

TRABAJO DE FIN DE GRADO
ÁREA DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y DERECHOS
HUMANOS

Curso académico 2020-2021

**Homofobia y delitos de odio a la luz de la
jurisprudencia del TEDH**

AUTOR

FERNANDO DÍAZ RUIZ

TUTOR

JON-MIRENA LANDA GOROSTIZA

Leioa, Junio 2021

ÍNDICE

1. Introducción.....	3
1.1. Justificación del tema.....	4
1.2. Objetivos.....	4
2. Marco conceptual.....	5
2.1. El delito de odio contra los homosexuales.....	5
2.2. El discurso de odio con la libertad de expresión.....	11
2.3. Homofobia.....	15
2.3.1. Criminalización a lo largo de la historia europea.....	16
3. Jurisprudencia del TEDH.....	19
3.1. Caso Vejdeland y Otros c. Suecia.....	19
3.1.1. Los hechos.....	19
3.1.2. Alegaciones.....	21
3.1.3. Los Fundamentos de Derecho.....	24
3.1.4. Votos particulares.....	27
3.1.5. Comentario a la sentencia.....	29
3.2. Caso Beizaras y Levickas c. Lituania.....	30
3.2.1. Los hechos.....	30
3.2.2. Los Fundamentos de Derecho.....	33
3.2.3. Comentario a la sentencia.....	38
3.3. Caso Jóhan Lilliendahl c. Islandia.....	39
3.3.1. Los hechos.....	39
3.3.2. Los Fundamentos de Derecho.....	42
3.3.3. Comentario a la sentencia.....	48
Conclusiones.	48
Anexos.....	51
Anexo 1. Evolución de hechos esclarecidos en incidentes de delitos de odio en España.....	51
Anexo 2. Respeto por los Derechos Humanos en ámbito legal y político del colectivo LGBTI en Europa en 2021.....	51
Bibliografía.....	52

Bibliografía consultada.....	52
Legislación aplicada.....	54
Índice de sentencias.....	55
Otras fuentes.....	56

1. Introducción.

Los delitos de odio han sido un tema controvertido desde el inicio de su legislación, hasta la inmediata actualidad, con una interpretación jurisprudencial poco extensa y muy ambigua. Dicha interpretación ha variado y evolucionado, dependiendo del contexto histórico, social y cultural de cada territorio. Por esto, al hacer referencia a este término, es tan complejo poder dar una definición concreta. Cada sociedad, a un ritmo diferente, han incluido, o no, en su ordenamiento jurídico, los delitos de odio con especial referencia a la orientación sexual¹. A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha encargado de, con importante jurisprudencia, recopilar los requisitos que tiene que tener dicho comportamiento para poder ser criminalizado. Así, con su jurisprudencia, este trabajo pretende analizar el concepto de “delito de odio” y “discurso de odio”, solamente respecto al colectivo homosexual, grupo diana frecuente de dichos delitos en las sociedades modernas, y a quienes este trabajo va enfocado².

Este análisis jurisprudencial pretende reflejar la evolución que ha tenido la protección de este colectivo con respecto a estos delitos, y su aplicación por los tribunales en las sociedades actuales y cercanas, concretamente la europea, a la que nuestro país actualmente pertenece.

El trabajo consta de tres puntos, el primero de los cuales va referido a la introducción necesaria del tema, la justificación de su elección y el objetivo del mismo. En el segundo punto se introducen los conceptos más importantes relacionados con el

¹ “Se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas” Principios de Yogyakarta, 2007.

² Ver Anexo 1.

tema, de los cuales, se hace un énfasis en “delito de odio”, “discurso de odio” y “homofobia” por su tremenda complejidad y para una mayor comprensión del trabajo. El punto tercero es la materia central del trabajo, la jurisprudencia. Es por ello que el análisis de las sentencias elegidas es denso, siendo las más relevantes y novedosas para tratar el discurso del odio, el delito de odio con motivación por orientación sexual, recalcando punto por punto la interpretación de los jueces europeos, y mencionando también la legislación aplicada en sus fundamentos de derecho.

La jurisprudencia analizada en este trabajo recoge el marco jurídico más relevante de la actuación de los tribunales europeos con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante TEDH o el Tribunal), teniendo su influencia el TEDH sobre los órganos españoles, ya que sus resoluciones son vinculantes para nuestro país.

1.1. Justificación del tema.

La homofobia en los delitos de odio es un tema que he elegido por mi gran implicación en el movimiento LGBT y su lucha, lucha que se debe incluir también dentro del mundo jurídico. Este trabajo pretende reflejar si existe esa igualdad dentro de los tribunales, lugar donde la discriminación por orientación sexual no debe encontrar cobijo en una sociedad democrática y de Derecho, y que sin embargo, se da tanto en la Europa actual, como en España³.

1.2. Objetivos.

El objetivo principal es exponer la jurisprudencia que trata los delitos de odio motivados por la homofobia, de una forma en la que se pueda analizar la protección y garantías que se aporta al colectivo homosexual a nivel europeo. Jurisprudencia que muestra cómo el delito de odio, y en su forma de discurso de odio muy especialmente,

³ LÓPEZ ORTEGA, ANNA, “Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)”, *Revista de la Universidad de Jaén*, núm. 17/2017, p. 24.

como escalón para dar pie a la discriminación por orientación sexual. Se pretende mostrar así las vías de resolución a este conflicto desde el punto de vista jurisprudencial.

2. Marco conceptual.

En este apartado, primeramente, se estudia la estructura del delito de odio en el ordenamiento jurídico español, mencionando las características interpretativas y doctrinales de textos normativos internacionales y obras de diferentes autores respecto a la materia. El discurso de odio es el siguiente punto sobre el que se incide como variante específica del delito de odio. Seguidamente se trata la homofobia tanto como concepto, como su criminalización en los ordenamientos jurídicos europeos. Este último análisis será más breve e instrumental para poder apoyar la explicación de los conceptos más importantes señalados anteriormente.

2.1. El delito de odio contra los homosexuales.

Los delitos de odio se encuentran tipificados en España en los Artículos 510 y 22.4 del Código Penal (CP en adelante) en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE nº 77, del 31 de marzo). Es la legislación penal española dedicada a estos delitos, siendo el primero una redacción de tipos delictivos, y el segundo la agravante genérica. Además de estos, en el CP hay más conceptos de delitos de odio esparcidos, como por ejemplo en el ámbito laboral con el Artículo 314 CP, o los referidos a los delitos contra los sentimientos religiosos de los Artículos 522 a 524 CP.

En cuanto al delito de odio por motivos de orientación sexual, el Artículo 510.1.a CP incorpora las conductas de “fomentar”, “promover” o “incitar directamente o indirectamente” y sigue “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”⁴. La incitación indirecta hace referencia a la necesaria realización de una conducta concreta para tipificarla, si ésta consigue crear el peligro al bien jurídico que se protege, que es la dignidad de los colectivos diana. Por el contrario, sí que parece necesario que se haga de forma pública, ya que no se puede perseguir penalmente una simple opinión de odio, sino que se debe exteriorizar en la forma que cree el peligro indicado.⁵

El legislador busca proteger la dignidad de la víctima, el sujeto pasivo. La dignidad es el bien jurídico amparado, considerado como un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico, así lo redacta el Artículo 10.1 de la Constitución Española (BOE nº 311, de 29/12/1978), que se vincula con el principio de igualdad del Artículo 1 de la Constitución (CE en adelante) y la prohibición de discriminación del Artículo 14 CE⁶, recogidos como derechos fundamentales en el Título Primero CE. Esta protección viene también del influjo normativo en materia internacional de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Protocolo nº 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH), y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007.

La dignidad y la igualdad se protegen de esta especial manera porque son consideradas pilares fundamentales de las sociedades democráticas, necesarias para la convivencia en nuestras sociedades más actuales. Son valores inherentes a las personas, los tienen por el mero hecho de serlo⁷.

Volviendo al tipo delictivo español, se trata de un ilícito que encierra un peligro abstracto, no concreto. Esto es, según el Tribunal Supremo (TS en adelante), que lo que

⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. España. Artículo 510.1.a.

⁵ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019), p. 19.

⁶ Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 1.

se busca poner en relevancia es la capacidad de la conducta para crear el peligro que ataque a ese bien jurídico (STS nº 259/2011, de 12 de abril). Esta capacidad de creación del peligro se mide con el contenido, con el modo de realizarlo del mismo, y el contexto en que se realiza. Esto es, dependiendo del momento histórico-social de cada sociedad, los grupos vulnerables y, por tanto, dianas de estos delitos de odio pueden variar, lo cual vendrá dado en si el legislador lo ha considerado suficientemente vulnerable como para incluirlo en la protección típica de este delito. El legislador los incluye porque el peligro se puede crear de una forma mucho más efectiva en un ambiente hostil⁸ para dichos colectivos dependiendo, una vez más, en el contexto en el que sean atacados. Según Fuentes Osorio “se abre, por tanto, un primer nivel de decisión sobre la criminalización del odio: hay una selección, no todos los posibles motivos discriminatorios son recogidos en los delitos de odio”⁹.

Entonces, el peligro abstracto, pese a no encerrar ningún acto concreto, debe ser apto para “generar un clima de odio o discriminación que, en su caso, sea susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes, como expresión de una intolerancia excluyente ante los que son diferentes.”¹⁰

Esta peligrosidad es, no solo para la víctima como tal, sino para toda la comunidad porque así es como los “*hate crimes*”¹¹ también repercuten en la comunidad. Cuando un delito de odio sucede, el perpetrador envía a los miembros de un determinado grupo el mensaje de que no son bienvenidos, amenazando a todo el colectivo y generando sentimientos de inseguridad, rechazo e incluso baja autoestima”¹².

⁸ STS nº 259/2011, de 12 de abril, define “ambiente hostil” como un estado previo a la violencia, es decir, como “clima (...) que pueda concretarse en actos (...) de violencia, odio o discriminación”.

⁹ FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-27, p. 5.

¹⁰ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019), p. 10.

¹¹ Denominación que aporta el FBI para los delitos de odio. Disponible en :<https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes> (Último acceso: 15 de abril).

¹² GÜERRI FERNANDEZ, CRISTINA, “La especialización de la fiscalía en materias de delitos de odio y discriminación” *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2015, p. 5.

Este grave efecto se traduce en una consecuencia terrible, no solo por el odio y discriminación generada, sino además porque “representan una amenaza contra la base misma de las sociedades democráticas y el imperio de la ley, ya que constituyen un ataque contra el principio fundamental de igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos, tal como se consigna en el Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”¹³. Como añadido, la peligrosidad la destaca la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR en adelante) junto a la Asociación Internacional de Fiscales en 2014 con una guía para que los fiscales de los Estados miembros tengan más facilidad a la hora de perseguir los delitos de odio, ya que según la ODIHR, estos delitos “constituyen una de las manifestaciones más graves de la intolerancia, afectan a la seguridad de las personas y a la cohesión social y tienen un serio potencial de conducir a violencia y conflictos a gran escala”¹⁴.

Este tipo de delito se caracteriza, además, por atacar a un sujeto pasivo en su forma colectiva. Esto quiere decir que aunque el ataque se dirija a una sola persona o a un determinado grupo, en ambos casos se hace por estar vinculados a un colectivo vulnerable, así lo expresa el Artículo 510 con “contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél”¹⁵. Esta calificación de vulnerabilidad dependerá, como ya se ha dicho, del entorno social, cultural e histórico para que el legislador la incluya como tal en el tipo penal, como lo está actualmente la motivación por orientación sexual.¹⁶

En cuanto al tipo subjetivo, se hace especial hincapié en la intención junto a un elemento motivacional. La intención se refiere a la necesidad de dolo en la conducta.

¹³ Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, p. 8.

¹⁴ Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR) y Asociación Internacional de Fiscales (AIF).. *La persecución penal de los delitos de odio: Guía práctica*, p. 22.

¹⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. España. Artículo 510.1.a.

¹⁶ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019), p. 11.

Sin embargo, no se requiere un dolo específico sino que uno genérico es suficiente. Al respecto, el TS lo defiende con “basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio” (STS nº 820/2016, de 2 de noviembre).¹⁷

La motivación, por otro lado, es esencial para considerar un delito de odio. De la Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, se incorpora a nuestro ordenamiento los distintos motivos discriminatorios, motivos que incluso el legislador español amplía, y que la doctrina denomina como “grupos diana”¹⁸. Entre esas motivaciones está la orientación sexual, motivo que coloca al colectivo LGTBI¹⁹ y, en concreto, al homosexual, en el centro de estos delitos de odio, aumentando aun más su vulnerabilidad con actuaciones discriminatorias y vejatorias de las que ya son víctimas en nuestra sociedad.²⁰

El odio²¹ como tal no está tipificado, sino que jurídicamente hay que referirse al prejuicio que motiva ese odio. Sobre el odio, “el elemento esencial del odio es el factor emotivo. Es una emoción de enemistad, rechazo, hostilidad a un sujeto u grupo. Sin embargo, el odio en su sentido penal no se vincula con cualquier clase de ánimo hostil, tiene que ser discriminatorio. Dicho de otro modo, la aversión se convierte en odio

¹⁷ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019), p. 12.

¹⁸ Los motivos recogidos en el Artículo 510.1.a CP son: “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”.

¹⁹ Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico “Perteneiente o relativo a personas lesbianas, gais, transexuales, bisexuales o intersexuales”. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/lgtbi> (Último acceso: 21 de abril).

²⁰ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019), p. 12.

²¹ La Recomendación General nº 15 ECRI define odio como “emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo”, y violencia como el “uso deliberado de la fuerza física o el poder contra una persona, o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas posibilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos de desarrollo o privaciones”.

penal únicamente cuando esta tiene su origen en un motivo rechazado por la sociedad ya que puede conducir a un trato diferente y perjudicial de personas, grupos e instituciones. Odio equivale, por tanto, a <aversión discriminatoria>”²².

Una vez analizado el tipo penal, la definición con la que trabaja el Ministerio del Interior²³ respecto al delito de odio, definición que pertenece a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE en adelante), y que recoge todo lo expuesto anteriormente para describir el delito de odio como “cualquier infracción penal (contra las personas o propiedades), donde la víctima, el local o el objetivo se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a algún grupo social (cuyos miembros tienen una característica común real o percibida, como su “raza”, origen nacional o étnico, lenguaje, color de piel, religión, sexo, edad, discapacidad intelectual o física, orientación sexual o identidad de género, etc.”.

Con esta definición cabe recalcar que la conexión del prejuicio con la víctima, la homosexualidad, puede ser real o “percibida”, ya que la víctima no tiene por qué pertenecer efectivamente al colectivo diana, el LGBT en este caso, sino simplemente ser abiertamente afín a él, etc.

La agravante por motivo discriminatorio del Artículo 22.4 CP busca la responsabilidad penal de aquél que realiza una conducta previamente tipificada y que esté movido con una motivación discriminatoria recogida en el propio Artículo, entre las que se encuentran la orientación sexual. Se trata de conductas que no coinciden con las previamente descritas por el Artículo 510 CP. Ambos artículos, el Artículo 510 y el 22.4 CP, son excluyentes por el principio *non bis in idem*.²⁴

²² FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-27, p. 3.

²³ Ministerio del Interior, *Qué es el delito de odio*. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/que-es-un-delito-de-odio> (Último acceso en: 10 de abril).

²⁴ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019), p. 31.

En relación con esto, cuando el discurso como manifestación de la expresión, toma la forma de una conducta que sea en sí misma un delito penal, como el abuso, el acoso o el descrédito, también se puede considerar como delito de odio²⁵. El delito de odio en forma de discurso de odio se explica a continuación.

Estos acercamientos conceptuales, aunque a primera vista pueden verse distintos entre sí, comparten dos elementos, que son los básicos en el delito de odio. Estos son una acción previa tipificada ya como delito en el correspondiente ordenamiento jurídico nacional, y un prejuicio que motiva esa acción y que la agrava, provocando con ambas la discriminación hacia el colectivo diana.

2.2. El discurso del odio con la libertad de expresión.

El discurso de odio es el delito de odio con palabras. Encerrar esta característica en una definición ha resultado, y sigue siendo así, muy difícil para el legislador, ya que tiene que tener en cuenta que no toda expresión es odio, y que no toda expresión de odio debe ser criminalizada.

Sobre esta definición han trabajado los textos normativos internacionales más relevantes en aspectos de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966, la ECRI del Consejo de Europa, en su Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros, de 30 de octubre de 1997, entre otras, como reflejo de una sociedad cada vez más preocupada contra las ideas radicalmente excluyentes tras la Segunda Guerra Mundial.

Landa explica que el discurso de odio se puede denominar también *hate speech* criminalizado, porque estaría dentro del delito de odio en un sentido más amplio²⁶. En

²⁵ Recomendación General nº 15 *relativa a la Lucha contra el Discurso de Odio y memorándum explicativo*, de 8 de diciembre de 2015. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Consejo de Europa., p. 20.

²⁶ LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, p. 25.

su obra, Landa recoge que “el discurso del odio, en la línea adecuada, es el género y los delitos de odio vía propaganda, o que se materializan vía discurso, serían la especie”²⁷.

La libertad de expresión juega entonces un papel muy importante en esta definición. El TEDH entiende esta libertad como un “fundamento esencial de la sociedad democrática” (STEDH *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, párrafo 42), del mismo tenor que el TC ha matizado este derecho como imprescindible para una formación de la opinión libre y del ejercicio de otros derechos (STC 112/2016, de 20 de junio).

Una vez puesto en relieve la importancia de este derecho fundamental, es necesario ponerlo en consonancia con una sociedad democrática y sus valores, valores que incluyen el respeto y la dignidad, y que podrían verse afectados por el ejercicio irresponsable o abusivo de esta libertad. Tanto es así que el TEDH se ha encargado de establecer los límites en el Artículo 10.2 CEDH. El mismo Artículo que contiene el derecho a la libertad de expresión, contiene además una previsión de limitarlo a favor de los valores democráticos. La CE, por su parte, en el artículo 20.4 establece como límite “el respeto a los derechos reconocidos en este Título”, refiriéndose al Título I entre los que se incluyen el derecho a la igualdad, la dignidad y la prohibición de discriminación ya mencionados.²⁸

Se entiende la libertad de expresión distinto a un derecho absoluto, con límites que buscan “prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” (STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret contra Bélgica*).

Según la Comisión Europea contra el Racismo y la Tolerancia (ECRI en adelante) en su Recomendación n. 15, el discurso de odio “debe entenderse como el uso

²⁷ LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, p. 24.

²⁸ Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019), p. 5.

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 exhaustiva²⁹ 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”³⁰.

Recogiendo lo que la Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros a los Estados dice sobre el discurso de odio, “abarca todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, al antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la discriminación y la hostilidad contra las minorías. A los efectos de la presente Recomendación, el término <discurso de odio> abarca toda forma de expresión motivada por el odio, con independencia del medio de expresión utilizado, incluido Internet y cualquier otro nuevo medio de comunicación”³¹.

Es el FBI³² el primer órgano encargado de recopilar datos sobre el *hate crime* en Estados Unidos, donde, por el contrario, el discurso del odio no se ha empleado como límite de la libertad de expresión, al tener un mayor amparo legal esta libertad en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana.³³

²⁹ MARTÍN SÁNCHEZ, MARÍA “La prohibición de discriminación por orientación sexual”, *Estudios de Deusto*, núm. 58/1, p. 131.

³⁰ Recomendación General nº 15 *relativa a la Lucha contra el Discurso de Odio y memorándum explicativo*, de 8 de diciembre de 2015. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Consejo de Europa, p. 18.

³¹ Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, 31 de marzo de 2010. Consejo de Europa, p. 11.

³² Federal Bureau of Investigation, “Hate Crimes”. Disponible en: <https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes>. (Último acceso: 7 de abril).

³³ MARTIN HERRERA, DAVID, *Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el “Hate Speech” se convierte en “Hate Crime”*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (s. f.), p. 2.

Es en Europa donde el término “discurso de odio” tiene más acepción jurisprudencial. La Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁴ (FRA en adelante), es la que pone en relieve, tras el oscuro pasado con el nazismo y el fascismo al terminar la Segunda Guerra Mundial, que la libertad de expresión debe amparar también los derechos ajenos, es decir, el abuso de dicha libertad daría lugar al amparo jurídico y judicial³⁵.

Sin embargo, cabe recordar que no todo discurso de odio es delito, así lo explica el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia “todo delito de discurso de odio es un delito de odio y es una manifestación del discurso de odio, pero no todo discurso de odio es delito de odio (ni delito de discurso de odio). Un discurso de odio no requiere estar sancionado penalmente para poder denominarse de esta manera.”³⁶

Sobre las características que definen al delito de odio, el TS y TC son reincidentes en su jurisprudencia, el “tenor literal de las palabras empleadas”, la “intención”, y el “contexto”. En su análisis de estos elementos los tribunales deben hacer, caso a caso, una ponderación de los derechos en juego. Como ocurre con el delito de odio en sí, debe haber una motivación de discriminación, la intención de atacar la dignidad del colectivo diana, y ser una forma de expresión tipificada previamente, además de que no sea necesaria una incitación a la violencia.³⁷

En cualquier caso, no toda expresión de odio resulta en discurso de odio “un discurso de odio que no pueda catalogarse como delito de discurso de odio sí puede ser

³⁴ EUROPEAN AGENCY FOR HUMAN RIGHTS, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, Ed. 2009, Unión Europea.

³⁵ No cualquier abuso, sino que tiene que estar sujeto a unos presupuestos necesarios para su invocación por el Artículo 17 del CEDH, tal y como se explica más tarde en el Caso Carl Jóhan Lilliendahl contra Islandia (STEDH del 12 de mayo de 2020).

³⁶ DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, “Informe de delimitación conceptual en materias de delito de odio” *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*, 2020, p. 51.

³⁷ DÍAZ SOTO, JOSE MANUEL, “Una aproximación al concepto de discurso del odio”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34/2015, p. 86

tildado de incidente de odio (...) Los incidentes relacionados con los delitos de odio (<incidentes de odio>) son hechos que, pudiendo ser indiciariamente constitutivos de un delito de odio o de una infracción administrativa relacionada con un delito de odio, no son delito. Ya sea porque no es constitutivo de infracción alguna, ya sea porque sólo es constitutivo de la infracción administrativa, ya sea porque todavía no se ha dictado sentencia condenatoria por la comisión del delito de odio en cuestión”³⁸. Además, cabe reiterar en la no penalización de cualquier discurso de odio, ya que la mera opinión no es punible, por muy poco ética o controversial que sea, debe contener los elementos ya indicados para considerar el delito de discurso de odio³⁹.

Resulta entonces de imperiosa necesidad poner este discurso de odio en una balanza para ponderarlo con el derecho de libertad de expresión protegido en el Artículo 10 y la prohibición del abuso del derecho del Artículo 17, ambos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, (en adelante, CEDH).⁴⁰ Esta es una línea jurisprudencial muy debatida en los Tribunales europeos, que busca frenar de golpe el discurso de odio más radical, se trata de una protección absoluta de la libertad de expresión ejercida de forma irresponsable. La otra línea jurisprudencial, más garantista porque no limita desde el origen este derecho, es la más empleada por el TEDH, con el apartado segundo del Artículo 10 CEDH, ponderando los límites de la libertad de expresión con otros derechos como la dignidad, predominante en su jurisprudencia.

2.3. Homofobia.

³⁸ DIAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, “Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio”, *Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo para cooperar institucionalmente en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la LGBTIfobia y otras formas de intolerancia y financiado por la Secretaría de Estado de Migraciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y Observatorio Español del racismo y la Xenofobia 2018, p. 59.

³⁹ SOLÍS TRAPERO, LAURA, *Los delitos de odio: Incitación y discurso del odio (Art. 510 CP)*, Alcalá de Henares 2019, p. 32.

⁴⁰ ESQUIVEL ALONSO, YÉSSICA, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 31/2016, p. 9.

La ECRI define la homofobia como “prejuicio, odio o miedo de la homosexualidad o de las personas identificadas o percibidas como bisexuales, gays, lesbianas o transexuales” en la Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio⁴¹. La homofobia se relaciona automáticamente con la homosexualidad⁴².

2.3.1. Criminalización a lo largo de la historia europea.

La homosexualidad no ha sido un modo de vida libre en nuestras sociedades desde su origen, de la misma forma que la homofobia no siempre ha sido punto de partida de un acto criminal, dejando así vía libre a situaciones realmente discriminatorias durante largo tiempo en Europa. Incluso hoy en día, no todos los actos u omisiones frutos de la homofobia son constitutivos de delito.⁴³

Sin embargo, en la jurisprudencia del TEDH y de la Antigua Comisión (Comisión, en adelante) se observa la transición de la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia. Según Borrillo “el colectivo gay no ha cesado de intervenir ante el TEDH a efectos de cuestionar las diferentes legislaciones nacionales represivas de la homosexualidad, consideradas como una violación a la vida privada y familiar”.⁴⁴

⁴¹ Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, p. 16. (2010). Disponible en: <https://rm.coe.int/16804e509d>.

⁴² “La homosexualidad es la atracción romántica, atracción sexual o comportamiento sexual entre miembros del mismo sexo o género. Como orientación sexual, la homosexualidad es un patrón duradero de atracción emocional, romántica y/o sexual hacia personas del mismo sexo. También se refiere al sentido de identidad basado en esas atracciones, los comportamientos relacionados y la pertenencia a una comunidad que comparte esas atracciones” según la Asociación Estadounidense de Psicología. Disponible en: <https://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual> (Último acceso: 13 de abril).

⁴³ GILBAJA CABRERO, ESTELA, “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 91/2014, p. 306.

⁴⁴ BORRILLO, DANIEL, “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual” *Revista de Estudios Jurídicos, University of Jaén*, núm. 11/2011, p. 17.

Como muy bien resume este autor, en la jurisprudencia respecto a la homosexualidad en Europa hay cuatro fases temporales, que empiezan por una inicial represión de la homosexualidad ejercida por las legislaciones nacionales y justificada tanto por el TEDH, como por la Comisión. Esta represión se pone en evidencia justo al finalizar la Segunda Guerra Mundial, cuando pese a haber sido los homosexuales un colectivo diana del fascismo brutal ejercido en durante la guerra, ni las legislaciones nacionales ni tampoco la internacional deciden establecer estándares de protección y garantías para el colectivo homosexual en las sociedades de post-guerra. Hubo que esperar hasta el año 1994 para que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas establezca que la categoría "sexo" del Pacto de Derechos Civiles y Políticos incluya también a la orientación sexual.⁴⁵

Para que la tolerancia hacia la homosexualidad llegara a los tribunales europeos, fueron necesarios nuevos enfoques jurisprudenciales. Para ello, las resoluciones judiciales que propiciaron ese nuevo acercamiento tolerante aplicaron la orientación sexual homosexual poniéndola en relación con el Artículo 8 del Convenio sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, vinculado junto al Artículo 14 de prohibición de la discriminación del mismo texto.⁴⁶ En el Caso Dudgeon⁴⁷ (STEDH de 22 de octubre de 1981) y el Caso Norris⁴⁸ (STEDH de 26 de octubre de 1988) el TEDH aprovecha para iniciar esa despenalización parcial de la homosexualidad, “la protección se refiere exclusivamente a la vida privada”⁴⁹. El primero de los casos mencionados es de especial relevancia, presentado en 1981, significa el primer movimiento de control y

⁴⁵ BORRILLO, DANIEL, “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual” *Revista de Estudios Jurídicos, University of Jaén*, núm. 11/2011, pp 2-15.

⁴⁶ MANZANO BARRAGÁN, IVÁN, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2/2012, p. 51.

⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Pleno). Dudgeon c. Reino Unido. Sentencia de 22 de octubre de 1981.

⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Pleno). Norris c. Irlanda. Sentencia de 26 de octubre de 1988.

⁴⁹ BORRILLO, DANIEL, “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual” *Revista de Estudios Jurídicos, University of Jaén*, núm. 11/2011, p. 9.

reproche de legislación nacional discriminatoria contra el colectivo homosexual. Este fallo promovió un cambio en muchas otras legislaciones de Estados miembros, “Irlanda del Norte (1982), Ucrania (1991), Estonia (1992), Letonia (1992), Lituania (1993), Rusia (1993), Irlanda (1993), Albania (1995), Moldavia (1995) y Chipre (1998) modificaron sus legislaciones penales tras la condena del TEDH”.⁵⁰

Esta etapa es precedida por el inicio de la prohibición de la homofobia con el Caso Salgueiro da Mouta Silva⁵¹ (STEDH de 21 de diciembre de 1999). El colectivo homosexual ha visto desde entonces aumentada de forma significativa su protección frente a la prohibición de discriminación, además de conseguir otros derechos como el matrimonio igualitario⁵² o la protección laboral. Derechos que buscan equiparar el colectivo LGBT con el predominio heterosexual⁵³.

Tal y como indica María Martín Sánchez, está sucediendo una evolución en la sociedad y en el ámbito jurídico, que ha permitido pasar de calificar a los homosexuales de “perversos, depravados o delincuentes, llegando incluso a tipificar penalmente las prácticas homosexuales” a protegerlos y aceptarlos, buscando el amparo jurídico a la discriminación que sufren.⁵⁴

Han sido cuerpos esenciales, el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, a la hora de aplicar normas que permitan estos cambios legislativos en cada Estado. Además, el TEDH con su interpretación más moderna, quiere proteger a estos

⁵⁰ BORRILLO, DANIEL, “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual” *Revista de Estudios Jurídicos, University of Jaén*, núm. 11/2011, p. 7.

⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Sección Cuarta). Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal. Sentencia de 21 de diciembre de 1999.

⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Sección Primera). Schalk y Kopf c. Austria. Sentencia de 24 de junio de 2010.

⁵³ LANGARITA ADIEGO, JOSE ANTONIO y MAS GRAU, JORDI *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, núm. 2/2017, p. 318

⁵⁴ MARTÍN SÁNCHEZ, MARÍA. *Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa*, Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca 2011, p. 29.

colectivos más vulnerables frente a lo que ha sido una discriminación, hasta ahora tradicional, en las sociedades europeas.

3. Jurisprudencia del TEDH.

El TEDH se viene encargando de garantizar los derechos de los ciudadanos europeos, vigilando las diferentes sentencias nacionales y tratando de imponer criterios jurisprudenciales para una aplicación de estándares común en lo que a derechos humanos se refiere, manteniendo, eso sí, un margen de apreciación, a veces cuestionable, para que los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen esos estándares bajo su criterio. Lo mismo ocurre con los derechos LGBT, en este caso, los homosexuales han visto amparados sus derechos en las últimas sentencias de Estrasburgo, algunas de las cuales se exponen a continuación para el análisis del delito de odio contra homosexuales, vinculando los derechos de libertad de expresión con la dignidad e igualdad, todos recogidos en el Convenio.

3.1. Caso Vejdeland y Otros c. Suecia.

El Caso Vejdeland y Otros contra Suecia (STEDH de 9 de mayo de 2012) es un caso de referencia en cuanto a homofobia y discurso de odio, que como ya se ha indicado, puede ser interpretado a la luz del delito de odio en el sentido amplio.

3.1.1. Los hechos.

Se trata de una demanda de cuatro ciudadanos suecos contra el Gobierno de Suecia. Los demandantes en diciembre de 2004 decidieron presentarse en un instituto y distribuir aproximadamente cien panfletos y folletos de la Organización Juventud Nacional (*National Youth*) dejándolos en las taquillas de los estudiantes. Fueron obligados a abandonar el centro por el director, ya que no eran estudiantes ni pertenecían al centro. En los panfletos había escrito traducido al castellano:

“Propaganda homosexual.

Durante varias décadas la sociedad ha ido del rechazo a la homosexualidad y otras desviaciones sexuales hasta adentrarse en este proclive de la desviación sexual en cuestión. Tus profesores anti-suecos saben perfectamente que la homosexualidad tiene un efecto moralmente destructivo en la sociedad y que van a intentar introducirlo como algo normal y bueno.

— Díganles que el VIH y el SIDA tuvieron su origen con los homosexuales y que su estilo de vida promiscuo fue una de las principales razones para que esta plaga haya ganado terreno hoy en día.

— Díganles que los lobbys del colectivo homosexual están intentando minimizar la pedofilia, pidiendo que esta desviación sexual sea legalizada.”⁵⁵

Por distribuir estos panfletos fueron condenados por el Tribunal Supremo sueco por agitación contra un grupo étnico o nacional, al amparo del Código Penal de Suecia.⁵⁶

Como reacción a esta condena, los cuatro, ahora demandantes, alegan ante el TEDH una violación a su derecho de libertad de expresión recogido en el Artículo 10 de la Convención.

Estamos ante la ponderación jurídica de los intereses previamente discutidos, y que se repiten cuando el TEDH hace referencia a un discurso de odio: la libertad de expresión, en este caso, de los distribuidores de los panfletos; y el honor e integridad del colectivo homosexual, como colectivo diana de los comentarios vertidos por dichos panfletos.

⁵⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 8.

⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 9.

3.1.2. Alegaciones.

Para un breve repaso a los antecedentes y así observar los puntos de vista de los órganos jurisdiccionales suecos, hubo una primera condena del Tribunal del Distrito de la jurisdicción sueca que encontraba los panfletos muy lejanos a los límites de esta libertad de expresión. Los demandantes alegaron que su intención era buscar una mera discusión objetiva y que no era la de expresar desprecio contra los homosexuales, lo cual el Tribunal no apoya. Así, el Tribunal impone la pena de prisión de dos meses a dos de ellos, suspensión de pena con multa para el tercero, y el cuarto con una libertad condicional junto con 40 horas de trabajo comunitario.⁵⁷

Tras esto, hay una primera apelación ante el Tribunal de Apelación que revocó la sentencia anterior alegando una violación de su libertad de expresión tal y como está garantizada en el Artículo 10 de la Convención, y elimina así la condena previa.⁵⁸

Tras esta revocación, hay una segunda apelación ante el Tribunal Supremo sueco que vuelve a condenar a los demandantes por agitación contra un grupo étnico o nacional del Artículo 16 del Código Penal sueco. No fue una condena unánime, hubo 2 votos particulares. Este último tribunal, pese a aceptar que la intención de la distribución de estos panfletos podría haber sido la de empezar el debate objetivo entre estudiantes y profesores, vio por mayoría cómo la expresión de los argumentos distribuidos eran desproporcionados y atentaban contra los homosexuales como colectivo, de una forma en la que el Artículo 10 de la Convención no puede proteger, sobrepasando los límites, como en el propio Artículo 10 en su apartado 2º recoge. La pena interpuesta por este último Tribunal fue de penas suspendidas para tres de ellos

⁵⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 11.

⁵⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 13.

con multas de un rango de 200 a 2 mil euros, aproximadamente; y el cuarto con libertad condicional.⁵⁹

Se puede observar, que ya desde el principio y con la legislación nacional en la mano, hay interpretaciones diversas para los mismo actos, y es que la ponderación de los límites de la libertad de expresión relacionada con delitos de homofobia era una novedad jurisprudencial en Suecia.

Una vez en el TEDH, las alegaciones de las partes son expuestas, se van a resumir a continuación, puesto que aportan las distintas visiones de los límites de la libertad de expresión con respecto a comentarios homófobos, que dependiendo de una u otra parte, pueden constituir un discurso de odio.

Comienzan con los demandantes exponiendo que su verdadera intención era la de empezar un debate objetivo en el centro escolar, además de no encontrar ningún mensaje de odio ni animar a nadie a cometer actos violentos contra el colectivo homosexual, desde su punto de vista. Opinan que la edad de los estudiantes entre 16 y 19 años es idónea para este tipo de contenido informativo, y que en los centros educativos suecos es tradición permitir la entrada de las distintas influencias políticas, sobre todo en campaña electoral.⁶⁰

El Gobierno, por el contrario, encuentra acorde el uso del Artículo 10.2 de la Convención y por consecuente, la limitación del derecho a la libertad de expresión de los demandantes. Además, alegan que las penas interpuestas por el Tribunal Supremo sueco son proporcionales para el fin perseguido. Este fin, indican que se trata de la protección de la sociedad democrática y de los derechos y reputación del resto, donde tienen que entrar los homosexuales⁶¹. Para justificar la interferencia del Estado en esta

⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafos 15-17.

⁶⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafos 23-29.

⁶¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafos 31 y 33.

libertad, el Gobierno alude al margen de apreciación⁶², al que más adelante el TEDH hace referencia en sus fundamentos de derecho.⁶³

Este margen de apreciación es absolutamente apoyado por el Gobierno de Suecia, gracias al cual, las autoridades judiciales domésticas son capaces de entender e interpretar mejor el articulado de la Convención, especialmente el Artículo 10.2 sobre los límites de la libertad de expresión. Este margen les permite reconocer mejor esa “protección de la reputación o derechos del resto” que este Artículo emplea para justificar la limitación de libertades.

La tercera parte neutral, formada por INTERIGHTS⁶⁴ y la Comisión Internacional de Juristas aportan una visión muy necesaria para el concepto jurisprudencial de delito de odio homófobo.

El primer punto que señalan estos grupos es la falta de estandarización del problema. Recalcan en la falta de acercamiento al discurso de odio que va dirigido contra la orientación sexual, una falta de puesta en común de este problema, tan desarrollado y al que el propio TEDH⁶⁵ reconoce el mismo valor que a la discriminación racial o por sexo.⁶⁶

Después, hace un análisis sobre la proporcionalidad para aplicar el Artículo 10.2. Los factores a los que dan importancia son el medio de comunicación empleado y la audiencia a la que llega el mensaje, ambos conectados. Cuanto más público alcanza el mensaje, mayor es la cautela que hay que tener a la hora de emplear ese medio de

⁶² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 51.

⁶³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafos 31-34.

⁶⁴ International Centre for the Legal Protection of Human Rights.

⁶⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). *Smith y Grady c. Reino Unido*. Sentencia de 25 de julio de 2000.

⁶⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 42.

comunicación. Además, la edad del público es importante. En este caso, adolescentes de 16 a 19 años, edades que requieren medidas esenciales para proteger su moral.⁶⁷

Las alegaciones de esta tercera parte terminan con la conclusión de una oportunidad para el TEDH de consolidar el acercamiento tan necesario del discurso de odio movido por la orientación sexual, tal y como se señalaba anteriormente como problema jurisprudencial a definir. Por eso, INTERIGHTS y la Comisión Internacional de Juristas hablan de la necesidad de tratar la orientación sexual de la misma forma que la raza, etnia o religión, motivos discriminatorios con mucha más jurisprudencia en relación con el discurso de odio.⁶⁸

Además, se pone de relieve que el efecto que tiene esta discriminación es muy grave. Se discrimina, dicen, a un colectivo entero por características que son esenciales en la identidad de la persona. Es por eso que injerencias en la libertad de expresión deben ser permisibles cuando esa libertad se emplea para denigrar, insultar o incitar odio hacia personas o colectivos motivados por la orientación sexual. Eso sí, esas restricciones deben estar ligadas a los principios establecidos por el propio TEDH, que a continuación se detallan.⁶⁹

3.1.3. Los Fundamentos de Derecho.

Para el TEDH, la condena del Tribunal Supremo sueco resulta una evidente interferencia en su libertad de expresión protegida por el Artículo 10 de la Convención. Esas restricciones, sigue diciendo, están amparadas por el segundo párrafo de dicho Artículo si recoge los siguientes elementos:

⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 43.

⁶⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 44.

⁶⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafos 45-46.

1º. Acorde con el principio de legalidad, que significa que la condena de los demandantes estuviera justificada en un artículo que describiese el ilícito penal por el que se les condena. Como ya se había indicado, el Tribunal Supremo sueco basa su condena en el Artículo 8, capítulo 16 del su Código Penal⁷⁰, haciendo coincidir sus elementos de tipo con los del caso presente.⁷¹

2º. Al estar acorde con el principio de legalidad, el siguiente elemento que busca el TEDH es la persecución de fines legítimos de esa condena con la restricción de libertad de expresión. El Tribunal considera que la condena parece acorde con el fin legítimo de la restricción de libertad del Artículo 10.2 de la Convención “proteger la reputación o derechos ajenos”.⁷²

3º. Averiguar si, para una sociedad democrática, esos fines son necesarios. Se habla de una sociedad democrática y que para que lo siga siendo, estas restricciones deben estar justificadas y ser proporcionadas. La necesidad de la interferencia es analizada. Para este análisis, el TEDH emplea lo que llama un “test de necesidad en sociedad democrática”.⁷³

Mediante este test, el TEDH quiere encontrar una “necesidad social urgente” que legitime la interferencia. El TEDH admite, para ese análisis, un margen de apreciación de los Estados, siempre y cuando vaya de la mano de una supervisión europea, es decir, que sea una interpretación legítima de ambas legislaciones y jurisprudencia, la nacional

⁷⁰ Código Penal sueco, Artículo 8, Capítulo 16: “*a person who, in a disseminated statement or communication, threatens or expresses contempt for a national, ethnic or other such group of persons with allusion to race, colour, national or ethnic origin, religious beliefs or sexual orientation, should be convicted of agitation against a national or ethnic group. The offence carries a penalty of up to two years’ imprisonment. If the offence is considered minor the penalty is a fine, and if it is considered to be aggravated the penalty is imprisonment for no less than six months and no more than four years*”.

⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 49.

⁷² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 49.

⁷³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 50.

de Suecia en este caso, junto con la europea. De esta forma, el TEDH se responsabiliza de un análisis final de la legitimidad de estas restricciones de libertad de expresión a la luz del Artículo 10.2 de la Convención.⁷⁴

Para llevarlo a cabo, el TEDH va a ahondar en el contenido del mensaje y el contexto del mismo. Empezando por el contenido del mensaje, en este caso, el TEDH está de acuerdo con el Tribunal Supremo sueco, que pese a perseguir el fin legítimo de iniciar un debate en la comunidad escolar, el contenido de los panfletos sobrepasa los límites con frases como “la homosexualidad es una desviación sexual en proclive” o que “tiene un efecto moralmente destructivo en la sociedad”. Aquí es donde el TEDH, al igual que hizo el Tribunal Supremo de Suecia, hace un punto importante, indicando que aunque no hayan inducido a individuos a cometer actos de odio contra el colectivo, sí que son alegaciones serias y perjudiciales para el mismo, y por tanto, delito.⁷⁵

Así es que la incitación al odio no significa, necesariamente, un llamamiento a actos de violencia o actos criminales, sino que con insultar, ridiculizar o calumniar grupos específicos es suficiente para que, si se hace este uso irresponsable de la libertad de expresión, se pueda limitar por parte de las autoridades.⁷⁶

Con el contexto, el TEDH apunta que los demandantes distribuyeron estos mensajes en un instituto al que ninguno de ellos iba y por tanto, no tenían libre acceso. Además, es de realzar que el público al que se dirigieron eran adolescentes de 16 a 19 años. Se trata de una edad vulnerable desde el punto de vista moral, y una imposición a los estudiantes al no haber podido negarse a recibir esa información, por haberse introducido los panfletos en sus taquillas.⁷⁷

⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 51.

⁷⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 54.

⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 55.

⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 56.

Es en este momento cuando el TEDH analiza si el acercamiento jurisprudencial doméstico, el sueco, ha sido el más acertado para analizar si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática y si había o no una “necesidad social urgente”. En concordancia con el Tribunal Supremo sueco, el TEDH acepta la interferencia en la libertad de expresión de los demandantes y señala que esta libertad conlleva ciertas obligaciones, entre las cuales está la de evitar afirmaciones que sean injustificadamente ofensivas para otros, o sean un ataque a sus derechos porque, el TEDH recuerda que la libertad de expresión también encierra en su definición a aquellas formas de expresión que puedan ofender, crear un “shock” o molestar. Pero para ello deberán estar debidamente justificadas para que sean protegidas por el Artículo 10.⁷⁸

Por último, el TEDH tiene que hacer referencia a un factor muy importante, la proporcionalidad de esta interferencia de derechos, proporcionalidad que pone en relación con las penas impuestas a los condenados ahora demandantes. Respecto a esto, la condena fue muy poco severa, pudiendo ser impuestas penas de cárcel de hasta dos años en su modalidad normal, el Tribunal sueco les condenó a penas suspendidas y multas de 200 a 2 mil euros, y un solo demandante a libertad condicional.⁷⁹

Por todo esto, el TEDH no encuentra desproporcional la restricción a la libertad de expresión, las penas se ajustan a la medida legítima indicada de “proteger el respeto y derechos ajenos” y las razones dadas por el Tribunal Supremo sueco que condena este discurso de odio, esto lleva a que sea ratificada la condena por el TEDH.⁸⁰

3.1.4. Votos particulares.

⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafos 53 y 57.

⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 58.

⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafos 59-60.

Esta sentencia europea no solo es relevante por este acercamiento jurisprudencial al discurso de odio movido por la orientación sexual, sino que además, presenta votos particulares que nos permiten ver otras opiniones dentro del TEDH en relación a la ponderación entre el discurso de odio y la libertad de expresión.

El Juez Nussberger opina que no debería haberse hecho una simple conexión con el *Smith y Grady c. Reino Unido* (STEDH de 25 de julio de 2000) y el caso *Féret c. Bélgica* (STEDH de 16 de julio de 2009) para apoyar una justificación a esta restricción de libertades de los demandantes. Considera que es necesario un mayor análisis sobre el contenido del mensaje en el caso presente, que debería haber sido definido más robustamente teniendo en cuenta que el propio Artículo 17 CEDH permite que si se declara un abuso en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, sea así considerada una expresión alejada de los límites permitidos de la libertad de expresión del Artículo 10 del mismo texto, y por tanto un abuso prohibido del derecho tal y como recoge la Convención.⁸¹

Incide también en que se debería haber profundizado más en la intención verdadera de la difusión de esos panfletos. Para el Tribunal sueco y el TEDH, el propósito de iniciar un debate sobre los homosexuales ha sido un motivo legítimo. El problema fue el contenido. Para este Juez, la intención debería haber sido más examinada por el Tribunal sueco dentro de su margen de apreciación, para averiguar si había doble intención con los panfletos, más allá de iniciar el debate en cuestión, con una intención más oculta de denigrar, insultar o incitar al odio contra los homosexuales.⁸²

⁸¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, “*concurring opinion of Judge Spielmann joined by Judge Nusseberger*”, párrafo 4.

⁸² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, “*concurring opinion of Judge Spielmann joined by Judge Nusseberger*”, párrafo 4.

Por otro lado, el Juez Villiger se lamenta de no haber aprovechado la oportunidad de elaborar un acercamiento necesario hacia el discurso de odio contra los homosexuales, tal y como indicaba la tercera parte neutral de la sentencia.⁸³

Como se ha mencionado, el límite se sobrepasa con el contenido de los panfletos, la información se da de una forma innecesariamente ofensiva. Incumpliendo así el deber que se exige junto a la libertad de expresión, de no perjudicar el respeto o derechos de otros.

3.1.5. Comentario a la sentencia.

Esta sentencia, pese a no ser tan novedosa, es de real importancia respecto a la ponderación entre la libertad de expresión y sus límites. Esta ponderación se hace con el “test de necesidad”, que incide en la “necesidad en la sociedad democrática” de intervenir para limitar la libertad de expresión de los demandantes.

El TEDH persigue, en este caso, la línea jurisprudencial del Artículo 10.2 CEDH, rechazando la ilegitimidad inicial del mensaje con el abuso del derecho del Artículo 17 CEDH. Esto no es más que una posición demasiado garantista con los derechos, incluso cuando el mensaje contiene expresiones como “la homosexualidad tiene un efecto moralmente destructivo en la sociedad”, el TEDH en esta sentencia solo los califica de “perjudiciales y serios”, aunque más tarde fundamenta su decisión en que la incitación al odio no tiene necesariamente que llamar o incitar a la violencia, sino que con denigrar como lo hacen los demandantes es suficiente.

De esta forma, el colectivo homosexual, de especial vulnerabilidad en la sociedad europea moderna⁸⁴, se ve más protegido contra acciones que verdaderamente

⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, “*concurring opinion of Judge Yudkivska joined by Judge Villiger*”, párrafo

⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párrafo 19 “*homosexuals constitute an exposed group which is often subjected to criminal acts because of their sexual orientation*”.

en la actualidad suponen ataques, que son igual de graves contra su persona, y que están exclusivamente motivados por la orientación sexual.

Sin embargo, la falta de exactitud a la hora de definir el “discurso de odio” en el ámbito europeo hace más evidente la necesidad de una jurisprudencia consolidada al respecto, tal y como expresan los Jueces en sus “*concurring opinions*”, jurisprudencia clara y que profundice sobre el término para instalar cuanto antes un estándar de protección para el colectivo homosexual cuando sean el objetivo de discursos de odio,.

3.2. Caso Beizaras y Levickas c. Lituania.

Este caso, presentado por dos personas homosexuales lituanas, además de ser reciente, incluye aspectos novedosos como el odio en las redes y la discriminación que se puede realizar también desde la Administración, órgano que debería encargarse de hacer cumplir una igualdad material entre todos sus ciudadanos, y que sin embargo, en este caso, ejerce una conducta basada en discriminación por motivos de orientación sexual al decidir no incoar diligencias desde una primera denuncia.

3.2.1. Los hechos.

El caso se centra en dos nacionales lituanos, los demandantes y víctimas, que presentan en 2015 una demanda ante el TEDH por discriminación por orientación sexual, al no incoar diligencias su Gobierno tras recibir comentarios de odio homófobos. Es, pues, un caso de “delito de odio homófobo extremo en internet”.⁸⁵ Los intereses contrapuestos son la libertad de expresión de los autores de dichos comentarios, contra el respeto a la vida privada de los demandantes. Como se ha visto, son los intereses que el TEDH está habituado a discutir cuando trata el delito de odio homófobo. Los demandantes son, en el momento de presentación de la demanda, un

⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 84.

estudiante de la Escuela de Artes y otro de la Universidad en Lituania, ambos abiertamente gays y miembros de la Asociación⁸⁶ LGL.⁸⁷

Los demandantes, deciden publicar en Internet una foto en la que se les ve dándose un beso, con la alegada intención de dar a conocer su relación. La fotografía se hace viral en línea con más de 2 mil “me gustas” y 800 comentarios, de los cuales, la gran mayoría son de incitación al odio y a la violencia, comentarios de odio con tildes homófobos como son:

“Voy a vomitar <deberían castrarlos o quemarlos; curaos, zopencos> eso es lo que digo”

“Si nacisteis pervertidos y tenéis este trastorno, id y esconderos en sótanos y haced lo que queráis allí, maricones. Sin embargo, no arruinareis nuestra bonita sociedad, labrada por mi madre y por mi padre, en la que los hombres besan a las mujeres y no se restriegan las pollas. Espero de verdad que mientras vayáis andando por la calle, a uno de vosotros le reviente la cabeza y le salte el cerebro”

“Estos maricones me han jodido el almuerzo; si me dejaran, les dispararía a cada uno de ellos”.⁸⁸

La misma publicación fue compartida por distintas páginas webs y de Facebook afines al movimiento homosexual para concienciar del acoso al que se estaba

⁸⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 55 “De acuerdo con la información que figura en el sitio web de la Asociación LGL, es la única organización no gubernamental de Lituania que representa exclusivamente los intereses de la comunidad LGBT. (...) Pretende lograr la inclusión y la integración sociales efectivas de la comunidad LGBT en Lituania y lucha por un progreso consistente en el ámbito de los derechos humanos para dicho colectivo.”

Los estatutos de la Asociación LGL, aprobados en 2015, disponen que uno de sus principales cometidos es el de promover medidas para prevenir los delitos de odio homófobo (apartado 10.1) y prestar asistencia a las personas víctimas de discriminación para materializar su derecho a una defensa, así como representarlas ante organismos prejudiciales y otras instituciones, y también ante órganos jurisdiccionales de todas las instancias (apartado 10.3).”

⁸⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 7.

⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafos 9-10.

sometiendo a los demandantes en la sección de comentarios de su publicación original.⁸⁹

Es a finales del 2014 cuando la Asociación LGL presenta la denuncia ante la Fiscalía de Distrito al considerar que 31 comentarios publicados bajo la fotografía de los demandantes deberían ser tratados como delito en virtud del Artículo 170 apartado 2 y apartado 3 del Código Penal lituano⁹⁰. El fiscal decide no incoar diligencias previas. Esta decisión se basó en, no solo la naturaleza delictiva de los comentarios, sino también en su contexto. Determinó así, que al publicar cada persona un solo comentario, o dos como máximo, no había una acción sistemática que dice requiere el tipo penal y, por tanto, carece del elemento objetivo.⁹¹

Además, al faltar éste, también lo hace el elemento subjetivo, ya que determina que los autores de los comentarios, al publicar solo uno o dos comentarios, solamente estaban expresando su opinión, es decir que falta el dolo directo de “incitar al odio o violencia contra sujetos caracterizados por su orientación sexual”. Sin embargo, sí que califica los comentarios de “poco éticos” y “comportamiento inmoral” pero carentes de responsabilidad penal.⁹²

Con un primer recurso, la Asociación LGL alega que calificando estas opiniones como mera expresión de la “libertad de expresión”, se difuminan los límites hasta llegar a un punto peligroso donde se confunden la línea entre esta libertad y el delito de odio del Artículo 170 del Código Penal lituano. Además, recuerda con el Caso Vejdeland, que el TEDH consideró acertado el enjuiciamiento de los comentaristas incluso cuando no hubiesen llamado explícitamente a la violencia, siendo considerados delito de odio.⁹³

⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafos 11-13.

⁹⁰ Bajo la rúbrica “Incitación contra cualquier grupo nacional, racial, étnico, religioso u otro grupo de personas”.

⁹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafos 16-18.

⁹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 18.

⁹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 19.

Tras la desestimación del primer recurso por el Tribunal de Distrito, que consideró que la foto era pública para todo usuario de Facebook y, por tanto, el “comportamiento excéntrico” de los demandantes se encontraría contra los valores tradicionales de familia que la mayoría de la sociedad lituana defiende, pudiéndose prever esta reacción negativa.⁹⁴

Hubo un segundo recurso, desestimado también por las mismas razones, ante el Tribunal Regional antes de presentar la demanda ante el TEDH.⁹⁵ Además, el Tribunal Regional consideró un “despilfarro de tiempo y recursos” por faltar los elementos del tipo, y por considerar que la verdadera intención de los demandantes al publicar esa fotografía era de “irritar o escandalizar deliberadamente a sujetos con diferentes opiniones o de alentar la publicación de comentarios negativos”⁹⁶, inclinando así la balanza de la culpa sobre los propios demandantes de recibir comentarios que atentan contra su propia integridad física.

3.2.2. Los Fundamentos de Derecho.

Una vez el caso llega al TEDH, el Tribunal abre el debate jurisprudencial con el concepto de “sociedad democrática”, el pluralismo, la tolerancia y la obligación positiva de los Estados para actuar en contra de manifestaciones discriminatorias, conjugado con el valor de “ultima ratio” que le confiere el Tribunal a las sanciones penales. Para poder encontrar una posible discriminación por orientación sexual, hacen una interpretación de los actos enjuiciados como una injerencia en la vida privada de los demandantes.⁹⁷

⁹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 21.

⁹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 22.

⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 23.

⁹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafos 106 y 111.

La vida privada del Artículo 8 CEDH ha permitido que la jurisprudencia del TEDH declare la autodeterminación sexual como “uno de los aspectos del derecho de una persona al respeto de su vida privada”, de esta forma, el Artículo 8 protege la orientación sexual y cualquier ataque de cierta gravedad y que produzca un perjuicio al goce de este derecho deberá ser castigado.⁹⁸

En este aspecto del castigo, es donde entra en juego el margen de apreciación de los Estados. El Tribunal admite que son los Estados los que pueden elegir cómo hacer efectiva la protección del Artículo 8, y aunque admite también que las sanciones penales deben ser consideradas medidas de “ultima ratio”, “cuando los actos que constituyen delitos graves vayan dirigidos contra la integridad física o mental de una persona”, hace una excepción y apunta que “solo unos mecanismos eficientes de Derecho penal pueden brindar una protección adecuada y servir de factor disuasivo”⁹⁹, además el Tribunal ha incluido las agresiones verbales directas y amenazas físicas motivadas por actitudes discriminatorias como actos graves, actos que coinciden con el caso actual.¹⁰⁰

En los siguientes puntos hay una mención específica a distintos términos, muy relevantes para los delitos de odio y cuya especificación jurisprudencial es muy bien recibida. El primer término al que hay que hacer referencia es el de “víctima”. El Tribunal se asegura que al hablar del Artículo 8 del CEDH referido a la vida privada, se incluya la “integridad física y psicológica de una persona”, y que se demuestre mediante un “análisis de gravedad” que ha habido un atentado contra una persona que cumpla con ese requisito de gravedad y que cause un perjuicio en el goce de su vida privada, englobando lo mencionado anteriormente de la integridad física y psicológica. Entonces, el Tribunal permite hablar de “víctima” cuando hay una “violación de derechos y libertades que denota a la persona afectada directamente por el acto o la

⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 109.

⁹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 76.

¹⁰⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafos 110-111.

comisión en cuestión”.¹⁰¹ Una vez aclarado este término, es necesario saber si finalmente en el caso Beizaras el Tribunal calificó a los demandantes como “víctimas” de los delitos de odio. Efectivamente, en todo momento el Tribunal les reconoce el papel de “víctimas” y por tanto, reconoce que los comentarios publicados a raíz de su fotografía deberían constituir un delito de odio, a continuación se detalla cómo desarrolla este punto.

El Artículo 8 sobre la vida familiar es analizado para poder llegar al Artículo 14, sobre prohibición de discriminación, ya que este último complementa al resto del articulado del CEDH. Respecto a éste, el Tribunal define discriminación como “trato diferente, sin una justificación objetiva y razonable, de personas en situaciones pertinentemente similares”, incluyendo a las diferencias basadas en la orientación sexual y exigiendo “razones especialmente convincentes e importantes” al Estado que actúe de esa manera.¹⁰²

De hecho, el Tribunal admite un margen de apreciación del Estado para analizar esas razones y permitir esa discriminación, sin embargo, el margen de apreciación para justificar la discriminación basada en la orientación sexual, es según el Tribunal, muy estrecho, tanto que si se trata de un Estado contratante del CEDH, es inadmisibile y contrario a dicho texto normativo que existan diferencias fundamentadas únicamente en la orientación sexual.¹⁰³ La discriminación en la no incoación de diligencias previas es demostrada por el TEDH con una simple comparación entre el presente caso y un caso de una hipotética fotografía publicada de una pareja heterosexual no casada mostrando que “un beso heterosexual (o sea, un <comportamiento no excéntrico>) no habría ido dirigido a provocar que otras personas publicaran comentarios negativos, por lo que los fiscales habrían, sin duda, entablado unas diligencias previas si se hubieran publicado

¹⁰¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafos 76 y 109.

¹⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafos 112-113.

¹⁰³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 114.

comentarios animando a los usuarios de Facebook a <matar> o <quemar> a dicha pareja del sexo opuesto”.¹⁰⁴

La carga de la prueba de esa justificación para discriminar compete al Gobierno, recuerda el TEDH¹⁰⁵, que la intentan justificar de la siguiente manera.

La gravedad de los comentarios no es apreciada por el Gobierno lituano, apoyando entonces la decisión de sus órganos jurisdiccionales de no incoar diligencias previas. Para justificar esta decisión discriminatoria, el Gobierno lituano se apoya sobre dos puntos principales, una verdadera intención de provocación por parte de los demandantes, al publicar la fotografía de dos gais besándose; y la falta de gravedad de los comentarios suscitados en relación con dicha fotografía.¹⁰⁶

Para Lituania, esta publicación buscaba una reacción de la sociedad lituana, entonces era más que previsible una reacción negativa, teniendo además en cuenta los datos actuales sobre la homofobia en la sociedad lituana¹⁰⁷, esta reacción, aunque admite que intolerante, podía ser previsible. Además de eso, consideran que la libertad de expresión abarca “no solo a la <información> o las <ideas> favorablemente recibidas o estimadas inofensivas o desdeñables, sino también a aquellas que ofendían, escandalizaban o trastornaban al Estado o a cualquier sector de la población”, y esto significa que aunque la intención no fuese provocar, esos comentarios son fruto de unas ideas perturbadoras para los lituanos.

Al hablar de escandalizar a la sociedad lituana, el Gobierno lituano empleó el recurso de los valores tradicionales de familia, sin embargo, para el Tribunal Constitucional de Lituania, la familia no debe ser únicamente desprendida de la

¹⁰⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafos 85 y 86.

¹⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 115.

¹⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 118.

¹⁰⁷ Ver Anexo 2.

institución del matrimonio. La familia no tiene consideración de género, y además, según este Tribunal, la Constitución lituana protege y defiende familias no basadas en la idea de matrimonio. Esto es posible ya que la familia no se concibe únicamente en su forma de expresión, sino también en su contenido (“responsabilidad mutua entre sus miembros, comprensión...”).¹⁰⁸ De esta forma, los homosexuales podrían estar considerados dentro de los parámetros constitucionales de familia, según esta interpretación jurisprudencial. Respecto a esto, “la Asociación LGL subrayó que un delito no podía encontrar justificación en las opiniones y las tradiciones de un sujeto o incluso de la mayoría de la sociedad”.¹⁰⁹

Volviendo a los valores a los que recurre el TEDH para resolver si ha habido discriminación por no reconocer los delitos de odio homófobos, la “sociedad democrática” que invoca el Artículo 8 CEDH y los valores que una verdadera sociedad democrática debería reflejar, tales como el pluralismo y una visibilidad a las minorías sociales. Todo esto implica la necesidad de aprovechar los recursos jurídicos como la Constitución lituana o el CEDH considerados como instrumentos “antimayoritarios” y proteger las opiniones o expresiones minoritarias de la sociedad, porque de otra forma nos encontraríamos con una sociedad con un “motivo constitucionalmente justificable para discriminar a personas únicamente por su identidad de género u orientación sexual”.¹¹⁰

Este matiz de los “valores tradicionales” junto con la valoración de un “comportamiento excéntrico” realizada tanto por el Fiscal, como por el Tribunal de Distrito y el Tribunal Regional, al acto de la publicación de la fotografía de dos homosexuales besándose, le deja al TEDH sin ninguna otra alternativa más que apreciar

¹⁰⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 34.

¹⁰⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 22.

¹¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafos 35 y 123.

una evidente discriminación por orientación sexual a la hora de decidir no incoar diligencias previas por delitos de odio homófobos.¹¹¹

Por esto anterior, por alcanzar el nivel de gravedad los comentarios, requerido por el TEDH para ejercitar la protección del Artículo 8, y que los mismos comentarios afectaron la vida privada de los demandantes, más concretamente a su bienestar psicológico y dignidad¹¹², el Tribunal va a apreciar una vulneración del Artículo 8 al respeto de la vida privada de los demandantes vinculado con el Artículo 14 de prohibición de discriminación por orientación sexual.¹¹³

3.2.3. Comentario a la sentencia.

Pese a Lituania estar en la lista negra en cuanto a homofobia, según los datos aportados por informes europeos, los jueces nacionales aún persisten en sus “valores tradicionales” para amparar decisiones homófobas. Los comentarios homófobos recibidos por una publicación en Facebook, de un beso entre dos personas homosexuales, ha demostrado que no solo los autores de esos comentarios online deben ser penalmente responsables por estar movidos por una discriminación por la condición de homosexualidad de los demandantes, sino que también se prueba con la actuación judicial lituana, que las instituciones de ese país aún consienten, incluso promueven, esa intolerancia, ya que el motivo a no incoar diligencias en un origen fue el mismo motivo discriminatorio por orientación sexual.

Resulta de extrema importancia la labor en este caso del TEDH para proteger a colectivos vulnerables como los homosexuales. Su vulnerabilidad no se debería poner en tela de juicio, pese a que en 1993 se eliminara la responsabilidad penal por tener relaciones entre dos hombres en Lituania, los homosexuales constituyen uno de los

¹¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 121.

¹¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 117.

¹¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 130.

grupos sociales más vulnerables de esa sociedad, así lo indican los datos¹¹⁴. El miedo del colectivo está tan extendido, que los demandantes aseguran tener verdadero pavor a la hora de denunciar estos actos, por no considerar a los agentes de la ley involucrados en la causa LGBT, como dice la ECRI¹¹⁵, y por miedo a que no les tomen en serio. Esto se refleja en el presente caso, al ser la Asociación LGL la que da la cara en Lituania ante los Tribunales, ya que es la única organización activista por los derechos del colectivo en el país. Se trata de la cúspide de una sociedad todavía intolerante y abiertamente homófoba, como puede verse en el apartado “acontecimientos posteriores”¹¹⁶ en el que nos señalan que “el primer demandante fue convocado por el director de su escuela secundaria, que le había pedido que <no difundiera sus ideas>. El segundo demandante fue convocado por el decano de la facultad universitaria de teología para solicitarle que se cambiara de estudios, ya que su “estilo de vida no se correspondía con los valores de la facultad”.

3.3. Caso Jóhan Lilliendahl c. Islandia.

Este caso, también bastante reciente del TEDH, responde a un demandante invocando su derecho a la libertad de expresión tras haber sido condenado en su país, Islandia, por incitación al odio tras un comentario publicado de forma online. Se pretende mostrar el otro punto de vista, con esta sentencia, cuando el demandante ha sido el sujeto activo del delito con una motivación discriminatoria por orientación sexual.

3.3.1. Los hechos.

El demandante es un ciudadano islandés, que publicó el comentario online en un artículo el 21 de abril de 2015, respondiendo al debate que tenía como objeto valorar la

¹¹⁴ Ver Anexo 2.

¹¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 59.

¹¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 24.

nueva propuesta municipal islandesa sobre educación LGBT diciendo “nosotros no tenemos ningún interés en ninguna explicación sobre los desviados sexuales de Ó.S.Ó. Esto es desagradable. Adoctrinar a niños en cómo ser desviados sexuales, copular en la cama. Ó.S.Ó. puede quedarse en su casa (...) Muy desagradable”. La propuesta aprobada por el consejo municipal de una localidad de Islandia busca fortalecer la educación en colegios e institutos en materias como la diversidad, y asesorando a aquellos que se identifiquen como lesbianas, gais, bisexuales o transgénero. Sobre esta propuesta, Ó.S.Ó. es una de las organizaciones promotoras.¹¹⁷ Fue Samtökin ’78, organización activista por los derechos LGBT en Islandia, la que promovió la demanda, en Lituania, de este comentario por discurso de odio y comentario homófobo al alegar que constituye un “difamar, ridiculizar, denigrar, amenazar un grupo de personas basándose en su orientación sexual” del Artículo 233 del Código Penal de Islandia.¹¹⁸

El Tribunal de Distrito absolvió al autor del comentario considerando que su libertad de expresión no había sobrepasado el límite y que significaría cumplir el requisito del ilícito penal citado anteriormente.¹¹⁹

Tras la apelación, el Tribunal Supremo, desde un punto de vista contrario, condena al demandado al considerar que ese comentario entraría fuera de los límites protegidos por la libertad de expresión, entrando a valorar si se puede considerar un límite criminalizado como lo es el Artículo 233 sobre delito de odio en Islandia.¹²⁰ Este Tribunal, para poder aplicar dicha restricción a la libertad de expresión, libertad recogida en la Constitución islandesa, apunta que debe situarse dentro del umbral del ilícito penal del Artículo 233.¹²¹ El Artículo 233 no habla expresamente de *hate speech*,

¹¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafos 3-5.

¹¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 6.

¹¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 8.

¹²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafos 9-10.

¹²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 12.

pero sí que incluye en la definición de la conducta tipificada la misma que la del *hate speech*, y esto es porque la redacción de este Artículo estuvo influenciada por la legislación internacional, y sobre todo, europea sobre la tolerancia y discriminación, como es la Recomendación (CM/Rec (2010)5) del Comité de Ministros a los Estados. Así, el Artículo 233 dice “cualquiera que públicamente difame, denigre o amenace a una persona o a un grupo de personas con comentarios o expresiones de otra naturaleza (...) por su nacionalidad, color, raza, religión, orientación sexual o identidad de género, o difunda dicho material, le será impuesta una multa o una condena de hasta 2 años.” Entonces, como se ha visto con el marco conceptual, esta definición entra a formar parte del discurso de odio criminalizado. Además, indica el Tribunal Supremo, que tiene que tener un añadido de “disgusto, antipatía, desprecio”¹²² en la expresión hacia ese colectivo o persona para poder ser considerado *hate speech*. Entonces, en el presente caso, las palabras “desviados sexuales” son el añadido agravante suficiente para el Tribunal poder aplicar el Artículo penal.¹²³

Dentro del ilícito penal, el Tribunal se debe asegurar que, para aplicarlo y restringir la libertad de expresión del demandante, deben justificar la necesidad de dicha restricción, y justificar, a su vez, la propia limitación en base al caso.¹²⁴

La necesidad de esta restricción se funda, para el Tribunal Supremo islandés, en las tradiciones democráticas, como se ha visto el TEDH fija el mismo criterio en las sentencias recogidas. Esos valores democráticos son, entre otros, proteger a los individuos homosexuales y el respeto a su vida privada, garantizando sus derechos como colectivo históricamente discriminado.¹²⁵

¹²² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 13.

¹²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafos 14-15.

¹²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 16.

¹²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 12.

El Tribunal Supremo remarca que esta justificación debe ser “si esas restricciones responden a una necesidad social urgente (...) no para meras expresiones de insulto o hirientes”¹²⁶. Pues bien, el Tribunal, esta necesidad social urgente se puede identificar gracias al contexto del debate y del comentario suscitado a raíz de este. El debate trataba la idea de introducir la educación en la homosexualidad en colegios e institutos, esto es, ambiente en el que los niños menores de edad están, evidentemente, involucrados. Y el comentario del demandante, pese a no estar dirigido hacia esos menores de edad directamente, sí que tiene lugar en un entorno público donde éstos pueden participar y, sí que concierne a sus intereses como estudiantes, y, sin embargo, muy poco relevantes para el propio objeto del debate para el que fue publicado.¹²⁷

Esto es, el Tribunal considera que en la ponderación de intereses, la vida privada protegida por la Constitución islandesa sobrepasa la libertad de expresión en este caso, en esta forma particular, estando justificadas la restricción y la necesidad a dicha medida.¹²⁸

Pese a esta decisión estar muy en concordancia con la jurisprudencia ya vista del TEDH, hay un voto particular, voto por el que alega que el demandado no debería haber sido condenado. Este voto minoritario y disidente de los otros 2 jueces, se basa únicamente en el argumento de que el comentario homóforo carecía de incitación a la violencia, y por tanto, entra dentro de los límites de la libertad de expresión protegida.¹²⁹

3.3.2. Los Fundamentos de Derecho.

¹²⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 16.

¹²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 16, *in fine*.

¹²⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 17.

¹²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 18.

El TEDH deberá decidir si el comentario homóforo del demandante se debería catalogar como discurso de odio criminalizado, y por tanto, restringir, o, por el contrario entraría dentro de la libertad de expresión desde el punto de vista de la Convención, más concretamente vinculado con el Artículo 14 y el 10 del CEDH.¹³⁰

El Artículo 10, que protege la libertad de expresión y sus límites, lo invoca el demandante precisamente para alegar que su expresión entra dentro de los límites protegidos por esta libertad fundamental. El demandante se basa en la línea jurisprudencial de que no solo deben ser protegidas las ideas o la información favorables, sino también las que ofenden o son más desagradables. De hecho, es esta idea la que más se acerca a los valores de una “sociedad democrática” donde la tolerancia y el pluralismo son defendidos. El Tribunal hace uso de esta línea jurisprudencial de la libertad de expresión, siendo consciente de que cualquier injerencia en dicha libertad debe ser justificada.¹³¹

El Tribunal islandés ha actuado de acuerdo a su margen de apreciación, con cierta libertad para justificar su decisión de no invocar la protección de su Constitución ni del Convenio ante el comentario homóforo del demandante. Sin embargo, este margen de actuación incluye una “supervisión europea” que no busca, como dice el TEDH, realizar un nuevo balance de los intereses desde el origen, sino más bien analizar si ese balance se ha realizado por los tribunales nacionales de acuerdo a los valores de la Convención y a la jurisprudencia del Tribunal europeo, que busca un balance justo entre los intereses personales y el interés general. Esto se pone en consonancia con el principio de subsidiariedad¹³² del Tribunal.¹³³

¹³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 23.

¹³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafos 27-28.

¹³² “Por el cual, el Tribunal puede intervenir siempre y cuando tenga su acción aspectos transnacionales que no pueden ser regulados por los países de la Unión, la acción o falta de acción nacional contradicen los valores del Convenio, esta acción a nivel de la UE presenta <ventajas manifiestas>”, *Summaries of EU Legislation*, EUR-Lex, 2015 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:ai0017> (Último acceso: 1 de junio).

¹³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafos 30-31.

Los valores democráticos son la tolerancia y el pluralismo, entre otros, y estos requieren una “necesidad” o justificación para restringir el derecho a la libertad de expresión.¹³⁴

Entonces, en los puntos clave en los que este análisis se centra son, el fin de la medida restrictiva, las razones que han motivado a los jueces nacionales a llevar a cabo dicha medida, y la pena impuesta. Estos son los aspectos que han sido fruto del margen de apreciación del Tribunal islandés y que son ahora puestos en consonancia con los valores jurisprudenciales europeos.¹³⁵

En este caso en el que el demandante es condenado por su comentario publicado de forma online, el análisis empieza desde esa interferencia en su derecho. El Tribunal expone de forma evidente, que al existir esta condena del Tribunal Supremo islandés, sí que hay una injerencia¹³⁶. En este punto, es necesario saber si esa injerencia se debe a un caso de *hate speech*. Es este el punto más relevante para el trabajo, puesto que el TEDH profundiza en los aspectos más definitorios para conocer un caso de discurso de odio y sus límites.

El Tribunal empieza exponiendo las dos categorías de discurso de odio que la jurisprudencia europea ha desarrollado.¹³⁷

El primero, el más grave, se valora en conjunto con el Artículo 17¹³⁸ del Convenio. Este Artículo habla de la prohibición del abuso del derecho, lo que significa

¹³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 29.

¹³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 32.

¹³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 32.

¹³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 33.

¹³⁸ Artículo 17 CEDH: “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.”

que se prohibirá el abuso del derecho proclamado por la Convención, derecho como el de la libertad de expresión, si se ejerce de forma abusiva al intentar deteriorar los derechos y libertades de otros. De esta forma, si se demuestra que el demandante actuó dentro del parámetro de este Artículo, no contará con la protección del Artículo 10 de forma rotunda. Sin embargo, en su análisis, el Tribunal decide no emplear este Artículo al considerar que el comentario del demandante no constituye un abuso de su derecho de libertad de expresión, ya que “no queda claro que incite directamente a la violencia y odio, o destrucción de los derechos y libertades proclamadas por el Convenio”.¹³⁹ Así se descarta esta opción para catalogar el comentario homófobo del demandante como *hate speech* “más grave”.¹⁴⁰

La siguiente forma de catalogar un *hate speech*, en una forma “menos grave”, es situándolo dentro del Artículo 10. De esta forma, hay una posibilidad de que el comentario del demandante quede protegido por los límites que establece el apartado segundo de dicho Artículo. Esta protección entra también dentro del margen de apreciación de los Estados, en este caso, Islandia ha decidido que está fuera de esos límites y por tanto, merecedor de su respectiva condena.¹⁴¹

Para esta segunda categoría, el Tribunal incide, como ha hecho en los anteriores casos como en *Beizaras y Levickas c. Lituania* (STEDH del 14 de enero de 2020, párrafo 125), en que el mensaje no debe ser necesariamente incitador a la violencia u otro acto criminal, sino que incluye también ridiculizar o calumniar grupos específicos de la población, lo que sería suficiente para que las autoridades nacionales restrinjan la libertad de expresión para combatir semejantes discursos perjudiciales. Por esta definición de *hate speech* el comentario del demandante entra dentro del concepto jurídico que criminaliza este comportamiento, siguiendo la jurisprudencia citada en *Vejdeland y Otros c. Suecia* (STEDH del 9 de mayo de 2012, párrafo 55). Concluye con

¹³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia*. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 26.

¹⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia*. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 34.

¹⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia*. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 35.

esta definición el Tribunal, avisando que será calificado como *hate speech* atendiendo al contenido del mensaje y a su forma de difusión.¹⁴²

De acuerdo con su contenido, el mensaje del demandante antes expuesto y literalmente traducido al castellano, el TEDH se posiciona junto al Tribunal islandés y lo califica de “serio, severamente hiriente y perjudicial” con los términos homófobos como “desviado sexual” con los que el demandante describe a los homosexuales y promueve la intolerancia hacia ese colectivo.¹⁴³

Sobre la forma de difusión, tras un contenido tan definitorio de *hate speech*, simplemente se señala que, aunque el demandante no publicase el comentario con la intención de llegar a una masa de público muy general, ni tampoco lo dirigió directamente a grupos vulnerables, sí fueron comentarios escritos y publicados en un portal web público.¹⁴⁴

Una vez catalogado el comentario como *hate speech*, es necesario ponerlo en conjunto al Artículo 10.2 de la Convención para aplicar el “test de necesidad democrática” para asegurarse el TEDH de los siguientes presupuestos respecto a la restricción de libertad con la condena islandesa.¹⁴⁵

El primero de los presupuestos es la legalidad. Esta restricción debe tener una base legal, y además, ser la misma comprensible y accesible para la ciudadanía. Así el TEDH afirma que concurre estos requisitos.¹⁴⁶

¹⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafos 36-37.

¹⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 38.

¹⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 39.

¹⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 40.

¹⁴⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafos 41-42.

El segundo se trata del fin perseguido. El fin de dicha condena debe ser legítimo. Según el Artículo 233 (a) del Código Penal islandés, el fin es “proteger el derecho al respeto de la vida privada y del disfrute de los derechos humanos de una forma igualitaria, además de salvaguardar los derechos de los grupos sociales que han sido históricamente objeto de discriminación”. Para el TEDH, este fin coincide de una forma muy suficiente con lo impuesto por el Artículo 10.2 para considerarlo una restricción con un fin legítimo.¹⁴⁷

Seguidamente se trata la necesidad en una sociedad democrática de dicha restricción. En una sociedad democrática existe y debe ser protegido el derecho a la libertad de expresión, pero como apunta el Tribunal, el comentario del demandante tenía muy poca relevancia respecto al tema de discusión, y su contenido más que dañino y perjudicial para el colectivo homosexual, no era necesario para dicha discusión. Por ese motivo, el comentario del demandante fue restringido, para conseguir lo que sí considera el TEDH que es un fin legítimo, “proteger ciertos grupos de dichos ataques y asegura el disfrute igualitario de los derechos humanos”, y evitar así el “odio, prejuicio, y desprecio contra ellos que sus comentarios pudieran provocar”. Se justifica así la necesidad de los tribunales nacionales y europeos de condenar dicho comportamiento, anteponiendo la vida privada garantizada tanto en la Constitución islandesa como en el Artículo 8 del CEDH, ante la libertad de expresión del demandante.¹⁴⁸

Por último, el TEDH menciona el test de proporcionalidad respecto a esa injerencia del Estado en la libertad de expresión y la pena impuesta al demandante. El Tribunal no encuentra desproporcionalidad entre ambas y recuerda que los tribunales islandeses no aplicaron la condena máxima, de hasta 2 años que puede ser la sentencia en prisión, el demandante solo fue condenado a una multa de 800 euros aproximadamente.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 43.

¹⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 44.

¹⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c. Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020, párrafo 46.

3.3.3. Comentario a la sentencia.

Esta sentencia es de una relevancia marcada, no solo por el gran análisis de los requisitos para una injerencia en la libertad de expresión en cuanto a un comentario de odio homófono, sino más aún por su clasificación del discurso de odio.

El TEDH muestra con esta sentencia que hay dos grandes clases de *hate speech*. El más serio, prohibido con inmediatez al ponerlo en conjunto con el Artículo 17 del CEDH; y otro discurso “menos serio” que podría verse protegido por el Artículo 10.2 del CEDH y gracias al margen de apreciación de los Estados.

Conclusiones.

Para terminar este trabajo, expondré las conclusiones a las que he llegado tras el estudio realizado:

I

El TEDH ha significado un aparato más que esencial para matizar y dar forma al concepto del discurso de odio criminalizado. Un concepto que quiere ser definido por variadísimos textos internacionales y nacionales pero que el TEDH acota caso a caso. Ha demostrado que con su aplicación casuística, los principios de necesidad y proporcionalidad se ajustan más a las garantías de los derechos y libertades en juego. Tanto la vida privada, la dignidad y la igualdad de ciudadanos heterosexuales, como homosexuales, bisexuales y transexuales, entre mucho más colectivos oprimidos jurídicamente. Deben ser siempre respetados, incluso cuando se dan en conflicto con la libertad de expresión, que desde mi punto de vista, se le concede un amplio margen de valoración en lo que a su ejercicio es muchas veces abusivo. Por eso, mi reconocimiento absoluto a la labor garantista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las resoluciones más recientes respecto a la materia del trabajo.

II

En las sentencias analizadas se puede observar un aumento considerable del discurso de odio online, el que se realiza con comentarios, por ejemplo, publicados en cualquier página web. Se trata de un uso de Internet irrespetuoso que busca, en su mayoría, aprovechar el anonimato para atacar al diferente. Se ha puesto en evidencia en el caso *Beizaras y Levickas c. Lituania* (STEDH de 14 de enero de 2020, párrafo 19) que el odio se promueve en un 90% de los casos a través de medios electrónicos¹⁵⁰. Es fruto de una globalización y de la digitalización de las relaciones sociales, que promueven actos discriminatorios que desgraciadamente buscan incitar al odio, y como hemos visto, con un resultado efectivo.

III

Otro aspecto que quiero subrayar, y que voy a poner en común con las resoluciones recogidas, es la interseccionalidad, el factor de valoración que pretende tener en cuenta la pertenencia del individuo a múltiples colectivos o grupos socialmente oprimidos o más vulnerables. Esta interseccionalidad se valora en el caso *Vejdeland y Otros c. Suecia* (STEDH de 9 de mayo de 2012) al difundirse el mensaje homófobo en un instituto.¹⁵¹ Se trata de estudiantes, entre los cuales es estadísticamente probable que se encuentren estudiantes pertenecientes al colectivo LGBT, que se van a encontrar con un mensaje de odio hacia ellos por su orientación sexual. Este colectivo merece la doble atención, si es que cabe, por parte del Tribunal para proteger sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, dignidad e integridad. Para conseguirlo es tan necesario como expone la sentencia, una educación en materia LGBT real y temprana en los centros educativos.

IV

¹⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Sentencia de 14 de enero de 2020, párrafo 19.

¹⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Vejdeland y otros c. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012.

Como el objetivo principal de este trabajo es analizar la protección del colectivo homosexual, dentro del LGBT, respecto a los delitos de odio, a continuación recalco los aspectos más importantes de las sentencias analizadas para la protección del colectivo homosexual. Hay una clara falta de conciencia social de la violencia que sufre el colectivo LGBT en Europa. La violencia puede tomar forma de palabras y, pese a la novedosa legislación, aún es difícil introducir este tipo de violencia en el mundo jurídico. Se aprecia esta dificultad desde el origen, con una denuncia de estos actos. Así lo demuestra el Caso Beizaras y Levickas c. Lituania (STEDH de 14 de enero de 2020), dejando ver la violencia institucional que sufre este colectivo a día de hoy en un país europeo, por exclusivo motivo de su orientación sexual.

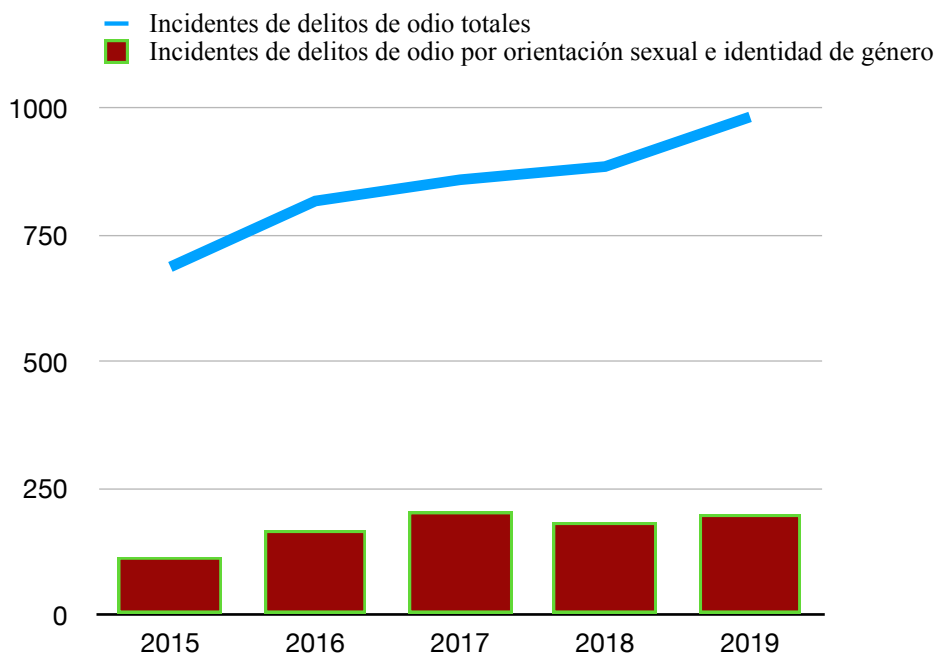
Es más, gracias a la supervisión del TEDH en estas demandas, los estándares mínimos de derechos humanos se pueden garantizar de un modo en el que, a día de hoy y con el margen de apreciación en esta materia, los órganos jurisdiccionales nacionales no han querido buscar. En el Caso Beizaras (STEDH de 14 de enero de 2020) se demuestra que no incoando diligencias contra unos comentarios que, lejos de ser tratados como discurso de odio, son pues vistos como una reacción normal de una sociedad tradicional y familiar, a una actitud excéntrica a la que la sociedad del siglo XXI europea no está habituada. Se buscan, además, criterios poco coherentes para apoyar esta opinión homófoba como una “acción sistemática” en el dolo del autor de dichos comentarios, impidiendo ver un solo comentario como discurso de odio, sino como mera manifestación de la libertad de expresión.

V

Valorando el conjunto de sus resoluciones, es más que apreciable el camino que el TEDH ha emprendido hacia la igualdad del colectivo LGBT, para dejar a un lado la homofobia y LGBTIfobia que azota nuestras sociedades. Pese a faltar mucho camino hasta la plena igualdad en derechos de nuestro colectivo, es una lucha que ya ha empezado y que no terminará hasta conseguirlo.

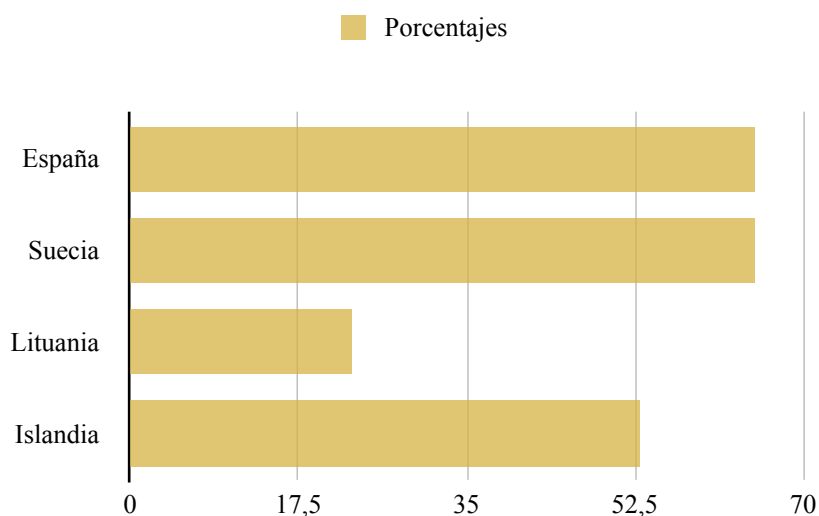
Anexos.

Anexo 1. Evolución de hechos esclarecidos en incidentes de delitos de odio en España.



Fuente: Elaboración propia con la recopilación de datos de los informes anuales del Ministerio del Interior sobre “la evolución de los delitos de odio en España”.

Anexo 2. Respeto por los Derechos Humanos en ámbito legal y político del colectivo LGBTI en Europa en 2021.



Fuente: Elaboración propia recogiendo los datos del informe de la Liga Gay Lituana.

Bibliografía.

Bibliografía consultada:

BORRILLO, DANIEL, “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual” *Revista de Estudios Jurídicos, University of Jaén*, núm. 11/2011, pp. 1-19.

DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, “Informe de delimitación conceptual en materias de delito de odio” *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*, 2020, pp. 15-71.

DÍAZ SOTO, JOSE MANUEL, “Una aproximación al concepto de discurso del odio”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34/2015, pp. 77-101.

ESQUIVEL ALONSO, YÉSSICA, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 31/2016, pp. 4-44.

EUROPEAN AGENCY FOR HUMAN RIGHTS, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, Ed. 2009, Unión Europea.

FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-27, pp. 2-52.

GILBAJA CABRERO, ESTELA, “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 91/2014, pp. 305-339.

GÜERRI FERNANDEZ, CRISTINA, “La especialización de la fiscalía en materias de delitos de odio y discriminación” *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2015, pp. 2-33.

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018.

LANGARITA ADIEGO, JOSE ANTONIO y MAS GRAU, JORDI *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, núm. 2/2017, pp. 311-334.

LÓPEZ ORTEGA, ANNA, “Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)”, *Revista de la Universidad de Jaén*, núm. 17/2017, pp. 19-37.

MARTIN HERRERA, DAVID, *Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el “Hate Speech” se convierte en “Hate Crime”*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (s. f.), pp. 1-17.

MARTÍN SÁNCHEZ, MARÍA. *Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa*, Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca 2011, pp. 245-276.

MARTÍN SÁNCHEZ, MARÍA “La prohibición de discriminación por orientación sexual”, *Estudios de Deusto*, núm. 58/1, pp. 115-134.

MANZANO BARRAGÁN, IVÁN, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2/2012, pp. 49-78.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA, *La persecución penal de los delitos de odio: guía práctica*, Ed. 2016, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid 2016.

SOLÍS TRAPERO, LAURA, *Los delitos de odio: Incitación y discurso del odio (Art. 510 CP)*, Ed. 2019, Alcalá de Henares 2019.

Legislación aplicada:

Carta de los Derechos Fundamentales, de 18 de diciembre de 2000.

Constitución Española. BOE, 29 de diciembre de 1978.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950.

Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo *sobre la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, de 28 de noviembre de 2008. Unión Europea.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966

Principios de Yogyakarta, 2007.

Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, 31 de marzo de 2010. Consejo de Europa.

Recomendación General nº 15 *relativa a la Lucha contra el Discurso de Odio y memorándum explicativo*, de 8 de diciembre de 2015. Comisión Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Consejo de Europa.

Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948. Paris, Francia.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. España.

Índice de sentencias:

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia nº 112/2016, de 20 de junio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Segunda). Sentencia nº 259/2011, de 12 de abril de 2011.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Segunda). Sentencia nº 820/2016, de 2 de noviembre de 2016.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno). Castells c. España. Sentencia de 23 de abril de 1992.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Beizaras y Levickas c. Lituania. Sentencia de 14 de enero de 2020.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda). Féret c. Bélgica. Sentencia de 10 de diciembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Pleno). Dudgeon c. Reino Unido. Sentencia de 22 de octubre de 1981.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Pleno). Norris c. Irlanda. Sentencia de 26 de octubre de 1988.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Sección Cuarta). Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal. Sentencia de 21 de diciembre de 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Sección Primera). Schalk y Kopf c. Austria.
Sentencia de 24 de junio de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Vejdeland y otros c. Suecia.
Sentencia de 9 de mayo de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Smith y Grady c. Reino Unido.
Sentencia de 25 de julio de 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Carl Jóhan Lilliendahl c.
Islandia. Sentencia del 12 de mayo de 2020.

Otras fuentes:

Asociación Estadounidense de Psicología, “Orientación sexual y identidad de género”.
Disponible en: <https://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual>.

Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en
el artículo 510 del Código Penal (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019).

EUR-Lex, ”Summaries of EU Legislation”. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:ai0017>.

Federal Bureau of Investigation, “Hate Crimes”. Disponible en: <https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes>.

Liga Gay Lituana “Rainbow Map 2021”. Disponible en: <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2021>.

Ministerio del Interior “Informe anual sobre la de evolución de <delitos de odio> en
España” 2015-2019. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>.

RAE y CGPJ, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, Ed. 2020 Santillana.