

Igualdad de trato y no discriminación: Discurso de odio y delito de odio hacia la población migrante y refugiada

Cuadernos sobre el derecho
de asilo en España

Nº 2

CEA(R)
Comisión Española
de Ayuda al Refugiado



LA COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR) ES UNA ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL FUNDADA EN 1979, DE ACCIÓN VOLUNTARIA Y HUMANITARIA, INDEPENDIENTE Y PLURAL. ESTÁ INSPIRADA POR UN PROFUNDO SENTIDO ÉTICO Y POR LOS VALORES DE JUSTICIA, SOLIDARIDAD, LIBERTAD E IGUALDAD. LA DEFENSA DE ESTOS PRINCIPIOS CONSTITUYE SU PRINCIPAL PATRIMONIO, FORTALECE E INSPIRA TODAS SUS ACTUACIONES Y ES LA MOTIVACIÓN ESENCIAL DE SU TRABAJO Y SU EXISTENCIA. SUS CARACTERÍSTICAS SON:

- ES UNA ORGANIZACIÓN DE VOCACIÓN GLOBAL PORQUE, AUNQUE TRABAJA SOBRE TODO EN ESPAÑA, SU ACTUACIÓN SE PROYECTA HACIA TODOS LOS LUGARES DONDE EXISTEN PERSONAS REFUGIADAS, ABORDANDO LAS CAUSAS QUE GENERAN LOS DESPLAZAMIENTOS FORZADOS DE POBLACIÓN.
- ES UNA ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL POR SU ORIGEN, SUS FINES Y SU VOLUNTAD DE TRABAJAR JUNTO CON LA CIUDADANÍA EN LA DEFENSA DEL DERECHO DE ASILO.

SUS OBJETIVOS FUNDAMENTALES SON LA DEFENSA Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ASILO Y DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS REFUGIADAS Y DESPLAZADAS. CEAR ASUME TAMBIÉN LA DEFENSA Y LA PROTECCIÓN DE QUIENES LLEGAN A NUESTRO PAÍS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD O SON APÁTRIDAS.

EL PRESIDENTE DE CEAR ES CARLOS BERZOSA Y LA DIRECTORA GENERAL, ESTRELLA GALÁN. SU ASAMBLEA ESTÁ INTEGRADA POR DIVERSAS ORGANIZACIONES SOCIALES DEFENSORAS DE LOS DERECHOS HUMANOS (IEPALA, ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA, CLUB DE AMIGOS DE LA UNESCO); LAS CENTRALES SINDICALES MÁS REPRESENTATIVAS (CCOO, UGT, USO); ENTIDADES RELIGIOSAS (CÁRITAS ESPAÑOLA, IGLESIA EVANGÉLICA ESPAÑOLA, ASOCIACIÓN MUSULMANA EN ESPAÑA) Y FUERZAS POLÍTICAS DE ÁMBITO ESTATAL (PSOE, PP, IU). ASIMISMO, HAN FORMADO PARTE DE LA MISMA PERSONALIDADES QUE SE HAN DISTINGUIDO A LO LARGO DE SU VIDA POR UNA IRRESTRICTA DEFENSA DEL DERECHO DE ASILO Y DE LAS PERSONAS REFUGIADAS, COMO D. JUAN MARÍA BANDRÉS (PRESIDENTE DE HONOR HASTA SU FALLECIMIENTO), D. JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ, D. JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ UGARTE Y D. RAMÓN MUÑAGORRI.

CEAR PARTICIPA DE MANERA ACTIVA EN IMPORTANTES PLATAFORMAS ESPAÑOLAS Y EUROPEAS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, COMO EL CONSEJO EUROPEO PARA LOS EXILIADOS Y LOS REFUGIADOS (ECRE), LA RED MIGREUROP, EUROMED RIGHTS, EL CONSEJO ESTATAL DE ONG DE ACCIÓN SOCIAL, LA FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA PLATAFORMA DE ONG DE ACCIÓN SOCIAL Y LA RED EUROPEA DE LUCHA CONTRA LA POBREZA Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL.

CEA(R)

Comisión Española
de Ayuda al Refugiado

COORDINACIÓN: Paloma Favieres (CEAR)

REDACCIÓN: María Ludivina Valvidares Suárez, Miguel Ángel Presno Linera y Patricia García Majado.

DISEÑO E IMPRESIÓN: Arcrom

DEPÓSITO LEGAL: M-9440-202

OFICINAS CENTRALES DE CEAR
AVDA. GENERAL PERÓN, 32. 2º DCHA.
28020 MADRID
TF.: 91 598 05 35
FAX: 91 597 23 61
WWW.CEAR.ES



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

Se permite que la obra sea descargada y compartida siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede modificar de ninguna manera ni se puede utilizar con fines comerciales.

Igualdad de trato y no discriminación: Discurso de odio y delito de odio hacia la población migrante y refugiada

Este informe ha sido elaborado por profesorado vinculado a la Clínica jurídica del Máster en Protección Jurídica de las Personas y los grupos vulnerables de la Universidad de Oviedo. Agradecemos a CEAR la oportunidad de esta colaboración.

Oviedo, marzo de 2022

María Valvidares Suárez
Miguel Ángel Presno Linera
Patricia García Majado

María Ludivina Valvidares Suárez.

Licenciada en Derecho por la Universidad de Oviedo y doctora en *Storia e teoria delle costituzione moderne e contemporanee* por la Universidad de Macerata (Italia). Asimismo, ha cursado el Máster en Gestión de Organizaciones No Gubernamentales de cooperación al desarrollo e intervención social de la Universidad de Oviedo. Entre 2018 y 2019 fue técnica de asesoramiento científico en la iniciativa Ciencia en el Parlamento, impulsora de la Oficina de ciencia y tecnología de las Cortes Generales. Ha sido Directora de Área de Responsabilidad social, apoyo a la inclusión e igualdad de la Universidad de Oviedo. En la actualidad es profesora contratada doctora de Derecho Constitucional en dicha Universidad, en la que codirige el Máster en protección jurídica de personas y grupos vulnerables. Es miembro de la ONG acciónredasturies.

Miguel Ángel Presno Linera.

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo. Codirector del Máster en Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables de la Universidad de Oviedo entre 2015-2019 y promotor y coordinador de la Clínica Jurídica del Máster. Miembro del Comité de Ética del Hospital de Jario y del Comité asesor y de seguimiento de la COVID-19 en Asturias. Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (1998-2001) y Asesor del Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes y de la Vicepresidenta

Primera del Gobierno (2004-2007). Compareciente para valorar diferentes iniciativas legislativas en el Congreso de los Diputados, el Senado y los parlamentos de Andalucía, Asturias y Madrid. Editor del blog El derecho y el revés: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>

Patricia García Majado.

Graduada en Derecho (2014), Máster en protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables (2015) y Doctora en Derecho Constitucional (2020) por la Universidad de Oviedo. Desde septiembre de 2021 desempeña tareas docentes e investigadoras en dicha institución como profesora ayudante-doctora en el Área de Derecho Constitucional. Colabora con la Clínica Jurídica del Máster y con otras iniciativas de transferencia del conocimiento hacia el tercer sector.

«La incitación al odio es una forma discriminatoria de agresión que destruye la dignidad de las personas que pertenecen al grupo objeto del ataque.

Atribuye una condición de inferioridad no solo a los ojos de los propios miembros del grupo sino también a los ojos de los demás, que los perciben y tratan como seres infrahumanos.

La denigración de una persona por razón de su identidad étnica u otra pertenencia a un grupo puede, por sí misma y por las consecuencias que acarrea, generar un daño irreversible».

*Tribunal Penal Internacional de las Naciones Unidas
para Ruanda, Fiscalía contra Ferdinand Nahimana,
Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze.
Asunto n.o ICTR-99-52-T.*

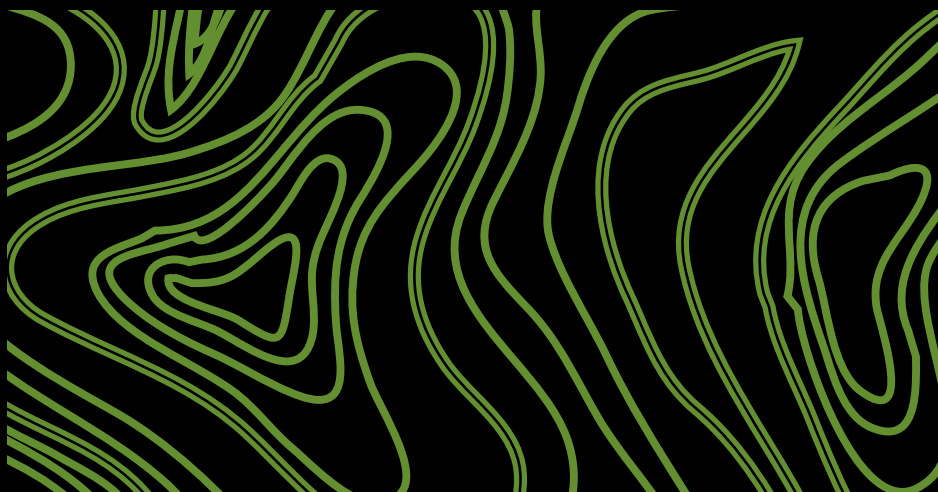
Índice

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN	14
1.1. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en sentido amplio	15
1.2. La prohibición de discriminación en sentido estricto: su carácter grupal o colectivo	17
1.3 Los tipos de discriminación	22
1.4. La igualdad efectiva	25
2. LA VULNERABILIDAD	30
2.1. ¿De quién hablamos cuando hablamos de personas o colectivos vulnerables?	31
2.2. La condición de grupo vulnerable de las personas demandantes de asilo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	35
2.3. La exigencia de especial atención a las personas demandantes de asilo en las que concurren, además, otros factores de vulnerabilidad	38
a) Las personas menores de edad demandantes de asilo	38
b) Las familias con hijos pequeños necesitados de atención sanitaria que solicitan asilo	43
c) Las personas demandantes de asilo por razón de su orientación sexual	45
d) Las personas solicitantes de asilo y protección internacional en el contexto de la pandemia de COVID-19	46

3. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ODIO	54
3.1. Los delitos de odio y el discurso del odio	55
3.2. Discurso del odio	60
a) Regulación jurídica en los instrumentos normativos internacionales	60
b) Desarrollo jurisprudencial del concepto por parte del TEDH	66
c) Regulación jurídica nacional: Delito de discurso de odio o de incitación al odio (art.510 CP)	74
d) La incitación al odio como infracción administrativa	83
3.3. Delitos de odio	86
4. BIBLIOGRAFÍA	98

CAPÍTULO 1:

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN



por **María Valvidares Suárez**

1. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en sentido amplio

Las principales normas de Derecho Internacional, de la Unión Europea y del ordenamiento estatal español han consagrado el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, principios sumamente interrelacionados, pero con perfiles propios.

De manera muy sintética, podemos señalar que la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) de 1948 comienza su Preámbulo señalando que la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo se encuentra en el “reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Entre otros, su artículo 1 establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; y el artículo 7 establece el principio de igualdad ante la ley -que implica la obligación de aplicar la ley de forma igualitaria- así como el principio de igual protección por la ley -entendido como la obligación de que el contenido de la ley sea igual para todas las personas-. Este principio se reitera en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966.

En el marco de la Unión Europea, el Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) señala la igualdad como uno de sus valores fundamentales. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE) establece el principio de igualdad ante la ley en su art. 20. La UE ha dictado numerosa normativa relacionada con el principio de igualdad de trato en el marco de sus competencias. En particular, dado el objeto de este informe, resulta de especial interés la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

En el ámbito estatal, de igualdad habla nuestra Constitución (CE) en diversos preceptos. Interesa destacar su consideración como valor superior del ordenamiento (art.1), así como el establecimiento

de un derecho subjetivo según el cual “los españoles son iguales ante la ley” (art.14)¹.

El derecho a la igualdad del art. 14 CE -al que tradicionalmente se alude como el derecho a la igualdad *formal*-, se puede definir sintéticamente como el principio que establece el derecho a la igualdad de trato, que actualmente ampara tanto la igualdad en la ley, como la igualdad en la aplicación de la ley. Este principio de igualdad no excluye, sin embargo, la posibilidad de que el ordenamiento jurídico introduzca diferencias normativas siempre que tengan un fundamento razonable y no sean arbitrarias². El Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de igualdad impide que se “puedan configurar los supuestos de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación” (Sentencia 67/1982, FJ 4).

No está de más recordar que la moderna noción de igualdad nace construyendo jerarquías sobre las diferencias y universaliza los derechos sobre la base de la experiencia de los sujetos privilegiados³. Con otras palabras, se hace abstracción de las diferencias estableciendo como sujeto “normalizado” o de referencia a quien, hasta ese momento, había gozado del reconocimiento de derechos (un varón blanco, heterosexual, propietario...). A su juicio, cuando las declaraciones universales de derechos y los textos constitucionales incorporan la proclamación de la igualdad, ésta no debe ser entendida como una descripción (puesto que las personas no somos iguales, más bien somos “únicas”) sino como una prescripción, un mandato: la igualdad se afirma como principio precisamente porque somos diferentes, como garantía del igual valor y dignidad de nuestras diferencias.

1 REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, 1995; GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

2 DE OTTO Y PARDO, I., “El principio de igualdad en la Constitución Española”, en *Obras completas*, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 1453.

3 FERRAJOLI, L., “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999.

Desde el punto de vista jurídico la ruptura del principio de igualdad se produce, por tanto, cuando el contenido de la norma o su aplicación establece una diferencia de trato a partir de un determinado criterio que, posteriormente, no se considera justificado, lo que la convierte en una diferencia arbitraria. No es infrecuente que se aluda a esta ruptura del derecho a la igualdad hablando de una situación o una norma “discriminatoria” en sentido amplio.

2. La prohibición de discriminación en sentido estricto: su carácter grupal o colectivo

El concepto de discriminación posee también un significado más estricto o específico, y desde nuestro punto de vista conviene reservarlo para aquellas agresiones al principio de igualdad que se producen cuando entra en juego una -o varias- de las categorías o circunstancias que se consideran “sospechosas”, por tratarse, en palabras del Tribunal Constitucional, de “determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art.10.1 CE” (STC 41/2006, FJ 3). Estas categorías “sospechosas” han motivado la consagración de prohibiciones de no discriminación en los principales textos legales, reconociendo con ello que, históricamente, algunos rasgos, características o circunstancias de las personas han sido usados para construir estereotipos que posteriormente justificaran un trato normativo diferente y perjudicial. En otras palabras, la discriminación en sentido estricto tiene, de manera indudable, una dimensión colectiva, con base a la cual la discriminación se fundamenta “en un prejuicio hostil contra un determinado grupo” y, además, “atribuye a todos los miembros de ese grupo las características negativas comunes”⁴. Este carácter grupal es, por tanto, “expresión de fenómenos sociales sistemáticos y estructurales”⁵.

4 REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 40.

5 *Idem*, p. 45.

En este sentido, el art. 2 de la DUDH establece que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Idéntica dicción encontramos en el art. 2 del PIDCP.

Esta prohibición se ha traducido, en el ámbito internacional, en la aprobación de convenciones específicas que abordan diversos factores de discriminación. De todas ellas, nos interesa especialmente a efectos de profundizar en el derecho a la igualdad de las personas migrantes y solicitantes de asilo, la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. La discriminación racial denotará (art. 1) “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de *raza, color, linaje u origen nacional o étnico* que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Según su art. 2, los Estados parte “se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:

a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;

b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;

c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;

d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;

e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial”.

Según la Declaración de Durban de 2001, aprobada durante la Conferencia Mundial de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, “la xenofobia contra los no nacionales, en particular los migrantes, *los refugiados y los solicitantes de asilo*, constituye una de las principales fuentes del racismo contemporáneo, y que las violaciones de los derechos humanos cometidas contra los miembros de esos grupos se producen ampliamente en el contexto de prácticas discriminatorias, xenófobas y racistas” (parágrafo 16; la cursiva es nuestra).

Un ejemplo de una práctica institucional que vulnera la prohibición de discriminación lo encontramos en la utilización de un perfil *racia/* en la identificación policial realizada por los cuerpos de seguridad españoles. La STC 13/2001 rechazó el recurso de amparo de Rosalind Williams Lecraft, que alegaba que se había vulnerado su derecho a la no discriminación con relación a la diligencia policial de identificación en una estación de ferrocarril, que utilizó el criterio racial como indicio de una mayor probabilidad de que la requerida era extranjera. Según el Tribunal, “se desprende que la actuación policial usó el criterio racial como meramente indicativo de una

mayor probabilidad de que la interesada no fuera española” (F.J. 9), lo que -sorprendentemente, todo sea dicho- le lleva a concluir que no se habría vulnerado la prohibición de discriminación⁶. En 2009, sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dictaminó que la actuación de España suponía una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el art. 26 del PIDCP, al no cumplirse los criterios de objetividad y razonabilidad de la diferencia de trato. Tras reconocer la legitimidad de los controles de identidad dirigidos a detectar la inmigración ilegal, el Comité estableció que “cuando las autoridades efectúan dichos controles, las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país (...). Lo contrario no solo afectaría negativamente la dignidad de las personas afectadas, sino que además contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas entre la población en general y sería contradictorio con una política de lucha efectiva contra la discriminación racial” (parágrafo 7.2).

En el marco de sus competencias, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. La CDFUE le dedica un artículo específico en el que se recogen, por lo demás, nuevas categorías como la edad y la orientación sexual: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual” (art. 21).

6 Discrepa el Magistrado D. Julio González Campos en su voto particular, señalando que el uso de dicho criterio racial resulta sin duda discriminatorio, de manera que “no sólo se está afectando negativamente a un elemento de la identidad de las personas que su dignidad como tales exige que sea respetado, sino que se está frustrando el objetivo de integración de los extranjeros en la sociedad española”.

Respecto de la discriminación racial o étnica, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, hace constar, en primer lugar, su rechazo a las teorías “que tratan de establecer la existencia de las razas humanas”. El uso de la expresión “origen racial” en el derecho de la Unión, no implica, por tanto, el reconocimiento de dichas teorías, precisión relevante compartida por los autores de este informe. La referencia a la discriminación racial es, sin embargo, indispensable, toda vez que las razas no existen, pero el racismo sí. La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, señala como manifestaciones de dicho racismo y xenofobia las vinculadas con relación a la *raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico*.

En el ámbito estatal, una vez enunciado el citado principio de igualdad, el art. 14 de la CE prosigue: “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Una diferencia de trato fundada en una de estas características resultaría, como ya se ha indicado, “sospechosa” de discriminación, lo que activaría un escrutinio de constitucionalidad más intenso que otro tipo de diferenciaciones. En este sentido, el TC ha precisado que, “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”. Esta presunción de

inconstitucionalidad, como hemos visto, es solo *iuris tantum*, esto es, puede ser superada, aunque para ello “la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones” (STC 200/2001, FJ 4b). Ese escrutinio más estricto implica que la diferencia de trato debe responder a una justificación objetiva y razonable que persigue un fin legítimo, y que la medida sea congruente con la finalidad perseguida sin que, para hacerlo, genere un resultado desproporcionado⁷.

Nuestra Constitución no recoge, por lo demás, un catálogo cerrado, sino que el art.14 incluye una cláusula abierta (cualquier otra condición o circunstancia personal o social) que nos previene de considerar que la discriminación es algo del pasado, ya superado, como si hubiésemos agotado todas las fuentes de discriminación. Las cláusulas abiertas permiten afrontar tanto el carácter dinámico de las causas de discriminación (son cambiantes porque lo son las circunstancias sociales, económicas, etc., así como los prejuicios y estereotipos de las sociedades, que se hallan en la base de los comportamientos discriminatorios), como la propia evolución social en la comprensión de las discriminaciones, que hace que lo que en determinado momento histórico se podía considerar una diferencia de trato aceptable pase a considerarse como una discriminación intolerable.

3. Los tipos de discriminación

Antes de concluir este breve análisis, abordaremos un rápido repaso de los diversos tipos de discriminación. La discriminación en sentido más clásico es la discriminación directa, esto es, aquella que se produce cuando el fundamento del trato diferenciado es la

⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, 2004, pp. 167-304.

característica prohibida según el derecho antidiscriminatorio. Este tipo de discriminación está, como ya ha sido señalado, prohibida en nuestro ordenamiento, razón por la cual debe considerarse proscrita en términos jurídicos. Una norma que incurriese en una diferencia de trato que se fundamente en dicha característica será inconstitucional por vulnerar el art. 14 CE. Razón por la cual actualmente la mayoría de las discriminaciones directas son *ocultas*, es decir, se oculta o no se explicita que la exclusión -piénsese en el marco de la contratación laboral, o en el acceso al alquiler de una vivienda- se debe a dicha característica.

Una situación distinta se da cuando la diferencia de trato no se fundamente en dicha característica, sino en la situación fáctica de desventaja en que se encuentra el grupo que la comparte. En este caso, la diferencia de trato que busque corregir dicha desventaja está justificada, tal y como señalaremos a continuación al hablar de la igualdad efectiva y de las acciones positivas.

Tanto el Derecho europeo como el nacional han reconocido la posibilidad de que la discriminación se produzca de manera indirecta⁸. Esta situación se produce cuando la aplicación de un criterio aparentemente neutro genera un perjuicio o impacto desfavorable sobre determinadas categorías de personas. Su origen en el derecho antidiscriminatorio norteamericano parte de la lucha contra la discriminación racial, y permitió anular la exigencia de un determinado nivel formativo que en ese momento poseía, mayoritariamente, los trabajadores blancos. La empresa no pudo justificar adecuadamente la razón por la que exigía dicha formación, lo que llevó a la Corte Suprema a considerar que se trataba de una práctica discriminatoria por el impacto negativo que generaba sobre la población negra (caso *Griggs c. Duke Power Co*, 1971).

⁸ REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, ob. cit., pp. 80 y ss.

En España, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres recoge de manera expresa la interdicción de la discriminación indirecta por razón de sexo (art. 6).

Si bien no lo categoriza en el marco del concepto de discriminación, dicha ley también presta atención a la posibilidad de que en una misma persona impacten diversos factores de vulnerabilidad. El art. 14.6 establece como uno de los criterios de actuación de los poderes públicos -a efectos de adoptar medidas de acción positiva- “la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género”. Esta previsión se corresponde con el concepto de discriminación interseccional acuñado por Kimberle Crenshaw o, en la acepción más difundida en España, la discriminación múltiple⁹. Esta posibilidad debe ser tomada en particular consideración cuando las instituciones abordan las solicitudes de asilo y refugio, dado que a la condición de extranjería de las personas solicitantes se suma uno o varios factores de discriminación (por ejemplo, ser mujer y homosexual). Sobre este aspecto nos detendremos con más detalle al analizar el concepto de vulnerabilidad.

Otras formas de discriminación no han tenido acogida por ahora -o solo de manera parcial- en nuestro ordenamiento. Así sucede, por ahora, con la llamada discriminación por indiferenciación, esto es, la discriminación que se daría por aplicar una norma sin tener en cuenta que algunas de las situaciones a las que se aplica deberían recibir una respuesta distinta.

En cuanto a la discriminación por falta de acomodo razonable, solo ha sido acogida, en nuestro ordenamiento, en el marco del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que

⁹ REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, núm. 84, pp. 251-283.

se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Según dicha ley, que incorpora esta exigencia derivada de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, se entenderá que vulnera la igualdad de trato la denegación de ajustes razonables, es decir, aquellas modificaciones que no impongan una carga indebida o desproporcionada, cuando sean necesarias para garantizar el efectivo disfrute de los derechos.

4. La igualdad efectiva

El principio de igualdad en nuestra Constitución no se limita al reconocimiento del derecho subjetivo a la igualdad y no discriminación del citado art. 14, sino que necesariamente debe complementarse con la obligación impuesta por el art. 9.2 a los poderes públicos de promover “las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional “el art.9.2 de la CE puede imponer “la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia norma fundamental y así este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar que lo proclamado en el repetido art.9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad material...” (STC 19/1988, FJ 10). Conviene señalar que, a pesar de la dicción literal del fragmento citado, el TC no ha reconocido un derecho subjetivo a un trato diferente, por lo que no se admite la llamada discriminación por indiferenciación, esto es, el derecho a que el ordenamiento otorgue un trato jurídico diferenciado a las situaciones que puedan considerarse diferentes.

La exigencia de una igualdad real y efectiva se conecta, en último término, con la necesidad de que los Estados desarrollen un derecho

antidiscriminatorio que persiga superar las consecuencias de las discriminaciones sufridas de manera singular por dichas categorías de personas. Partiendo de la exigencia de una igualdad sustantiva, y su correlativo derecho antidiscriminatorio, se ha propuesto un enfoque basado en cuatro dimensiones: corregir las desventajas; abordar el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia; mejorar la voz y la participación; y acomodar la diferencia y lograr un cambio estructural¹⁰.

No resulta difícil identificar, en las palabras del Tribunal Constitucional que acaban de citarse, la justificación constitucional de las llamadas medidas de acción positiva, que de manera sintética pueden definirse como medidas “jurídicas diferentes y favorables a los ciudadanos en cualquier situación de desventaja fáctica”¹¹. A este tipo de medidas se refiere, por ejemplo, el art. 2.2. de la Convención de Naciones Unidas cuando señala que “Los Estados parte tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Las medidas de acción positiva parecen una buena herramienta al objeto corregir las desventajas y lograr así la primera dimensión de la igualdad real.

Una medida adoptada por numerosos Estados para hacer frente a la violencia sufrida por las personas adscritas -voluntariamente o no- a los grupos que se encuentran en posición de subordiscriminación¹² es la que sanciona la emisión de los llamados discursos de odio, de los que nos ocuparemos posteriormente con detalle. Baste por ahora

¹⁰ Cfr. FREDMAN, S., “Substantive equality revisited”, *I•CON* (2016), Vol. 14 No. 3, pp. 712-738.

¹¹ REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, ob.cit., p. 86.

¹² Cfr. BARRERE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

señalar que, a priori, el establecimiento de unos límites a la libertad de expresión cuando se dirige contra determinados colectivos -y no frente a otras situaciones- puede estar perfectamente justificada en la situación de desigualdad real en la que se sitúan, y la necesidad de que el derecho otorgue una protección específica frente a aquellas “formas de expresión que incitan al odio racial, la xenofobia, el antisemitismo así como todas las formas de intolerancia” (Recomendación nº R (97) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembro, relativa al discurso de odio). Es importante señalar que la situación de vulnerabilidad del grupo en el que se integra la persona es, como sucede en general con todas las medidas del llamado derecho antidiscriminatorio, condición indispensable para que se considere que dicha protección posee una justificación objetiva y razonable.

La Unión Europea aprobó en 2008 la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. En ella se establece la obligación de los Estados miembro de adoptar las medidas necesarias para castigar diversas conductas que considera como delitos racistas y xenófobos; entre ellas, la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

Si bien los conceptos de vulnerabilidad y discriminación no son sinónimos, se encuentran fuertemente relacionados y se retroalimentan, afectando igualmente a la falta de una igualdad real o efectiva en el disfrute de todas las esferas de derechos: civiles, políticos, sociales, económicos, culturales... En este sentido, las conductas discriminatorias basadas en estereotipos y prejuicios que sitúan a las personas que comparten -o a las que se asigna- dicha característica, son factores de primer orden en la generación de vulnerabilidades jurídicas (esto es, de un riesgo de que sus derechos sean vulnerados). Por ejemplo, una persona migrante tiene, debido

a los prejuicios y estereotipos, muchas dificultades para acceder a la vivienda, incluso, en ocasiones, aunque cuente con suficiente capacidad económica¹³. La falta de acceso a una vivienda digna de manera estable afecta, entre otros, a su derecho a la integridad física y moral, a su intimidad personal y familiar. Asimismo, el acceso a la vivienda, en la medida en que determine la posibilidad de empadronarse, es la puerta a numerosos derechos y prestaciones, como hemos podido comprobar recientemente durante la situación generada por la pandemia del COVID-19. Por otro lado, las personas migrantes corren un riesgo mayor de que les sea aplicada la medida de prisión preventiva debido a la falta de arraigo, lo que contribuye a reforzar el estereotipo que une migración y delincuencia¹⁴.

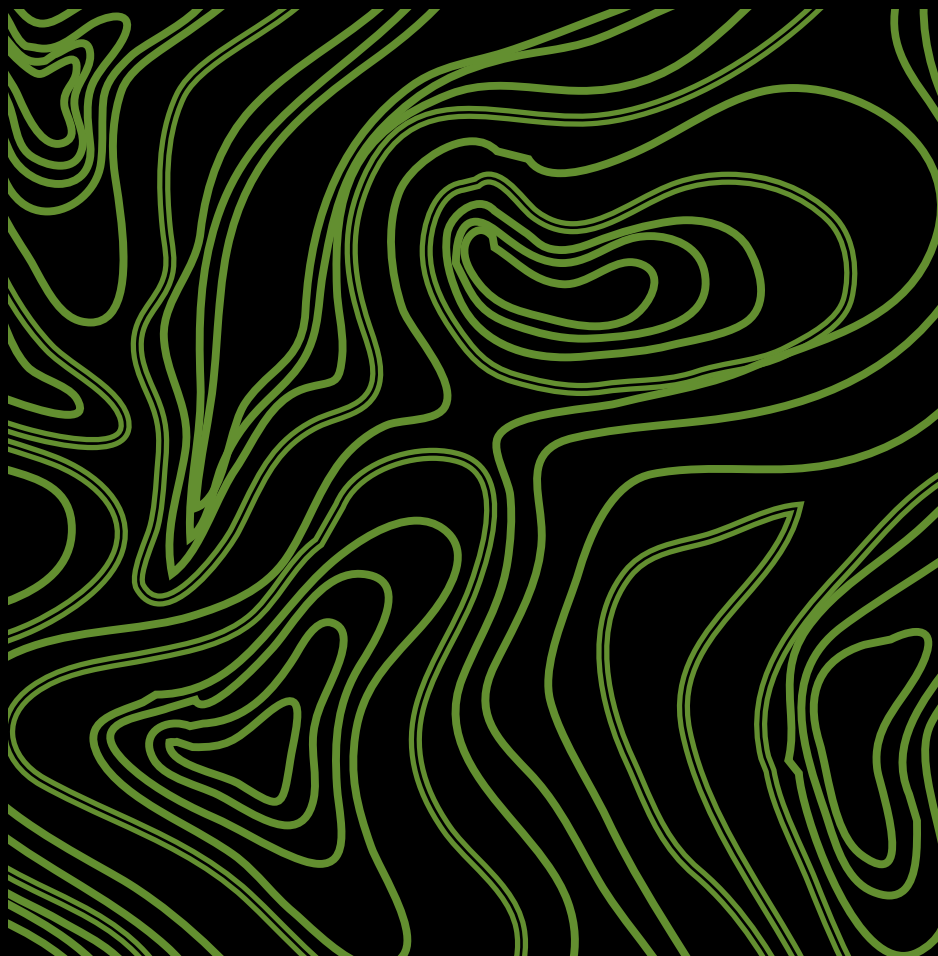
Es por ello que, una vez analizado el principio de igualdad de trato y no discriminación, así como las obligaciones de los poderes públicos en pro de lograr una igualdad efectiva, nos parece necesario abordar el concepto de vulnerabilidad y su consagración en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

13 ACCEM, *Estudio sobre las necesidades de la población inmigrante en España: tendencias y retos para la inclusión social*, 2020, p. 23.

14 En este sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó en 2012 una Recomendación relativa a los presos extranjeros (Recomendación CM/Rec(2012)12), que pretende garantizar garantizar “que la prisión preventiva se utiliza para sospechosos extranjeros de la misma manera que para otros sospechosos, sólo cuando sea estrictamente necesario y como medida de último recurso”, indicando que siempre se deberán sopesar las medidas alternativas a la prisión preventiva y que “el hecho de que tales sospechosos no sean nacionales o residentes del Estado o no tengan otros vínculos con ese Estado, por sí mismo, no será motivo suficiente para concluir que existe un riesgo de fuga”. Ya la Declaración de Durban de 2001 expresaba un “profundo repudio del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que persisten en algunos Estados en el funcionamiento de los sistemas penales y en la aplicación de la ley, así como en las medidas y actitudes de las instituciones y las personas encargadas de hacer cumplir la ley, especialmente en los casos en que esto ha contribuido a que algunos grupos estén excesivamente representados entre los detenidos o presos” (párrafo 25).

CAPÍTULO 2:

LA VULNERABILIDAD



por Miguel Ángel Presno Linera

1. ¿De quién hablamos cuando hablamos de personas o colectivos vulnerables?

En los últimos años, merced, entre otras razones, a su progresiva articulación por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se ha ido configurando un concepto jurídico europeo de vulnerabilidad¹⁵; así, podemos recordar, entre otros, los asuntos *Chapman c. Reino Unido*, de 18 de enero de 2001; *D. H. y otros c. República Checa*, de 13 de noviembre de 2007) y *Orsus y otros c. Croacia*, de 16 marzo 2010, en los que se reconoció la condición de grupo vulnerable a la minoría gitana; el caso *Alajos Kiss c. Hungría*, de 20 de mayo de 2010, y *Plesó c. Hungría*, de 2 de septiembre de 2012, en el que se acabó admitiendo la potencial vulnerabilidad de quienes padecen una enfermedad mental; la sentencia *Kiyutin c. Rusia*, de 21 de marzo de 2011, consideró lo mismo en relación con las personas enfermas de V.I.H.; en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 enero 2011, se concluyó lo mismo para las personas demandantes de asilo, colectivo sobre el que volveremos con detalle más adelante.

En todos los casos nos encontrábamos ante un “grupo de población particularmente desfavorecida y vulnerable que necesita una protección especial”. En fechas recientes, y a raíz de la pretensión de aplicar, por parte de los tribunales de algunos Estados, el concepto de manera expansiva, distorsionándolo y, en cierta medida, banalizándolo, EL TEDH se ha ocupado de precisar que no es grupo vulnerable, por ejemplo, el que forman los agentes de los cuerpos policiales (asunto *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018) o no es persona en situación de vulnerabilidad el Jefe del Estado (caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 18 de marzo de 2018), pues difícilmente pueden ser descritos

15 PERONI, L., TIMMER, A. “Vulnerable Groups: the Promise of an Emergent Concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, num.11, 2013, p. 1056-1085. Puede verse también PRESNO LINERA, M. A. (coord.), *Protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013, disponible en (a 28 de febrero de 2022) https://www.academia.edu/5939414/Protecci%C3%B3n_jur%C3%ADdica_de_las_personas_y_grupos_vulnerables.

las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado “como una minoría o grupo desprotegido que tiene un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrenta prejuicios profundamente arraigados, hostilidad y discriminación, o que es vulnerable por alguna otra razón...”; de igual manera, y por lo que respecta al segundo caso en el que se enjuició si se había vulnerado la libertad de expresión de los demandantes al condenarlos en España por haber quemado una fotografía del anterior Rey y su esposa, el TEDH rechaza que se tratara de un caso de «discurso de odio», término que entiende «abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia». Incluir en ese tipo de discurso un acto que es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución conllevaría «una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH —lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática—» (ap. 41).

Volviendo al concepto de grupo vulnerable, de la jurisprudencia del TEDH se deriva que, primero, tiene un carácter relacional, pues su reconocimiento depende de factores históricos, sociales e institucionales (hay grupos de personas que no están en situación de vulnerabilidad en unos países y en otros sí, en unos determinados momentos de la Historia sí y en otros no...); es, en segundo término, un concepto que cabe calificar de particular, en el sentido de que las personas que pertenecen a estos grupos son más vulnerables que otras, y, finalmente, implica algún tipo de situación o posición de inferioridad, exclusión o estigmatización.

En lo que tiene que ver con las causas de la vulnerabilidad, las mismas son fluctuantes, puesto que dependen de las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y jurídicas y, conviene recordarlo, no son deterministas: dentro de un grupo en principio vulnerable (por ejemplo una minoría en un contexto que promueve su discriminación) puede haber personas que no lo sean.

La Constitución española (CE) no menciona la vulnerabilidad de los grupos o las personas ni tampoco alude de manera expresa a su protección jurídica, aunque sí prevé el amparo institucional y normativo para grupos que hoy, sin ningún género de duda, consideramos vulnerables de acuerdo con el concepto acuñado por el TEDH; así, por citar unos pocos ejemplos, la CE prevé que “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España” (artículo 13.4); impone una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de disminuidos [sic] físicos, sensoriales y psíquicos (artículo 49) y la garantía de la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad (artículo 50).

Además, y como ya se ha indicado previamente, según el artículo 9.2 CE, los poderes públicos deben promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social.

A todo ello hay que sumar la proclamación en el Preámbulo constitucional de la voluntad de “promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, establecer una sociedad democrática avanzada y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”; también la constitución del Estado español como un “Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” y el reconocimiento en el artículo 10.1 de que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En suma, los poderes públicos españoles, por mandato directo de la CE y de los compromisos contraídos mediante la firma de

tratados internacionales que garantizan derechos humanos, están obligados a llevar a cabo actuaciones decididas para combatir, en cualquier circunstancia, la vulnerabilidad que padecen ciertos grupos sociales en nuestro país.

Es obvio que estas actuaciones van a estar condicionadas por los recursos económicos disponibles en un contexto de previsible recesión económica. Al respecto, y en relación con el “coste” del Estado social y por citar un ejemplo, en fecha temprana ya advirtió el Tribunal Constitucional (TC) que el derecho de los ciudadanos a un sistema público de Seguridad Social está sujeto a “la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales” (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17).

Siendo innegable lo anterior, no todas las medidas para hacer frente al incremento de vulnerabilidad van a tener importantes implicaciones económicas, pues, como se verá de inmediato, algunas de ellas tienen que ver no tanto con prestaciones económicas públicas como con una información adecuada a las propias necesidades de algunas personas vulnerables y con la garantía de sus libertades. Y, con todo, es necesario insistir en que un Estado social y democrático de Derecho, parafraseando a Avishai Margalit, está obligado a intentar eliminar las condiciones de vida degradantes o, cuando menos, a mitigarlas sustancialmente. Además, dicho Estado debe intentar eliminar la pobreza sin recurrir al insultante, y quizás también humillante, recurso de la lástima, la emoción que impulsa la sociedad caritativa¹⁶.

16 MARGALIT, A., *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 184.

2. La condición de grupo vulnerable de las personas demandantes de asilo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como ya se apuntó, el TEDH ha venido considerando a las personas demandantes de asilo como un grupo potencialmente vulnerable, siendo el caso paradigmático en la materia el ya citado asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, en el que la Gran Sala del Tribunal enjuició la demanda presentada por un ciudadano afgano, el señor M.S.S., que alegó que su expulsión por parte de las autoridades belgas violó los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio o CEDH en lo sucesivo) y que en Grecia sufrió trato contrario al artículo 3 y así como la ausencia de un recurso conforme al artículo 13 del Convenio para recurrir las alegaciones mencionadas.

El TEDH recuerda, en primer lugar, su doctrina general: la privación de libertad impuesta a los extranjeros solo es aceptable para permitir a los Estados combatir la inmigración ilegal respetando en todo momento sus compromisos internacionales, en particular el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el propio CEDH. La legítima preocupación de los Estados para frustrar los intentos cada vez más frecuentes de eludir las restricciones a la inmigración no debe privar a los solicitantes de asilo de la protección ofrecida por estos Convenios (ap. 216).

En segundo lugar, trae a colación supuestos anteriores en los que concluyó que se había vulnerado el CEDH:

a.- “Mantener encerrado a un solicitante de asilo por espacio de dos meses en una barraca prefabricada, sin posibilidad de salir al exterior, sin la opción de telefonar y sin poder disponer de sábanas limpias y de productos de higiene suficientes, constituyen un trato degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio” (*S.D. c. Grecia*, de junio de 2009);

b.- De igual forma, un periodo de detención de seis días en un espacio confinado, sin poder caminar, sin zona de descanso, durmiendo sobre colchones sucios y sin acceso a libre a los cuartos de baño es inaceptable al amparo del artículo 3 (*ibid.*, apartado 51).

c.- La detención durante tres meses de un solicitante de asilo en espera de la aplicación de una medida administrativa en los locales de la policía sin posibilidad alguna de actividad recreativa y sin alimentación adecuada también fue considerado como trato degradante (*Tabesh c. Grecia*, de 26 de noviembre de 2009).

d.- Finalmente, según el Tribunal, una detención de tres meses de un demandante, igualmente solicitante de asilo, en un lugar masificado donde las condiciones de limpieza e higiene eran deplorables, donde no había infraestructura prevista para el descanso o la comida, donde el estado ruinoso de las instalaciones sanitarias las hacían casi inutilizables, donde los detenidos estaban durmiendo en condiciones de suciedad y mínimo espacio extremo resultó en un trato degradante prohibido por el artículo 3 (A.A. *contra Grecia*, de 22 de julio de 2010)” (ap. 222). En ese contexto, el Tribunal debe tomar en consideración la vulnerabilidad específica del demandante, inherente a su condición de solicitante de asilo, del hecho de su recorrido migratorio y de las experiencias traumáticas que puede haber vivido en su transcurso (ap. 233).

El Tribunal no ignora que los Estados situados en las fronteras exteriores de la Unión Europea se enfrentan a dificultades considerables para hacer frente a un flujo creciente de inmigrantes y solicitantes de asilo y no subestima el peso y la presión que esta situación ejerce sobre los países en cuestión, más pesado todavía cuando se inscribe en un contexto de crisis económica. Sin embargo, dado el carácter absoluto del artículo 3, no se puede exonerar a un Estado de sus obligaciones en virtud de esta disposición.

El Tribunal concede un peso importante al estatuto del demandante que es el de solicitante de asilo y pertenece por ese

hecho a un grupo de población particularmente desfavorecida y vulnerable que necesita una protección especial y esta necesidad es objeto de un amplio consenso internacional y europeo como se refleja en la Convención de Ginebra, el mandato y las actividades de ACNUR, así como las normas que figuran en la Directiva Acogida de la Unión Europea (ap. 251).

Teniendo en cuenta lo precedente y las obligaciones que pesaban sobre las autoridades griegas en virtud de la Directiva europea de Acogida, el TEDH concluyó que no tuvieron debidamente en cuenta la vulnerabilidad del demandante como solicitante de asilo y deben ser consideradas responsables, debido a su pasividad, de las condiciones en las que estuvo viviendo durante meses, en la calle, sin recursos, sin acceso a instalaciones sanitarias, sin forma de satisfacer necesidades básicas.

El Tribunal consideró que el demandante había sido víctima de un trato humillante demostrando las autoridades nacionales una falta de respeto a su dignidad y esta situación sin duda despertó en él sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de conducir a la desesperación. Concluyó el TEDH que tales condiciones de existencia, junto con la prolongada incertidumbre en la que permaneció el demandante y la total ausencia de perspectivas de mejora de su situación, alcanzaron el umbral requerido por el artículo 3 del Convenio y que ha habido violación de esta disposición (aps. 263 y 264).

En la posterior sentencia de 30 de junio de 2015 en el caso *A.S. contra Suiza*¹⁷ el TEDH volvió sobre la cuestión de la vulnerabilidad en los casos de peticiones de asilo a partir de la demanda frente a una inminente expulsión de Suiza a Italia de un solicitante de asilo sirio de origen kurdo. Dado que sus huellas dactilares habían sido

17 Puede verse el comentario a esta sentencia de NICOLOSI, S., DELBAERE, R., "A.S. v. Switzerland: missed opportunity to explain different degrees of vulnerability in asylum cases", *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/2015/07/16/a-s-v-switzerland-missed-opportunity-to-explain-different-degrees-of-vulnerability-in-asylum-cases/> (a 28 de febrero de 2022).

registradas previamente en Grecia e Italia a través de la base de datos EURODAC, su solicitud fue rechazada.

El demandante recurrió la decisión de las autoridades suizas alegando que se le había diagnosticado un grave trastorno de estrés postraumático debido a la persecución y la tortura sufridas en Siria y que estaba recibiendo tratamiento para este trastorno en Suiza, donde también estaba siendo tratado por problemas de espalda. Además, argumentó que sus dos hermanas mayores vivían en Suiza y su presencia podía servir de apoyo y proporcionarle “estabilidad emocional en su vida”, tal y como se desprende de un informe médico presentado ante el Tribunal.

Sin embargo, en este caso el TEDH decidió, por unanimidad, que la expulsión del demandante a Italia no vulneraría los artículos 3 y 8 del CEDH ya que su estado no era crítico y podía recibir tratamiento psicológico y médico en Italia. Tampoco tuvo en consideración sus lazos familiares, algo que bien podría haber ocurrido si se hubiera aplicado el mismo criterio que en el caso *Maslov c. Austria*, de 25 de febrero de 2011, en el que el Tribunal declaró que cuando se trata personas jóvenes que aún no han fundado una familia propia, su relación con sus padres y otros miembros cercanos de la familia puede constituir también “vida familiar”.

3. La exigencia de especial atención a las personas demandantes de asilo en las que concurren, además, otros factores de vulnerabilidad.

a) Las personas menores de edad demandantes de asilo.

Con carácter general, el TEDH ha establecido que es importante tener en cuenta que la extrema vulnerabilidad de los niños es el factor decisivo y tiene prioridad sobre las consideraciones relativas a la eventual condición de inmigrante ilegal (asunto *Popov c. Francia*, de 19 de enero de 2012).

Los niños tienen necesidades específicas relacionadas, en particular, con su edad y su falta de independencia, pero también

con su condición de solicitantes de asilo. El Tribunal también ha recordado que la Convención sobre los Derechos del Niño alienta a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para garantizar que un niño que intenta obtener el estatuto de refugiado goce de protección y asistencia humanitaria, tanto si está solo como si está acompañado por sus progenitores (véase a este efecto la sentencia *Popov*, antes citada, ap. 91).

En el asunto *H.A. y otros c. Grecia*, de 28 de febrero de 2019, el TEDH enjuició un asunto con origen en una demanda contra la República Helénica presentada por nueve menores de edad no acompañados con edades comprendidas entre los 14 y los 17 años en el momento de los hechos, entre ellos seis sirios, dos iraquíes y un marroquí. Entraron en Grecia poco antes de la firma del acuerdo sobre inmigración celebrado el 18 de marzo de 2016 entre los Estados miembros de la Unión Europea y Turquía, titulado “Declaración UE-Turquía”, con el fin de viajar a otros países europeos. En cuanto entraron en territorio griego fueron detenidos por las autoridades policiales, y como no había plazas en los centros de acogida para menores, fueron puestos en “custodia protectora” en diversas comisarías del norte de Grecia.

En su recurso, los demandantes denunciaron sus condiciones de detención así como la falta de un recurso efectivo para reclamar frente a estas condiciones. A este respecto, alegaron violaciones de los artículos 3 y 13 del Convenio: abusos cometidos por los agentes de policía en la comisaría de Kilkis, que no se había llevado a cabo ninguna investigación efectiva sobre sus denuncias de abusos; que, a pesar de su condición de menores no acompañados, fueron alojados en las celdas de la comisaría con detenidos adultos ordinarios; que no fueron informados en un idioma que pudieran comprender de los motivos de su detención y que, al no haber sido notificados de la decisión de detenerlos y no haber tenido acceso a un abogado o a un intérprete, no pudieron presentar un recurso para impugnar la legalidad de su detención.

El Tribunal recordó, con carácter general, que ya se ha ocupado en varias ocasiones de casos relativos a las condiciones de reclusión en las comisarías griegas de las personas en prisión preventiva o detenidas con vistas a su expulsión y que ha constatado una violación del artículo 3 del Convenio en estos casos atendiendo al hacinamiento, falta de espacio al aire libre para pasear, insalubridad ..., y a la propia naturaleza de las comisarías, que son lugares destinados a retener a las personas durante un corto período de tiempo.

Así, se ha considerado que los períodos de detención de entre uno y tres meses son contrarios al artículo 3 y pueden serlo períodos inferiores en determinadas circunstancias: así, en el caso *Tsarpelas c. Grecia*, de 26 de abril de 2018, el TEDH concluyó que se había producido una violación del artículo 3 del Convenio por la imposición de un período de detención de veintisiete días al demandante, dada su especial vulnerabilidad y, en particular, el hecho de que se le había amputado la pierna derecha, por lo que utilizaba muletas para desplazarse.

El Tribunal consideró que las comisarías de policía presentan características que pueden dar lugar a sentimientos de soledad en las personas allí detenidas, ya que no cuentan con un recinto exterior para pasear o hacer ejercicio físico, ni con instalaciones internas para alimentarse y, por regla general, no disponen de radio o televisión para estar en contacto con el mundo exterior, y no están adaptadas a las necesidades de un encarcelamiento prolongado (asunto *Kaja c. Grecia*, de 27 de julio de 2006. Todo ello puede provocar un sentimiento de aislamiento del mundo exterior, con consecuencias potencialmente negativas para el bienestar físico y moral de las personas afectadas.

En el asunto objeto de enjuiciamiento los demandantes no tuvieron la oportunidad de abandonar las comisarías en cuestión, hecho que no discute el Gobierno y su situación se vio agravada por el hecho de que todos los demandantes eran menores de edad, eran extranjeros en situación irregular en un país desconocido y

no estaban acompañados, con lo que, concluye el TEDH, no cabe duda de que los demandantes pertenecían a la categoría de los miembros más vulnerables de la sociedad y que correspondía al Estado griego protegerlos y atenderlos adoptando las medidas adecuadas de acuerdo con las obligaciones positivas que le impone el artículo 3 (ap. 171).

El Tribunal subrayó que la preocupación de los Estados por frustrar los intentos de eludir las restricciones a la inmigración no debe privar a los menores extranjeros, que además no están acompañados, de la protección vinculada a su estatuto.

Por todo lo expuesto, es necesario conciliar la protección de los derechos fundamentales con los imperativos de la política de inmigración de los Estados (asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, de 12 de octubre de 2006).

En el más reciente asunto *M. D. y A. D. c. Francia*, de 22 de julio de 2021, el TEDH enjuició el internamiento de una mujer natural de Mali y su hija de cuatro meses de edad y recordó que la detención administrativa de menores de edad plantea problemas específicos en la medida en que, estén o no acompañados, son especialmente vulnerables y requieren cuidados específicos habida cuenta de su edad y de su falta de autonomía. Si se trata de menores acompañados, el Tribunal valorará la existencia de una violación del artículo 3 del Convenio considerando los tres siguientes factores: la edad de los menores, la adecuación o no de los locales a sus necesidades específicas y la duración de su internamiento (ap. 63).

A este respecto, debe tenerse en cuenta que la situación de especial vulnerabilidad de los menores es determinante y prevalece sobre el hecho de que sus progenitores sean personas extranjeras en situación irregular (ap. 65).

El Tribunal señala que, incluso si, como alegó el Gobierno francés, las autoridades nacionales adoptaron inicialmente todas las medidas

necesarias para ejecutar la medida de traslado de la madre y su hija lo más rápidamente posible, limitando así al máximo la duración del internamiento, el derecho protegido por el artículo 3 del CEDH prohíbe que un menor acompañado permanezca internado durante un período de tiempo cuya duración excesiva haya contribuido a superar el umbral de gravedad prohibido.

En el presente caso, el Tribunal consideró que el internamiento de un bebé de cuatro meses en las condiciones existentes en el momento de los hechos en cuestión en el centro Mesnil-Amelot nº 2, que duró once días y que sólo finalizó después de que el TEDH dictara una orden provisional en virtud del artículo 39 del Reglamento del Tribunal, es excesivo en relación con las exigencias del artículo 3.

Teniendo en cuenta el vínculo inseparable entre una madre y su bebé de cuatro meses, las interacciones resultantes de la lactancia materna y las emociones que comparten, el Tribunal consideró que lo mismo se aplica, en las circunstancias particulares del presente caso, a la primera demandante. En consecuencia, se produjo una violación del artículo 3 del Convenio con respecto a ellas (ap. 69 a 71).

A continuación, el TEDH destacó que para apreciar el cumplimiento de las exigencias del artículo 5.4 del Convenio, en lo que se refiere al internamiento administrativo de menores que acompañan a sus progenitores y a la prolongación de la duración de dicho internamiento, debe verificarse si los órganos jurisdiccionales internos han tenido en cuenta, en el ejercicio del control jurisdiccional que les corresponde, la presencia de los menores y han procurado efectivamente comprobar si era posible recurrir a una medida alternativa a su internamiento y a su mantenimiento (ap. 98). Y como se constató que la menor demandante no se benefició de una revisión de las condiciones, que para la legalidad de una detención se derivan del artículo 5.1, se concluyó que hubo una violación del artículo 5.4 del Convenio con respecto a ella (ap. 103).

b) Las familias con hijos pequeños necesitados de atención sanitaria que solicitan asilo

En el caso *Tarakhel c. Suiza*, de 4 de noviembre de 2014, la Gran Sala del TEDH resolvió la demanda presentada por ocho ciudadanos afganos, un matrimonio y sus seis hijos, residentes en Lausana, que alegaron que, si se les devolvía a Italia “en ausencia de garantías individuales en cuanto a su atención”, serían sometidos a un trato inhumano y degradante relacionado con la existencia de “deficiencias sistémicas” en la acogida de los solicitantes de asilo en aquel país.

Pues bien, el Tribunal recordó, en primer lugar, que para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3, los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad. La evaluación de este mínimo es relativa pues dependerá de todas las circunstancias del caso, como la duración del trato y sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. También que el artículo 3 no puede interpretarse en el sentido de que obligue a las Altas Partes Contratantes a proporcionar un hogar a todas las personas que se encuentran en su jurisdicción ni implica una obligación general de conceder a los refugiados una ayuda económica que les permita mantener un determinado nivel de vida.

No obstante, y como ya se ha visto antes, en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, el Tribunal consideró que la obligación de proporcionar alojamiento y condiciones materiales decentes a los solicitantes de asilo empobrecidos había entrado en el derecho positivo y concedió una importancia considerable a la condición del demandante como solicitante de asilo y, como tal, miembro de un grupo de población especialmente desfavorecido y vulnerable que necesita una protección especial.

Anteriormente hemos recordado la importancia de tener en cuenta que la extrema vulnerabilidad de los niños es un factor decisivo y tiene prioridad sobre las consideraciones relativas a la

eventual condición de inmigrante ilegal (asunto *Popov c. Francia*, de 19 de enero de 2012). Los niños tienen necesidades específicas relacionadas, en particular, con su edad y su falta de independencia, pero también con su condición de solicitantes de asilo.

Y, entrando en el caso concreto sometido a su enjuiciamiento, el TEDH sostuvo que aunque la estructura y la situación general del sistema de acogida en Italia no podían constituir en sí mismas un obstáculo para todas las expulsiones de solicitantes de asilo a ese país, los datos y la información expuestos en este litigio ofrecían serias dudas sobre las capacidades del sistema en ese momento. En consecuencia, a juicio del Tribunal, no podía descartarse como infundada la posibilidad de que un número significativo de solicitantes de asilo se quedase sin alojamiento o que fuera alojado en instalaciones superpobladas y sin ninguna intimidad o, incluso, en condiciones insalubres o violentas.

El requisito de “protección especial” de los solicitantes de asilo es particularmente importante cuando se trata de niños, en atención a sus necesidades específicas y su extrema vulnerabilidad. Esto se aplica incluso cuando, como en el presente caso, los niños que solicitan asilo están acompañados por sus padres. En consecuencia, las condiciones de acogida de los niños solicitantes de asilo deben adaptarse a su edad, para garantizar que dichas condiciones no “les creen ... una situación de estrés y ansiedad, con consecuencias especialmente traumáticas”. En caso contrario, las condiciones en cuestión alcanzarían el umbral de gravedad necesario para entrar en el ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 3 del Convenio.

En el presente caso el Tribunal concluyó que correspondía a las autoridades suizas obtener garantías de sus homólogas italianas de que, a su llegada a Italia, los solicitantes serían acogidos en instalaciones y en condiciones adaptadas a la edad de los niños y que la familia se mantendría unida. Si los demandantes fueran devueltos a Italia sin que las autoridades suizas hubieran obtenido previamente garantías individuales de las autoridades italianas de

que los demandantes serían acogidos de forma adaptada a la edad de los niños y de que la familia se mantendría unida, se produciría una violación del artículo 3 del Convenio.

c) Las personas demandantes de asilo por razón de su orientación sexual.

No es infrecuente que las personas que solicitan asilo lo hagan para huir de la situación de opresión y/o discriminación que sufren en sus países a resultas de alguna circunstancia que las coloca en su situación de especial vulnerabilidad; es lo que sucede, por ejemplo, en no pocos Estados con las personas que son perseguidas por su orientación sexual.

Cuando tal cosa sucede, los países europeos en los que se presenta la solicitud de asilo deben prestar especial cuidado para, como dice el TEDH en el asunto *O. M. c. Hungría*, de 5 de julio de 2016¹⁸, “evitar situaciones que puedan reproducir aquélla que obligó a estas personas a huir en primer lugar. En el presente caso, las autoridades no lo hicieron cuando ordenaron la detención del demandante sin tener en cuenta hasta qué punto las personas vulnerables -por ejemplo, las personas LGBT como el demandante- estaban seguras o inseguras bajo custodia entre otras personas detenidas, muchas de las cuales procedían de países con prejuicios culturales o religiosos generalizados contra dichas personas. De nuevo, las decisiones de las autoridades no contenían ninguna reflexión adecuada sobre las circunstancias individuales del demandante, miembro de un grupo vulnerable por pertenecer a una minoría sexual en Irán” (ap. 53).

Además, es importante destacar que en ese mismo apartado el TEDH exige la protección especial de todos los solicitantes

¹⁸ El demandante en este caso era un ciudadano iraní que solicitó asilo en Hungría, alegando que había huido de su país de origen porque se enfrentaba a una persecución por causa de su homosexualidad. Mientras se tramitaba el procedimiento de asilo, en junio de 2014 se ordenó su detención, primero durante 72 horas y luego durante 60 días más. En una audiencia de asilo celebrada en julio de 2014, el demandante argumentó que tenía dificultades para hacer frente a su detención dado que se sentía en riesgo de acoso debido a su orientación sexual. Tras un nuevo procedimiento, el 22 de agosto de 2014, fue puesto en libertad y se le proporcionó un lugar de residencia. El 31 de octubre de 2014 fue reconocido como refugiado.

de asilo que “*afirmen formar parte de un grupo vulnerable*” (la cursiva es nuestra), lo que podría entenderse como que las personas solicitantes deben colaborar con el Estado al que lo piden aportando información sobre su identidad y nacionalidad así como sobre las razones por las que había huido de su país de origen pero, por otra parte, no están obligados a probar su orientación sexual, algo especialmente relevante si se considera que, en un contexto migratorio, la necesidad de probar la propia sexualidad puede ser una prueba invasiva y desafiante que en sí misma revictimiza a las personas¹⁹.

d) *Las personas solicitantes de asilo y protección internacional en el contexto de la pandemia de COVID-19*

Las obligaciones de los poderes públicos nacionales e internacionales de las que hemos venido hablando no solo no cesan, sino que se incrementan cuando nos encontramos en una situación como la que supone en estos momentos la pandemia de COVID-19, y que ha supuesto en estos dos últimos años, con una enorme potencialidad lesiva para afectar especialmente a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

A este respecto cabe mencionar lo dicho en el reciente Informe *Situación de las personas en necesidad de protección internacional ante la COVID-19*, elaborado para CEAR por Gemma Pinyol-Jiménez con la participación de Silvia Caraballo y Saray Espejo (Instrategies)²⁰: “La pandemia de la COVID-19 ha tenido un gran impacto en las poblaciones en necesidad de protección internacional en todo el mundo. Principalmente, porque ha sido un factor clave para empeorar o cronificar sus condiciones de vida, convirtiendo sus condiciones de vida en más precarias y en más

19 HENRI, C., “The Responsiveness of a Positive State – Vulnerability and Positive Obligations under the ECHR”, *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/2016/10/13/blog-seminar-on-positive-obligations-4-the-responsiveness-of-a-positive-state-vulnerability-and-positive-obligations-under-the-echr/> (a 18 de febrero de 2022).

20 https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/Informe-COVID_web.pdf

vulnerables. Para muchas personas desplazadas forzosamente, refugiadas o solicitantes de asilo, el coronavirus ha puesto de relieve la precariedad de sus situaciones, y ha venido a añadir mayores complejidades a realidades extremadamente duras. Los confinamientos, la falta de condiciones higiénicas, la escasez de productos, la pérdida de trabajos o las dificultades de alojamiento han acentuado problemas que ya existían con anterioridad. Y ha puesto de relieve la importancia que, para muchas de estas personas, tiene la red internacional de ayuda humanitaria o la red social de apoyo para garantizar su plena emancipación e inclusión en las sociedades de acogida.

La COVID-19 ha sido el detonante de muchas precariedades previas. Son muchas las voces que han señalado que el verdadero virus no es el coronavirus, sino lo que se esconde detrás del mismo. El virus del hambre, el virus de la pobreza, o el virus del odio y la xenofobia. Resolver estas cuestiones va más allá de superar o controlar la pandemia, porque son males que existían antes, y sobre los que las actuaciones para parar la propagación de la COVID-19 no incidirán directamente.

La pandemia ha significado una restricción importante de la movilidad, interna y externa, de las personas. Ha supuesto cierres de fronteras generalizados, y limitaciones en la circulación de las personas. Para aquéllas que huyen de situaciones de violencia, vulneración de derechos o conflictos, estas limitaciones han tenido un impacto especialmente severo. Para aquéllas que ya se encontraban en otros territorios para pedir protección, ha supuesto un socavón importante en sus procesos de emancipación individual e inclusión social.

La pandemia ha exacerbado todas las vulnerabilidades y precariedades de las personas en situación de protección internacional, y ha acentuado todas las debilidades y carencias de los sistemas de acogida y atención a estas personas.

En este contexto, el mundo post-COVID-19 (o con COVID-19) se perfila poco halagüeño. El cierre de fronteras ha tenido un impacto especialmente duro para las personas que requieren de protección internacional, puesto que los ha dejado sin posibilidades de acceder a la misma. A pesar de que muchos estados han excepcionado a las personas en busca de protección internacional del cierre de fronteras, las limitaciones de la movilidad han supuesto, en la práctica, la imposibilidad de buscar dicha protección. Evitar que esta situación se convierta en la nueva normalidad es clave para garantizar el derecho de asilo y proteger a las personas que lo necesitan.

La pandemia también ha servido para entender que, para proteger la salud pública, es imprescindible proteger la salud de todas las personas. Eso supone, también, identificar e intervenir en aquellos espacios dónde medidas mínimas como la higiene o la distancia física no son posibles, por no decir que son un lujo, para atender y responder adecuadamente. Un tercio de la población personas desplazadas internamente (IDPs) se encuentra en los 10 países con mayores probabilidades de sufrir una mayor expansión de la COVID-19, y muchos de los países que acogen a población refugiada, como sucede por ejemplo en Latinoamérica, se encuentran en estos momentos ante una situación de riesgo extremo.

La crisis de la COVID-19 también ha servido para poner en evidencia la contribución que muchas personas extranjeras hacen a sus sociedades de acogida. Que esta contribución se visibilice forma parte también del relato que debe apoyar cualquier medida que se tome contra los discursos de odio, el racismo y la xenofobia, males que atacan los principios mismos de la democracia y ponen en peligro la convivencia diaria de todos y todas” (págs. 45 y 46).

Pues bien, el TEDH ya ha resuelto un asunto sobre cuestiones relacionadas con la pandemia de COVID-19 y las condiciones de privación de libertad de personas inmigrantes: se trata del caso *Feilazoo c. Malta*, de 11 de marzo de 2021, en el que el demandante, después de pasar catorce meses en un centro de detención

pendiente de ser expulsado a Nigeria fue liberado ante la negativa de las autoridades nigerianas a expedirle documentos de viaje y a cooperar con las autoridades maltesas para facilitar su deportación²¹.

El Tribunal examinó las condiciones de detención del demandante, prestando especial atención a sus quejas sobre el tratamiento médico inadecuado, el hacinamiento, la colocación prolongada en un contenedor con un aislamiento excesivo y sin acceso a luz natural y su posterior ubicación en contacto con personas recién llegadas y que estaban en situación de cuarentena por COVID-19.

El TEDH concluyó (ap. 92 y 93) que no había ningún indicio de que el demandante necesitara una cuarentena -en particular después de un período de aislamiento- que, además, duró casi siete semanas y que esta medida de colocarlo, durante varias semanas, con otras personas que podrían haber supuesto un riesgo para su salud, en ausencia de cualquier consideración relevante al respecto, no puede considerarse como una medida que cumpla con los requisitos sanitarios básicos y ello supone una violación del artículo 3 del CEDH.

Ahora bien, y como comenta Aristi Volou, resulta especialmente llamativo, y decepcionante, que el Tribunal no haya establecido claramente que el artículo 3 conlleva la obligación de los Estados parte de separar a los detenidos y presos en cuarentena de la población penitenciaria en general para detener la transmisión de COVID-19. El TEDH tampoco aludió a las responsabilidades especiales de los Estados hacia las personas privadas de libertad en crisis sanitarias como la pandemia de COVID-19, pues éstas dependen exclusivamente de las autoridades para la protección de su salud y se ven afectadas de forma desproporcionada porque corren un mayor riesgo de infectarse.

21 Véase el comentario de VOLOU, A., “Feilazoo v. Malta: immigration detention in the context of the COVID-19 pandemic and beyond and the right of individual petition, *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/2021/05/12/feilazoo-v-malta-immigration-detention-in-the-context-of-the-covid-19-pandemic-and-beyond-and-the-right-of-individual-petition/> (disponible a 28 de febrero de 2022).

A este respecto, conviene recordar algo que el Tribunal tampoco mencionó: que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes y los instrumentos de Naciones Unidas contra la tortura han emitido declaraciones relacionadas con el tratamiento de las personas privadas de libertad en el contexto de la pandemia de COVID-19.

Así, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) ya advirtió el 20 de marzo de 2020 que la pandemia ha creado retos extraordinarios para las autoridades de todos los Estados miembros del Consejo de Europa y dichos retos son específicos e intensos para el personal que trabaja en diversos lugares de privación de libertad, incluidos los centros de detención policial, las instituciones penitenciarias, los centros de detención de inmigrantes, los hospitales psiquiátricos y los hogares de asistencia social, así como en diversas instalaciones/zonas de reciente creación donde se ubica a las personas en cuarentena. A la vez que reconoce el claro imperativo de adoptar medidas firmes para luchar contra la COVID-19, el Comité recordó a todos los actores el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes y que las medidas de protección nunca deben dar lugar a un trato inhumano o degradante de las personas privadas de libertad²².

En opinión del CPT, todas las autoridades competentes responsables de las personas privadas de libertad en el espacio del Consejo de Europa deberían aplicar, entre otros, los siguientes principios: cualquier medida restrictiva que se adopte con respecto a las personas privadas de libertad para evitar la propagación de COVID-19 debe tener una base legal y ser necesaria, proporcionada, respetuosa con la dignidad humana y limitada en el tiempo. Las personas privadas de libertad deben recibir información completa, en un idioma que entiendan, sobre cualquier medida de este tipo.

22 <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/-/covid-19-council-of-europe-anti-torture-committee-issues-statement-of-principles-relating-to-the-treatment-of-persons-deprived-of-their-liberty-> (disponible a 28 de febrero de 2022).

En segundo lugar, y dado que el contacto personal estrecho favorece la propagación del virus, todas las autoridades competentes deberían realizar esfuerzos concertados para encontrar alternativas a la privación de libertad. Este enfoque es imperativo, en particular, en situaciones de hacinamiento. Además, las autoridades deberían hacer un mayor uso de las alternativas a la detención preventiva y abstenerse, en la medida de lo posible, de privar de libertad a las personas inmigrantes.

En cuanto a la prestación de asistencia sanitaria, habría que prestar especial atención a las necesidades específicas de las personas detenidas, en particular a los grupos vulnerables y/o de riesgo, como las personas mayores y las personas con enfermedades preexistentes, lo que incluye, entre otras cosas, la detección de COVID-19 y el acceso a los cuidados necesarios. Además, las personas detenidas deberían recibir apoyo psicológico adicional en este momento.

Finalmente, en los casos de aislamiento o cuarentena de una persona detenida infectada o sospechosa de estarlo, dicha persona debería tener un contacto humano significativo todos los días.

Por su parte, en el Día Internacional en Apoyo a las Víctimas de la Tortura, los mecanismos de las Naciones Unidas contra la tortura advirtieron unánimemente que la pandemia de COVID-19 está conduciendo a un aumento de casos de tortura y malos tratos en todo el mundo, y que las personas sobrevivientes de la tortura están especialmente expuestas al riesgo de contraer la enfermedad debido a su situación vulnerable²³.

En estas circunstancias críticas, expertos de las Naciones Unidas contra la tortura han destacado la situación especialmente vulnerable de las personas detenidas o confinadas en espacios

²³ <https://www.ohchr.org/es/2020/06/covid-19-exacerbates-risk-ill-treatment-and-torture-worldwide-un-experts?LangID=S&NewsID=25995> (disponible a 28 de febrero de 2022).

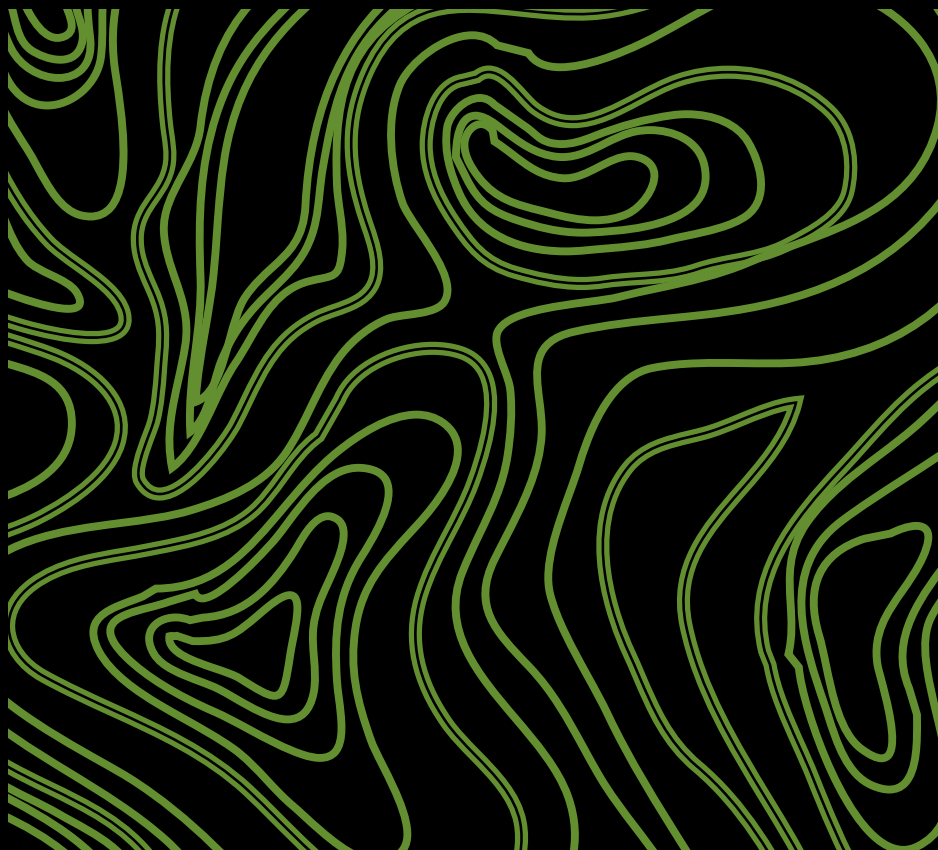
cerrados, en los que el distanciamiento social es prácticamente imposible. Especialmente, alertaron sobre las condiciones médicas desfavorables preexistentes de personas detenidas, lo que ha contribuido a una rápida propagación del COVID-19, con consecuencias potencialmente mortales.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura, Nils Melzer, subrayó la importancia de la vigilancia: “Los gobiernos deben respetar la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en todo momento, incluso durante los estados de emergencia instaurados basados en la pandemia de COVID-19”. Las medidas de protección, incluidos los confinamientos y los toques de queda, no pueden justificar en ningún caso el uso excesivo de la fuerza y la coacción; todas las denuncias de tortura o malos tratos deben ser investigadas a fondo”.

“La crisis del coronavirus ha puesto en evidencia fallos institucionales y de procedimiento que han agravado el riesgo de tortura y malos tratos para innumerables niños, mujeres y hombres de todas las regiones del mundo, señalan las y los expertos. Advirtieron que la pandemia de COVID-19 no debe utilizarse para evitar el cumplimiento la obligación universalmente reconocida de los gobiernos de erradicar todas las formas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

CAPÍTULO 3:

LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ODIO



por Patricia García Majado

1. Los *delitos de odio* y el *discurso del odio*

El primer interrogante que surge al estudiar los delitos de odio es, justamente, su propio significado. Dicho término, procedente del anglosajón *hate crimes*, cuyo empleo es muy común en el ámbito de las organizaciones internacionales, carece de una definición normativa. Sin embargo, distintas instituciones han tratado de ofrecer una aproximación al mismo. Así, por ejemplo, la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR), definió en 2005 el delito de odio como “(A) cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, sus bienes o el objetivo son elegidos por su real o asimilada conexión, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo definido en la parte B. (B) un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, tal y como su real o perceptiva raza, nacional o étnico origen, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otro factor similar”.

Más conocido, no obstante, es el concepto de delitos de odio ofrecido por La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) que, en el Consejo de Ministros celebrado en Maastricht en diciembre de 2003 definió aquéllos como: “toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia, real o supuesta, a un grupo que pueda estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos.”

Así las cosas, podríamos decir que los delitos de odio son todos aquellos comportamientos delictivos que se llevan a cabo por intolerancia o animadversión hacia ciertos colectivos vulnerables, identificados por compartir una característica común como el

sexo, la raza, el origen nacional, la identidad sexual, la ideología, etc. Lo relevante, por tanto, es que la víctima es escogida en virtud de su pertenencia (real o percibida) a alguno de esos colectivos vulnerables. De ahí que tales conductas causen un mal no solo, y de manera directa, a la víctima más inmediata sino al colectivo en el que aquélla se inserta, que es el atacado²⁴.

¿Qué es, entonces, el discurso del odio? Procedente de la expresión anglosajona de *hate speech*, el discurso del odio se vincula de manera específica con la libertad de expresión y la pregunta por sus límites, de manera que la infracción se realiza a través de actos de pura expresión y/o propaganda²⁵. Sin embargo, no todo discurso de odio tiene que ser necesariamente sancionado como delito. Como se verá en las próximas páginas, las recomendaciones a nivel internacional señalan que deben distinguirse las formas más graves de discurso de odio -merecedoras de una sanción penal-, de las que solo deben estar protegidas por acciones civiles y también de aquellas que, aunque no den lugar a responsabilidad, siguen siendo problemáticas desde el punto de vista de la convivencia democrática²⁶. Como tendremos ocasión de señalar al final de este informe, en el caso español, además de la tipificación penal, nos encontramos con una regulación de infracciones y sanciones administrativas frente al discurso de odio con motivaciones racistas, xenófobas e intolerantes en un ámbito sectorial tan relevante como el deportivo.

La Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre discurso de odio, fue la primera en ofrecer una definición de discurso de odio que es, aún hoy, una de las más utilizadas habitualmente. La Recomendación, por lo demás, surge como respuesta a la preocupación por la reaparición de movimientos antisemitas, xenófobos y racistas:

24 DE VICENTE BENÍTEZ, R., *El discurso del odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.32-33.

25 LANDA GOROSTIZA, J., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, p.25.

26 Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Asamblea General de Naciones Unidas, 2013.

“El término «discurso de odio» debe ser entendido abarcando toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante.”

Tal y como señala el preámbulo de la Recomendación nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Xenofobia (ECRI), a la que posteriormente se aludirá con más detalle, la “obligación de recordar, vigilar y combatir el aumento del racismo, la discriminación racial, la discriminación basada en el género, el sexismo, la homofobia, la transfobia, la xenofobia, el antisemitismo, la islamofobia, la discriminación contra los gitanos y la intolerancia, así como los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o los delitos en caso de conflicto armado y la negación, trivialización, justificación o condonación en público de tales actos delictivos” nace de la historia europea y se inserta en la obligación de protección y promoción de los derechos humanos.

Es por ello que no se puede compartir la ampliación indiscriminada -podría decirse que equidistante o ciega²⁷ que se recoge en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de discurso de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. En dicha Circular se afirma que, si bien “el origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese

27 En el sentido que tiene esta expresión en el marco de la relación entre la igualdad formal y material. La referencia a Constituciones (u ordenamientos) sex-blind, race-blind, etc., hace referencia al hecho de no tener en cuenta la desigualdad real o material que las personas sufren por su adscripción a determinados rasgos de su identidad, por lo que pudiera parecer que con la proclamación de la igualdad formal a nivel legal, se resuelven los problemas de discriminación y falta de igualdad de oportunidades.

juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos”²⁸.

Tal vez el problema radica, en este caso, en que no se identifica correctamente el objetivo perseguido por la protección frente a los discursos y los crímenes de odio, que no es tanto el de proteger un supuesto e inexistente derecho a no sentirse ofendido, sino garantizar los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, ese bien público que se concreta en “el sentido de seguridad en el espacio que habitamos” (...), y que resulta socavado no solo por la insinuación de la discriminación y la violencia, sino también “por reavivar las pesadillas” de cómo era esta sociedad en el pasado . Desde el punto de vista de las personas beneficiarias, supone, para “los miembros de minorías vulnerables, minorías que en un pasado reciente han sido odiadas” la confirmación de que son miembros de la sociedad, merecedores de protección y preocupación²⁹.

28 Ese alejamiento de la caracterización de las víctimas por su vinculación con procesos históricos de discriminación y por su situación actual de vulnerabilidad de sus derechos parece a todas luces inadecuada, y resulta más sorprendente aún en el marco del derecho penal en el que se dicta esta Circular: ¿es realmente necesario configurar los delitos de odio de tal manera que cualquiera pueda ser sujeto pasivo? Esta visión, pretendidamente “neutral” o “ciega” a la discriminación que se da por ciertos factores, se desvincula de esa obligación nacida de nuestra historia europea reciente (en este sentido, el ejemplo referido en la Circular se me antoja particularmente desafortunado) y desconoce que no todas las personas necesitan una protección reforzada -lo que también puede implicar una mayor injerencia en determinados derechos, como la libertad de expresión- sino tan solo aquellas que, por adscripción a determinadas identidades, están mucho más expuestas a una vulneración de sus derechos.

En todo caso, el problema no parece privativa de nuestras instituciones. Como señala Michel Rosenfeld “es irónico que la primera persona condenada al amparo de la Ley sobre Relaciones Raciales del Reino Unido que penaliza el discurso del odio fuera un hombre negro que pronunció un epíteto racial contra un policía blanco”, “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Cardozo Law Review*. Abril de 2003. Conferencia inaugural del Centro Floersheimer para la Democracia Constitucional: fundamentalismos, igualdades y el desafío a la tolerancia en el entorno posterior a los sucesos del 11 de septiembre, p. 156.

29 Cfr. WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012, p. 4.

En este sentido y como ha destacado la doctrina, la institución del *hate speech* se vincula con la protección específica de “grupos sociales caracterizados por su situación actual o potencial de marginación social, o por haber sido tradicionalmente objeto de discriminación”³⁰. Así pues, la protección se proyecta sobre las personas “en atención a la pertenencia de éstas a ciertos grupos sobre los que recaen generalizaciones negativas hondamente arraigadas en la sociedad (los grupos que se benefician de la protección constitucional más arraigada del Derecho antidiscriminatorio)”³¹. Ha de tenerse en cuenta que “el carácter vulnerable del colectivo determina el efecto dañino del discurso del odio, en tanto que la mayor permeabilidad del grupo para sufrir las consecuencias discriminatorias derivadas del mensaje sería la razón que justificaría la limitación a la libertad de expresión que supone su incriminación”³². Es por ello que cobra pleno sentido referirse a estos discursos como discursos discriminadores³³, poniendo con ello de relieve tanto el origen de esta garantía en el derecho antidiscriminatorio, como el fundamento mismo de la protección: impedir la pervivencia y difusión de discursos que sustentan la pervivencia de una desigualdad real en el interior de las sociedades.

Desdibujar este vínculo con el derecho antidiscriminatorio y la igualdad de oportunidades supone una *banalización* de la categoría del discurso de odio³⁴, restando legitimidad a aquellas restricciones de la libertad de expresión que pueden considerarse innecesarias, al no dirigirse el discurso contra personas en situación de vulnerabilidad por su adscripción a una categoría tradicionalmente discriminada.

30 ALCÁCER GIRAO, R., “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 20

31 REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (ed.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá – Defensor del Pueblo, 2015, p. 54.

32 CORRECHER MIRA, J., “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret*, núm. 2, 2021, p. 126.

33 REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido”, *ob. cit.*, p. 54. Del mismo autor, *Derecho antidiscriminatorio*, *ob. cit.*, en particular, pp. 63-80.

34 CORRECHER MIRA, J., “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *ob. cit.*

2. Discurso del odio

a) *Regulación jurídica en los instrumentos normativos internacionales.*

El discurso del odio no es una realidad nueva, sino que, como advierte la Comisión Europea contra el Racismo y la Xenofobia (ECRI), ha sido un elemento determinante en la comisión de delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes en conflictos armados. Esto explica que las raíces normativas del discurso del odio puedan remontarse a la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948 y, especialmente, a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ICERD), de 21 de diciembre de 1965, en virtud de la cual (art. 4) los Estados parte “(...) condenan toda propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin (...) tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley *toda difusión de ideas* basadas en la superioridad o en el odio racial, *toda incitación a la discriminación racial*, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

Al hilo de dicha Convención, el Comité dictó diversas recomendaciones generales respecto del discurso de odio que sirven para completar e interpretar la anterior, tales como la Nº 7 (1985), relativa a la aplicación del artículo 4 de la Convención; la Nº 15 (1993), sobre el artículo 4, que hacía hincapié en la compatibilidad entre el artículo 4 y el derecho a la libertad de expresión; la Nº 25 (2000), relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género; la Nº 27 (2000), relativa a la discriminación de los romaníes; la Nº 29 (2002), relativa a la discriminación basada en la ascendencia; la Nº 30 (2004), sobre la discriminación contra los no ciudadanos; la Nº 31 (2005), sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal; la Nº 34 (2011), sobre la discriminación racial contra afrodescendientes o, finalmente, siendo la más relevante, en lo que ahora nos ocupa, la Nº35 (2013) que versa, específicamente, sobre la lucha contra el discurso del odio racista.

No obstante, el instrumento normativo internacional que taxativamente proscribe el discurso del odio -ocupando así un lugar destacado en esta materia- es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966 (PIDCP) que, en su art. 20.2, dispone que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

Descendiendo al ámbito europeo, lo primero que debe ponerse de manifiesto es que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 14 de noviembre de 1958 no contiene ninguna previsión expresa relativa al discurso del odio, a diferencia, por ejemplo, del ya mencionado PIDCP. Ha sido, por tanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, el que, en base a los límites a la libertad de expresión (art.10 CEDH) y a la proscripción del abuso de derecho (art.17 CEDH), ha ido construyendo la noción que ahora nos ocupa.

Antes de pasar a analizar dicha cuestión, que abordaremos en páginas subsiguientes, es preciso poner de manifiesto que, a pesar del silencio del CEDH en esta materia, el discurso del odio está presente en el ámbito normativo europeo en el *soft law*. Así, como señalamos anteriormente, fue la Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre discurso de odio, la primera que ofreció una definición de discurso de odio. Dicha Recomendación insta a los Estados a incorporar o mantener medidas legales, bien penales, administrativas o civiles para combatir el discurso del odio. La referencia a estas tres vías de reacción permite distinguir entre crímenes de odio y discurso de odio, y con ello pone claramente de relieve que la prohibición y protección contra los discursos de odio tiene un espacio mayor que el de la mera protección penal. Es decir, el concepto de discurso de odio no debe entenderse como equivalente al delito de discurso de odio. Así pues, no es necesario que el discurso de odio encaje en el tipo penal para que surja la obligación de los poderes públicos de reaccionar ante el mismo.

Esta distinción permite conjurar el riesgo de que el discurso de odio no tenga consecuencias, ya que si el ordenamiento focaliza de manera predominante en la represión penal, puede ser que el discurso no sea considerado tan grave como para superar las exigencias propias del principio de legalidad penal, ya sea por la difícil aprehensión del tipo penal, ya sea porque se considere desproporcionada la respuesta, sobre todo teniendo en cuenta que la categoría de discurso de odio se proyecta frente al derecho fundamental a la libertad de expresión. Manteniendo separadas ambas esferas, se abre un amplio margen para poner en práctica, por un lado, sanciones civiles y administrativas que no impliquen una criminalización del discurso de odio y, por otro, políticas basadas en el contenido objetivo de los derechos fundamentales, es decir, en aquellas herramientas que permiten a los poderes públicos promover las expresiones de libertad que favorecen los valores constitucionales frente a aquellas que no lo hacen. Por ejemplo, la no concesión de subvenciones o la prohibición de utilizar espacios

públicos para difundir discursos que puedan considerarse incluidos en la categoría de discursos de odio.

Por supuesto, la Recomendación n.º R (97) 20 también subraya la necesidad de que las limitaciones que se establezcan a la libertad de expresión sean precisas, objetivas, y siempre sujetas a control judicial y pone igualmente de manifiesto el importante rol que tienen, en este campo, los medios de comunicación, a cuya actividad debe prestarse atención para luchar contra el discurso del odio.

En la misma línea, y posteriormente, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI, en adelante), en su Recomendación núm. 7 de política sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial (13 de diciembre de 2002), recomendó a los Estados miembros penalizar la «incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación», los «insultos en público y difamación» y las «amenazas» contra personas o categorías de personas por motivo de su raza, y el negacionismo público de los crímenes de guerra o contra la humanidad, abriendo las conductas punibles a «la expresión en público [...] de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a una categoría de personas» por motivos racistas, «la divulgación o distribución pública o la producción o almacenamiento con la intención de divulgar o distribuir públicamente [...] material» de cualquier índole que contenga manifestaciones de las descritas; y «la creación o el liderazgo de un grupo que promueva el racismo; el apoyo prestado a un grupo de tal naturaleza; y la participación en sus actividades».

La distinción entre discurso de odio y criminalización tuvo ulterior desarrollo a nivel internacional. En 2013 se publicó el ya citado Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, relativo a los encuentros de personas expertas sobre la prohibición de incitación al odio nacional, racial o religioso. Tales seminarios culminaron en octubre de 2012 en Rabat, encuentro en el que se alcanzaron una serie de conclusiones

y recomendaciones que condujeron a la adopción del Plan de Acción de Rabat, incluido en el Anexo del Informe (Documento de la Asamblea General de Naciones Unidas: A/HRC/22/17/Add.4). A pesar de que el objeto de la Recomendación y del Plan de Acción de Rabat es más limitado en cuanto a las categorías protegidas, sus directrices poseen un gran valor a la hora de perfilar la institución del *hate speech*:

1) Las restricciones a la libertad de expresión han de tener como objetivo proteger a las personas y las comunidades frente a la hostilidad, la discriminación o la violencia que puedan sufrir por los rasgos previamente señalados; ya que en ningún caso se busca negar la posibilidad de debate sobre las creencias, las opiniones o las instituciones (parágrafo 11);

2) La segunda tiene que ver con la afirmación de que resulta “esencial distinguir entre a) formas de expresión que deben constituir una ofensa criminal; b) formas de expresión que no son penalmente punibles, pero pueden justificar acciones civiles; y c) formas de expresión que no dan lugar a sanciones civiles ni penales, pero que aún así siguen despertando preocupaciones en términos de tolerancia, civismo y respeto por las creencias ajenas” (parágrafo 12).

A este respecto, el Plan de Acción de Rabat ofrece un test formado por seis elementos que, a juicio del grupo de personas expertas, deben tenerse en cuenta a la hora de considerar que el discurso de odio es constitutivo de delito: a) el contexto social y político, b) el estatus de la persona que realiza el discurso, c) la intención, d) el contenido y la forma del mensaje, e) la extensión del mismo (su naturaleza pública, la magnitud de la audiencia, los medios de difusión...), y f) las probabilidades de que incite a una acción contra el grupo señalado.

En el marco de la Unión Europea, las exigencias de castigar penalmente los discursos más graves han cristalizado en la Decisión

marco 2008/913/JAI del Consejo, “relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal”, 28 noviembre 2008. Ésta prevé la tipificación como delitos de determinados actos, tales como: incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico; el delito anterior realizado con la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes; apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se define en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículos 6, 7 y 8) y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo. También serán punibles la incitación, la participación intencional o la tentativa de cometer alguno de los actos anteriormente mencionados.

Volviendo al ámbito internacional regional, esta línea se consolida recientemente, ya que en 2016 la ECRI elaboró la Recomendación de Política General núm. 15, relativa a la lucha contra el discurso del odio y memorándum explicativo, en la que ha definido el discurso del odio como:

“el uso de una o más formas de expresión específicas —por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones— basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

Asimismo, se reconoce que el discurso del odio puede «adoptar la forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas» de los crímenes contra la humanidad. Finalmente, se señala que también «puede tener por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto».

Por último, y también en el seno del Consejo de Europa, conviene recordar el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia (más comúnmente conocida como Convención de Budapest del 2001), relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. Éste insta a los Estados a adoptar las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para tipificar como delito, entre otras cosas, la difusión o puesta a disposición del público de otro modo material racista y xenófobo por medio de un sistema informático; la amenaza, por medio de un sistema informático, de la comisión de un delito grave i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o ii) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características; o el insulto en público, por medio de un sistema informático, a esas mismas personas.

b) Desarrollo jurisprudencial del concepto por parte del TEDH

Como adelantábamos en las páginas precedentes, el CEDH no contiene previsión expresa alguna respecto al discurso del odio. Sin embargo, para comprender su conceptualización, es preciso partir del art.10 CEDH que dispone:

“1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar

informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2.- El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

El TEDH ha subrayado, en numerosas ocasiones, que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de la democracia y que la misma sirve “no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población”. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática” (*Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976). Sin embargo, eso no significa que el derecho a la libertad de expresión sea un derecho ilimitado. Pueden establecerse limitaciones siempre que las mismas estén previstas en una ley, persigan un fin legítimo y sean necesarias en una sociedad democrática.

Precisamente en relación con este último requisito, el TEDH ha sostenido, entre otras cosas, que “en principio se puede juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar o prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan

o justifiquen un odio basado en la intolerancia”, subrayando que “a semejanza de cualquier otra declaración contra los valores que subyacen en el Convenio, las expresiones que tienden a propagar, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia (...) no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio” (Asunto *Müslüm Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003). Así pues, la prohibición del discurso del odio sería una medida necesaria en una sociedad democrática. La cuestión, como veremos seguidamente, consiste en saber qué expresiones constituyen o pueden ser calificadas como tal pues, una vez que lo sean, no gozan de la protección del art.10 CEDH.

La primera vez que el TEDH se refirió al discurso del odio fue en 1999 en cuatro casos contra Turquía - *Sürek* (nº 1), *Sürek y Özdemir*, *Sürek* (nº 4) y *Erdogdu e Ince*- aunque en éstos no se ofrece, como tal, una definición del discurso del odio. Su conceptualización (más tardía en la jurisprudencia) como toda expresión que propague, incite, promueva o justifique un odio basado en la intolerancia -citada en el párrafo anterior- reproduce, de manera prácticamente literal, las definiciones contenidas en las Recomendaciones europeas ya mencionadas, particularmente, la Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997.

Dicho concepto de discurso de odio fue posteriormente desarrollado por el propio TEDH introduciendo un elemento esencial en su configuración jurídica: el carácter no necesario de la violencia como elemento identificador del mismo. Así, en el asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 julio de 2009, subrayó que:

“La incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una

libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”.

La no exigibilidad de la violencia fue reiterada en pronunciamientos posteriores, en los que el TEDH nuevamente subrayó que “incitar al odio no implica necesariamente un llamamiento a un acto de violencia o a otros actos delictivos. Los ataques contra personas cometidos insultando, ridiculizando o calumniando a grupos específicos de la población pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso racista frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable” (asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 febrero 2012; asunto *Beizaras y Levickas c. Lituania*, de 14 enero 2020).

De lo expuesto hasta el momento se desprende, entre otras cosas, que el discurso del odio es tal cuando tiene por objeto propagar, incitar, promover o justificar el odio, sin necesidad de incitar a la violencia, hacia grupos vulnerables que sufren algún tipo de discriminación por las denominadas *categorías sospechosas* (sexo, religión, raza, nacionalidad, etc.). El destinatario es, a estos efectos, determinante, pues no cabe considerar como discurso del odio aquel discurso crítico, incluso “odioso”, dirigido contra colectivos que no sean vulnerables o, sencillamente, instituciones públicas.

Así lo descartó, por ejemplo, el TEDH -a diferencia del Tribunal Constitucional español- en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 marzo 2018 relativo a la quema de la foto del Rey puesta boca abajo, en el curso de una manifestación antimonárquica e independentista. En lo que aquí interesa, y sin perjuicio de lo desarrollado en las siguientes páginas, en diversas sentencias el TEDH ha puesto de manifiesto que las personas migrantes sí constituyen un grupo vulnerable (véase, entre otros, los asuntos *Soulas y otros c. Francia*, de 10 julio 2008, *Féret c. Bélgica*, de 16 julio

de 2009), por lo que el discurso que pretendiese propagar, incitar, promover o justificar el odio hacia aquéllos si podría considerarse discurso del odio a efectos del CEDH.

Sentadas conceptualmente estas bases, el Tribunal se ha encargado asimismo de identificar unos factores -como veremos, contextuales- cuya concurrencia es relevante a efectos de considerar si una determinada expresión constituye discurso del odio. Su sistematización se recoge y en el asunto *Perinçek c. Suiza*, de 15 octubre 2015 y posteriormente también en el asunto *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 junio 2021. En primer lugar, es relevante determinar si los comentarios se hicieron “en un contexto político o social tenso”. Si eso es así, normalmente el Tribunal reconoce cierta justificación a los límites que pudieran establecerse a las declaraciones concernidas.

En lo que respecta al ámbito relativo a la extranjería e inmigración, que es el que ahora nos ocupa, el Tribunal ha prestado particular atención, por ejemplo, al clima político y social de Francia, donde existen claros problemas de establecimiento e integración de inmigrantes no europeos, particularmente musulmanes (asuntos *Soulas y otros c. Francia*, de 10 julio 2008 y la Decisión en el asunto *Le Pen c. Francia*, de 20 de abril de 2010), siendo más proclive, en tales casos, a justificar la injerencia en la libertad de expresión. En sentido contrario, por ejemplo, en el ya citado asunto *Perinçek c. Suiza*, de 15 octubre 2015, el Tribunal tomó en consideración a efectos de valorar si había habido una lesión de la libertad de expresión, el hecho de que los comentarios vertidos por un político turco en Suiza -acerca de que las deportaciones en masa y las masacres sufridas por los armenios en el Imperio Otomano en 1915 no constituían un genocidio- tuvieran lugar en un contexto no caracterizado por la tensión social o por connotaciones históricas especiales.

En segundo lugar, El Tribunal también sopesa a “si las declaraciones, interpretadas y valoradas correctamente en su contexto inmediato o más general, pueden considerarse como un llamamiento

directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia.” A la hora de analizar esta cuestión, además, el Tribunal es particularmente sensible “a las declaraciones categóricas que atacan o denigran a grupos en su conjunto, bien sean étnicos, religiosos o de otro tipo”. Así, por ejemplo, en el asunto *Soulas y otros c. Francia*, el Tribunal consideró que no se había violado el derecho a la libertad de expresión de los autores del libro «La colonización de Europa» y subtítulo «Discurso verdadero sobre la inmigración y el Islam», que pretendía subrayar «la incompatibilidad de la civilización europea con la civilización islámica en un área geográfica concreta». El TEDH prestó particularmente atención a que el discurso concernido se dirigiese contra los inmigrantes no europeos, particularmente musulmanes, en Francia. Además, otorgando la razón a la interpretación realizada por el Tribunal nacional, subrayó que las palabras utilizadas en el libro “tenían por objeto provocar en los lectores un sentimiento de rechazo y antagonismo, acrecentado por la imitación del lenguaje militar, frente a las citadas comunidades, designadas como el enemigo principal, y llevarlos a compartir la solución recomendada por el autor, la de una guerra de reconquista étnica.”

En tercer lugar, el Tribunal también toma en consideración “la forma en que se formularon las declaraciones y su capacidad, directa o indirecta, de hacer daño”. Así, por ejemplo, el Tribunal ha considerado que las octavillas de un partido político que contenían eslóganes como “oponerse a la islamificación de Bélgica”, “interrumpir la política de pseudointegración”, “expulsar a los parados extraeuropeos”, «reservar a los Belgas y europeos la prioridad de la ayuda social», «dejar de sustentar las asociaciones socio-culturales de ayuda a la integración de los inmigrantes», «reservar el derecho de asilo (...) a las personas de origen europeo realmente perseguidas por razones políticas» o «entender la expulsión de los inmigrantes en situación irregular como una mera aplicación de la Ley» -era un discurso racista o xenófobo que tenía mayor alcance y era más dañino al vehiculizarse a través de dichas octavillas, dado que a través de ellas se accede a la población en sentido amplio, y en el

marco de una campaña electoral, donde las fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables, lo que contribuye a avivar el odio frente a tales colectivos (*Féret c. Bélgica* de 16 de julio de 2009).

En la misma línea, en el asunto *Šimunić c. Croacia*, de 22 de enero de 2019, el Tribunal consideró relevante el hecho de que las expresiones concernidas -en este caso, el grito hasta cuatro veces de la frase “For home” (saludo oficial del movimiento Ustashe y del régimen totalitario del Estado Independiente de Croacia- fueran vertidas por un jugador de fútbol en medio del campo de juego ante numerosos espectadores, pues esas proclamas provocativas de tal figura pública, expresadas tales circunstancias, tenían una mayor capacidad de impactar negativamente en el comportamiento de los espectadores. Asimismo, el Tribunal en el asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 febrero 2012 consideró relevante que los comentarios concernidos -esta vez dirigidos contra personas homosexuales- se contuvieran en folletos distribuidos en las taquillas de estudiantes de secundaria, dado que los destinatarios en cuestión están en una edad impresionable y sensible y, en el caso concreto, además, no tuvieron la posibilidad de no aceptarlos.

Siendo estos los criterios manejados por el TEDH para determinar si una determinada expresión constituye o no discurso del odio, es preciso tener en cuenta que él mismo ha señalado que generalmente es la combinación de dichos factores y no la exclusiva concurrencia de uno de ellos la que conduce a sostener dicha calificación, recordando nuevamente la importancia del contexto a la hora de realizar el análisis (*Perinçek c. Suiza*, de 15 octubre 2015 y posteriormente también en el asunto *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 junio 2021). Además, y al margen de los mismos, el TEDH ha considerado en repetidas ocasiones que “una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político solo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales”, siendo una de esas circunstancias excepcionales el supuesto, precisamente, del discurso del odio (*Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 marzo 2018).

Hasta ahora hemos analizado el discurso del odio en relación con el art.10 CEDH y sus límites. Sin embargo, conviene también tener presente que, en otras ocasiones, el TEDH no entra a analizar si una determinada expresión constituye o no discurso del odio y, por tanto, si cae o no dentro del ámbito de aplicación de la libertad de expresión. Si estima que constituye un abuso del derecho (en este caso a la libertad de expresión), la demanda se inadmite. El art.17 CEDH establece que:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”

El TEDH considera que una determinada expresión o discurso constituye abuso del derecho (en este caso a la libertad de expresión), cuando se usa para fines distintos para los que aquél ha sido creado y que, en lo que ahora nos ocupa, tienen que ver con fomentar o justificar el odio, la violencia, la xenofobia y la discriminación racial, etc. Como tales, resultan incompatibles con los valores del CEDH. Así, cuando el discurso del odio se incardina dentro del art.17 CEDH, se rechaza de plano la demanda, sin entrar en el fondo del asunto y, por tanto, sin analizar su posible colisión con la libertad de expresión (lo que sí se hace en otras ocasiones, como hemos visto). Sencillamente no se examina. Esto es lo que se conoce como el “efecto guillotín” del art.17 CEDH. Veamos algunos ejemplos de esta aplicación.

En el asunto *Glimmerveen and Hagenbeek* c. Holanda, de 11 de octubre de 1979, el TEDH inadmitió el recurso de dos sujetos, líderes de un partido político, que poseían y repartían panfletos dirigidos al “pueblo blanco holandés”, poniendo de relieve la necesidad de homogeneidad étnica en la sociedad y, por ende, de expulsión de

los que no fueran blancos. El TEDH consideró que los recurrentes pretendían expulsar a la población no blanca de Holanda al margen de cualquier otra circunstancia personal -lo que constituía una clara discriminación racial- y que estaban utilizando la libertad de expresión para socavar los derechos y libertades garantizados por el Convenio, esto es, para difundir ideas discriminatorias, algo prohibido por el art.17 CEDH.

Asimismo, en el asunto *Norwood c. Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004, el recurrente había sido condenado por colgar en su ventana un póster de las Torres Gemelas en llamas con el lema “Islam fuera de Reino Unido – proteged al pueblo británico” y con una suerte de símbolo de prohibición formado por una media luna y una estrella. El TEDH consideró que dicha exhibición constituía un ataque contra un grupo religioso (el musulmán) pues se vinculaba a todo él con la comisión de actos de terrorismo, lo que resultaba incompatible con los valores subyacentes al Convenio, especialmente la tolerancia, la no discriminación y la paz social. Algo similar sucedió en el asunto *Pavel Ivanov c. Rusia*, de 20 de febrero de 2007. El propietario y editor de un periódico fue condenado por autorizar y publicar artículos que retrataban a los judíos como la fuente de todos los males de Rusia, demandando así su exclusión de la vida social. Se les acusaba, como grupo étnico, de tejer una conspiración contra Rusia, se atribuía ideología fascista a su líder y se les negaba el derecho a la dignidad nacional. El TEDH consideró que ese era un discurso claramente antisemita que constituía un ataque vehemente hacia un grupo étnico en particular incompatible, nuevamente, con los valores subyacentes al Convenio.

c) Regulación jurídica nacional: Delito de discurso de odio o de incitación al odio (art.510 CP)

En el plano nacional, el discurso del odio no aparece mencionado en la Constitución Española. Sin embargo, ésta contiene una serie de previsiones donde puede hallar su fundamento. No en vano, como ya se ha señalado previamente, se ordena a los poderes

públicos “promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social” (art.9.2 CE), que constituye uno de los pilares del Estado Social; se consagra a la dignidad de la persona, junto con los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social (art.10.1 CE); se prohíbe taxativamente la discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social (art. 14 CE), y se consagra como límites a la libertad de expresión “el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (art.20.4 CE).

Descendiendo ya al ámbito puramente sancionador, tras la reforma del Código Penal en el año 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), el art. 510 CP tipifica el delito de incitación al odio³⁵. Así, el apartado primero establece que serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus

³⁵ Nos encargamos previa y brevemente de él en PRESNO LINERA, M.A., “Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio”, en VÁZQUEZ ALONSO, V.J.; RÍOS VEGA, L.E., SPIGNO, I (dirs.), *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI: Cuestiones actuales y problemáticas*, Tirant lo Blanch, 2021, pp.337-340, cuyas reflexiones utilizamos aquí.

miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

Por su parte, el artículo 510.2 CP sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a:

“a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución”.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo “se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o

discriminación” (art.510.2 CP). Por su parte, el art. 510.3 CP regula como subtipo agravado la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados anteriores “a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas”. En apartados anteriores del artículo 510 se exige que la conducta sea realizada públicamente —art. 510.1.a), 510.1.c)— o por cualquier medio de expresión pública —510.2.b)— por lo que debe entenderse que la publicidad prevista en el artículo 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública sino a los vinculado, como se dice en el propio precepto, a las tecnologías de la información y la comunicación (páginas web, blogs, redes sociales...).

Asimismo, el art. 510.4 CP define otro subtipo agravado: “cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”. Por último, el art.510 bis recoge, en este ámbito, la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

“cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal”.

A la vista de la regulación penal previamente señalada debe destacarse, en primer lugar, que el bien jurídico protegido por los delitos del art.510 CP es la dignidad de la persona, uno de los

fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)³⁶. En segundo lugar, que aquéllos son delitos de peligro abstracto. Con respecto al art.510 CP, el Tribunal Supremo ha señalado que:

“El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del ‘discurso del odio’, que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad.” (STS 72/2018 de 9 febrero, FJ único).

En términos muy similares, la STS 675/2020 de 11 diciembre ha subrayado que el delito de odio es un delito de mera actividad que, como tal

“se consuma por la sola incitación a las variables discriminatorias que en el mismo ha contemplado el legislador; en consecuencia, los únicos elementos que

³⁶ Seguimos, de aquí en adelante la caracterización del tipo penal y sus elementos que, entre otros, se contiene en la Circular 7/2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP.

exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), al que, si se quiere, habrá que añadir ese riesgo, pero insistiendo que se trata de un riesgo abstracto, entendido en el sentido de que sea potencialmente idóneo a la incitación, aunque sin necesidad de que se consiga lo que con ella se persiga, pues, hay que insistir, el delito se consuma con la simple realización de esa conducta idónea generadora del riesgo; el delito aflora de su propia descripción típica, porque no precisa de ningún resultado.”

En tercer lugar, la conducta delictiva, para ser tal, debe realizarse “contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél”. Por tanto, un delito de odio es tal cuando se dirige contra un determinado grupo o individuo precisamente por formar parte de un determinado colectivo identificado por ciertos rasgos (raza, género, sexo, orientación sexual... como veremos a continuación). El sujeto pasivo es, así pues, plural. Si no se dirige contra tales sujetos, el comportamiento en cuestión no será delito del art.510 CP. Esto explica, por ejemplo, que el Tribunal Supremo haya inadmitido a trámite una querella presentada por el partido político VOX por delito de odio contra una diputada y Ministra que, en campaña electoral, había expresado que Vox hacía “publicidad filofascista” y que acabarían “siendo evidentemente lo que son, unos nazis, pero ya a cara descubierta”. El Tribunal Supremo puso de manifiesto, entre otras cosas, que los delitos de odio abarcan “comportamientos que tienen como sujetos pasivos a tales grupos, que están caracterizados por su raza, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad ideología, religión o creencias. Tales grupos no son, en línea de principio, partidos políticos, constituidos legalmente, que se encuentran en liza electoral en un debate público, en el contexto de unas elecciones democráticas” (ATS de 29 de julio de 2021).

En cuarto lugar, y en estrechísima relación con lo anterior, es necesario que exista una motivación discriminatoria. El art.510 CP identifica los motivos que pueden resultar discriminatorios: “motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”. Dicho catálogo de motivos se ha considerado *numerus clausus*, de forma que no podrían considerarse otros motivos que no vinieran recogidos en el art.510 CP. Respecto a esta cuestión, el Tribunal Supremo ha subrayado que “el elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos que, unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas.” (STS 185/2019, de 2 abril FJ 3).

En lo que ahora nos ocupa, se contemplan los “motivos racistas” y la pertenencia de los sujetos “a una etnia, raza o nación” o su “origen nacional” como circunstancias cuya concurrencia justifica las sanciones señaladas. Respecto al primer motivo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965, define la expresión discriminación racial como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

En lo referente a la pertenencia a una etnia o raza, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que «mientras la

noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales» (STEDH *Timishev c. Rusia*, de 13 de diciembre de 2005). Por último, el origen nacional hace referencia al lugar de procedencia o nacimiento de una persona, que no tiene que ser coincidente, obviamente, con aquél en el que reside.

En quinto lugar, los delitos del art.510 CP son delitos dolosos. Sin embargo, para apreciar su concurrencia, es suficiente con que exista dolo genérico. Esto quiere decir, como ha explicado el Tribunal Supremo, que “no es exigible una especie de ‘animus’ singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar a los concretos destinatarios de la acción como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio” (STS 820/2016, de 2 de noviembre). “El dolo en estos delitos -sigue aclarando en un pronunciamiento posterior el Tribunal Supremo- se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar.” (STS 72/2018, de 9 febrero).

En sexto lugar, el art.510 CP no castiga una única conducta sino una pluralidad de ellas. Éstas son, con carácter general la promoción o difusión de ideas u opiniones; la emisión de expresiones o realización de actos de menosprecio, descrédito o humillación; o que inciten a la violencia física o psíquica; el enaltecimiento de ese tipo de hechos o de sus autores; o la justificación, trivialización o negación de graves actos contra la humanidad.

A estos efectos, es relevante tener en cuenta que para que concurra el tipo del art.510.1 a) CP debe tratarse de un comportamiento “público” y que el fomento, promoción o incitación pueden ser directos o indirectos. Respecto de la letra b) del mismo precepto, se incluyen materiales o soportes que sean idóneos para fomentar, promover, o incitar “directa o indirectamente” al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Asimismo, el apartado b) del art.510.2 CP se diferencia del apartado c) del art.510.1 CP en que en el precepto segundo no se sanciona la “justificación”, lo que sí ocurre en el primero. Además, las conductas previstas en el 510.1.c) se vinculan a delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, mientras que en el 510.2.b) se estaría ante otros delitos cometidos por los motivos discriminatorios indicados en el tipo penal³⁷.

*d) La incitación al odio como infracción administrativa**

Tal y como ha sido señalado en páginas previas, en 2013 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas, incluyendo las conclusiones del taller de personas expertas relativo a la prohibición de incitación al odio nacional, racial o religioso, cuyas conclusiones se recogen en el Apéndice bajo el título de Plan de Acción de Rabat. En dicho Plan se señala la necesidad de que los Estados distingan con claridad tres tipos de expresión del odio: las que han de ser constitutivas de delito (se trataría del delito de discurso de odio); las que no son penalmente sancionables, pero pueden dar lugar a sanciones civiles o administrativas y, por último, las expresiones que, sin dar lugar a ninguno de estos tres tipos de sanciones, resultan igualmente problemáticas “en términos de tolerancia, civismo y respecto por los derechos de los demás” (parágrafo 20).

37 GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista en MIRÓ LLINARES, F.(dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017.

* Este apartado ha sido elaborado por María Valvidares Suárez

En nuestro ordenamiento jurídico esta previsión se ha acogido con cierta intensidad de manera sectorial en el ámbito deportivo. La Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Tal y como declara el Preámbulo, su objeto es “regular en un solo texto legal todas las medidas de lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia o cualquier otra manifestación inaceptable de discriminación de las personas, partiendo de la experiencia en la lucha contra la violencia en el deporte”, dado su “papel educativo y su capacidad de transmitir valores de tolerancia y respeto”.

En particular, el art.2.2 define como acto racista, xenófobo o intolerante, a efectos del discurso de odio:

a) La realización de actos en que, públicamente o con intención de amplia difusión, y con ocasión del desarrollo de una prueba, competición o espectáculo deportivo, o próxima su celebración, una persona física o jurídica emita declaraciones o transmita informaciones en cuya virtud una persona o grupo de ellas sea amenazada, insultada o vejada por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

c) Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo u orientación sexual así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.

d) La entonación, en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los

mismos, de cánticos, sonidos o consignas así como la exhibición de pancartas, banderas, símbolos u otras señales, que contengan mensajes vejatorios o intimidatorios, para cualquier persona por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, por la religión, las convicciones, su discapacidad, edad, sexo u orientación sexual, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.

La comisión de estos actos puede justificar que el árbitro o juez deportivo decida suspender provisionalmente el encuentro o incluso un desalojo total o parcial del aforo (art. 15). En cuanto al régimen sancionador, tales conductas podrán calificarse como muy graves en el caso de que se generen perjuicios, riesgos o peligros, pudiendo oscilar en este caso las sanciones económicas entre 60.000 y 650.000 euros. En función de la gravedad y repercusión social, la ley también prevé la posibilidad de aplicar como sanción la prohibición de acceso al recinto por diversos períodos graduables (art. 24).

Estas medidas parece que se van extendiendo y se trasladan a leyes transversales sobre igualdad de trato. Así, por ejemplo, están vigentes en el marco jurídico español diversas leyes autonómicas relacionadas con la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI, que incorporan medidas de fomento de la igualdad y de protección administrativa frente a los comportamientos discriminatorios³⁸. Entre estas medidas se recogen también infracciones y sanciones, entre las que se puede distinguir con claridad la tipificación de conductas relacionadas con el discurso de odio, relativas a la utilización o emisión de expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género.

Actualmente, se tramite ante las Cortes Generales la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación. En su

38 PRESNO LINERA, M.A., “El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”. MATIA, F.J, ELVIRA, A., ARROYO, A., (Coords.), *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 279-312.

art. 6 se define como “acoso discriminatorio” cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la ley (entre ellas el origen racial o étnico), con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Este artículo podría ser base jurídica para sancionar los discursos de odio que no sean constitutivos de delito. Asimismo, en el trámite de enmiendas se han presentado varias propuestas para introducir previsiones específicas frente al discurso de odio, por lo que habrá que esperar al texto final en el caso de que resultase finalmente aprobada.

3. Delitos de odio

Al margen del delito de incitación al odio, en sus múltiples facetas, recogido en el art.510 CP, existen en el ordenamiento jurídico español otros delitos de odio. Sin embargo, los mismos no están recogidos en un Título concreto del Código Penal, sino que aparecen diseminados a lo largo del mismo. Aún así, pueden englobarse bajo esa categoría común toda vez que responden a un mismo esquema. En los delitos de odio (*hate crimes*), y a diferencia del discurso del odio (*hate speech*), el odio es la motivación para llevar a cabo actos considerados delictivos. Aquél se impone, ahora, por la fuerza de los hechos y no a través de la expresión³⁹. Lo relevante es que, nuevamente, los mismos se dirigen contra personas o grupos que forman parte de colectivos tradicionalmente vulnerables⁴⁰. En muchas ocasiones, como se comprobará en las siguientes páginas, se trata de delitos comunes a los que se añade una protección específica o reforzada, en forma de pena agravada, cuando los mismos se dirigen contra los grupos diana (colectivos vulnerables). Según el último Informe sobre la evolución de los delitos en España (2020), elaborado por la Oficina Nacional de lucha contra los delitos de odio, los delitos motivados por racismo y xenofobia figuran en primer lugar.

³⁹ LANDA GOROSTIZA, J., *Los delitos de odio*, ob. Cit., p.25

⁴⁰ *Ibidem*

Dada la dispersión de los tipos delictivos, lo que en ocasiones entraña una cierta dificultad para identificar un delito como un delito de odio, la Fiscalía General del Estado ha elaborado una lista sobre los mismos, de los que se encarga la Delegación de Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación, que procederemos a identificar a continuación.

En primer lugar, y aunque no es propiamente un delito, debe señalarse el agravante por “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad» (art.22.4 CP). Lo que se exige para aplicar dicha agravante es que algunos o varios de los motivos discriminatorios sean el desencadenante para llevar a cabo el hecho delictivo de que se trate. En base a dicho precepto, entonces, pueden perseguirse penalmente determinadas conductas dirigidas hacia ciertos grupos siempre que las mismas no encajen dentro del tipo del art.510 CP. Véase el caso, por ejemplo, de unas agresiones físicas por motivos discriminatorios.

Para aplicar este agravante, los tribunales han venido usando una serie de indicios, principalmente el empleo de expresiones de odio de manera previa a la comisión del delito y la gratuidad de la agresión, entendida como la ausencia de un móvil alternativo⁴¹. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta, además, que el art.22.4 CP también resulta aplicable en estos otros dos casos. Por un lado, cuando existe *error in personam*. Por ejemplo, cuando se quiere atentar contra una persona por ser demandante de asilo y se ataca a una persona que no lo es pero que se le parecía. Por otro lado, cuando la circunstancia discriminatoria no determina la acción que se va a llevar a cabo (el delito), pero sí la elección de la

41 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Motivos racistas o similares”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp.479 y ss.; MIRÓ LLINARES, F.(dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017, p.123.

víctima⁴². Por ejemplo: un grupo de personas agredir a alguien, pero eligen a las víctimas por condición de extranjeros.

En segundo lugar, hallamos el delito de amenazas a colectivos vulnerables, regulado en el art.170 CP:

“1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas.”

En tercer lugar, hallamos los delitos contra la integridad moral por razones discriminatorias recogido en el art.173.1 CP:

“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

42 SANTANA VEGA, D.M., CUESTA LÓPEZ, V., *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp.398-399.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.”

En cuarto lugar, figura el delito de tortura por razones discriminatorias del art.174.1 CP:

“Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, *o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*, la sometiende a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.”

En quinto lugar, encontramos el delito contra la discriminación en el ámbito laboral (público o privado) del art. 314 CP:

“Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o

por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.”

En sexto lugar, figuran los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones o servicios públicos y de prestaciones o servicios en el ámbito empresarial, recogidos en los arts. 511 y 512 CP respectivamente:

Art.511.”1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

4. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena impuesta si esta fuera de privación de libertad, cuando la pena impuesta fuera de multa, la pena de inhabilitación especial tendrá una duración de uno a tres años. En todo caso se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.”

Art.512 CP: “Quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.”

En séptimo lugar, encontramos el delito de asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio. El art.515.4 CP considera asociaciones ilícitas a:

“4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad”.

En octavo lugar, figuran los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos, regulados en los arts.522 y ss.

Art.522 CP: “Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.

Art.523 CP: “El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.”

Art.524 CP: “El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.”

Art.525 CP: “1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.”

Art.526 CP: “El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.”

Por último, se encuentran los delitos de genocidio y de lesa humanidad de los arts.607 y 607 bis CP:

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.

Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

Con la pena de prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los numerales 2.º y 3.º de este apartado.

2. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurren en el delincuente.”

Art.607 bis: “1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o

sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

a) Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

b) En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

a) Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona.

b) Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

c) Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.

d) Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

e) Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

f) Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.

g) Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención. Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

h) Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que

correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

i) Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1. Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se impondrán las penas superiores en grado.

j) Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

k) Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

3. En todos los casos previstos en el apartado anterior se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

BIBLIOGRAFÍA

ACCEM, *Estudio sobre las necesidades de la población inmigrante en España: tendencias y retos para la inclusión social*, 2020.

BARRERE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

CORRECHER MIRA, J., “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret*, núm. 2, 2021.

DE OTTO Y PARDO, I., “El principio de igualdad en la Constitución Española”, en *Obras completas*, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

DE VICENTE BENÍTEZ, R., *El discurso del odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.32-33.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Motivos racistas o similares”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016

FERRAJOLI, L., “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999.

FREDMAN, S., “Substantive equality revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14 No. 3, 2016, pp. 712-738.

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

– *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, 2004.

GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al

discurso sexista, en MIRÓ LLINARES, F.(dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017.

HENRI, C., “The Responsiveness of a Positive State – Vulnerability and Positive Obligations under the ECHR”, Strasbourg Observers, <https://strasbourgobservers.com/2016/10/13/blog-seminar-on-positive-obligations-4-the-responsiveness-of-a-positive-state-vulnerability-and-positive-obligations-under-the-echr/> (a 18 de febrero de 2022).

MARGALIT, A., *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997.

NICOLOSI, S., DELBAERE, R., “A.S. v. Switzerland: missed opportunity to explain different degrees of vulnerability in asylum cases”, Strasbourg Observers, <https://strasbourgobservers.com/2015/07/16/a-s-v-switzerland-missed-opportunity-to-explain-different-degrees-of-vulnerability-in-asylum-cases/> (a 28 de febrero de 2022).

PERONI, L., TIMMER, A. “Vulnerable Groups: the Promise of an Emergent Concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, num.11, 2013, pp. 1056-1085.

PRESNO LINERA, M. A. (coord.), *Protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013

- “El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”, MATIA, F.J., ELVIRA, A., ARROYO, A., (coords.), *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 279-312.

- “Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio”, en VÁZQUEZ ALONSO, V.J; RÍOS VEGA, L.E., SPIGNO, I (dirs.), *Estudios de casos líderes*

europesos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI: Cuestiones actuales y problemáticas, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 323-354

REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, 1995

– “La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, núm. 84, pp. 251-283.

– “Discurso del odio y racismo líquido”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (ed.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá – Defensor del Pueblo, 2015, pp. 51-88

– *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

ROSENFELD, M., “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Cardozo Law Review*, 2003.

VOLOU, A., “Feilazoo v. Malta: immigration detention in the context of the COVID-19 pandemic and beyond and the right of individual petition, Strasbourg Observers, <https://strasbourgobservers.com/2021/05/12/feilazoo-v-malta-immigration-detention-in-the-context-of-the-covid-19-pandemic-and-beyond-and-the-right-of-individual-petition/> (disponible a 28 de febrero de 2022).

SANTANA VEGA, D.M., CUESTA LÓPEZ, V., *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012.

“Cuadernos sobre el derecho de asilo en España” es una iniciativa de CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado). La finalidad de esta serie de publicaciones es analizar la evolución de la protección internacional en España, desde diferentes ámbitos y enfoques profesionales.

Este segundo número, en colaboración con la Universidad de Oviedo como ya hiciéramos en el primero, contiene tres capítulos resultado de la Clínica Jurídica del Máster en Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables de dicha Universidad. El primero, escrito por María Ludivina Valvidares Suárez, analiza el derecho a la igualdad de trato y los diferentes tipos de discriminación. El segundo, a cargo de Miguel Ángel Presno Linera, profundiza en la condición de vulnerabilidad y específicamente en las personas solicitantes de asilo. El tercero y último, elaborado por Patricia García Majado, aborda la regulación jurídica del discurso y los delitos de odio.

Esta publicación es un nuevo ejemplo del potencial que tiene la suma de esfuerzos de la academia y la sociedad civil, en aras de un interés compartido, para aumentar el conocimiento sobre realidades cada vez más presentes en nuestra sociedad.