

LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ I DELICTES D'ODI

El discurs de l'odi com a excusa

Joaquín Urías



Activistes per la llibertat d'expressió davant d'un cordó policial en una manifestació a Barcelona. Fotografia: Jordi Borràs

El discurs de l'odi sembla acaparar tot el debat de la llibertat d'expressió des que va començar al segle XXI. Fins llavors, la principal preocupació havia estat com garantir el dret davant els intents de censura. Darrerament, es manifestava amb especial virulència sota la forma de prohibició de la pornografia o la immoralitat i els estudiosos de la llibertat d'expressió s'esforçaven en garantir la llibertat artística i augmentar les manifestacions permeses de crítica cap al poder. No obstant això, amb el canvi de segle sembla sorgir una ona restrictiva i, de sobte, la major preocupació social no és tant ampliar l'espai per a la crítica com protegir la comunitat enfront dels discursos totalitaris o discriminadors.

Aquest canvi de paradigma és sorprenent. Tot d'una ha calat en les nostres societats una sensació de perill davant dels excessos del lliure discurs i els riscos de la manipulació mediàtica i informativa. El públic està disposat com mai no ho ha estat abans a prohibir la lliure difusió d'idees que li resultin xocants i perturbadores. Creix la consciència sobre els perills que cadascú digui el que vulgui, ignorant potser de pas els terribles perills d'atribuir al poder públic la legitimitat de controlar quines idees poden circular.

Evolució històrica

La noció de discurs d'odi és nova, però històricament tots els sistemes jurídics han establert mecanismes per perseguir el discurs dissident. Qui s'aparta de la veritat oficial rarament ha

tingut protecció a l'hora d'exposar i difondre públicament les seves idees. Ni tan sols en els règims més garantistes de la lliure expressió: a l'Atenes clàssica l'única excepció al dret d'expressar-se lliurement a l'assemblea eren les expressions que posaven en dubte els principis essencials de la ciutat. A França, després de la Revolució, s'aprova al 1797 l'ordre d'afusellar qui donés públicament suport a la tornada de la monarquia. Als Estats Units, un cop aprovada la primera esmena, entra en vigor la *Sedition Act* de 1798 que condemna l'apologia de potències estrangeres.

La novetat de l'adveniment del discurs de l'odi com a nou enemic és que aquesta vegada la prohibició de contradir públicament determinades idees fundacionals del sistema polític apareix justificada en el respecte a valors vinculats amb els drets humans i la dignitat.

Jurídicament, la noció sorgeix a partir d'una recomanació del Consell d'Europa de 30 d'octubre de 1997. Estableix que els Estats han d'actuar contra "totes les formes d'expressió que propaguen, inciten o promouen l'odi racial, la xenofòbia, l'antisemitisme o altres formes d'odi basades en la intolerància". La formulació mateixa d'aquesta recomanació posa en evidència el nucli conflictiu de l'assumpte: la primera vegada que es planteja combatre l'odi ja s'accepta que s'ha de fer impedint formular determinades expressions. La idea de la necessitat de frenar la propagació de l'odi racial i la intolerància neix per limitar la llibertat d'expressió.

La noció de discurs d'odi és nova, però històricament tots els sistemes jurídics han establert mecanismes per perseguir el discurs dissident; la novetat és que aquesta vegada la prohibició de contradir públicament determinades idees del sistema polític apareix justificada en el respecte a valors vinculats amb els drets humans i la dignitat

L'expressió 'discurs de l'odi' és una traducció de l'anglesa *hate speech*, que no té cap cabuda en la teoria nord-americana de la llibertat d'expressió. Com és sabut, als Estats Units la interpretació de la primera esmena constitucional ha donat lloc a un sistema profundament permissiu en què és inimaginable establir límits apriorístics a cap discurs públic.

A Europa, però, algunes de les constitucions aprovades després de la Segona Guerra Mundial han mantingut sempre com un límit a la llibertat d'expressió la propagació d'idees totalitàries, especialment les vinculades al nazisme i la negació de l'Holocaust. Això és, notablement, el que passa a Alemanya, i s'explica perquè en el moment en què entra en vigor la Llei Fonamental de 1949 la catàstrofe de la Segona Guerra Mundial està tan recent com l'apogeu de l'estat nacionalsocialista, i el país es troba immers en un procés de desnazificació. La Constitució, que s'aprova expressament com una manera de superar l'etapa totalitària, configura, en aquestes circumstàncies tan concretes, una democràcia

militant en la qual no hi té cabuda la lliure difusió d'idees contràries al nou model democràtic.

La intenció de superar les experiències dictatorials es percep clarament a Alemanya i Àustria, però també a Itàlia i fins i tot a França. El Consell d'Europa i, sobretot, el mateix Conveni Europeu de Drets Humans, sorgeixen com a resposta al nazisme. La defensa del nazisme i les seves manifestacions racistes i antisemites s'imposen com l'única excepció a una àmplia llibertat d'expressió.

La paradoxa de la tolerància

La justificació per a aquesta excepció es vol trobar en el que s'ha anomenat la paradoxa de la tolerància, relativa a la quantitat de llibertat d'expressió que poden suportar les societats obertes sense posar en risc el seu status quo. Escrivint l'any 1945, amb l'experiència nazi molt recent, Karl Popper creu que en principi s'ha d'intentar contrarestar les concepcions filosòfiques intolerants mitjançant arguments racionals exposats en el lliure debat, però quan aquestes aspiren a imposar-se a través de la força, reclama el dret a no tolerar els intolerants. Defensa llavors que els moviments violents que prediquen la intolerància quedin al marge de la llei i es consideri delictiva la incitació a la intolerància.

Amb això, Popper formulava des de la perspectiva democràtica la tendència eterna del poder públic a prohibir els discursos contraris a l'ordre establert. Aquestes teories resulten especialment atractives en el context actual, en què idees antidemocràtiques difoses de manera populista, mitjançant la mentida i sense permetre l'adequat contrast, amenacen amb resultar convincents per a amplis sectors de població.

El risc d'aquesta situació és evident fins i tot sense necessitat de remuntar-se al nazisme. L'experiència de les massacres de Bòsnia i Rwanda, a l'última dècada del segle XX, demostra clarament el poder de la manipulació ideològica sobre part de la població, que comporta fins i tot l'intent d'aniquilació massiva d'una altra part. En tots aquests casos, els grups socials que tenien el poder i el control dels mitjans de comunicació els van usar deliberadament per induir a l'extermini físic dels seus rivals. No obstant això, també és important assenyalar que l'experiència demostra que en aquests casos haguessin resultat inútils les mesures constitucionals restrictives de determinades ideologies. Aquest tipus de normes mai no són efectives enfront dels que tenen el poder, que són precisament els encarregats d'aplicar-les. Si el poder polític i els jutges decideixen quines idees són antidemocràtiques, difícilment hi inclouran les que ells mateixos defensen. Faran servir aquest poder per retallar la difusió d'idees alternatives, però no de les més perilloses. Un jutge nazi veurà més perill en permetre a un jueu criticar els nazis que en el discurs dels que pensen com ell.

La difusió interessada d'idees discriminatòries és un risc existent per a les nostres societats, però la seva prohibició jurídica no és la solució de res.

De fet, els riscos de la idea de discurs d'odi per al pluralisme són molt superiors als seus

eventuals beneficis. La definició del Consell d'Europa de 1997 abans esmentada busca perseguir qui fomenti deliberadament el racisme i la xenofòbia, però també "tota forma d'intolerància". Com que la intolerància és un concepte subjectiu (sempre la veiem a la contra, mai en les nostres pròpies posicions) aquesta clàusula general permet perseguir qualsevol idea que els poders públics considerin radical. Una cosa semblant passa amb la Decisió Marc 2008/913/JHA del Consell d'Europa, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal, que és la norma fonamental sobre aquesta qüestió. La Unió Europea es refereix aquí a la necessitat de castigar "la incitació pública a la violència o a l'odi dirigits contra un grup de persones o un membre d'aquest grup, definit en relació amb la raça, el color, la religió, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic". A l'odi racial i la xenofòbia se li afegeix ara l'odi religiós. Això obre una porta perillosa.

La difusió d'idees discriminatòries és un risc existent per a les nostres societats, però la seva prohibició jurídica no és la solució de res. Els riscos per al pluralisme són molt superiors als eventuals beneficis

La vinculació entre raça i religió, encara que pugui explicar-se en un context de creixement de la islamofòbia i l'antisemitisme, suposa un canvi qualitatiu: si inicialment es perseguien discursos de rebuig a la naturalesa pròpia de les persones, definida per la seva raça o origen, ara també es combat el rebuig a les creences dels altres. No obstant això, mentre que l'odi racial nega l'essència de l'ésser humà, l'animadversió contra les creences alienes pot basar-se en una dissidència ideològica. No es pot discrepar que algú sigui persona pel color de la seva pell, però sí que és legítim discrepar al voltant de l'existència de determinat déu. El centre de gravetat del discurs de l'odi deixa d'estar en la dignitat humana i passa a integrar una idea difusa de tolerància per la qual no és acceptable cap discurs extrem. Ja no es tracta de combatre la discriminació, sinó d'un suposat dret a no veure les pròpies idees confrontades de manera radical.

La situació a Espanya

A Espanya, els fonaments constitucionals de la llibertat d'expressió són diferents a la resta d'Europa occidental. La transició espanyola cap a la democràcia, sense ruptura jurídica amb la dictadura, es construeix sobre la base que en la nostra societat tenen cabuda totes les idees, fins i tot les totalitàries. En el nostre sistema democràtic, construït a l'últim quart de segle XX, les idees no poden qualificar-se de nocives. S'ha posat de manifest quan la qüestió s'ha plantejat davant del Tribunal Constitucional, tant des de la perspectiva de la possibilitat d'apologia de determinades idees –en especial les vinculades a actes terroristes– com des de la visió de prohibir el negacionisme o la banalització de l'Holocaust.

Pel que fa al terrorisme, el Tribunal Constitucional va concloure que la manifestació

pública, en termes d'elogi o d'exaltació, d'un suport o solidaritat moral o ideològica amb determinades accions delictives, no pot ser confosa amb aquestes activitats, ni entendre's en tots els casos com a inductora o provocadora de tals delictes. Pel que fa a l'espai disponible per opinar sobre l'Holocaust jueu, s'ha limitat a introduir algunes precaucions. No cal perseguir la simple negació de l'Holocaust, però sí afirmacions amb connotació racista i antisemita que suposin una incitació antijueva. Quant als insults, constitueixen un atemptat a l'honor si s'efectuen en descrèdit i menyspreu de les víctimes. Per això, es poden castigar penalment missatges racistes que fan apologia dels botxins, glorificant la seva imatge i justificar els seus fets, en tant que impliquen a més insult o humiliació de les víctimes.

La idea de discurs d'odi ha calat també al nostre sistema sota la categoria d'incitació indirecta, que al·ludeix al discurs que provoca el rebuig de determinats grups creant el perill de generar un clima de violència i hostilitat

Així, la Constitució espanyola estableix una clara distinció entre el que prohibeix o permet la llei i el que és digne de respecte per a la "moral cívica d'una societat oberta i democràtica". Hi ha idees que no poden merèixer una sanció legal, però que, tot i així, repel·leixen la moral democràtica. Tot i que el Conveni Europeu de Drets Humans admet en el seu article 17 excepcions a la llibertat d'expressió, quan aquesta es faci servir contra els valors emanats dels drets humans, en el règim espanyol de 1978 no hi ha cap excepció similar i no es pot limitar la lliure expressió per aquest motiu. En el món de les idees no és possible prohibir-ne cap, fins que no causen un dany efectiu i immediat. En canvi, els continguts comunicatius que s'emeten per causar un dany a una altra persona -ja sigui directament mitjançant l'insult o l'amenaça, ja sigui mitjançant la incitació a tercers- no formen part de la llibertat d'expressió que es limita a assegurar la lliure circulació d'idees rellevants aptes per obrir debats socials sense incidència directa sobre la realitat.

En qualsevol cas, la idea de discurs d'odi ha calat també en el nostre sistema. Ho ha fet sota la forma de la categoria 'incitació indirecta', que al·ludeix al discurs que provoca el rebuig de determinats grups creant un cert perill de generar un clima de violència i hostilitat que pugui concretar-se en actes específics de discriminació. Amb aquesta idea, Espanya ha desenvolupat la Decisió Marc europea en un article del codi penal, el 510 bis, que arriba a castigar el simple foment de l'odi. Fins i tot si es dirigeix contra algú no només per la seva pertinença a un grup sinó fins i tot per la seva ideologia o creences. En definitiva, es penalitza a qui incrementa l'odi contra qualsevol altra persona.

Aquesta formulació ha convertit al nostre sistema en un laboratori perfecte sobre els riscos que comporta la idea de discurs d'odi. La decisió sobre si un idea expressada en públic és o no susceptible de crear odi d'una manera prou rellevant com per merèixer el retret penal només pot aconseguir-se des dels propis valors ideològics del jutge que ho valori. Una vegada desapareix l'enunciat estricte dels motius i es persegueix el mer fet de fomentar

qualsevol tipus d'odi, el jutge no té cap altre element de valoració que la mateixa ideologia de la qual difícilment es pot desprendre. Això val també per al Tribunal Constitucional.

El 2015, el TC va castigar uns independentistes catalans per cremar una foto oficial dels reis. Ho va justificar adduint que el fet de “cremar públicament el retrat dels monarques és un acte no només ofensiu sinó també incitador a l'odi, en la mesura en què la cremació de la seva imatge física expressa, d'una manera difícilment superable, que són mereixedors d'exclusió i d'odi”. És a dir, que la definició de delictes d'odi, sorgida inicialment per protegir categories especialment vulnerables de població, acaba utilitzant-se per limitar la llibertat d'expressió dels que expressen el seu rebuig cap al sistema polític vigent.

Un any després, el TC va emparar la condemna a un polític basc per col·locar, durant un homenatge públic, unes flors sobre el retrat d'un terrorista mort trenta anys enrere. Ho justifica argumentant que el sol fet de participar a l'homenatge va ser una expressió d'odi basat en la intolerància. I ho argumenta en què es tractava d'un acte de nacionalisme agressiu amb inequívoca presència d'hostilitat cap a altres individus com demostra el fet que, amb ambigüitat calculada, es va parlar d'un suposat conflicte amb l'Estat. En aquest punt, l'odi s'identifica a través dels posicionaments ideològics d'un tribunal que no veu cap conflicte amb l'Estat ni comparteix aquest nacionalisme que li sembla agressiu. En definitiva, el discurs d'odi és utilitzat als tribunals per castigar exercicis ideològics dissidents de les idees defensades pel poder públic, més que no pas per evitar la discriminació de col·lectius vulnerables.

El discurs d'odi és utilitzat als tribunals per castigar exercicis ideològics dissidents més que no pas per evitar la discriminació de col·lectius vulnerables

No es tracta d'un problema anecdòtic ni d'una peculiaritat espanyola. Ontològicament, la idea de discurs de l'odi se sustenta en la persecució del dissident i la imposició de determinats valors com a veritat indiscutible. El fet que la determinació de quins són aquests valors correspongui exclusivament als poders de l'Estat és una conseqüència inexcusable. Gràcies a aquesta figura, els poders públics poden decidir quins valors són imprescindibles des del seu punt de vista per garantir la convivència i estan legitimats per prohibir les manifestacions que hi són contràries.

A hores d'ara, però, la noció ha triomfat de tal manera en les nostres opinions públiques i legislacions que resulta difícil acabar radicalment amb aquesta concepció del discurs de l'odi.

Menys límits a la llibertat d'expressió

Per reconduir la situació en certa manera, el Tribunal Europeu de Drets Humans està desenvolupant una jurisprudència cada vegada més restrictiva de les limitacions possibles a la llibertat d'expressió, conscient dels perills que comporta la tendència de molts estats europeus a qualificar com a “discurs de l'odi” qualsevol expressió ideològica contrària a les opinions i als valors majoritaris.

Ja l'any 2009 va intentar reconduir el concepte reinterpretant què fa referència a formes d'odi basades en la intolerància que es manifesten a través de la discriminació i l'hostilitat contra les minories i els immigrants o persones d'origen immigrant. És a dir, que es persegueixen només els discursos que provoquen hostilitat social contra col·lectius especialment vulnerables. El 2015, davant del cas d'un líder polític turc condemnat a Suïssa per negar el genocidi armeni i presentar-lo com una mentida internacional, el Tribunal assenyalava que va suposar un intent de les autoritats suïsses d'imposar una única manera de pensar i de castigar les opinions dissidents, ja que no s'incloïen expressions insultants i es tractava simplement d'obrir una discussió sobre qüestions polítiques.

El 2018, en el cas d'unes cantants punk condemnades a Rússia per odi religiós degut a la seva vestimenta, els passamuntanyes, els seus moviments corporals i el llenguatge violent utilitzat en una actuació no autoritzada a l'interior d'una catedral, el tribunal va acceptar que, atès que aquest comportament va tenir lloc en una catedral, certes persones podien haver-lo trobat ofensiu. No obstant això, entenia que això no era prou per apreciar incitació a l'odi; caldria acreditar que els actes jutjats podien interpretar-se com una “crida a la violència o com a justificació de la violència, l'odi o la intolerància” i constatar que, per això, “poguessin haver tingut conseqüències perjudicials”. Aquest mateix any va desautoritzar la sentència espanyola sobre la crema de retrats reals assenyalant que s'emmarcava en l'àmbit d'un debat sobre qüestions d'interès públic. Els actes comunicatius eren expressió d'un rebuig de la monarquia com a institució, la qual cosa s'emmarca en l'àmbit de la crítica o dissidència política. Intentar restringir la llibertat d'expressió en casos com aquest, aplicant de manera extensiva l'excepció de discurs de l'odi, suposaria una limitació excessiva que no pot acceptar-se en una societat democràtica.

No es pot perseguir la mera emissió d'idees diferents de les majoritàries ni les meres expressions d'odi. Mentre els nostres tribunals i textos jurídics no assumeixin que una idea mai no pot causar un dany en si mateixa ni, per tant, prohibir-se, hi haurà un espai perquè els poders públics silenciïn les opinions incòmodes

Així, veiem com es comencen a imposar uns límits a la capacitat dels Estats de limitar la llibertat d'expressió dels qui defensen idees dissidents amb l'excusa del discurs de l'odi. Aquesta limitació se sustenta en dos fronts: d'una banda, limitar els delictes d'odi a aquells

que es dirigeixen contra una sector vulnerable de la població. De l'altra, en aquests casos, només es poden castigar els discursos amb rellevància pública si creen un perill imminent de discriminació d'aquests grups. No es pot perseguir la mera emissió d'idees diferents de les majoritàries, ni tampoc les meres expressions d'odi. L'odi és un sentiment legítim, que pot expressar-se lliurement sempre que no es faci amb la intenció de provocar immediatament la discriminació d'un col·lectiu vulnerable.

Aquesta sembla una línia adequada per mitigar les amenaces més immediates contra la lliure expressió. No obstant això, el sistema europeu segueix pagant el peatge contradictori del seu pecat original. Mentre es mantingui l'excepció del nazisme i la negació de l'Holocaust com a idees prohibides, seguirà existint una esquerra per la qual pot colar-se la repressió del dissident. Mentre els nostres tribunals i textos jurídics no assumeixin que una idea mai no pot causar un dany en si mateixa ni, per tant, prohibir-se, hi haurà un espai perquè els poders públics silenciïn les opinions incòmodes.



Joaquín Urías

Joaquín Urías és professor de Dret Constitucional a la Universitat de Sevilla i exlletrat del Tribunal Constitucional durant el període 2004-2010. Doctor en Dret, les seves línies d'investigació s'han centrat especialment en l'estudi dels drets fonamentals i de la llibertat d'expressió, qüestions sobre les quals ha escrit nombrosos articles i llibres, entre els quals *Jurisprudencia constitucional sobre libertad de información*, *La tutela frente a leyes* o *Lecciones de derecho de la información*. El 2010 va ser nomenat director per la Unió Europea del projecte EURALIUS per a la reforma i consolidació de el sistema judicial d'Albània. Ha participat en nombrosos projectes de cooperació internacional, essencialment amb refugiats, a Indonèsia, Geòrgia, Benín, Mèxic, Costa d'Ivori, Haití o Turquia, entre altres països. Col·labora freqüentment com a articulista i expert en diversos mitjans de comunicació.