, hostilitat, odi o discriminació contra els grups esmentats.

3. *Les penes que preveuen els apartats anteriors s'han d'imposar en la meitat superior quan els fets s'hagin dut a terme a través d'un mitjà de comunicació social, mitjançant Internet o mitjançant l'ús de tecnologies de la informació, de manera que aquell es faci accessible a un nombre elevat de persones.*

4. *Quan els fets, a la vista de les circumstàncies, siguin idonis per alterar la pau pública o crear un sentiment greu d'inseguretat o temor entre els integrants del grup, s'ha d'imposar la pena en la meitat superior, que es pot elevar fins a la superior en grau.*

5. *En tots els casos, s'ha d'imposar a més la pena d'inhabilitació especial per a professió o ofici educatius, en l'àmbit docent, esportiu i de temps lliure, per un temps superior entre tres i deu anys al de la durada de la pena de privació de llibertat imposada, si s'escau, en la sentència, atenent proporcionalment la gravetat del delicte, el nombre de delictes comesos i les circumstàncies que concorrin en el delinqüent.*

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

6. *El jutge o tribunal ha d'acordar que es destrueixin, s'esborrin o s'inutilitzin els llibres, arxius, documents, articles i qualsevol classe de suport objecte del delictes a què es refereixen els apartats anteriors o per mitjà dels quals s'hagi comès. Quan el delictes s'hagi comès a través de tecnologies de la informació i la comunicació, s'ha d'acordar la retirada dels continguts.*

En els casos en què, a través d'un portal d'accés a Internet o servei de la societat de la informació, es difonguin exclusivament o preponderadament els continguts a què es refereix l'apartat anterior, s'ha d'ordenar que se'n bloquegi l'accés o que se n'interrompi la prestació.

Article 510 bis

Quan d'acord amb el que estableix l'article 31 bis una persona jurídica sigui responsable dels delictes compresos en els dos articles anteriors, se li ha d'imposar la pena de multa de dos a cinc anys. Ateses les regles que estableix l'article 66 bis, els jutges i tribunals poden així mateix imposar les penes que recullen les lletres b) a g) de l'apartat 7 de l'article 33. En aquest cas, és aplicable igualment el que disposa el número 3 de l'article 510 del Codi penal.

La ponència de la magistrada Comas sintetitza les modificacions de l'Article 510 CP com segueix:

- 1) S'elimina el terme "provoquin" que se substitueix pels termes "fomentin, promoquin o incitin". Així, es desvincula definitivament l'Article 510 CP de l'Article 18 CP que regulava la provocació, i es clarifica que la incitació pot ser directa o indirecta.
- 2) S'amplia el catàleg de conductes i, a més de l'odi i la discriminació o violència, s'afegeix l'hostilitat.
- 3) S'explicita que les conductes han de realitzar-se de forma "pública".
- 4) A l'apartat 510.1 b), s'afegeix el delictes de possessió o creació de materials idonis per a materialitzar aquestes conductes, amb intenció de distribuir-los.
- 5) A l'apartat 510.1 c), s'incorpora la conducta negacionista de l'Article 607.2 CP, que es redacta d'acord amb el criteri fixat per la STC 235/2007 (assumpte Llibreria Europa).
- 6) En totes les conductes, s'incrementa la pena fins als 4 anys de presó, quan abans era de màxim 3 anys.
- 7) A l'apartat 510.2 CP s'afegeixen dos tipus atenuants: els actes d'humiliació o menyspreu, d'una banda, i els d'enaltiment o justificació dels delictes comesos contra els grups de l'anterior apartat, de l'altra.
- 8) A l'apartat 510.3, s'introdueixen dues modalitats agreujades: la de comissió mitjançant les xarxes socials, que pot arribar fins als 4 anys de presó, i la de comissió de manera que s'alteri la pau pública o es menyscabi el sentiment de seguretat dels grups afectats.

- 9) A l'apartat 510.5 CP, s'afegeix una elevada pena accessòria d'inhabilitació per la professió educativa, en protecció dels menors.
- 10) A l'apartat 510.6 CP, es preveu la destrucció de documents o arxius o el bloqueig de comptes o webs.
- 11) A l'Article 510 bis, es regula la responsabilitat penal de persones jurídiques.

La reforma del 2015 del Codi Penal també va modificar l'agreujant genèrica de l'Article 22.4 CP, incorporant l'agreujant per motius de gènere, quedant redactada així: *“Cometre el delictes per motius racistes, antisemites o una altra classe de discriminació referent a la ideologia, religió o creences de la víctima, l'ètnia, raça o nació a la qual pertanyi, el seu sexe, orientació o identitat sexual, raons de gènere, la malaltia o discapacitat que pateixi.”*

13.3. Precedents jurisprudencials posteriors a la reforma del Codi Penal de 2015

La sentència del Jutjat Penal de Barcelona, de l'11 de desembre de 2017, assumpte condemna d'un neonazi per delictes d'incitació a l'odi a Internet, revela com poc a poc els criteris del TEDH han anat influïnt en els tribunals nacionals. Aquesta sentència va ser confirmada per la sentència de la Secció 22 de l'Audiència Provincial de Barcelona 392/17 de 14/5/18. El jutge d'instància valora com a criteris determinants la intenció de l'autor i “l'impacte potencial” del fet divulgat. En aquest cas es va utilitzar una web que va rebre moltes visites. La sentència es desmarca explícitament de la intenció del terme “provocar” de l'Article 18 CP i afirma que no és necessària una crida a un acte concret de violència. Esmenta que *“Els atacs verbals injuriant-los, ridiculitzant-los i difamant-los per les raons exposades en l'Article 510 CP són suficients, sempre que suposin una efectiva crida a la discriminació, a l'odi i sens dubte a la violència cap a aquests col·lectius. (...) Es tracta d'expressions discriminatòries que van més enllà de la mera exposició d'idees o opinions, per xocants o ofensives que puguin resultar. Ens trobem davant d'expressions que a través de la força o vis atractiva de la persuasió i/o per la contundència del contingut agressiu emprat, poden produir els efectes que la norma pretén d'evitar; això és, la discriminació i l'odi cap als col·lectius identificats”*.

La sentència de la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Navarra, 55/2017, de 21 de març, assumpte vídeo de Youtube “Gaza Girls”, va confirmar la condemna del Jutjat Penal núm. 1 de Pamplona de l'11/10/16. L'Audiència segueix reivindicant la interpretació del terme “provocació” d'acord amb l'Article 18 CP i, per tant, exigeix que la incitació sigui directa i encaminada a l'execució de fets dotats d'una mínima concreció, que permeti la seva identificació i qualificació com a delictes. En aquest cas, es tractava d'un vídeo en el qual s'indicava reiteradament *“kill, kill, kill the jewish”*, mostrant la simulació d'aquesta conducta amb un ninot vestit de jueu ortodox, al qual se li arrenca el cap i es fa reiteradament el

gest de clavar-li un ganivet. També considera rellevant el resultat real de tal conducta, en incloure les fotografies de tres menors realment assassinats per la seva condició de jueus, i les imatges sagnants d'uns cadàvers que s'identifiquen amb una família sionista. Es pot concloure en conseqüència i sense dubtes que es tracta d'incitació directa a l'odi com a sentiment i a l'execució d'una sèrie d'actes violents contra les persones jueves i contra l'estat d'Israel en general.

A la [sentència de l'Audiència Nacional, Sala Penal, Secció Quarta, 2/2017](#), de 26 de gener, assumpte tuitar misogin, es va condemnar un tuitar per una sèrie de missatges que van ser considerats com enaltidors del terrorisme i per una altra sèrie de missatges que van ser considerats d'incitació a l'odi cap a les dones (Art. 510.1 CP). La sentència refereix que *“D'altra banda, la difusió pública és evident tant pel fet que s'utilitza una xarxa social, de la qual els comptes de l'acusat gaudien de seguidors, com perquè tot aquell que utilitza com a eina aquesta forma de comunicació sap la potencial difusió que poden assolir les seves paraules, en la mesura que li consta que els tweets o missatges es retuitegen, donant lloc a una major extensió de coneixement, en arribar al que poden ser milions d'usuaris a la xarxa. (...). És difícil, per no dir impossible, sostenir i encara menys fer creure que el text emprat per l'acusat en els missatges relatius a les dones fos per cridar l'atenció sobre la violència cap a aquestes, quan el que revelen és tot menys una preocupació existent en la societat a totes les seves esferes que pogués ser compartida per l'acusat. (...) El que traspuen els continguts dels tweets és la discriminació cap a la dona; en tant que tracte diferent i per sota de l'home, amb conseqüència negativa per les primeres”*.

Aquesta sentència va ser recorreguda davant el Tribunal Suprem, que va dictar la seva [sentència 72/2018](#), de 9 de febrer, per la qual l'acusat va ser absolt del delictes d'enaltiment i es va confirmar la seva condemna per l'Article 510.1 CP. El Suprem argumenta que *“Es tracta d'un tipus penal estructurat sota la forma de delictes de perill, pel que per la seva realització n'hi ha prou amb la generació d'un perill que es concreti en el missatge amb un contingut propi del discurs de l'odi, que porta implícit el perill al qual es refereixen els Convenis Internacionals dels quals sorgeix la tipicitat. Aquests refereixen l'antijuridicitat del discurs de l'odi, sense necessitat d'una exigència que vagi més enllà del mateix discurs que conté el missatge d'odi i que per si mateix és contrari a la convivència i, per això, considerat lesiu”*.

La [sentència de la Secció Vuitena de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 7/12/18](#), assumpte professor independentista, absol a un professor de dret constitucional condemnat per l'Article 510.1 CP, per uns *tweets* que va divulgar sobre el procés sobiranista català. La sentència parafraseja l'argumentari d'una interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) de 28/6/18 i reafirma que la protecció de l'Article 510 CP s'ha de proporcionar als col·lectius vulnerabilitzats, dels que s'exclou als funcionaris, fiscals i jutges. La resolució qualifica l'Article 510 CP com de perill abstracte, però exigeix que el perill sigui real. En el cas concret, entén que el missatge subliminal d'ús de la violència que podria desprendre's dels *tweets* no era suficientment explícit. Davant el dubte, absol.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

13.4. Noves propostes de reforma de l'Article 510 CP

En la memòria de 2016 de la Fiscalia Provincial de Barcelona especialitzada en delictes d'odi i discriminació, es proposava una sèrie de modificacions de l'Article 510 CP. La Fiscalia alerta que, en el cas de la comissió delictiva mitjançant xarxes socials, la pena assoleix fins a 4 anys de presó, provocant que la pena mínima imposable sigui de dos anys i sis mesos. En atenció d'aquest "règim punitiu sever" i en la línia del TEDH i de la Recomanació núm. 15 de l'ECRI, en els casos de "menor entitat", segons el "context, contingut, absència de reiteració o característiques i circumstàncies personals de l'autor" es proposa de rebaixar aquesta penalitat. També es proposa la incorporació de penes alternatives, multes o pèrdua de drets polítics, així com la modificació de l'elevada pena d'inhabilitació professional prevista a l'apartat 510.5 CP. Aquesta proposta de modificació va ser assumida i divulgada per la Fiscalia General de l'Estat el [setembre de 2018](#). D'altra banda, vista la necessitat d'harmonitzar els criteris interpretatius sobre l'Article 510 CP, el novembre de 2018 la Fiscalia General de l'Estat va anunciar que emetria una circular sobre delictes d'odi que contribuirà a anar reconduint la dispersió interpretativa imperant.

A més de la Fiscalia, un grup de veus expertes en Dret estan treballant i va proposar al ple del Congrés dels Diputats de [reformar els delictes d'expressió del Codi Penal](#), reforma que sens dubte inclourà la modificació de l'Article 510 CP.

XIV

Confusió entre “discurs d'incitació a l'odi” i crítica política

14.1. Discurs antimonàrquic

El recorregut judicial de l'assumpte Stern i Roure, els dos joves independentistes condemnats pel delictes d'injúries a la Corona dels Articles 490.3 i 491 del Codi Penal per la crema de les fotografies de la parella reial a Girona el 2008 és molt esclaridor de la postura dels tribunals estatals. En la seva [sentència de 8/3/11, el TEDH](#) va atorgar empara a Otegui per unes crítiques contra el Rei, a qui va denominar “*cap dels torturadors*”. Aquesta expressió va ser emesa en el context de la polèmica sobre les tortures policials denunciades dies abans per Martxelo Otamendi, director del diari Egunkaria. El TEDH, en aquesta sentència, va subratllar que l'expressió va ser manifestada per un polític contra el representant de l'Estat, en tant que símbol, en el marc d'un debat d'interès públic, en concret, sobre la responsabilitat de les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat (FCSE) en la tortura. El seu discurs tenia legitimitat per a ser provocador i exagerat. Es tractava d'un discurs hostil, però que no apel·lava a la violència. El TEDH reafirma que la protecció incrementada dels caps d'Estat no s'ajusta a l'esperit del CEDH i descarta que el discurs antimonàrquic formi part del discurs d'odi. També es posiciona en contra de la pena d'un any de presó imposada a Otegui, provocant un indesitjat efecte dissuasiu respecte a l'exercici de la llibertat d'expressió.

La condemna de Stern i Roure va arribar al Tribunal Constitucional, el Ple del qual va dictar la [sentència 177/2015](#), de 22 de juliol, que els va denegar l'empara. El TC justifica la denegació d'empara afirmant que es tracta de discurs d'odi. El Tribunal considera que, de manera premeditada, es va incitar a la violència contra la persona i la institució monàrquica. El TC justifica el fet de desmarcar-se del criteri de la sentència de l'assumpte Otegui c. Espanya perquè els joves no eren polítics professionals, ni es tractava d'un context especial (denúncia de tortures). El TC nega que els joves estiguessin expressant una opinió sobre un tema de debat polític. El Tribunal afirma que la condemna dels joves no va obeir a la seva ideologia, sinó al seu acte simbòlic destructiu i generador d'exclusió.

La sentència va comptar amb els vots discrepants de diversos magistrats. El de la magistrada Adela Asúa recorda la doctrina nord-americana del perill clar i imminent com a estàndard operatiu que s'ha consolidat en els delictes d'expressió. La magistrada critica durament que es qualifiqui la crema de fotografies com a discurs d'odi, que és el discurs dirigit a fomentar la

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

discriminació i l'exclusió de col·lectius secularment vulnerables, “*mirant de justificar de qualsevol manera la desestimació del present recurs d'empara*”. El vot discrepant de la magistrada Encarnació Roca afirma que, en la condemna dels joves, s'estaven jutjant les seves conviccions antimonàrquiques, expressades a través d'una acció simbòlica i, per tant, l'escenificació tenia relació amb un assumpte de rellevància pública. El vot discrepant del magistrat Juan Antonio Xiol és el més taxatiu i denuncia “*la banalització del discurs d'odi*”. En la seva argumentació, repassa els precedents del TEDH sobre accions polítiques, crítiques simbòliques i denuncia que la sentència majoritària recorri a la reconstrucció de l'escenificació i al llenguatge emotiu per a dotar l'acte jutjat d'una significació d'incitació directa a la violència contra el Rei. Exagera determinats elements simbòlics, propis d'aquests actes de protesta, fins a elevar-los a la categoria d'incitació a l'odi i qualificar-los com a expressió d'una amenaça. El magistrat conclou que es tracta de l'expressió d'una reivindicació política, d'una manifestació de rebuig cap a la institució monàrquica, en la línia de l'activisme polític.

Com era de preveure, el TEDH en la seva sentència [Stern Taulats i Roure Capella c. Espanya](#), de 13/3/18, reafirma que no es tractava d'un atac personal al Rei, sinó d'una crítica a allò que representa com a cap i símbol de l'aparell estatal. Una posada en escena, com a forma d'expressió d'una opinió en el marc d'un debat sobre una qüestió d'interès públic. Incloure aquest acte de manifestació simbòlica de rebuig polític a una institució per a justificar la seva exclusió de la llibertat d'expressió comportaria una interpretació excessivament àmplia, el que perjudicaria el pluralisme, la tolerància i l'esperit d'obertura sense els quals no existiria una societat democràtica.

14.2. Enaltiment del terrorisme

La similitud en l'estructura de l'Article 510 CP i la de l'Article 578 CP, sobre enaltiment del terrorisme ha estat posada en relleu per diversos autors, com ara Víctor Gómez, en el seu article “[Los delitos de odio en redes sociales](#)”, de 27/11/16. De fet, diverses sentències sobre enaltiment del terrorisme han catalogat les expressions divulgades com a “discurs d'incitació a l'odi”. En tractar-se els dos de delictes d'expressió, les pautes interpretatives sobre els límits a la llibertat d'expressió que s'han anat encunyant en el terreny de l'enaltiment del terrorisme són útils per a interpretar l'aplicació del delictes de l'Article 510 CP.

Una sentència rellevant, esmentada en diverses altres que han resolt casos sobre “discurs d'incitació a l'odi”, és la [sentència del Tribunal Constitucional 112/2016](#), de 20 de juny, assumpte homenatge a Argala. El Constitucional va denegar l'empara al polític Tasio Erkizia pel seu discurs en l'acte d'homenatge a l'ideòleg d'ETA, Argala. EL TC va entendre que el discurs no estava cobert per la llibertat d'expressió, en constituir discurs d'odi, concretament un discurs de nacionalisme agressiu. EL TC va manifestar que el polític va demanar, amb una calculada ambigüitat, una reflexió per a “*emprendre el camí que més mal fes a l'Estat, que conduís al poble basc a un nou escenari democràtic*”. Aquesta expressió va ser considerada idònia per a crear un entorn favorable, una atmosfera o ambient social procliu a accions terroristes; una contribució a la perpetuació de la situació de violència.

En el seu vot discrepant, el magistrat Juan Antonio Xiol es va mostrar partidari d'atorgar l'empara, entenent que el discurs no incitava a la violència terrorista, ni tan sols indirectament, i formava part del discurs polític. En l'argumentació es fa seves les pautes del TEDH i realitza una anàlisi del context que té en compte l'auditori davant del qual es va divulgar el missatge, que apostava per avançar cap a un escenari democràtic; el context polític temporal i les circumstàncies personals de l'emissor. Es tractava d'un polític que, en la seva trajectòria política, s'havia manifestat de manera notòria a favor d'assolir la independència per vies pacífiques.

Durant els darrers anys, les condemnes per enaltiment del terrorisme, la majoria d'elles mitjançant les xarxes socials i en la seva modalitat de descrèdit, menyspreu o humiliació a les víctimes dels delictes de terrorisme (Art. 578.1 CP), han augmentat considerablement. Entre el 2011 i el 2018, s'han produït [121 sentències](#) per apologia d'ETA, quatre vegades més que en els set anys anteriors. Amnistia Internacional en el seu informe “[Tuitea... si te atreves](#)” de març de 2018, alerta de la incompatibilitat del redactat de l'Article 578 CP amb la llibertat d'expressió.

La promulgació de la [Directiva 2017/541](#) de 15 de març, relativa a la lluita contra el terrorisme, que s'hauria d'haver traslladat als ordenaments legals nacionals abans del 8/9/18, va suposar un punt d'inflexió en l'argumentació de les sentències sobre enaltiment del terrorisme que s'han estat dictant. En el seu considerant 10è, refereix que els delictes de provocació pública a la comissió d'un delicte de terrorisme comprenen, entre altres, l'apologia i la justificació del terrorisme i la difusió de missatges o imatges, amb la finalitat d'obtenir suport per a causes terroristes, quan comportin el risc que es puguin cometre actes terroristes. En cada cas concret, en examinar si s'ha materialitzat aquest risc, s'haurien de tenir en compte les circumstàncies específiques del cas, com l'autor, el destinatari del missatge i el context. També s'haurà de considerar la importància i versemblança del risc.

Aquest considerant es concreta en l'Article 5 de la Directiva 2017/541, que refereix “*Els Estats membre adoptaran les mesures necessàries per a garantir que es tipifiqui com a delicte, quan es cometi intencionadament, el fet de difondre o fer públics per qualsevol altre mitjà, sigui en línia o no, missatges destinats a incitar a la comissió d'un dels delictes enumerats en l'article 3, apartat 1, lletres a) a i), sempre que tal conducta preconitzi directament o indirecta, a través, per exemple, de l'apologia d'actes terroristes, la comissió de delictes de terrorisme, generant així un risc que es puguin cometre un o diversos delictes d'aquest tipus*”.

Un canvi de rumb queda reflectit en la sentència del [Tribunal Suprem, 378/2017](#), de 25 de maig, que anul·la la condemna prèvia de l'Audiència Nacional i absol a un usuari pels seus comentaris a Facebook sobre els GRAPO. El TS cita l'esperit de la Directiva al·ludida i reivindica que es tingui en compte la intenció de l'emissor del missatge. “*Una cosa és proclamar, inclús vociferar, el que el subjecte “sent”, és a dir els seus desitjos o emocions, exterioritzant-los “a regna solta”, i una altra és que tal expressió es faci, no per aquesta expressió emotiva, sinó, més enllà, per la finalitat racional de procurar que el missatge, almenys indirectament, mogui a altres a cometre delictes de terrorisme*”. A més d'aquest ànim tendencial, la sentència al·ludeix al risc, afirmant que els comentaris publicats no van fer augmentar gens l'eventualitat que es produís la comissió de delictes terroristes. El

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

Tribunal també analitza el context, manifestant que la banda GRAPO està extinta, que els comentaris de Facebook no van coincidir amb cap acció terrorista i que ni tan sols van tenir repercussió en les xarxes socials.

Una altra sentència en sentit similar va ser la [sentència del Tribunal Suprem 52/2018](#), de 31 de gener, que avala l'absolució del tuitter Arkaitz Terrón. La Fiscalia havia recorregut la seva absolució per part de l'Audiència Nacional. El TS cita l'exigència de la Directiva 2017/541 sobre concurrència del risc de comissió d'actes terroristes. Els tuits en qüestió sempre coincidien amb un esdeveniment, donant a entendre l'ànim crític que guiava la seva emissió. La sentència manifesta que *“objectivament, aquests micromissatges no enalteixen ni justifiquen, perquè no inciten o encoratgen ni instiguen a la violència terrorista, ni tan sols de forma indirecta, ni generen un perill o risc de comissió d'actes violents, ni tampoc incrementen el que pogués existir. Són expressió d'opinions o desitjos, actes de comunicació no seguits d'incitació a l'acció, perquè no contenen una crida a la violència terrorista ni han generat cap risc per les persones, ni pels drets de tercers, ni per l'ordre jurídic. La millor demostració de l'absència de risc és que els tuits només van ser detectats quan els investigadors policials van realitzar prospeccions a la xarxa social, que es van convertir en destinataris dels missatges”*.

14.3. Producció musical dissident

Un altre vessant de les condemnes per enaltiment del terrorisme és l'associat a la producció musical dissident, normalment el rap. Diversos músics, com Pablo Hasél, els integrants del grup La Insurgencia o Valtonyc han estat condemnats els darrers anys. Per a justificar el contingut de les seves lletres, tots ells han apel·lat a la licitud d'aquestes, d'acord amb la llibertat d'expressió, ideològica i de creació artística. També han reivindicat la singularitat retòrica, metafòrica i provocadora d'aquest gènere musical extrem. Diverses d'aquestes sentències es troben pendents de demandes d'empara davant del TEDH.

En el cas de Pablo Hasél, el [Tribunal Suprem, en la seva sentència 106/2015](#), de 19 de febrer, va qualificar les lletres del raper de discurs d'odi terrorista. El TS va entendre que la lloança als autors de delictes terroristes o dels seus actes mereixia una resposta penal. No es criminalitzava el sentiment d'odi; els pensaments no delinqueixen. Es criminalitzaven els fets externs que enaltien l'odi. El Tribunal va referir que, de l'anàlisi de les lletres, es desprenia que tenien un únic sentit, que era el de lloar als grups terroristes, enaltir a les persones condemnades per terrorisme i invocar la continuïtat d'aquesta activitat, fins i tot contra persones concretes.

Els rapers del grup la Insurgencia van ser condemnats per la [sentència de l'Audiència Nacional 34/2017](#), de 4 de desembre, que refereix que el delicte consisteix en una forma autònoma d'apologia caracteritzada pel seu caràcter genèric, sense arribar a integrar una provocació directa ni indirecta a la comissió d'un delicte. Sobre la intenció dels rapers, la sentència refereix que, del contingut de les lletres, es constata inequívocament que el contingut de les cançons s'orienta a exaltar l'organització terrorista GRAPO, els seus integrants i les seves activitats, incitant a la violència terrorista. El Suprem cita la STC 112/2016 (assumpte Argala), en la qual es deia que *“Suposa una legítima ingerència en l'àmbit de la llibertat d'expressió dels seus autors, en la mesura en què poden ser considerades una manifestació del discurs de l'odi, per propiciar o encoratjar, encara que*

sigui de manera indirecta, una situació de risc per a les persones o drets de tercers o pel propi sistema de llibertats”. Tot i citar les directrius de la Directiva 2017/541 i admetre que, en el moment de la producció digital dels joves, ja s’havien extingit les dues organitzacions terroristes, reivindica el marge de maniobra dels Estats per apreciar l’existència de risc. En aquest cas, afirma que bastava amb un risc “en abstracte com aptitud innata en l’actuació imputada, però no referida a un delictes concret de terrorisme, acotat en el temps, espai, per referència a persones afectades”.

La sentència va provocar l’emissió d’un vot discrepant per part de la magistrada Ángela Murillo, en el sentit d’afirmar “amb claredat palmària que en l’ànim dels joves acusats no regnava la intencionalitat dirigida a enaltir o justificar accions terroristes o a individus pertanyents a organitzacions de caràcter terrorista. El que subjeia era aconseguir notorietat, reafirmant les seves personalitats, en definitiva, cridar l’atenció que per altres vies no podien aconseguir”.

Un altre músic condemnat va ser el raper mallorquí Valtonyc. El Tribunal Suprem, en la seva [sentència 79/2018](#), de 15 de febrer, va avalar la condemna de l’Audiència Nacional de 22/2/17 por enaltiment del terrorisme, injúries al Rei i amenaces. La sentència cita la STC 177/2015 (assumpte Makoki), afirmant que una de les manifestacions més tosques del discurs de l’odi és la que fomenta la discriminació, però un altre dels seus vessants és la del discurs fòbic, que persegueix fomentar el rebuig i l’exclusió de la vida política i, fins i tot, l’eliminació física dels qui no comparteixen l’ideari dels intolerants. La sentència nega l’al·legació de la defensa del raper, segons la qual el Tribunal reelabora i treu de context les lletres de les cançons. La sentència afirma que es tracta de lletres laudatòries dels GRAPO i d’ETA, que van més enllà de la coincidència amb els objectius polítics, consistint en la lloança dels mitjans emprats i en una incitació a la seva reiteració.

14.4. Sàtira i humor àcid

Un altre dels gèneres en què s’ha projectat l’enaltiment del terrorisme és el de la crítica satírica. Una sentència representativa en aquest sentit és la que finalment condemna a César Strawberry, cantant de Def con Dos. Strawberry va ser inicialment absolt el 18/7/16 per l’Audiència Nacional, que va entendre que els tuits de l’artista seguien un to crític de la realitat social i política, mirant de fer que el públic entengués el sentit metafòric i fictici de les seves obres, amb un fons sempre pacífic i exclusivament cultural. La Fiscalia va recórrer l’absolució i el [Tribunal Suprem, en su sentència 4/2017](#), de 18 de gener, va acollir el seu criteri, segons el qual no es tractava “(...) d’un fet involuntari ni d’un esdeveniment puntual, ni d’una actuació excepcional o incontrolable, ni d’una reacció momentània, ni d’una resposta emocional a un esdeveniment recent, sinó d’una voluntària i permanent actuació agressora i promotora de la violència terrorista, que jurídicament s’ha de considerar continuada en el temps”. El Suprem refereix el potencial expansiu de les xarxes socials, així com el fet que les víctimes que reben aquests missatges de burla ho fan “en la seva integritat, sense matisos d’aclariment de la vertadera intenció de l’autor”.

Davant d’aquest pronunciament de condemna, el magistrat Manuel Marchena va emetre un vot discrepant, en el qual situa aquests tuits en una subcultura que reacciona o protesta contra allò establert, buscant la provocació o l’escàndol. Analitzant l’Article 578 CP, en el seu primer

apartat relatiu a l'enaltiment o justificació, refereix que el fet rellevant és la seva aptitud per a produir efectes i la qualitat d'aquests. En relació al segon apartat de l'article, sobre menyspreu o humiliació a les víctimes del terrorisme, refereix que el que avalaria la seva penalització seria la seva aptitud per estimular la pràctica d'accions terroristes, legitimant-les d'alguna manera. Per això, els missatges han de tenir una mínima relació contextual i d'efectivitat funcional amb aquestes, per tal que els qui exerceixen accions terroristes les puguin rendibilitzar en termes de suport, consens o prestigi social. Els tuits de Strawberry van ser mers exabruptes, sense gaire recorregut.

Una altra sentència rellevant va ser la de la condemna de Cassandra Vera, activista transgènere, per uns acudits sobre Carrero Blanco. L'escrit d'acusació contra la Cassandra, el gener de 2017, va portar a 200 professors de dret penal, impulsats per Javier Dopico, a emetre un comunicat denominat “*Carrero como síntoma*”, de repulsa a la deriva condemnatòria en casos de sàtira. Finalment, la Cassandra va ser absolta pel Tribunal Suprem en la seva [sentència 95/2018](#), de 26 de febrer. El TS apel·la al context, i refereix que l'atemptat es va produir fa ja 44 anys, temps més que suficient per a considerar-lo com un esdeveniment històric, pel que un comentari en clau d'humor al respecte no pot tenir la mateixa transcendència que si es referís a un esdeveniment recent. “*Especialment si es pondera que els fets ja han estat objecte de tota classe de comentaris de burla, sense que s'activés la major part de les vegades una resposta judicial penal*”. Aquest transcurs del temps i “*l'oxidació o esgotament del tema en clau d'humor negre, permeten de considerar que ja no som davant d'accions especialment perverses que tenen com a objectiu específic la humiliació i el descrèdit de les víctimes*”.

14.5. Crítica als cossos policials

La improcedència d'aplicar les prohibicions contra el “discurs d'incitació a l'odi” per a protegir els cossos policials és una [opinió unànime de les institucions internacionals i del TEDH](#). Malgrat això, la Fiscalia especialitzada en delictes d'odi i de discriminació segueix afirmant-ne la procedència. En la memòria de la Fiscalia Provincial de Barcelona de 2016 s'inclouen com a delictes d'odi algunes investigacions judicials sobre crítiques als cossos policials emeses després de l'actuació policial a Catalunya l'1 d'octubre de 2017.

Concretament, se cita la denúncia contra mestres a qui s'atribueix d'haver ferit els sentiments dels fills i filles dels guàrdies civils en fer a les aules crítiques a l'actuació policial de l'1 d'octubre. També es cita el cas de les crítiques sobre l'allotjament dels policies participants a l'1 d'octubre als hotels de la costa catalana. El Ministeri de l'Interior, el novembre de 2017, en aquesta mateixa línia, va incorporar una pestanya per a facilitar les denúncies de les víctimes de delictes d'odi a Catalunya. La divulgació als mitjans de comunicació d'aquesta iniciativa del que es va qualificar d’“allau de denúncies d'odi” a Catalunya, tant per part de particulars com per la confecció de nombrosos atestats per part de les FCSE per aquest motiu, va incrementar de manera irresponsable la confusió conceptual sobre els delictes d'odi. Amb això, es van criminalitzar indegudament les crítiques a una actuació concreta dels cossos policials, crítica que indubtablement forma part del debat públic i de la llibertat d'expressió. En algun dels procediments judicials posteriors a l'1 d'octubre, la Fiscalia sostenia la procedència de l'aplicació

dels delictes d'odi per a protegir als cossos policials, que haurien estat discriminats per raó de la seva ideologia.

Aquesta interpretació desatén el fet que la categoria protegida que legitima la tutela específica de l'Article 510 CP no és la de qui emet el missatge, sinó la de qui resulta greujat per aquest. A més, una de les premisses de les FCSE, regulada a l'Article 5.1 b de la [Llei Orgànica 2/1986, de 12 de març, de Forces i Cossos de Seguretat](#), és la neutralitat política dels seus integrants. Una altra de les justificacions de la Fiscalia era la de la discriminació dels agents, per raó de la seva nacionalitat. Aquesta interpretació tampoc no és raonable, en la mesura que els agents que van actuar l'1 d'octubre a Catalunya procedien de totes les comunitats autònomes de l'Estat. Aquestes interpretacions distorsionades van generar un mosaic de resolucions, moltes d'elles contradictòries i incompatibles amb els estàndards internacionals, que a poc a poc han anat sent redreçades per resolucions de tribunals de rang superior.

En aquest sentit, la [interlocutòria de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida](#), de 12/6/18, estimava el recurs d'apel·lació de la defensa dels professors investigats, validant l'arxivament acordat pel Jutjat d'Instrucció i ampliant-lo a la resta dels investigats. La interlocutòria cita la STC 235/2007, la STC 112/2016 i la STS 72/2017 per concloure que *“considerant-se simplement com un mer acte de protesta davant els esdeveniments viscuts a Catalunya el dia 1 d'octubre, que es podrà compartir o rebutjar, però que es troba dins els límits de la llibertat d'expressió i que, sense dubte, no entren dins el perímetre de cobertura de la norma penal de l'art. 510.1 CP (...). I és que el delicte de l'art. 510 CP no es pot confondre amb un delicte d'injúries o ofenses, sinó que requereix que existeixi un grup discriminat o amenaçat com a subjecte passiu i amb incitació a la lesió dels drets dels membres d'aquest grup, la qual cosa, és clar que no resulta aplicable al supòsit que ens ocupa”*. Aquesta interlocutòria va ser recorreguda per la Fiscalia i està pendent de resolució.

Pocs dies després, la [interlocutòria 72/18](#) de 28/6/18 del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va desestimar l'admissió a tràmit de la querrela de la Fiscalia contra un diputat català, pels seus tuits i per uns continguts del seu blog, criticant l'allotjament de policies als hotels de la costa catalana, amb posterioritat a l'1 d'octubre. La interlocutòria cita la Recomanació número 15 de l'ECRI, que reclama que les eines legals contra el “discurs d'incitació a l'odi” s'utilitzin per a protegir els col·lectius vulnerabilitzats i conclou que *“Pel que fa específicament a la motivació ideològica del discurs d'odi (...) que és l'única que esmenta d'alguna forma en Ministeri Fiscal en la seva querrela, la mateixa raó de ser del tipus penal, a la qual ja ens hem referit en descriure els seus precedents internacionals, requereix que la motivació es trobi, precisament, en la ideologia dels qui constitueixen l'objectiu de les expressions ofensives, amb independència de què pugui ostentar l'autor o els autors d'aquestes. D'altra banda, no qualsevol col·lectiu o grup social de persones pot ser víctima del delicte de l'art. 510 CP, que per la seva pròpia definició típica, només pot referir-se a aquells que es puguin considerar vulnerables i s'identifiquin com a tals per raó d'alguna condició personal o social. La conseqüència és que el discurs d'odi o hostilitat contra l'autoritat o contra els agents d'aquesta, no pot ser sancionat conforme a l'art. 510 CP (...). D'altra banda, les expressions que el Fiscal atribueix al querellat, considerades en si mateixes, amb independència de la intolerància i hostilitat que reflecteixen, no reuneixen les característiques pròpies d'un discurs d'odi propi del delicte de l'art. 510 CP”*.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

Una última decisió rellevant és la [Interlocutòria de la Secció Sisena de l'Audiència Provincial de Barcelona](#), de 12/12/18, que descarta l'aplicació de l'Article 510 CP en el cas d'un esbronc d'un ciutadà a uns policies que es manifestaven en una convocatòria que reivindicava l'equiparació salarial i la defensa de l'honor dels membres de les FCSE després de les crítiques rebudes amb posterioritat a l'1 d'octubre de 2017. La sentència cita l'assumpte Savva Terentyev c. Rússia i l'assumpte Toranzo Gómez c. Espanya, ambdós del 2018, per reivindicar que la penalització del “discurs d'incitació a l'odi” s'ha de cenyir a la protecció dels col·lectius històricament vulnerabilitzats, descartant que els cossos policials formin part d'aquests col·lectius diana.

XV

Incidents d'odi: les infraccions administratives

A llarg de l'estudi, s'ha fet menció de la postura unànime de les institucions internacionals sobre la necessitat de comptar amb diverses eines legals –tant civils, com administratives i penals– per oferir una resposta adequada a la gravetat del dany comès. Aquesta necessitat de graduació per respectar el principi de proporcionalitat es tradueix en la diferenciació entre els delictes (penals) i les infraccions (administratives) d'odi. Les infraccions en aquesta matèria, en el nostre ordenament jurídic, són escasses i es refereixen a sectors molt concrets.

Una de les lleis específiques és la [Llei 19/2007, de l'11 de juliol, contra la violència, el racisme i la xenofòbia i la intolerància a l'esport](#). Aquesta llei preveu com a infracció molt greu per part dels organitzadors d'esdeveniments esportius l'organització, la participació activa o l'encoratjament i promoció de la realització d'actes violents, racistes, xenòfobs o intolerants d'especial transcendència pels seus efectes, per l'activitat esportiva, per la competició o per les persones que hi assisteixen o hi participen (Art. 21.1 g). Aquesta conducta també podrà ser castigada si es comet per part dels espectadors (Art. 22.1 a). Es preveuen altres infraccions molt greus que poden ser comeses per tercers, com el fet de difondre per mitjans tècnics, materials, informàtics o tecnològics continguts que promoguin o donin suport a la violència, o que incitin, fomentin o ajudin els comportaments violents o terroristes, racistes, xenòfobs o intolerants per raons de religió, ideologia, orientació sexual o qualsevol altra circumstància personal o social, o que suposin un acte de menyspreu manifest dels participants en la competició o en l'espectacle esportiu o a les víctimes de terrorisme i als seus familiars (Art. 23.1 c). La Llei penalitza les infraccions amb multes de 3.001 a 60.000 € i les infraccions molt greus, amb multes de 60.001 a 650.000 euros (Art. 24.1).

Una altra llei sectorial rellevant és la [Proposició de Llei contra la discriminació per orientació sexual, identitat o expressió de gènere i característiques sexuals, i d'igualtat social de lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals, transgènere i intersexuals](#), registrada el 12/5/2017 al Congrés dels Diputats, que es troba en fase de tramitació. Aquesta preveu diverses infraccions relacionades amb l'emissió de continguts. Per exemple, com a infracció lleu, es preveu el fet de proferir, per qualsevol mitjà o procediment, expressions, imatges o continguts gràfics de qualsevol mena que siguin ofensius o vexatoris, per raó d'orientació sexual, identitat o expressió de gènere o característiques sexuals contra les persones LGTBI o els seus familiars (Art. 94.2 a). Com a infracció greu, entre d'altres, es preveu el fet de difondre a Internet o les xarxes socials qualsevol classe d'expressions, imatges o continguts que siguin ofensius o vexatoris per raó d'orientació sexual,

identitat o expressió de gènere o característiques sexuals contra les persones LGTBI o les seves famílies (Art. 94.3 f). Com a infracció molt greu es preveu, entre d'altres, el fet de convocar, per qualsevol mitjà o procediment, actes públics de qualsevol mena que tinguin per objecte de promoure, fomentar o incitar directament o indirecta a la discriminació, a l'odi, l'hostilitat o la violència contra les persones per motius d'orientació, identitat sexual o expressió de gènere o característiques sexuals (Art. 94.4 e).

Quan la infracció s'hagi comès a través de tecnologies de la informació i la comunicació (TIC), s'acordarà la retirada dels continguts. En els casos en què, a través d'un portal d'accés a Internet o servei de la societat de la informació, es difonguin exclusivament o preponderantment els continguts als quals es refereix l'apartat anterior, se n'ordenarà el bloqueig de l'accés o la interrupció de la prestació (Art. 96.4). Aquest article recull la previsió homòloga de l'Article 510.6 del CP. Quant a la graduació de la sanció, s'haurà de considerar la reparació voluntària dels danys i perjudicis causats, o l'esmena dels fets que van donar lloc a la comissió de la infracció, sempre que això es produeixi abans que sigui adoptada la resolució definitiva en el procediment sancionador. En el cas de continguts publicats a Internet o a les xarxes socials, s'entendrà per reparació voluntària la retirada definitiva del contingut publicat justament amb la disculpa per haver-lo difós, sempre que això es produeixi dins el termini d'un dia des de la notificació de la incoació de l'expedient sancionador (Art. 97.1 k).

L'anunci del registre de la referida Proposició de Llei LGTBI estatal va [generar debat sobre el seu règim sancionador](#), que preveu que l'Administració pugui retirar continguts divulgats a Internet sense una intervenció judicial. Les posicions contràries a això alertaven del risc per la llibertat d'expressió de legitimar aquesta potestat de l'Administració sense una supervisió judicial. Les veus més crítiques van qualificar aquesta mesura d'anticonstitucional, en la mesura que l'Article 20.5 de la Constitució preveu la necessitat de resolució judicial pel “*segrest de publicacions, gravacions i altres mitjans d'informació*”.

En sentit contrari, es va justificar que totes les recomanacions internacionals insten a establir eines diverses i proporcionades per no polaritzar la intervenció per a combatre el “discurs d'incitació a l'odi”. En no fer-ho, es cau en un escenari de no-intervenció/impunitat dels continguts divulgats a Internet, o bé de càstig mitjançant el Codi Penal, amb penes de fins a 4 anys. D'altra banda, un circuit de retirada de continguts d'Internet anàleg al que proposava la Proposta de Llei havia passat el filtre de constitucionalitat en la llei prèvia. En concret, la [Llei 34/2002](#), de l'11 de juliol, de Serveis de la Societat de la Informació. El 27/11/18 va ser registrat el Projecte de Llei per la qual es modifica el text refós de la Llei de Propietat Intel·lectual. Aquesta reforma ha suscitat el [rebuig d'aquest mateix sector crític](#), perquè s'elimina la figura del jutge per a determinar la retirada de continguts denunciats per infracció de la normativa sobre propietat intel·lectual (Art. 195.2).

A escala europea, a Alemanya, s'ha desenvolupat un debat similar sobre la retirada de continguts d'Internet i el risc de censura indeguda a partir d'adopció de la denominada [Llei NetzDG](#), en vigor des de gener de 2018. Aquesta llei preveu la retirada de continguts quan es tracti de *fake news* i de “discurs d'incitació a l'odi” i preveu la imposició d'importants multes a les plataformes intermediàries d'Internet que no els retirin en 24 hores. El debat segueix obert i la seva

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

resolució dependrà probablement de l'aplicació pràctica que es faci d'aquestes lleis, així com dels circuits administratius dissenyats per la retirada de continguts i del grau que incorporin de transparència, participació i garanties de les persones físiques i jurídiques sancionades per l'Administració, que podria incloure la incorporació d'una figura judicial de tutela dels drets fonamentals en el circuit.

XVI

Conclusions: criteris per l'aplicació de l'Article 510 CP

A tall d'aportació al debat col·lectiu que es proposava a la introducció del present estudi sobre el balanç en l'aplicació de l'Article 510 CP en termes d'eficiència, de cultura democràtica i de promoció dels drets, es proposa una sèrie de criteris que poden ser útils en l'aplicació pràctica d'aquest article:

Internacional

a. Criteris sobre limitació de la llibertat d'expressió

- La promoció de la llibertat d'expressió implica promoure condicions perquè tots els sectors socials facin sentir les seves veus, no per l'extensió de restriccions d'aquestes.
- L'efectivitat de la llibertat d'expressió és necessària per a la consecució d'altres drets fonamentals.
- La llibertat d'expressió només es pot limitar per motius previstos per la Llei, concretament els previstos en els Articles 19 i 20 del PIDCP i l'Article 4 del CERD. Aquests articles han de ser interpretats segons les recomanacions dels seus respectius Comitès, que contenen interpretacions autoritzades i obligacions concretes per als Estats.
- Tota sanció amb la qual es restringeixi la llibertat d'expressió haurà d'estar prevista per Llei, de manera clara i previsible, obeir a una finalitat constitucional legítima i ser proporcionada.
- Sempre s'ha d'optar per la sanció menys restrictiva i igualment efectiva.
- El TEDH estableix l'exigència que la sanció sigui necessària des d'un punt de vista democràtic (*"social pressing need"*). Aquesta exigència es tradueix en una anàlisi o un balanç dels drets individuals que es vol protegir amb la sanció a la llibertat d'expressió i els drets col·lectius que seran sacrificats amb la seva imposició.
- L'expressió política i el debat sobre qüestions d'interès públic estan especialment protegits, deixant poc marge als tribunals nacionals per la seva restricció. Es permet que l'expressió política pugui incórrer en certes dosis d'exageració i provocació.
- La sàtira i la creació artística s'han d'interpretar en el seu propi registre. En aquest camp, els tribunals nacionals també disposen de poc marge per la seva restricció.

- La sanció d'actes d'expressió amb penes de presó només és justificable en casos molt excepcionals. Les penes de presó, encara que es deixin en suspens, poden tenir un efecte inhibitor indesejat del discurs. Les sancions contra el “discurs d'incitació a l'odi” hauran de ser dissuasives, efectives i proporcionades.
- S'ha d'evitar que la redacció de les prohibicions que afecten l'exercici de la llibertat d'expressió, tant per l'ambigüitat de la seva formulació com per la severitat de les seves penes, generi un efecte inhibitor o d'autocensura (“*chilling effect*”).
- Les sancions a la llibertat d'expressió han de respondre a un criteri de triple graduació: ha d'existir un primer nivell, de discurs que xoca o molesta, que té cobertura sota la llibertat d'expressió; un segon nivell que s'ha de restringir mitjançant sancions civils o administratives; i un tercer nivell que, per la seva gravetat, legitima la intervenció del dret penal.
- L'Estat haurà de justificar la finalitat de cada restricció, la seva idoneïtat per a neutralitzar el caràcter nociu del missatge, la proporcionalitat de la sanció i la seva necessitat en termes democràtics.

b. Obligacions sobre prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”

- Els Estats tenen l'obligació legal de lluitar contra el “discurs d'incitació a l'odi” d'acord amb les convencions internacionals, de les quals emana la seva obligació d'actuar proactivament en la defensa de determinats valors, com la igualtat i la dignitat, així com la protecció de les “minories”. Aquests convenis imposen també la consideració de determinades conductes com a delictes.
- A escala europea, el Protocol Addicional al Conveni sobre Cibercriminalitat i la Decisió Marc 2008/013/JAI obliguen els Estats part a castigar com a delictes algunes conductes.
- La redacció d'aquests delictes ofereix un cert marge als Estats per a fixar les premisses sota les quals es penalitzaran aquestes conductes. També ofereixen un cert marge de maniobra a l'hora d'imposar les penes de determinades conductes.
- El sector privat està igualment compromès amb la protecció dels drets humans i existeix legislació administrativa específica (europea i nacional) que prohibeix els continguts discriminatoris en el comerç electrònic i en el sector audiovisual.
- La prohibició del “discurs d'incitació a l'odi” no es projecta només cap a la responsabilitat dels individus. Les persones jurídiques també són responsables, inclús en l'àmbit penal, i existeix l'obligació legal dels Estats d'actuar contra les organitzacions que es dediquen a la propaganda discriminatòria.
- Les eines legals de restricció de la llibertat d'expressió, inclosa la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”, no han de ser utilitzades per a emmordassar la crítica i el dissens polític o religiós, ni per a prendre represàlies contra dissidents o activistes de drets humans.

c. Criteris sobre prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”

- El “discurs d'incitació a l'odi” no té una definició consensuada a escala internacional

però, malgrat això, la definició de l'ECRI de 2015 gaudeix de gran acceptació. Aquesta conté els dos grans eixos de prohibició: el d'incitació i el de denigració.

- La prohibició legal del “discurs d'incitació a l'odi” té per objectiu la protecció dels col·lectius especialment vulnerabilitzats i històricament oprimits.
- El fonament de la sanció del “discurs d'incitació a l'odi”, sobretot si és penal, provindrà del contingut en si del discurs, però sobretot, dels seus efectes potencials. En concret, la seva capacitat de generar o reforçar un estat d'opinió que comporti el risc de traduir-se en actes d'hostilitat, discriminació o fins i tot violència contra col·lectius diana. La imminència i la probabilitat del dany són criteris a tenir en compte.
- El “discurs d'incitació a l'odi” pot adoptar formes explícites i implícites d'expressió, i no exclou l'ús burlesc i insultant. La seva comunicació pública és un requisit.
- Els criteris generals sobre restricció de la llibertat d'expressió són d'aplicació a la prohibició del “discurs d'incitació a l'odi”. Això inclou els continguts divulgats a Internet.
- Cal afegir a aquests criteris que, quan es tracti de continguts que vulnereu la dignitat i la prohibició de discriminació dels col·lectius vulnerabilitzats, els límits de la llibertat d'expressió seran més restrictius.
- En la “prohibició del discurs d'incitació a l'odi” també ha d'existir la triple graduació: un primer nivell de no-intervenció sancionadora, l'anomenat “discurs d'incitació a l'odi” no punible, aquell que inquieta en termes de convivència, però que no és legítim restringir; un segon nivell de sancions civils i administratives; i un tercer nivell de sanció penal.
- El denominat “test de 7 parts” del Relator de Nacions Unides sobre llibertat d'expressió (veure apartat 8.1) desglossa 7 criteris per a analitzar si un discurs s'ha de considerar “discurs d'incitació a l'odi”: la gravetat del discurs, la seva intencionalitat, el contingut o forma del discurs, la capacitat de divulgació del missatge, la probabilitat de l'efecte nociu, la imminència del dany i el context.
- Un d'aquests criteris, el dels potencials efectes del discurs, prové del criteri dels tribunals nord-americans denominat “perill clar i imminent (*“clear and present danger”*)”.
- La Observació General número 34, del Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides, ofereix interpretacions autoritzades de termes clau com “odi” o “hostilitat”.
- La intencionalitat de l'autor a l'hora d'emetre el missatge és un dels criteris determinants. Aquesta s'haurà de deduir d'elements objectius. Caldrà diferenciar els actes espontanis i aïllats de les estratègies deliberades.
- El context és igualment un criteri determinant: si bé el contingut del missatge és rellevant, té més transcendència l'entorn receptor d'aquest. El context concret s'ha d'interpretar en termes amplis. Tindrà en compte aspectes negatius, com les tensions prèvies, o el moment polític, etc., i aspectes positius, com la capacitat del col·lectiu diana de respondre a aquests discursos i les aliances amb què compta per a neutralitzar-ne l'efecte nociu.

Estatal

a. Criteris generals sobre interpretació de les normes

- L'Article 1 de la Constitució espanyola defineix els valors superiors de l'ordenament jurídic espanyol, entre els quals es troben la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític. Aquests valors han de guiar l'actuació de tots els poders públics, incloent-hi el poder judicial. Els principis generals del Dret són font de l'ordenament jurídic (Art. 1 Codi Civil).
- La Constitució espanyola obliga que les normes relatives als drets fonamentals siguin interpretades a la llum dels Convenis Internacionals ratificats per l'Estat espanyol (Art. 10.2 i 96.1 CE).
- La interpretació de les normes s'haurà de guiar pel sentit propi de les seves paraules, en relació amb el context, els antecedents històrics i legislatius, i la realitat social del temps en què han de ser aplicades, atenent fonamentalment a l'esperit i la finalitat d'aquelles (Art. 3 Codi Civil).

b. Principis rectors de la jurisdicció penal

- Principi de legalitat (previsibilitat i accessibilitat).
- Principi d'intervenció mínima (legitimitat de l'actuació penal només quan les mesures d'altres jurisdiccions no siguin suficients o efectives).
- Principi d'ofensivitat o de lesivitat (la punició només estarà justificada quan es lesionin o es posin en perill béns jurídics rellevants).

c. Elements de context

Sobre la restricció de les llibertats fonamentals

- A l'Estat espanyol, des del 2015, s'han aprovat una sèrie de lleis i de modificacions legals que han restringit drets fonamentals i han criminalitzat d'expressió política de la protesta. N'és un clar exponent la Llei de Seguretat Ciutadana de 2015. A més del contingut de les lleis, l'aplicació que se n'ha fet també ha navegat en la direcció de la restricció de drets fonamentals. L'aplicació del delictes d'enaltiment del terrorisme de forma arbitrària i extensiva ho exemplifica.
- L'Estat espanyol ha estat sancionat per diverses ingerències indegudes a la llibertat d'expressió, moltes d'elles per censurar crítiques de contingut polític per part d'activistes, com en l'assumpte Stern Taulats i Roure Capella c. Espanya de març de 2018, o l'assumpte Toranzo Gómez c. Espanya de novembre de 2018.
- L'Article 510 CP, en els darrers temps, s'ha aplicat per la protecció indeguda a col·lectius no vulnerabilitzats, com els cossos policials. També s'ha començat a aplicar per a criminalitzar a activistes en la seva acció comunicativa de denúncia política. El seu ús ha evidenciat un alt grau de politització d'aquest article, així com el desconeixement generalitzat de les seves pautes interpretatives, internacionals i nacionals, per part dels operadors jurídics.

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

Sobre les crítiques al redactat actual de l'Article 510 CP

- La redacció de l'Article 510 CP, en alguns punts, s'allunya de les previsions de la Decisió Marc 2008/013/JAI. Aquesta permetia la possibilitat de tipificar conductes de manera menys restrictiva amb la llibertat d'expressió. Per exemple, en el fet de supeditar la condemna de delictes racistes o xenòfobs contemplats en el seu Article 1 al seu potencial de donar lloc a pertorbacions de l'ordre públic o al fet que siguin amenaçadores, abusives o insultants.
- La redacció de l'Article sorgida de la reforma del Codi Penal de 2015 ha ampliat de forma extensiva les conductes prohibides.
- L'Article està redactat de manera ambigua i utilitza diversos conceptes jurídics indeterminats que provoquen inseguretats jurídica en la seva aplicació. Aquesta redacció, juntament amb la manca d'interpretacions jurisprudencials autoritzades i consolidades, obre la porta a una aplicació equivocada i arbitrària del seu contingut.
- En tractar-se de la punició d'actes preparatoris, cal interpretar el seu contingut en clau restrictiva. La intencionalitat i l'impacte potencial hauran de ser criteris determinants.
- El fet que la sanció per aquest delictes interfereixi amb l'exercici d'un dret fonamental com la llibertat d'expressió suggereix igualment una interpretació restrictiva i fruit d'una anàlisi exhaustiva de les dades del cas concret, així com la ponderació dels drets en col·lisió.
- L'elevada penalitat, quan es tracta de divulgació del “discurs d'incitació a l'odi” mitjançant les xarxes socials, amb penes de fins a 4 anys de presó, imposa igualment un criteri restrictiu. La mateixa Fiscalia especialitzada està suggerint la reforma de l'Article 510 CP per a modular-ne les penes en determinats casos, així com per a preveure l'aplicació de penes alternatives.
- L'Article 510 CP no ofereix la possibilitat de penes alternatives que permetin d'adaptar i graduar la resposta sancionadora.
- L'Article 510 CP, malgrat que ho podria haver fet, va ometre la incorporació d'una clàusula d'adequació que explicités l'exclusió de la producció artística o científica.
- La pena accessòria que comporta aquest Article és molt elevada i aboca a l'enjudiciament indegut d'aquests delictes davant les Audiències Provincials. La decisió de cenyir aquesta pena accessòria tan sols a l'àmbit docent és molt discutible.

Sobre la pràctica dels operadors jurídics

- La resposta de l'Estat contra el “discurs d'incitació a l'odi” s'està dirigint cap als responsables individuals, però no cap a persones jurídiques que el promouen, com els mitjans de comunicació, els partits polítics, les institucions religioses o les empreses, entre d'altres.
- La judicatura acostuma a ser reticent a donar importància i a desplegar recursos per a investigar i sancionar els delictes d'odi, inclòs el “discurs d'incitació a l'odi”.
- La jurisprudència dictada fins avui revela que no sempre es tenen en compte la normativa i els estàndards internacionals en la penalització del discurs d'odi.

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

- La manca de penes alternatives i l'alta penalitat de l'Article 510 CP poden provocar que algunes de les condemnes dictades per “discurs d'incitació a l'odi” acabin sent revocades pel TEDH, no per la legitimitat del seu contingut, sinó per la desproporció de la sanció aplicada. Aquestes sentències poden provocar l'efecte contraproductiu d'avaluar determinats discursos nocius.

Sobre el desconeixement del fenomen del “discurs d'incitació a l'odi”

- Existeix un desconeixement generalitzat de quin tipus d'expressions es poden considerar “discurs d'incitació a l'odi” punible i quines no. Aquest desconeixement té el doble efecte d'alimentar la infradenúncia de les persones agreujades, i la de generar autocensura per la por de no saber quin és el límit de què es pot expressar. La manca de divulgació de les sentències condemnatòries col·labora a aquest desconeixement.
- A l'Estat espanyol, el dèficit de mecanismes efectius de recollida, comparació i anàlisi de dades impedeix conèixer i dimensionar l'impacte del fenomen: qui emet el “discurs d'incitació a l'odi”, quin tipus de discursos prevalen i contra quins col·lectius, quina lògica segueix la rèplica d'aquests discursos, quina xifra d'infradenúncia existeix, quants casos s'aconsegueix condemnar, amb quin tipus de reparacions s'està reparant a les víctimes / supervivents, etc.
- Donat que no es realitza una anàlisi sobre la tipologia de sentències dictades, no es pot avaluar ni l'efectivitat de les reformes legals aprovades ni l'adequació de l'actuació dels operadors jurídics.
- Es desconeix igualment l'eventual grau de reincidència dels autors condemnats.

Sobre la falta de prioritització dels drets de les víctimes/supervivents

- Donat que no es realitzen enquestes de victimització, es desconeix el grau de satisfacció de les persones i dels col·lectius agreujats respecte d'aquests resultats judicials. Es desconeix quin tipus de reparacions s'està atorgant a les víctimes/ supervivents, tant simbòliques com econòmiques. També es desconeix l'adopció de mesures que assegurin la garantia de no repetició.

Sobre l'escassetat i la descoordinació de les eines legals d'altres jurisdiccions

- L'Estat espanyol no compleix el criteri de la triple graduació en la sanció dels excessos de la llibertat d'expressió, que implicaria disposar de mesures graduals, integrals i compatibles entre sí que seguissin els criteris d'a) no intervenció, b) sanció civil o administrativa i c) sanció penal.
- La jurisdicció administrativa cobreix només algunes conductes a àmbits específics.
- La jurisdicció civil està enfocada a la protecció de l'honorabilitat en clau de reputació.

Bibliografia i documents clau

AGÈNCIA EUROPEA PELS DRETS FONAMENTALS – FRA, *Combating hate crimes in the EU, giving victims a face and a voice*, FRA, Vienna, 2013. [en línia]. <https://fra.europa.eu/en/press-release/2013/combating-hate-crime-eu-giving-hate-crime-victims-face-and-voice>

AGÈNCIA EUROPEA PELS DRETS FONAMENTALS – FRA, *Ensuring justice for hate crime victims: professional perspectives*, FRA, Vienna, 2016. [en línia]. <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/ensuring-justice-hate-crime-victims-professional-perspectives-summary>

AGÈNCIA EUROPEA PELS DRETS FONAMENTALS – FRA, *Hate crime recording and data collection practice across the EU*, FRA, Vienna, 2018. [en línia]. <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/hate-crime-recording>

AGUILAR, M.A. (Dir.), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015. [en línia]. http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/manual_investigacion_delitos_odio.pdf

ALTA COMISSIONADA DE LES NACIONS UNIDES PELS DRETS HUMANS, *Informe A/HRC/22/17/Add.4 Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*, 2017. [en línia]. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf

ALTO COMISIONADO DE LA NACIONES UNIDAS PARALOS DERECHOS HUMANOS, *Informe A/HRC/35/9 Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet: medios de cerrar la brecha digital entre los géneros desde una perspectiva de derechos humanos*, s.l., 2017. [en línia]. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/111/86/PDF/G1711186.pdf?OpenElement>

AMNISTIA INTERNACIONAL, *Toxic Twitter: A Toxic Place For Women*, s.l., Amnistia Internacional, 2018. [en línia]. <https://www.amnesty.org/en/latest/research/2018/03/online-violence-against-women-chapter-1/>

AMNISTIA INTERNACIONAL, *Tuitea... si te atreves*, s.l., Amnistia Internacional, 2019. [en línia]. <https://www.ecestaticos.com/file/26d0219db523cfd1d97a364144fc3ad/1520944268-amnistia-internacional-espana-2018-delitos-terrorismo-ley-mordaza.pdf>

ARTICLE 19, *Self-regulation and 'hate speech' on social media platforms*, Article 19, 2018. [en línia]. https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/Self-regulation-and-%E2%80%98hate-speech%E2%80%99-on-social-media-platforms_March2018.pdf

ASSOCIATION POUR LE PROGRÈS DES COMMUNICATIONS, *Mettre fin à la violence: Les droits des femmes et la sécurité en ligne. Les intermédiaires de l'internet et la violence envers les femmes en ligne. Sommaire et conclusions*, Association pour le progrès des communications, s.l., 2014. [en línia]. https://www.apc.org/sites/default/files/FLOW-CNyst-Summary-FR_Rev_20140725_0_0.pdf

ASSOCIATION POUR LE PROGRÈS DES COMMUNICATIONS, *End violence: Women's rights and safety online. From impunity to justice: Improving corporate policies to end technology-related violence against women*, Association pour le progrès des communications, s.l., 2015. [en línia]. https://www.genderit.org/sites/default/files/flow_corporate_policies_formatted_final_1.pdf

CABO ISASI, A. i GARCÍA JUANATEY, A., *El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*, Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 2016. [en línia]. http://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2015/03/Informe_discurso-del-odio_ES.pdf

CASTILLA JUÁREZ, K., *Crimen de odio, discurso de odio: en el Derecho las palabras importan*, 2018. [en línia]. <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/discriminacio-intolerancia-i-odi/crimen-de-odio-discurso-de-odio-en-el-derecho-las-palabras-importan.php>

CODING RIGHTS, INTERNET LAB, 2017, *Violencias de género na Internet: diagnóstico, soluciones e desafíos*, 2017. [en línia]. https://www.academia.edu/35642655/Viol%C3%AAncias_de_g%C3%AAnero_na_Internet_diagn%C3%B3stico_solu%C3%A7%C3%B5es_e_desafios

COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA – ECRI, *Informe de la ECRI sobre España*, ECRI, Strasburgo, 2018. [en línia]. <https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56cb>

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general N° 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión*, CCPR/C/GC/34, 2011. [en línia]. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f34&Lang=en

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Recomendación general 15 relativa al artículo 4 de la Convención*, A/48/18, 1993. [en línia]. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7487&Lang=en

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Recomendación general 35. La lucha contra el discurso de odio racista*, CERD/C/GC/35, 2013. [en línia]. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f35&Lang=en

DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio. Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia*, Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2018. [en línia]. <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeConceptualDelitosOdio.pdf>

FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA – FAE, *Delitos de odio, Guía práctica para la abogacía*, 2018, FAE, Madrid, 2018. [en línia]. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2018/12/guia-delitos-de-odio.pdf>

FUNDACIÓN SECRETARIATO GITANO, *Guía para combatir el discurso de odio*, Fundación Secretariado Gitano, Madrid, 2017. [en línia]. <https://www.gitanos.org/upload/96/00/GUIA-COMBATIR-DISCURSO-ODIO-FSG.pdf>

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art.510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2016. [en línia]. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>

IGANSKI, P., *Hate Crimes Hurt More*, American Behavioral Scientist, 45(4), 2001, pp. 626-638.

INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, SOS RACISME, SPORA, *Serveis d'entitats i administracions de Barcelona per a víctimes de delictes d'odi*, Institut de Drets Humans de Catalunya/SOS Racisme, Barcelona, 2017. [en línia]. https://www.idhc.org/arxius/recerca/Serveis_victimes-delictes_odi_v3.pdf

INSTITUT DxE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, SOS RACISME, UNITED EXPLANATIONS, *Ciberespect. Guía práctica de intervención en línea para ciberactivistas*, Ecos do Sur, s.l., 2017. [en línia]. <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/discriminacio-intolerancia-i-odi/ciberespect-guia-practica-de-intervencion-en-linea-para-ciberactivistas.php>

KAYE D., *Informe A/HRC/29/32 del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, s.l., 2011. [en línia]. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/095/88/PDF/G1509588.pdf?OpenElement>

LA RUE F., *Informe A/HRC/17/27 del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Principios generales sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión e Internet*, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, s.l., 2011. [en línia]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1>

LA RUE F., *Informe A/67/357 del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, 2012. [en línia]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1>

MCDONALD S., HOGUE A. *Étude des besoins des victimes de crimes motivés par la haine*, Ministerio de Justicia de Canada, s.l., 2007. [en línia] https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/rr07_vic1/rr07_vic1.pdf

MINISTERIO DE INTERIOR, *Instrucción 16/2014. Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación*, 2014. [en línia] <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/PROTOCOLO+ACTUACION/99ef64e5-e062-4634-8e58-503a3039761b>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA – UNESCO, *Combattre les discours de haine sur Internet*, UNESCO, París, 2015. [en línia] <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000234620>

ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA – OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio, Guía Práctica*, OSCE, s.l., 2009. [en línia] <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/legislacionDelitosVinculando.pdf>

ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA – OSCE, *Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms A Practical Guide*, OSCE, s.l., 2014. [en línia] <https://www.osce.org/odhr/datacollectionguide>

RELATORIA ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos A/HRC/38/47*, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, 2012. [en línia]. <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/38/47&Lang=S>

SIMONOVIC D., *La violencia en línea contra las mujeres en México*, s.l., Coalición Internet es nuestra México, 2017. [en línia]. <https://www.apc.org/es/pubs/informe-la-violencia-en-l%C3%ADnea-contra-las-mujeres-en-m%C3%A9xico>

TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Internet: la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, s.l., 2015. [en línia]. https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_FRA.pdf

UNIVESRITAT DE GIRONA, *Trabajar con víctimas de delitos de odio antiLGTB. Manual práctico*, Universidad de Girona, s.l., 2015. [en línia]. http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicos/09lgtbi/Servei_Atencio_Integral/Trabajar_con_victimas_de_delitos_de_odio_anti-LGTB_Manual_practico.pdf

