

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN FRENTE AL DISCURSO Y LOS DELITOS DE ODIOS BASADOS EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y EN LA IDENTIDAD DE GÉNERO*

THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON PROTECTION AGAINST HATE SPEECH AND HATE CRIMES BASED ON SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY

Adela Rodríguez Mañogil

Universidad Miguel Hernández

Correspondence:

adela.rodriguez@umh.es

Received:

30.10.2023

Accepted:

10.11.2023

How to cite this paper

Rodríguez Mañogil, A. (2023) La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de protección frente al discurso y los delitos de odio basados en la orientación sexual y en la identidad de género. *Spanish Journal of Legislative Studies*. (5), p. 1-33. DOI: <https://www.doi.org/10.21134/sjls.vi5.2129>

*Estudio realizado en el marco del Proyecto Cátedra Jean Monnet “Strengthening the European Union by reinforcing its values-ReinforcEU”, (Project 101085550), financiado por la Unión Europea. Las opiniones y puntos de vista expresados sólo comprometen a su autora y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los de la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA). Ni la Unión Europea ni la EACEA pueden ser considerados responsables de ellos.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN; II. LA PROTECCIÓN CONTRA LOS DISCURSO DE ODIOS Y LOS DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIOS HOMÓFOS; 1.- La imposición de condenas por realizar manifestaciones homófobas: límite justificado a la libertad de expresión; 2.- La adecuada respuesta de las autoridades nacionales ante los delitos de incitación al odio homóforo; III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DELITOS DE ODIOS HOMÓFOS Y TRÁNSFOS; 1.- La determinación de las conductas que constituyen actos violentos homófobos y tránsfobos; 2.- La prevención, investigación y sanción de los actos violentos constitutivos de delitos cometidos por el odio homóforo y tránsfobo; IV. CONCLUSIONES.

SUMMARY

I. INTRODUCTION; II. PROTECTION AGAINST HOMOPHOBIC HATE SPEECH; 1.- The imposition of sentences for homophobic demonstrations: a justified limitation on freedom of expression; 2.- The adequate response of national authorities to crimes of homophobic hate speech; III. PROTECTION AGAINST HOMOPHOBIC AND TRANSPHOBIC HATE CRIME; 1.- The determination of the behaviors that constitute homophobic and transphobic violent acts; 2.- The prevention, investigation and punishment of violent acts constituting crimes committed by homophobic and transphobic hatred; IV. CONCLUSIONS.

RESUMEN

El aumento en Europa de los discursos y los delitos de odio basados en la orientación sexual y en la identidad de género ha llevado al Consejo de Europa a ocuparse progresivamente del tema. En este trabajo estudiamos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia para constatar el nivel de protección que concede a los particulares frente a los discursos que incitan al odio y los delitos de odio homófobos y tránsfobos.

ABSTRACT

The increase in hate speech and hate crimes based on sexual orientation and gender identity in Europe has led the Council of Europe to become increasingly concerned with the issue. In this paper, we study the case law of the European Court of Human Rights on the subject to ascertain the level of protection afforded to individuals against homophobic and transphobic hate speech and hate crimes.

PALABRAS CLAVE

Hate speech, hate crimes, sexual orientation, gender identity, European Court of Human Rights.

KEY WORDS

Discurso de odio, delitos de odio, orientación sexual, identidad de género, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de odio y los discursos de odio basados en la orientación sexual y en la identidad de género afectan negativamente a los derechos fundamentales de las personas lesbianas, gais, transexuales, bisexuales, intersexuales y *queer* (LGTBIQ), no solo por las agresiones que pueden sufrir, sino también porque ese tipo de violencia incentiva, en ocasiones, el mantenimiento de la intolerancia hacia ellas, lo que provoca que sean discriminadas en muchos ámbitos de su vida pública y privada.

Cuando nos referimos a delitos de odio incluimos en esa categoría los hechos punibles, generalmente el uso de la violencia física y verbal, cometidos contra personas pertenecientes a un determinado colectivo por motivos discriminatorios. Este tipo de delitos suelen castigarse en la práctica interna de los Estados mediante la aplicación de agravantes o por la vía de un delito de odio tipificado expresamente. En España, el Código Penal¹ prevé en su art. 22. 4 la aplicación de agravantes a los delitos cometidos por motivos discriminatorios y también contempla delitos de odio específicos. Se trata de la discriminación

en el empleo público y privado, la incitación al odio (discursos de odio) y la denegación de prestaciones públicas y privadas por motivos discriminatorios (arts. 314, 510, 511 y 512 del Código Penal). Merece la pena destacar que todas estas disposiciones del Código Penal español prevén una lista de motivos de discriminación prohibida entre los que se incluye expresamente la orientación sexual y la identidad de género. Por lo que se refiere al discurso de odio, debe tenerse en cuenta que se trata de un fenómeno distinto al delito de odio, pero podría considerarse como tal cuando los Estados lo tipifican como delito en sus ordenamientos internos, como ocurre en España².

El Consejo de Europa se ha preocupado del aumento de los discursos y los delitos de odio homófobos y transfóbos en Europa.

El Consejo de Europa³ es una organización internacional de cooperación que cuenta actualmente con 46 Estados miembros, tras la expulsión de Rusia⁴ por la invasión ilegal de Ucrania. Puede actuar en numerosos ámbitos, incluida la protección de los derechos humanos y la acción de sus Estados miembros se limita a coordinar y armonizar sus actividades para alcanzar sus fines

* Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm.281, de 24 de noviembre de 1995.

² Sobre el concepto de delitos de odio y discurso de odio ver: LANDA GOROSTIZA, Jor-Mirena, *Los delitos de odio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2018, pp. 24 y 25.

³ Ver sobre los medios de acción, fines y estructura orgánica del Consejo de Europa: PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*, 24ª Ed., Madrid, Tecnos, 2020, pp. 860-862 y la Web del Consejo de Europa: <https://www.coe.int/en/web/portal/home> [21 de enero de 2024].

⁴ La expulsión de Rusia del Consejo de Europa ha suscitado algunas inquietudes acerca de sus efectos jurídicos. Uno de ellos es que dicho país deja de estar vinculado al CEDH, por lo que, el TEDH ya no tiene, en principio, competencia para resolver las demandas planteadas por particulares que denuncian la vulneración del CEDH por parte de Rusia. Ahora bien, conforme al art. 58 del CEDH, Rusia podría ser responsable por las violaciones del CEDH producidas y/o denunciadas hasta seis meses después de su expulsión (16 de septiembre de 2023). Ver sobre los efectos jurídicos de la expulsión de Rusia del Consejo de Europa, especialmente los relativos a la desvinculación del CEDH: SALINAS DE FRÍAS, Ana, "Los efectos jurídicos derivados de la pérdida de la condición de Estado miembro del Consejo de Europa por la Federación Rusa", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, Vol. 74, núm. 2, 105-128, pp. 119 y 120, ISSN: 0034-9380 y, por cortesía de la autora, NASONI, Alessandra, "¿Qué consecuencias se derivan de la expulsión de Rusia del Consejo de Europa?" en CRESPO NAVARRO, Elena y GONZÁLEZ SERRANO, Andrés (Eds.), *Los derechos humanos como elemento de interacción en el Derecho internacional público, Práctica en Europa y América*, Marcial Pons (en prensa).

(art. 1 del Estatuto del Consejo de Europa)⁵. De los 46 Estados miembros del Consejo de Europa, 27 también lo son de la Unión Europea (UE)⁶.

particulares que alegan vulneración del CEDH y de sus protocolos adicionales por parte de los Estados que los han ratificado⁹.

En el seno de dicha organización se han adoptado numerosos convenios internacionales para garantizar la protección de los derechos humanos⁷, entre los que destaca especialmente la adopción, ya en 1950, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁸. La relevancia del CEDH se debe a que recoge un listado de derechos y de libertades fundamentales y, además, crea al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que resuelve las demandas planteadas por

Es cierto que el CEDH no hace referencia expresa al discurso, ni a los delitos de odio, pero el TEDH se ha pronunciado al respecto por la vía de los arts. 2, 3, 8, 10, 13, 14 y 17 del CEDH (derecho a la vida, prohibición de la tortura, respeto de la vida privada y familiar, libertad de expresión, prohibición de la discriminación y prohibición del abuso de derecho). El art. 14 del CEDH establece que los Estados deben garantizar el disfrute de los derechos recogidos en el CEDH sin discriminación por razón de sexo, raza, color,

⁵ El art. 1.a) del Estatuto del Consejo de Europa establece que sus fines son alcanzar: “una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social” y el art. 1. b) dispone que las finalidades del Consejo de Europa se perseguirán: “a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Por su parte, el art. 1. d) excluye expresamente los asuntos relativos a la defensa nacional de las competencias del Consejo de Europa. Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949, hecho en Londres. Ratificado por España el 24 de noviembre de 1977, *BOE*, núm. 51, de 1 de marzo de 1978.

⁶ La UE es una organización internacional de integración, lo que significa que sus Estados miembros le ceden el ejercicio de competencias nacionales para alcanzar los objetivos previstos en el tratado. Entre esos objetivos se incluye la protección de los derechos humanos que, además, forman parte de los valores en los que se fundamenta la UE. El art. 2 del Tratado de la UE establece que la UE se funda en los valores de “respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos” y el art. 3 del Tratado de la UE dispone que uno de los objetivos de la UE es promover sus valores. Puede verse la versión consolidada del Tratado de la UE en *DO C 202*, de 7 de junio de 2016. Sobre los valores, los objetivos y las competencias de la UE: MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 10ª Ed., Madrid, Tecnos, 2020, pp. 51-52 y 72-88 y la Web de la UE: https://european-union.europa.eu/index_es [21 de enero de 2024].

⁷ Ver los convenios internacionales adoptados en el marco del Consejo de Europa en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> [21 de enero de 2024]

⁸ CEDH, de 4 de noviembre de 1950, hecho en Roma. Ratificado por España el 24 de noviembre de 1977, *BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979. El CEDH está abierto a la firma y ratificación exclusiva de los Estados miembros del Consejo de Europa. Ahora bien, solo pueden ser miembros de la organización los países europeos que respeten el principio del imperio del Derecho y de protección de los derechos humanos (arts. 3 y 4 del Estatuto del Consejo de Europa).

⁹ El CEDH fue reformado en 1998 por el Protocolo núm. 11 que convirtió al TEDH en el único mecanismo de control del cumplimiento del CEDH, le dotó de carácter permanente (art.19 del CEDH) y le otorgó competencia para resolver demandas planteadas por particulares contra un Estado que haya firmado y ratificado el CEDH (art. 34 del CEDH). Protocolo núm. 11 al CEDH relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio de 11 de mayo de 1994. Ratificado por España el 16 de diciembre de 1996, *BOE*, núm. 152, de 26 de junio de 1998. El art. 19 del CEDH dispone que: “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado “el Tribunal” Funcionará de manera permanente” y el art. 34 del CEDH establece que: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. No se incluye expresamente en esa lista la orientación sexual, ni la identidad de género como motivos de discriminación prohibida. Sin embargo, el TEDH ha reiterado, desde el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* de 1999, que tal lista no es exhaustiva y que la orientación sexual puede incluirse en el concepto “cualquier otra situación”¹⁰. Años más tarde, en 2010, el TEDH extendió ese razonamiento también a la transexualidad en el caso *PV c. España*¹¹.

El nivel de protección frente a la discriminación por razón de orientación sexual en la UE es más elevado, ya que la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la UE¹², a diferencia del CEDH, sí incluye expresamente la orientación sexual entre los motivos de discriminación prohibida en su art. 21 (prohibición de la discriminación). Asimismo, se han adoptado en el seno de la UE normas sustantivas de Derecho derivado para proteger los derechos regulados en la Carta que, además, hacen referencia expresa a la orientación sexual.

Volviendo al Consejo de Europa, merece la pena mencionar que sus órganos han adoptado resoluciones y recomendaciones relativas al dis-

curso y los delitos de odio que incluyen expresamente la orientación sexual y la identidad de género. Estos textos no son vinculantes, pero indican una serie de medidas que permitirían alcanzar un mayor nivel de protección frente a los discursos y los delitos de odio si los Estados miembros las llegaran a aplicar.

El objeto de este trabajo es analizar la respuesta que ofrece el Consejo de Europa frente a los discursos y los delitos homófobos y/o transfobos, a la luz de la jurisprudencia del TEDH constatando el nivel de protección ofrecido por dicho tribunal.

Se trata, lamentablemente, de un tema de actualidad y de gran relevancia debido al creciente aumento de los casos de discurso y delitos de odio motivados en la orientación sexual y en la identidad de género. El Comité de igualdad y no discriminación del Consejo de Europa¹³ señaló en 2020, en una propuesta de resolución dirigida a la Asamblea Parlamentaria (Asamblea)¹⁴, que el discurso de odio, la violencia y los delitos de odio homófobos y transfobos había aumentado en varios Estados miembros y que tales actos procedían, en gran parte, de líderes políticos. Además, señaló que existía un vínculo demostrado entre el discurso de odio político y el aumento de la violencia. Por todo ello, dicho Comité solicitó a

¹⁰ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, núm. 33290/96, párr. 20, TEDH 1999.

¹¹ *PV c. España*, núm. 35159/09, párr. 30, TEDH 2010.

¹² Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la UE, de 7 de diciembre de 2000, reformulada el 12 de diciembre de 2007, DO C 202, 7 de junio de 2016.

¹³ El art. 24 del Estatuto del Consejo de Europa establece que: “la Asamblea Consultiva podrá, habida cuenta de las disposiciones del artículo 38 d) constituir Comités o Comisiones encargados de examinar todos los asuntos de su competencia, tal como ésta se define en el artículo 23, presentarle informes, estudiar los asuntos inscritos en su programa y formular opiniones sobre cualquier cuestión de procedimiento”. En base a ello, se creó el Comité de igualdad y no discriminación del Consejo de Europa. Puede verse la Web oficial del Comité de igualdad y no discriminación en: <https://pace.coe.int/en/pages/committee-29/AS-EGA> [21 de enero de 2024]

¹⁴ La Asamblea es, junto al Comité de Ministros, un órgano principal del Consejo de Europa. Se encarga de deliberar sobre todos los asuntos que son competencia del Consejo de Europa y puede formular recomendaciones al Comité de Ministros. Está compuesta por representantes de todos los Estados miembros elegidos por sus parlamentos. (arts. 10, 22, 23 y 25 del Estatuto del Consejo de Europa)

la Asamblea que redactara un informe sobre el aumento de la violencia contra las personas LGTBIQ y que adoptara una recomendación dirigida a los Estados para eliminar las prácticas y las legislaciones que fomenten la discriminación homofóbica y transfoba¹⁵. Esta propuesta motivó a la Asamblea a elaborar una recomendación, de 25 de enero de 2022, a la que haremos referencia en el siguiente apartado.

También en el ámbito de la UE se ha puesto de manifiesto el aumento de los casos de delitos de odio. La Agencia de Derechos Fundamentales de la UE elaboró en 2021 un informe sobre los delitos de odio en el que ponía de manifiesto que el 19% de las personas LGTBIQ encuestadas habían sido víctimas de violencia física y el 57% de acoso, aunque solo denunciaron el 21% de personas, a la luz de una encuesta realizada en 2019 a 35.000 personas de los 27 Estados miembros de la UE, así como de Macedonia del Norte y del Reino Unido¹⁶. Pero, además, muestra de la relevancia del tema es que, en 2021, la Comisión Europea propuso al Consejo y al PE incluir la incitación al odio y los delitos de odio entre los ámbitos delictivos

de especial gravedad y trascendencia del art. 83 del TFUE¹⁷. Dicho artículo permite establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones y sanciones penales. Se trata de delitos como, por ejemplo, el terrorismo, la trata de seres humanos o la explotación sexual de mujeres y niños, aunque esa lista puede ampliarse a la vista de la evolución de la delincuencia, por lo que no es exhaustiva. Tal y como indica la Comisión en su propuesta, la inclusión del discurso y los delitos de odio en esta lista sería importante, pues permitiría a la UE adoptar normativa común sobre este tema. Merece la pena mencionar que, hoy en día, no todos los Estados miembros de la UE consideran delito el discurso de odio, ni los actos delictivos motivados en el odio homofobos y transfobos y, tampoco la tipificación y las sanciones, cuando existen, son uniformes en los Estados miembros¹⁸. Para que la Comisión pueda proponer nueva legislación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el tema, el Consejo debe previamente adoptar una Decisión que determine que la incitación al odio y los delitos de odio se incluirán entre los ámbitos delictivos del art. 83 del TFUE. Sin embargo, los representantes de los

¹⁵ Propuesta de resolución del Comité de igualdad y no discriminación, de 26 de junio de 2020, *Combating rising hate against LGBTI people in Europe*, Doc. 15121.

¹⁶ Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, *Encouraging hate crime reporting. The role of law enforcement and other authorities*, 2021, pp. 24 y 26, disponible en inglés en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2021/hate-crime-reporting> [21 de enero de 2024]. Más recientemente, el 6 de diciembre de 2023, la Comisión Europea y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a la vista del aumento de los delitos y los discursos de odio, han puesto de manifiesto la necesidad de seguir trabajando, a diferentes niveles, para combatir el odio en Europa incluido el basado en la orientación sexual y en la identidad de género. Comunicación conjunta de la Comisión Europea y del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad al PE y al Consejo, *No place for hate: a Europe united against hatred*, JOIN (2023) 51 final, de 6 de diciembre de 2023, pp. 15-18.

¹⁷ El art. 83.1 del TFUE dispone que: “1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”.

¹⁸ Comunicación de la Comisión Europea al PE y al Consejo, Una Europa más inclusiva y protectora: ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio, COM (2021) 777 final, de 10 de diciembre de 2021.

Estados miembros en el Consejo no han llegado a un acuerdo sobre la adopción de dicha Decisión.

Ello ha llevado al Parlamento Europeo a adoptar en 2024 una Resolución en la que insta al Consejo a adoptar tal Decisión para que la Comisión pueda realizar una propuesta de normativa en la materia. El PE ha destacado que, aunque la Comisión propuso incluir la incitación al odio y los delitos de odio entre los ámbitos delictivos del art. 83 del TFUE hace dos años, el Consejo no ha avanzado al respecto. También ha subrayado el PE la rapidez con la que se ha ampliado la lista de delitos para otros fines¹⁹. En concreto, el 25 de mayo de 2022, la Comisión propuso incluir la vulneración de las medidas restrictivas impuesta por la UE (sanciones) en dicha lista. Pocos meses después, el 28 de noviembre de 2022, el Consejo aprobó una Decisión para incluir el incumplimiento de las sanciones de la UE entre los ámbitos delictivos del art. 83 del TFUE²⁰ y, el 2 de diciembre de 2022, la Comisión propuso al PE y al Consejo la adopción de una Directiva sobre la materia²¹. Más recientemente, el PE y el Consejo han finalizado sus negociaciones sobre la adopción de una Directiva que contempla infracciones y sanciones penales por el incumplimiento de las medidas restrictivas de la UE²².

Analizaremos, en primer lugar, la doctrina jurisprudencial sentada por el TEDH en materia de protección contra los discursos y delitos de incitación al odio homófobos y examinaremos los actos adoptados en el seno del Consejo de Europa sobre el tema. Por un lado, abordaremos la protección concedida a los particulares mediante la confirmación de las condenas impuestas por los tribunales internos a quienes realizan manifestaciones de odio homófono. Por otro lado, trataremos de exponer los razonamientos empleados por el TEDH para determinar si las autoridades nacionales han respondido adecuadamente o no ante las denuncias de delitos de incitación al odio homófono. En segundo lugar, estudiaremos la jurisprudencia del TEDH sobre protección frente a los delitos de odio homófobos y transfobos. Para ello, analizaremos, primero, la jurisprudencia del TEDH en relación con la determinación de las conductas que constituyen actos violentos homófobos y, después, la posición manifestada por el TEDH respecto a las obligaciones de los Estados de prevención, investigación y sanción de los delitos de odio homófobos. El trabajo termina con unas breves conclusiones.

19 Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2024, sobre la ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio, Doc. 2023/2068(INI)

20 Decisión del Consejo, de 28 de noviembre de 2022, relativa a la identificación de la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión como ámbito delictivo que cumple los criterios especificados en el artículo 83, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO L 308, de 29 de noviembre de 2022. Ver comunicado de prensa sobre la adopción de la Decisión del Consejo que determina la inclusión de la vulneración de las medidas restrictivas entre los ámbitos delictivos del art. 83 del TFUE en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/11/28/sanctions-council-adds-the-violation-of-restrictive-measures-to-the-list-of-eu-crimes/> [21 de enero de 2024].

21 Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo, Propuesta de Directiva por la que se definen las infracciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, Doc. 2022/0398, COM (2022) 684 final, de 2 de diciembre de 2022.

22 Ver comunicado de prensa sobre la adopción de un acuerdo político entre el PE y el Consejo acerca de la tipificación de la vulneración de las medidas restrictivas de la UE como ámbito delictivo del art. 83 del TFUE en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/12/council-and-parliament-reach-political-agreement-to-criminalise-violation-of-eu-sanctions/> [21 de enero de 2024]

II. LA PROTECCIÓN CONTRA LOS DISCURSOS DE ODIOS Y LOS DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIOS HOMÓFOS

1.- Las condenas por realizar manifestaciones de odio homóforo: límite justificado a la libertad de expresión

Como hemos indicado, el CEDH no hace referencia expresa al discurso de odio homóforo y tránsforo, pero el TEDH se ha pronunciado al respecto en el marco de sus competencias. En este apartado abordaremos la jurisprudencia del TEDH sobre discursos de odio homóforos y analizaremos los actos adoptados en el Consejo de Europa sobre el tema.

La primera vez que el Comité de Ministros²³ se refirió al discurso de odio no contempló expresamente la orientación sexual, ni la identidad de género como motivo protegido, al definirlo en su Recomendación de 1997 como:

“all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”²⁴.

No obstante, ya en 2010, el Comité de Ministros adoptó una Recomendación para proteger a las personas LGTBIQ en distintos ámbitos, en la que propuso a los Estados que adoptaran algunas medidas específicas para combatir el discurso de odio homóforo y tránsforo²⁵. En concreto, recomendó a los Estados que lucharan contra este tipo de discursos, que sus autoridades públicas no lo emplearan y que alentaran a sus funcionarios públicos y a otros representantes a promover la tolerancia y el respeto de los derechos de las personas LGTBIQ.

Posteriormente, el TEDH se ha pronunciado sobre expresiones de odio homóforas en el marco de su jurisprudencia sobre discursos que incitan al odio contra distintos colectivos²⁶. Más concretamente, el TEDH ha examinado, en su sentencia

23 El Comité de Ministros es el órgano que actúa en nombre del Consejo de Europa. Tienen competencia para examinar las medidas adecuadas para alcanzar los fines del Consejo de Europa por recomendación de la Asamblea y por propia iniciativa. También está facultado para resolver, con carácter obligatorio y sin perjuicio de los poderes de la Asamblea, toda cuestión relativa a la organización y al régimen interior del Consejo de Europa. El Comité de Ministros está compuesto por un Ministro de Asuntos Exteriores de cada Estado miembro con derecho a un voto. En caso de que un Ministro de Asuntos Exteriores no pueda asistir a las sesiones, o se den circunstancias que lo aconsejen, podrá ser sustituido por un miembro del Gobierno de su país (arts. 13 a 16 del Estatuto del Consejo de Europa).

24 Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros, de 30 de octubre de 1997, *On hate speech*.

25 Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros, de 31 de marzo de 2010, sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

26 Sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de discursos de odio motivados por la raza, la etnia y la religión ver: ESQUIVEL ALONSO, Yessica, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 2016, núm. 35, 3-44, pp. 16-17 y 21-22, ISSN-e 1405-9193 y VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco, “Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso de odio”, *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, 2019, vol. 6, no. 12, 230-249, pp. 242-245, ISSN: 2341-2690. Ver sentencias *Garaudy c. Francia*, núm. 65831/01 (dec.), TEDH 2003, *Norwood c. Reino Unido*, núm. 23131/03 (dec.), TEDH 2007, *Féret c. Bélgica*, núm. 15615/07, TEDH 2009, *Delfi AS c. Estonia*, núm. 64569/09(GS), TEDH 2015, *M’Bala M’Bala c. Francia*, núm. 25239/13 (dec.), TEDH 2015 y *Pastörs c. Alemania*, núm. 55225/14, TEDH 2019 entre otras.

*Vejdeland y otros c. Suecia*²⁷ y en su decisión de inadmisibilidad *Lilliendahl c. Islandia*²⁸, si la imposición de condenas por realizar declaraciones homófobas respeta el art. 10 del CEDH (libertad de expresión)²⁹.

La primera vez que el TEDH se pronunció sobre manifestaciones homófobas fue en 2012 en el caso *Vejdeland y otros c. Suecia*. En este caso, los demandantes alegaban vulneración del art. 10 del CEDH porque los tribunales suecos les condenaron por distribuir folletos por un instituto con información negativa acerca de la homosexualidad. Para resolver el caso, el TEDH examinó si los tribunales internos ponderaron correctamente la libertad de expresión de los demandantes y los derechos de los demás. El TEDH indicó que la condena impuesta por los tribunales internos a los demandantes no vulneró su libertad de expresión, ya que estaba prevista en la ley, perseguía un interés legítimo y era necesaria en una sociedad democrática. En primer lugar, estaba prevista en la ley porque los demandantes fueron condenados por la comisión de un delito recogido en el Código Penal sueco. En segundo lugar, perseguía un interés legítimo, ya que pretendía proteger la reputación y los derechos de los demás. En cuanto a la necesidad de la condena en una sociedad democrática, el TEDH afirmó que la distribución de panfletos por las escuelas con referencias a la homosexualidad como una inclinación sexual desviada, perjudicial para los valores de la sociedad y uno de los principales motivos de propaga-

ción del VIH no incitan a la violencia, pero sí son graves y perjudiciales. En ese caso, partiendo de su jurisprudencia sobre discurso de odio racista, el TEDH recordó que la incitación al odio incluye las declaraciones que llaman a la violencia, pero también los insultos, la ridiculización y la difamación contra un colectivo. En ese sentido, concluyó que las condenas impuestas por los tribunales internos a quienes realizan ese tipo de declaraciones homófobas son necesarias en una sociedad democrática al tratarse de expresiones graves y perjudiciales para la reputación o los derechos de los demás. Además, para el TEDH, la limitación a la libertad de expresión de los demandantes era proporcionada porque fueron sancionados con una multa de entre 200 a 2.000 euros, a pesar de que el delito preveía penas de prisión de hasta dos años. De manera que, para el TEDH, los tribunales internos podían condenar a los responsables de esas manifestaciones homófobas, sin que ello implicase una violación a su libertad de expresión. Eso sí, para que la condena esté justificada también debe estar prevista en la ley y perseguir un objetivo legítimo³⁰.

El pronunciamiento del TEDH en su sentencia influyó claramente en la definición de discurso de odio que hasta ese momento existía en el Consejo de Europa. En 2015, tres años después de la sentencia *Vejdeland y otros c. Suecia*, la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI)³¹ definió, por primera vez en el seno del Consejo de Europa, el discurso de odio, inclu-

27 *Vejdeland y otros c. Suecia*, núm. 1813/07, TEDH 2012.

28 *Lilliendahl c. Islandia* (dec.), núm. 29297/18, TEDH 2020.

29 El art. 10 del CEDH recoge el derecho a la libertad de expresión, estableciendo que puede limitarse si la restricción está prevista en la ley, persigue un objetivo de interés legítimo y es necesaria en una sociedad democrática.

30 *Vejdeland y otros c. Suecia*, núm. 1813/07, párr. 10 y 47-49 y 54-60, TEDH 2012, TEDH 2012.

31 La ECRI es un órgano del Consejo de Europa que se encarga de luchar contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia (art. 1 del Estatuto de la ECRI). Este órgano se creó por la primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa celebrada en Viena el 9 de octubre de 1993. Años más tarde, ya en 2002, el Comité de Ministros adoptó el Estatuto de la ECRI mediante una Resolución. Declaración de Viena de 9 de octubre de 1993, disponible en inglés en:

yendo expresamente la orientación sexual y la identidad de género como motivo protegido. En concreto indicó que:

“El discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”³².

Por su parte, la Asamblea adoptó, el 10 de abril de 2019, un par de resoluciones, una de ellas sobre el papel de los líderes políticos en la

lucha contra los discursos de odio y la intolerancia³³ y otra para combatir los discursos y los actos de odio en el deporte³⁴. La Asamblea puso de manifiesto en ambas resoluciones el aumento del odio y la intolerancia basada en la raza, la religión, el sexo, la orientación sexual y la identidad de género y propuso a los Estados que adoptaran algunas medidas generales³⁵ para hacer frente al odio en el ámbito político y en el deporte, sin hacer hincapié en ninguna medida específica para combatir el odio homófilo y transgénero.

El TEDH volvió a pronunciarse en 2020 sobre un supuesto relativo a manifestaciones homófilas en el caso *Lilliendahl c. Islandia*. En esta ocasión, reiteró el razonamiento aplicado al caso *Vejdeland y otros c. Suecia*, pero declaró la demanda inadmisibile por ser manifiestamente infundada. Se trataba de la condena impuesta por un tribunal islandés a un particular que publicó un comentario homófilo en el marco de un debate sobre una propuesta para fortalecer la educación sobre orientación sexual e identidad de

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680536c83 [6 de enero de 2024], Resolución Res (2002)8 del Comité de Ministros, de 13 de junio de 2002, *On the statute of the European Commission against Racism and Intolerance*. Ver también página web de la ECRI: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/about> [21 de enero de 2024].

32 Recomendación General núm. 15 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, de 8 de diciembre de 2015, relativa a la lucha contra el discurso de odio y *memorandum* explicativo.

33 Resolución 2275 (2019) de la Asamblea, de 10 de abril de 2019, *The role and responsibilities of political leaders in combating hate speech and intolerance*.

34 Resolución 2276 (2019) de la Asamblea, de 10 de abril de 2019, *Stop hate speech and acts hatred in sport*.

35 En su Resolución relativa al ámbito político, la Asamblea recomendó a los Estados que controlaran la situación respecto a los discursos de odio y que desglosaran los datos sobre su naturaleza y prevalencia por motivos de discriminación, autores y medios empleados para realizar manifestaciones de odio. También les pidió que aplicaran la Recomendación General núm. 15 de la ECRI, ya citada, que adoptaran códigos de conductas y que ofrecieran información precisa, imparcial y responsable sobre el tema etc. En su Resolución para combatir los discursos y actos de odio en el ámbito del deporte, recomendó a los Estados que llevaran a cabo acciones para combatir, investigar y sancionar los discursos y los delitos de odio en el deporte. También les recomendó que fortalecieran la cooperación con organizaciones deportivas, que realizaran campañas de sensibilización sobre el tema y que trasladaran la ética del deporte en las escuelas. Igualmente, propuso a los Estados que alentaran a los medios de comunicación a proporcionar información pluralista e imparcial sobre los atletas, en concreto, los más expuestos al odio y a informar sin prejuicios sobre los casos de discursos y delitos de odio. La Asamblea también recomendó a las organizaciones deportivas que llevaran a cabo acciones para combatir el discurso y los delitos de odio en este ámbito. Entre ellas, que nombraran embajadores para la igualdad y la no discriminación a atletas destacados y que exigieran a los jugadores que se comprometieran formalmente a no usar el discurso de odio.

género³⁶. Aquí, el TEDH examinó si las declaraciones del demandante pretendían incitar al odio o destruir los derechos del CEDH, ya que, de ser así, el art. 17 del CEDH³⁷ impedía que el demandante pudiera alegar una injerencia en su libertad de expresión ante el TEDH. El TEDH recordó que el art. 17 del CEDH solo puede aplicarse con carácter excepcional y en casos extremos. Para el TEDH, puede recurrirse al art. 17 del CEDH en supuestos en los que se alega vulneración a la libertad de expresión cuando ha sido ejercida con fines contrarios a los valores del CEDH. Ello ha permitido al TEDH establecer dos categorías de incitación al odio en atención a la gravedad de las expresiones. Por un lado, las formas más graves de incitación al odio que permiten aplicar el art. 17 del CEDH e impiden que una persona alegue su libertad de expresión ante el TEDH para justificarlas. Por otro lado, las formas menos graves de incitación al odio, como los comentarios que incitan a la violencia y los insultos, la ridiculización y la difamación, que pueden estar amparadas por la libertad de expresión, pero que el TEDH ha admitido que los tribunales internos limiten por ser graves y perjudiciales, como ocurrió en el caso *Vejdeland y otros c. Suecia* de 2012³⁸. En el caso *Lilliendahl c. Islandia*, el TEDH afirmó que las referencias a la homosexualidad como desviación sexual y a las personas homosexuales como desviados sexuales unidas a expresiones de disgusto, no alcanzaban el umbral necesario para aplicar el art. 17 del CEDH. De manera que analizó si

la condena impuesta por el tribunal interno al demandante vulneró su libertad de expresión. Para el TEDH, la condena respetó la libertad de expresión del demandante porque estaba prevista en la ley, perseguía un objetivo legítimo y era necesaria en una sociedad democrática. En primer lugar, el demandante había sido condenado por un delito tipificado en el Código penal islandés aplicable al caso. En segundo lugar, la condena perseguía un objetivo legítimo, ya que pretendía garantizar el derecho al respeto de la vida privada y el disfrute del resto de derechos en igualdad de condiciones y proteger a grupos sociales discriminados históricamente. En tercer lugar, concluyó que el tribunal islandés hizo una correcta ponderación entre la libertad de expresión del demandante y el derecho a la vida privada de las personas homosexuales para justificar la necesidad de la condena impuesta al demandante en una sociedad democrática. El TEDH destacó los argumentos empleados por el tribunal nacional con los que estaba de acuerdo. En concreto, señaló que los comentarios eran graves, hirientes y perjudiciales, por lo que la protección de las personas homosexuales frente a tales ataques era compatible con la tradición democrática de Islandia. También subrayó que los comentarios no eran relevantes para el debate sobre la propuesta legislativa de Islandia. De menara que, el TEDH indicó que, para el tribunal interno, los intereses de la vida privada de las personas homosexuales estaban por encima de la libertad de expresión

36 *Lilliendahl c. Islandia* (dec.), núm. 29297/18, párr. 3-5, TEDH 2020.

37 El art. 17 del CEDH establece que: “ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.”

38 Sobre la aplicación de los arts. 10 y 17 del CEDH por parte del TEDH a supuestos relativos a discursos de odio raciales y étnicos, negacionistas y religiosos en función de la gravedad de las declaraciones ver: ÁLVAREZ SUÁREZ, Juan, “El concepto de “hate speech” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Papeles el tiempo de los derechos*, 2020, núm. 16, 1-19, pp. 9-10, ISSN: 1989-8797. Sobre la aplicación del art. 17 del CEDH en casos de negación del Holocausto ver: ESQUIVEL ALONSO, Yessica, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 2016, núm. 35, 3-44, pp. 32-34, ISSN-e 1405-9193.

del demandante, por lo que la limitación estaba justificada y era necesaria para combatir ese tipo de odio. Además, el TEDH señaló que la imposición de una multa de 800 euros al demandante no era excesiva, ya que el delito también podía haber sido castigado con una pena de prisión máxima de dos años. Por todo ello, resolvió que la demanda planteada por el solicitante era manifiestamente infundada³⁹.

Merece la pena destacar que tras los pronunciamientos del TEDH, los órganos del Consejo de Europa han aprobado resoluciones y recomendaciones específicas sobre lucha contra los discursos y delitos de odio homófobos y transfobos. El 25 de enero de 2022, la Asamblea adoptó una Resolución en la que rechazó los discursos que niegan la existencia de las personas LGTBI e indicó que tales discursos provocan estancamientos o retrocesos en los progresos alcanzados en materia de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. Además, en esta Resolución recordó algunos trabajos en materia de protección de las personas LGTBIQ desarrollados en el Consejo de Europa. En concreto, las recomendaciones de la ECRI sobre el tema y la opinión emi-

tida por la Comisión para la democracia a través del derecho (también conocida como la Comisión de Venecia)⁴⁰ sobre la compatibilidad de las reformas homófobas y transfobas de la legislación húngara con el Derecho Internacional de los derechos humanos⁴¹. En esta Resolución, la Asamblea solicitó a los Estados miembros que modificaran su legislación penal para dar respuesta efectiva a todo tipo de delitos de odio motivados en el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales. Asimismo, les solicitó que establecieran medidas proporcionadas, sanciones disuasorias e indemnizaciones para las víctimas. La Asamblea se dirigió especialmente a Hungría para que eliminara las reformas homofóbicas y transfóbicas de su legislación y a Polonia para que apoyara una legislación más estricta contra el odio y la discriminación⁴².

El mismo día, la Asamblea adoptó, además, una Recomendación en la que invitó al Comité de Ministros a trasladar a los Estados miembros su Resolución sobre lucha contra el discurso de odio homófobo y transfobos y la opinión de la Comisión de Venecia sobre la reforma homófoba de la

39 *Lilliendahl c. Islandia* (dec.), núm. 29297/18, párr. 24-27, 33-39, 41-47, TEDH 2020.

40 La Comisión de Venecia es un órgano independiente que coopera con los Estados miembros del Consejo de Europa, con Estados no parte interesados y con organismos y organizaciones internacionales en materias vinculadas a las garantías que ofrece el derecho respecto a la democracia (art. 1 del Estatuto de la Comisión de Venecia). Resolución (2002) 3 de la Comisión Europea para la democracia por el derecho, de 27 de febrero de 2002, relativa a la adopción del Estatuto revisado de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho. Puede verse la página web de la Comisión de Venecia en: <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?Language=19&year=all> [21 de enero de 2024].

41 Hungría aprobó una ley que permite restringir el acceso de los menores a contenidos que informan sobre la orientación sexual y la identidad de género y para prohibir el reconocimiento legal del género. En su Opinión núm. 1059/2021, la Comisión de Venecia concluyó que esa reforma no respetaba el Derecho internacional de los derechos humanos. Opinión núm. 1059/2021 de la Comisión Europea para la democracia por el derecho, de 13 de diciembre de 2021, *on the compatibility with international human rights standards of Act LXXIX mending certain acts for the protection of children*. Las reformas homófobas y transfobas de la legislación húngara también han sido objeto de preocupación en la UE. La Comisión Europea abrió el 15 de junio de 2021 un procedimiento de infracción contra la reforma de la ley húngara que limita el acceso a contenidos informativos sobre la orientación sexual y la identidad de género. Sin embargo, Hungría respondió a la carta de emplazamiento y al dictamen de la Comisión Europea sin ofrecer una explicación suficiente para justificar la reforma homófoba. En consecuencia, la Comisión remitió el asunto al TJUE un año después, el 15 de julio de 2022. Ver nota de prensa sobre el paquete de infracciones de 15 de julio de 2022: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/inf_22_3768 [21 de enero de 2024].

42 Resolución 2417 de la Asamblea, de 25 de enero de 2022, *Combating rising hate against LGBTI people in Europe*.

ley húngara. También le pidió que garantizara la asignación de recursos suficientes para trabajar en la no discriminación de las personas LGTBI, la lucha contra el discurso y los delitos de odio y la elaboración de normas intergubernamentales en la materia. Finalmente, le solicitó que apoyara el seguimiento de la aplicación de la Recomendación del Comité de Ministros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género adoptada en 2010⁴³, ya citada.

Además, el 20 de mayo de 2022, el Comité de Ministros adoptó una Recomendación específica sobre la lucha contra el discurso de odio definiéndolo, de manera similar a la ECRI, como:

“all types of expression that incite, promote, spread or justify violence, hatred or discrimination against a person or group of persons, or that denigrates them, by reason of their real or attributed personal characteristics or status such as “race”, colour, language, religion, nationality, national or ethnic origin, age, disability, sex, gender identity and sexual orientation”⁴⁴.

En definitiva, la doctrina sentada por el TEDH en su jurisprudencia reconoce que las manifestaciones homófobas, como la distribución de información negativa sobre la homosexualidad y la

publicación de declaraciones homófobas, no incitan directamente a la violencia, pero son graves y perjudiciales. Sin embargo, la gravedad de ese tipo de manifestaciones no alcanza en umbral necesario para excluirlas totalmente del ámbito de protección de la libertad de expresión. En ese sentido, las personas que son condenadas a nivel interno por realizar ese tipo de declaraciones podrían alegar ante el TEDH que dicha sanción supone una injerencia en su libertad de expresión. No obstante, el TEDH ha afirmado que las condenas por realizar manifestaciones de odio son necesarias en una sociedad democrática (dada la gravedad de tales expresiones), por lo que los tribunales internos podrían imponerlas sin que ello vulnere la libertad de expresión siempre que, además, estén previstas en la ley y persigan un objetivo legítimo. De modo que para el TEDH la protección de los derechos de las personas afectadas por expresiones de odio prevalece por encima de la libertad de expresión de quienes las realizan.

También, en el ámbito de la UE, el TJUE se ha pronunciado, en los asuntos *Asociația Accept*⁴⁵ y *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*⁴⁶, sobre expresiones homófobas mediante la resolución de dos cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales internos sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE, relativa a la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral⁴⁷.

43 Recomendación 2220 de la Asamblea, de 25 de enero de 2022, *Combating rising hate against LGBTI people in Europe*. Más tarde, el 10 de noviembre de 2022, el Comité de Ministros respondió a la recomendación de la Asamblea, recordando sus últimos trabajos para combatir el discurso de odio. Además, señaló algunas acciones específicas sobre no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género adoptadas en el marco del Consejo de Europa. Respuesta del Comité de Ministros, de 10 de noviembre de 2022, *Combating rising hate against LGBTI people in Europe*. Doc. 15659.

44 Recomendación CM/Rec (2022)16 del Comité de Ministros, de 20 de mayo de 2022, *On combating hate speech*.

45 Sentencia de 25 de abril de 2013, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275.

46 Sentencia de 23 de abril de 2020, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289.

47 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L 303, de 2 de diciembre de 2000.

Se trataba, en ambos asuntos, de declaraciones homófobas en contra de la contratación de personas homosexuales.

En el asunto *Asociația Accept*⁴⁸ de 2013, a diferencia del TEDH, el TJUE no ponderó la libertad de expresión y la no discriminación en el ámbito laboral, ni determinó directamente que las declaraciones fueran discriminatorias. Aquí, el TJUE afirmó que las manifestaciones en contra de la contratación de personas homosexuales pueden ser contrarias a la Directiva 2000/78/CE, aunque procedan de alguien sin competencia, ni influencia en la política de contratación de una empresa⁴⁹.

Varios años después, en 2020, el TJUE confirmó y precisó ese pronunciamiento en el asunto *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*⁵⁰. En este asunto, el TJUE ponderó la libertad de expresión y la no discriminación en el ámbito laboral, aportó una definición amplia del concepto “condiciones de acceso al empleo” y afirmó que ese tipo de declaraciones son discriminatorias⁵¹ si existe un vínculo no hipotético entre ellas y la política de contratación de

la empresa. Para determinar si existe o no dicho vínculo los tribunales internos pueden tener en cuenta una serie de circunstancias. En concreto, las declaraciones deben proceder de alguien que tiene o puede percibirse que tiene competencia o influencia en la política de contratación de una empresa. Debe apreciarse, además, la intención del empresario de no contratar a personas homosexuales. Por último, debe tenerse en cuenta el contexto en que se realizaron las declaraciones, ya que no es lo mismo que se hagan en público que en privado ni si se difundieron por cualquier medio o no. Para el TJUE esta interpretación del Derecho de la UE no vulneraba la libertad de expresión (art. 11 de la Carta), ya que respetaba los requisitos exigidos por el art. 52 de la Carta (estar prevista en la ley, respetar el contenido esencial del derecho y ser proporcionada). La limitación a la libertad de expresión estaba prevista en la citada Directiva 2000/78/CE y pretendía garantizar la no discriminación en el ámbito laboral. Asimismo, respetaba el principio de proporcionalidad porque la injerencia en la libertad de expresión no iba más allá de lo necesario para alcanzar tales objetivos. Por último, señaló el Tribunal que la limitación a la libertad de expresión

48 En este asunto las manifestaciones en contra de la contratación de personas homosexuales procedían de un ex directivo del equipo de fútbol *Steaua Bucaresti* que no tenía competencia para contratar nuevos jugadores, pero aparentaba tenerla.

49 Los arts. 1 y 3. 1. a) de la Directiva 2000/78/CE prohíben que las empresas establezcan “condiciones de acceso al empleo” discriminatorias, haciendo referencia expresa a la orientación sexual como motivo de discriminación prohibida. Para el TJUE, cuando una persona manifiesta que nunca contrataría a personas homosexuales se está refiriendo, de alguna manera, a las “condiciones de acceso al empleo” de una empresa. Para determinar si las declaraciones homófobas eran contrarias al Derecho de la Unión, el TJUE señaló que los tribunales internos pueden tener en cuenta si la empresa no se desvinculó de las manifestaciones homófobas o si tales declaraciones impactaron en la población. En ese sentido, si se determina que tales declaraciones indican que una empresa sigue una política de contratación homófoba contraria al Derecho de la Unión, la empresa debe demostrar (por medios que no vulneren la Carta) que no excluye a personas homosexuales para que su política de contratación no se considere discriminatoria. Asunto *Asociația Accept*, C-81/12, apdos. 40-42, 48-51, 53, 55-59.

50 El asunto hacía referencia a las manifestaciones en contra de la contratación de personas homosexuales realizadas por un abogado durante un programa de radio, al margen de un proceso de contratación.

51 Ver sobre el mayor nivel de protección ofrecido por el TJUE en su pronunciamiento sobre el asunto *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*: DÍAZ LAFUENTE, José, “La prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona frente a la libertad de expresión en el ámbito laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2020, núm. 449-450, 152-158, pp. 155-158, ISSN-e 2792-8322.

era, en este asunto, necesaria para garantizar la no discriminación en el ámbito del laboral⁵².

De manera que, podemos apreciar alguna similitud en los pronunciamientos del TEDH y del TJUE en materia de discurso de odio homóforo. En concreto, ambos tribunales han ponderado la libertad de expresión de quien realiza las manifestaciones homóforas y los derechos de quienes las sufren, inclinándose por proteger a las víctimas (directas o indirectas) de tales declaraciones.

2.- La adecuada respuesta de las autoridades nacionales ante los delitos de incitación al odio homóforo

También se ha pronunciado el TEDH sobre la ausencia de respuesta adecuada por parte del Estado ante determinadas manifestaciones homóforas. En concreto, el TEDH ha resuelto demandas planteadas por particulares que recibieron comentarios homóforos a través de Internet, en sus sentencias *Beizaras y Levickac c. Lituania*⁵³ y *Valaitis c. Lituania*⁵⁴ y en su decisión de inadmisibilidad en el caso *Giuliano c. Hungría*⁵⁵. Sin embargo, el TEDH solo apreció vulneración del CEDH en el primer caso.

En el caso *Beizaras y Levickac c. Lituania* de 2020, los demandantes eran dos hombres que alegaron violación del art. 14 del CEDH (prohibición de la discriminación) en relación con el art. 8 del CEDH (respeto de la vida privada y familiar) y del art. 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo).

Por un lado, porque las autoridades lituanas les discriminaron por razón de su orientación sexual, al negarse a investigar los comentarios homóforos que recibieron tras publicar en Facebook una fotografía besándose. Por otro lado, porque las autoridades públicas no respondieron de manera eficaz a sus denuncias⁵⁶. El derecho al respeto de la vida privada y familiar, recogido en el art. 8 del CEDH, exige a los Estados que adopten medidas adecuadas para garantizarlo. Esas medidas pueden ir desde la adopción de legislación a nivel interno, hasta la puesta en marcha de mecanismos penales contra aquellos que vulneran dicho derecho. Ahora bien, los Estados son libres para aplicar las medidas que consideren más adecuadas para garantizar su respeto. No obstante, el TEDH ha reiterado que las injerencias más graves en la vida privada requieren de disposiciones penales efectivas. En el caso *Beizaras y Levickac c. Lituania*, el TEDH afirmó que los comentarios homóforos recibidos por los demandantes vulneraron el derecho al respeto de su vida privada, al afectar a su bienestar psicológico y a su dignidad⁵⁷, por lo que las autoridades competentes debieron investigar la posible comisión del delito. Sin embargo, no fue así en este caso.

En su sentencia, el TEDH puso de manifiesto que la decisión de no investigar un delito de incitación al odio es discriminatoria si se motiva, exclusivamente, en la orientación sexual de las víctimas. En este caso, los tribunales internos trataron de justificar su decisión en dos motivos que el TEDH consideró claramente homóforos. Por un lado, en que, para ellos, los comentarios negativos fueron provocados por los demandan-

52 Asunto *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-507/18, apdos. 17, 21, 40-47 y 49-53.

53 *Beizaras y Levickas c. Lituania*, núm. 41288/15, TEDH 2020.

54 *Valaitis c. Lituania*, núm. 3937/19, TEDH 2023.

55 *Giuliano c. Hungría*, núm. 45305/16 (dec.), TEDH 2021.

56 *Beizaras y Levickas c. Lituania*, núm. 41288/15, párr. 8, 16-23, TEDH 2020.

57 *Ibid*, párr. 110, 117 y 129.

tes, al publicar una foto que era evidente que sería rechazada. No obstante, para el TEDH, la publicación de una foto de dos personas del mismo sexo besándose (incluso con la intención de generar un debate) no puede considerarse ilegítima, ni siquiera cuando la mayoría de la sociedad no está a favor de las relaciones homosexuales. Por otro lado, los tribunales internos también trataron de justificar su decisión en que los comentarios no constituían un delito de incitación al odio en Lituania, ni tenían carácter sistemático. Sin embargo, los tribunales internos sí habían apreciado delito en otras ocasiones no relacionadas con la orientación sexual, incluso cuando se trataba de comentarios que no incitaban directamente a la violencia y no tenían carácter sistemático⁵⁸. En ese sentido, el TEDH concluyó que Lituania vulneró el art. 14 en relación con el art. 8 del CEDH, ya que la autoridad pública se negó a investigar el delito de incitación al odio por razón de la orientación sexual de los demandantes⁵⁹.

En cambio, no puede afirmarse que la autoridad competente haya vulnerado el derecho a la vida privada cuando inicia una investigación penal sobre un delito de incitación al odio, pero las diligencias practicadas resultan infructuosas. En ese sentido se pronunció el TEDH un año más tarde, en 2021, en su decisión de admisibilidad sobre el caso *Giuliano c. Hungría*. Si bien, en este

caso, señaló que la publicación de datos personales, incluida la orientación sexual, y el acoso *on-line* afectan a la vida privada del demandante y suponen una amenaza real. También afirmó que Hungría no vulneró los arts. 8 y 14 del CEDH, ya que puso en marcha una investigación efectiva para identificar y sancionar a los responsables del delito y el demandante no había demostrado ser discriminado. En concreto, dichas medidas fueron infructuosas porque no se logró identificar a muchos de los autores que publicaron los comentarios desde el extranjero (Estado Unidos), pero el TEDH destacó que Hungría no pidió asistencia judicial a dicho Estado porque, en otra ocasión, ya se la había denegado. Con base en ese razonamiento, el TEDH declaró la demanda inadmisibles por ser manifiestamente infundada⁶⁰.

En el marco de su jurisprudencia sobre delitos de incitación al odio, el TEDH también ha declarado la falta de recursos internos efectivos contra los discursos de odio en el ya mencionado caso *Beizaras y Levickas c. Lituania* de 2020. En este caso, el TEDH afirmó que la aplicación de jurisprudencia interna homófoba que resta importancia a la gravedad de unos comentarios homófobos equivale a no proporcionar un recurso interno efectivo contra ellas⁶¹. Para el TEDH, las deficiencias en la vía jurisdiccional no quedan subsanadas por la posibilidad de presentar una reclamación

⁵⁸ *Ibid*, párr. 128-121 y 125. Destacó el TEDH que la práctica interna de Lituania sobre el carácter sistemático de los comentarios no era uniforme, ya que en ocasiones se consideraba culpable a una persona por publicar varios comentarios y en otras bastaba con uno solo. Por otra parte, las manifestaciones homófobas se publicaron en internet (cumpliéndose uno de los elementos del delito de incitación al odio en Lituania). Además, para el TEDH, la publicación de un solo comentario de odio en el perfil de Facebook del demandante ya podría ser suficiente para determinar su gravedad, especialmente cuando la fotografía que recibe los comentarios se ha distribuido masivamente. *Beizaras y Levickas c. Lituania*, núm. 41288/15, párr.126-128, TEDH 2020.

⁵⁹ Para un análisis más profundo de las razones dadas por el TEDH para constatar que los tribunales internos se negaron a abrir la investigación por motivos homófobos ver: RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, "Cuando no investigar un delito es discriminatorio: el caso *Beizaras y Levickas* contra Lituania", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2020, núm. 9, disponible en: <https://reglasdebrasilia.uca.es/wp-content/uploads/2020/12/RODRIGUEZ-ALVAREZ.pdf> [21 de enero de 2024], pp. 6-8.

⁶⁰ *Giuliano c. Hungría*, núm. 45305/16 (dec.), párr. 27-31, TEDH 2021.

⁶¹ Esa jurisprudencia interna partía de que las personas LGTBIQ debían respetar las opiniones y tradiciones del resto. Además, determinaba que las meras referencias a las personas homosexuales como pervertidas y depravadas y las declaraciones que manifiestan el deseo de llevarlas a un hospital psiquiátrico no constituían delito.

por daños y perjuicios, o una solicitud ante la oficina del inspector de Lituania. Para confirmar la ausencia de recursos internos efectivos, el TEDH también tuvo en cuenta que, en la práctica jurisdiccional de Lituania, era habitual que se suspendieran las investigaciones relativas al discurso homofóbico con base en diversos motivos, como la falta de identificación de los autores de los comentarios. Sin embargo, en este caso, muchos de los comentarios homofobos que incitaban a la violencia habían sido publicados desde perfiles personales de Facebook. Para el TEDH, por tanto, la identificación de los autores debía ser sencilla y los tribunales internos no podían ampararse en dificultades técnicas para justificar la falta de investigación efectiva del delito⁶².

A raíz de esta sentencia se investigó a los 29 autores de los comentarios homofobos, llegándose a poner fin a siete de los casos. Incluso, se enviaron solicitudes de asistencia judicial a las autoridades extranjeras para interrogar a los sospechosos que residían en otros países. El pronunciamiento del TEDH en su sentencia ha tenido otros efectos positivos en Lituania, ya que desde entonces se comenzaron a aplicar en dicho Estado diferentes acciones para mejorar las investigaciones penales sobre discursos y delitos de odio⁶³.

Así, en una sentencia posterior de 2023 sobre unos hechos parecidos, el TEDH afirmó que Lituania proporcionó un recurso efectivo. Se trata del caso *Valaitis c. Lituania*, en el que el demandante alegó solo vulneración del art. 13

del CEDH porque consideró que dicho Estado no le protegió ante los comentarios homofobos que recibió a través de Internet. La principal diferencia era que, en este caso, para el TEDH, Lituania cumplió con la jurisprudencia sentada en la sentencia *Beizaras y Levickas* a partir de su firmeza. Esto último permitió al TEDH afirmar que, aunque el proceso interno tuvo algunos momentos en los que la investigación estuvo suspendida, Lituania proporcionó finalmente un recurso efectivo, llegando incluso a declarar la culpabilidad de algunas personas que luego fueron puestas en libertad condicional.

El fallo de esta sentencia no contó con el apoyo de los siete jueces que formaban la sala. En su opinión discrepante, el juez Krenc manifestó que no estaba de acuerdo con la decisión del TEDH. Para este juez, el TEDH se detuvo en revisar la ejecución de la sentencia *Beizaras y Levickas c. Lituania* en lugar de examinar si se vulneró el art. 13 del CEDH. Añadió este juez que las medidas adoptadas en Lituania no subsanaron las deficiencias de las que ya partía la investigación, ya que transcurrieron treinta meses desde que el demandante denunció los hechos en vía interna. Un largo periodo de tiempo que produjo, en gran parte, la imposibilidad de identificar a los autores de los comentarios⁶⁴.

Coincidimos con el juez Krenc en que el TEDH no examinó si Lituania vulneró el art. 13 del CEDH. No cabe duda de que Lituania comenzó a aplicar medidas positivas para prevenir e inves-

62 *Beizaras y Levickas c. Lituania*, núm. 41288/15, párr.152-155, TEDH 2020. Ver sobre el análisis de la práctica interna de Lituania realizado por el TEDH para determinar si dicho Estado proporcionó o no un recurso interno efectivo: RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, "Cuando no investigar un delito es discriminatorio: el caso *Beizaras y Levickas* contra Lituania", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2020, disponible en: <https://reglasdebrasilua.uca.es/wp-content/uploads/2020/12/RODRIGUEZ-ALVAREZ.pdf> [21 de enero de 2024], pp. 8-9.

63 Informe del departamento para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, *Hate crime and hate speech*, disponible en: <https://rm.coe.int/thematic-factsheet-hate-crime-eng-docx/1680a96865> [21 de enero de 2024].

64 Opinión disidente del juez Krenc en el caso *Valaitis c. Lituania*, núm. 3937/19, párr. 1-5 y 7.

tigar los delitos de odio homófobos a raíz de la sentencia *Beizaras y Levickas c. Lituania*, pero no hay que perder de vista que Lituania aplicó su jurisprudencia interna homófoba también a este caso hasta su firmeza. El TEDH pudo considerar que Lituania incumplió sus obligaciones derivadas del CEDH durante el tiempo en el que no investigó los hechos discriminatorios. Sin embargo, resolvió que Lituania no vulneró el art. 13 del CEDH porque finalmente cumplió con la jurisprudencia sentada en el caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*.

El TEDH no solo ha resuelto demandas relativas a comentarios homófobos dirigidos contra una persona concreta. También se ha pronunciado sobre manifestaciones homófobas procedentes de dirigentes políticos dirigidas al público en general, seguidas de una falta de respuesta adecuada por parte de las autoridades competentes. Así lo hizo en 2023 en el caso *Nepomnyashchiy y otros c. Rusia*⁶⁵. En este caso, los demandantes eran cuatro defensores de los derechos LGTBIQ pertenecientes a dicho colectivo que alegaron ante el TEDH la vulneración del art. 8 en relación con el 14 del CEDH. Denunciaron, en concreto, la negativa de las autoridades de abrir un proceso penal contra dos políticos que realizaron manifestaciones que incitaban al odio y a la violencia homófoba en público. La autoridad competente se basó en que el delito de incitación al odio, tipificado a nivel interno, no recogía expresamente la orientación sexual como motivo protegido, y en que las personas LGTBIQ no podían incluirse dentro del motivo de pertenencia a un determinado grupo social. Como consecuencia, también se denegó la apertura de un proceso civil solicitado contra uno de los acusados.

En primer lugar, el TEDH señaló que, aunque el Derecho civil y el penal interno no hacían referencia expresa a la orientación sexual, el Tribunal Constitucional ruso afirmó que el derecho al respeto de la dignidad humana y la vida privada comprendía la identidad sexual, y que la orientación sexual podría incluirse dentro del motivo de pertenencia a un grupo social. En ese sentido, para el TEDH el Derecho interno ruso disponía de mecanismos civiles y penales para proteger a las personas frente a la incitación al odio homófobo. Ese razonamiento permitió al TEDH concluir que la autoridad competente no realizó la correspondiente ponderación entre el derecho al respeto de la vida privada de los cuatro demandantes y libertad de expresión de los políticos que realizaron las declaraciones homófobas. Por lo que se refiere al proceso penal, el TEDH indicó que la autoridad competente se limitó a descartar las declaraciones homófobas del ámbito de protección del delito de incitación al odio. En cuanto al proceso civil, el TEDH señaló que la autoridad competente se centró exclusivamente en proteger la libertad de expresión de los dos políticos, ya que no tuvieron en cuenta la especial vulnerabilidad de las personas LGTBIQ en Rusia, ni el efecto que dichas declaraciones podían tener al proceder de figuras públicas. También se basó el TEDH en que los tribunales internos ni siquiera reconocieron que existía un conflicto entre el derecho al respeto de la vida privada y la libertad de expresión, ya que consideraron directamente que las declaraciones no suponían una injerencia en el derecho a la vida privada de un grupo social. En ese sentido, el TEDH puso de manifiesto que la falta de respuesta ante unas declaraciones homófobas no queda justificada por la ausencia de referencia expresa a la orientación sexual en el delito de incitación al odio⁶⁶.

⁶⁵ *Nepomnyashchiy y otros c. Rusia*, núm. 39954/09 y 3465/17, TEDH 2023.

⁶⁶ *Ibid*, párr. 4-34, 76-79, 81, 84 y 85.

En resumen, el TEDH ha determinado en su jurisprudencia los elementos que indican que la respuesta de las autoridades competentes ante un delito de incitación al odio homóforo no respeta el CEDH. En concreto, cuando no investigan tales delitos y las razones que dan para ello ponen de manifiesto que la negativa fue discriminatoria. La decisión de no investigar tales delitos es discriminatoria si se basa en la orientación sexual de las víctimas o si, a pesar de que se cumplen los elementos del tipo penal, se niega que los comentarios homóforos son constitutivos de delito. Sin embargo, si el demandante no demuestra que ha sido discriminado y se han puesto en marcha diligencias de investigación para identificar y sancionar a los responsables del delito, aunque sean infructuosas, la respuesta de las autoridades nacionales debe considerarse adecuada. La respuesta de las autoridades no puede considerarse adecuada si se niegan a investigar un supuesto de incitación al odio porque el Derecho penal interno no incluye expresamente la orientación sexual como motivo protegido. Tampoco es adecuada la respuesta de las autoridades si se limitan a aplicar su jurisprudencia homófora que resta importancia a los comentarios homóforos, ya que ello equivale a no proporcionar un recurso interno efectivo. Ahora bien, las autoridades competentes conceden un recurso interno efectivo si, a raíz de una sentencia condenatoria del TEDH, cumplen con la jurisprudencia del TEDH y dejan de investigar un delito siguiendo sus prácticas homóforas.

III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS DELITOS DE ODIO HOMÓFOROS Y TRÁNSFOROS

La tipificación de los denominados delitos de odio corresponde a los Estados y el CEDH no hace referencia expresa a ello. No obstante, el TEDH

ha constatado la vulneración de los arts. 2 y 3 (derecho a la vida y prohibición de la tortura) en relación con el art. 14 del CEDH (prohibición de la discriminación) en casos relativos a la comisión de delitos homóforos y tránsforos, seguidos de investigaciones y/o sanciones ineficaces. En concreto, el TEDH ha aplicado su jurisprudencia anterior sobre prohibición de la tortura y no discriminación a supuestos en los que ese tipo de delitos fueron cometidos por particulares y por agentes estatales.

Merece la pena recordar que, incluso antes del que el TEDH se pronunciara al respecto, el Comité de Ministros propuso a los Estados miembros, en la ya citada Recomendación de 2010 para proteger a las personas LGTBIQ, que adoptaran medidas para combatir los delitos de odio homóforos y tránsforos, como que garantizaran investigaciones efectivas, rápidas e imparciales, que prestaran especial atención a los casos en los que este tipo de delitos fueron cometidos por agentes estatales y que consideraran la orientación sexual y la identidad de género de las víctimas como circunstancias agravantes de tales delitos.

1.- La determinación de las conductas que constituyen actos violentos homóforos y tránsforos

En el marco de su jurisprudencia sobre el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la prohibición de la discriminación, el TEDH se ha pronunciado sobre actos violentos homóforos y tránsforos ejercidos por particulares contra manifestantes y defensores de los derechos LGTBIQ y contra personas que disfrutaban de su tiempo libre.

Al pronunciarse sobre el tema, el TEDH, partiendo de su jurisprudencia anterior sobre el de-

recho a la vida, la prohibición de la tortura y la prohibición de la discriminación, ha analizado si los actos violentos homófobos denunciados por los demandantes alcanzan el nivel de gravedad necesario para vulnerar los derechos recogidos por el CEDH. Para el TEDH, los actos violentos, ya sean físicos o psicológicos, que generan sentimientos de miedo, angustia, e inferioridad en la víctima capaces de humillarla y degradarla vulneran el art. 3 del CEDH⁶⁷. El TEDH también ha señalado que los actos violentos ejercidos por agentes estatales afectan a la dignidad humana si la violencia se ejerce de manera arbitraria, lo que supone una vulneración del art. 3 del CEDH⁶⁸.

Además, el TEDH ha afirmado que los tratos discriminatorios pueden vulnerar el art. 3 del CEDH cuando son tan graves que afectan a la dignidad humana. Según el TEDH, los malos tratos basados en la orientación sexual pueden vulnerar el art. 3 del CEDH y la motivación homófoba debe considerarse siempre como una agravante de los actos violentos⁶⁹. Desde su pronunciamiento en 2015 en el caso *Identoba y otros c. Georgia*, el TEDH ha partido del contenido de la violencia ejercida, pero también de la situación precaria de las personas LGTBIQ para determinar si la comisión de un delito tiene motivación homófoba. Este caso hacía referencia a la demanda planteada por varias personas que fueron agredidas física y verbalmente por parte de grupos religiosos

durante una manifestación LGTBIQ celebrada en Georgia. Además, dichas agresiones estuvieron acompañadas de la pasividad de los agentes de policía presentes en el disturbio y de una investigación y sanción ineficaces de los hechos⁷⁰. El TEDH afirmó en este caso que la destrucción de banderas y carteles LGTBIQ, las referencias a las víctimas como personas pervertidas, las amenazas con aplastarlas y quemarlas y las agresiones físicas constituían tratos discriminatorios basados en la orientación sexual. El TEDH recordó que el objetivo que se persigue al ejercer ese tipo de agresiones es intimidar a las víctimas para que dejen de apoyar públicamente a las personas LGTBIQ. Asimismo, para el TEDH, las connotaciones homófobas de los actos violentos y la vulnerabilidad de las víctimas también pueden constatarse si las actitudes negativas contra las personas LGTBIQ son habituales en el país donde suceden las agresiones⁷¹.

La determinación del nivel de gravedad de los actos violentos, a efectos de constatar si vulneran los arts. 3 y 14 del CEDH, no depende de que todos los demandantes sufran agresiones físicas. Como hemos mencionado, para el TEDH, los actos que generan sentimientos de angustia y ansiedad capaces de degradar a las víctimas son suficientes para que entren dentro del ámbito de protección del art. 3 del CEDH. En ese sentido, el TEDH afirmó en 2015, en el caso *Identoba y otros*

67 *Identoba y otros c. Georgia*, núm. 73235/12, párr. 65, TEDH 2015, *M. C. y A. C. c. Rumania*, núm. 12060/12, párr. 107 y 108, TEDH 2016, *Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia*, núm. 7224/11, párr. 42, TEDH 2020, *Sabalić c. Croacia*, núm. 50231/13, párr. 63-65, TEDH 2021, *Genderdoc-M y M.D. c. La República de Moldavia*, núm. 23914/15, párr. 35, TEDH 2021, *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, núm. 73204/13 y núm. 74959/13, párr. 59, TEDH 2021, *Oganezova c. Armenia*, núm. 71367/12 y núm. 72961/12, párr. 79-81, TEDH 2022, *Romanov y otros c. Rusia*, núm. 58358/14, párr. 67, TEDH 2023.

68 *Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia*, núm. 7224/11, párr. 42, TEDH 2020.

69 *Identoba y otros c. Georgia*, núm. 73235/12, párr. 65, TEDH 2015, *Sabalić c. Croacia*, núm. 50231/13, párr. 65, TEDH 2021, *Genderdoc-M y M.D. c. La República de Moldavia*, núm. 23914/15, párr. 35, TEDH 2021, *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, núm. 73204/13 y núm. 74959/13, párr. 59, TEDH 2021, *Oganezova c. Armenia*, núm. 71367/12 y núm. 72961/12, párr. 81, TEDH 2022, *Romanov y otros c. Rusia*, núm. 58358/14, párr. 67, TEDH 2023.

70 *Identoba y otros c. Georgia*, núm. 73235/12, párr. 13-28, TEDH 2015.

71 *Ibid*, párr. 68 y 69.

c. *Georgia*, y reiteró posteriormente en 2021, en el caso *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*⁷², que los ataques y las amenazas procedentes de un grupo que supera en número a las víctimas y el uso de la fuerza física contra algunas de ellas crean una situación de amenaza real. Todo ello, unido a la clara motivación homófoba de la violencia genera, para el TEDH, una situación de miedo y ansiedad que, además, puede agravarse si los agentes de policía presentes no actúan para evitarlos⁷³.

En 2016, el TEDH se pronunció, en el caso *M. C y C. A c. Rumanía*, sobre un supuesto relativo a las agresiones sufridas por particulares que regresaban de una manifestación por los derechos de las personas LGTBIQ. Los demandantes señalaron, en el marco del proceso penal interno, que no usaron ningún signo que permitiera determinar que habían participado en la manifestación, tal y como les habían recomendado los organizadores. También indicaron que sus agresores pudieron identificarlos porque no usaron máscaras para ocultar su identidad durante el evento y les persiguieron para atacarles. En este caso, el TEDH puso de manifiesto que los sentimientos de angustia y ansiedad pueden apreciarse si las víctimas son atacadas físicamente porque han sido identificadas por su participación en una manifestación LGTBIQ, y si han tenido que someterse a terapia para superar el trauma de la agresión. El TEDH reiteró que la finalidad última de estos

ataques es provocar que las personas agredidas dejen de mostrar su apoyo a las personas LGTBIQ. Además, para el TEDH, los sentimientos de angustia de los demandantes pudieron intensificarse porque fueron atacados por participar en una manifestación LGTBIQ en ejercicio de sus derechos reconocidos por el CEDH⁷⁴.

También se ha pronunciado el TEDH sobre actos violentos homófobos ejercidos por parte de particulares en supuestos no vinculados a la celebración de manifestaciones LGTBIQ. En 2020, en el caso *Oganezova c. Armenia*, el TEDH afirmó que el incendio provocado en el bar de una conocida defensora de los derechos LGTBIQ en Armenia, así como las agresiones físicas y verbales y el acoso *on-line* que sufrió posteriormente por razones homófobas alcanzaron el nivel de gravedad necesario para vulnerar los arts. 3 y 14 del CEDH. El TEDH indicó que esos actos unidos a la situación de precariedad de las personas LGTBIQ en Armenia indican que la violencia estuvo motivada por el odio homófobo. Además, en esta ocasión, el TEDH puso de manifiesto que las constantes amenazas homófobas dirigidas contra una persona vulneran el art. 3 del CEDH si la víctima percibe que pueden llevarse a cabo de manera real al haber tenido que enfrentarse físicamente a sus agresores. En este caso, aunque la demandante no aportó pruebas suficientes para demostrar que sufrió lesiones físicas, el TEDH concluyó que el incendio y el acoso homófobo posterior vulneraron

72 También relativo a actos violentos ejercidos por particulares contra manifestantes por los derechos de las personas LGTBIQ.

73 *Identoba y otros c. Georgia*, núm. 73235/12, párr. 70 y 71, TEDH 2015 y *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, núm. 73204/13 y núm. 74959/13, párr. 60-71, TEDH 2021. El TEDH ha reiterado en 2023, en el caso *Romanov y otros c. Rusia*, que los sentimientos de angustia provocados por las agresiones homófobas pueden ser mayores si los agentes de policía que los presencian no actúan contra ellos. El caso hacía referencia a la demanda planteada por varias personas que fueron víctimas de agresiones físicas homófobas, de discursos de odio homófobos y de detenciones ilegales durante distintas manifestaciones LGTBIQ celebradas en Rusia y en zonas de ocio. Además, los agentes de policía presentes durante los actos violentos homófobos se mostraron pasivos y los hechos se investigaron de manera efectiva. *Romanov y otros c. Rusia*, núm. 58358/14, párr. 68, TEDH 2023.

74 *M. C. y A. C. c. Rumanía*, núm. 12060/12, párr. 7, 8, 16 y 116-119, TEDH 2016.

por sí mismos los arts. 3 y 14 del CEDH⁷⁵.

En cambio, un año antes, en su sentencia de 2021 sobre el caso *Association ACCEPT y otros c. Rumania*⁷⁶, el TEDH consideró que las agresiones verbales homófobas recibidas por los demandantes no vulneraron los arts. 3 y 14 del CEDH, ya que estos no probaron que sufrieran daños psicológicos suficientemente graves. Se trataba, en esta ocasión, de los insultos homófobos sufridos por un grupo de personas durante la proyección pública de una película sobre una familia homosexual. El TEDH concluyó que el caso debía resolverse por la vía del art. 8 del CEDH, al entender que los comentarios eran homófobos y alcanzaron el nivel de gravedad necesario para vulnerar el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los demandantes⁷⁷.

Por lo que se refiere a los actos violentos ejercidos por agentes estatales, el TEDH se pronunció al respecto en 2023 en el caso *Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia*. Las demandantes en este caso eran dos mujeres que fueron agredidas físicas y verbalmente por agentes de policía durante un registro ilegal en la sede de la organización no gubernamental a la que pertenecían. Los agentes emplearon términos homófobos y transfobos,

amenazaron con quemar el local, agredieron a algunas personas y practicaron registros al desnudo a las dos demandantes y a otras mujeres⁷⁸. En su sentencia, el TEDH añadió que las amenazas con difundir públicamente la orientación sexual real o percibida de un particular en una sociedad en la que las personas LGTBIQ están en situación precaria implica un maltrato grave. Además, determinó que la práctica de registros al desnudo sin recoger documentalmente tal intervención ponía de manifiesto que la intención de los agentes era humillar a las víctimas por razón de su orientación sexual e identidad de género. Para el TEDH, todo ello unido a los comentarios homófobos y transfobos realizados por los agentes durante tales registros indicaban que las agresiones estuvieron motivadas por el odio basado en la orientación sexual y la identidad de género de las víctimas⁷⁹.

Más recientemente, ya en 2023, el TEDH se pronunció nuevamente sobre actos violentos ejercidos por agentes de policía en el caso *Lapunov c. Rusia*⁸⁰, relacionado con la oleada de ataques homófobos en Chechenia en el año 2017⁸¹ y hacía referencia al secuestro, la detención ilegal y los malos tratos llevados a cabo por agentes del Estado contra un particular. En esta ocasión, el TEDH afirmó que el demandante fue objeto de

75 *Oganezova c. Armenia*, núm. 71367/12 y núm. 72961/12, párr. 5, 6, 12, 29-46, 88, 91-97, TEDH 2022.

76 *Association ACCEPT y otros c. Rumania*, núm. 19237/16, TEDH 2021.

77 *Ibid*, párr. 5, 9, 53, 57 y 97.

78 *Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia*, núm. 7224/11, párr. 7-9, 11, 13-22 y 24, TEDH 2020. Esta sentencia también la hemos analizado en el marco de otro trabajo: Ver RODRÍGUEZ MAÑOGIL, Adela, "La responsabilidad Internacional del Estado por los actos de violencia discriminatorios basados en la orientación sexual y la identidad de género cometidos por sus agentes", en RUDA GONZÁLEZ, Albert y JEREZ DELGADO, Carmen, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del VI Encuentro anual sobre jurisprudencia Europea del Spanish Hub del European Law Institute*, Madrid, Editorial Jurídica sepín, 2023, 688-697.

79 *Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia*, núm. 7224/11, párr. 47-50, TEDH 2020.

80 *Lapunov c. Rusia*, núm. 28834/19, TEDH 2023.

81 El periódico ruso *Novaya Gazeta* publicó, el 1 de abril de 2017, un artículo en el que informó de que en Chechenia se estaban produciendo detenciones de personas homosexuales o aparentar serlo. En el artículo de prensa se puso de manifiesto que la información de los hechos fue verificada por el diario y confirmada por fuentes procedentes del Ministerio del Interior de la República Chechena, de la administración del jefe de la República, de la Dirección del Servicio Federal de Seguridad para Chechenia, de la Fiscalía de Chechenia y por activistas LGTBIQ locales. Puede verse la nota de prensa publicada por el periódico ruso *Novaya Gazeta* en:

<https://novayagazeta.ru/articles/2017/04/01/71983-ubiystvo-chesti> [21 de enero de 2024].

malos tratos a la luz del art. 3 del CEDH, ya que sufrió violencia física (golpes con tubos de PVC y patadas) y psicológica por parte de agentes de policía. El TEDH consideró en su sentencia que la realización de comentarios homófobos, amenazar con abusar sexualmente, insistir para que una persona detalle sus prácticas sexuales y amenazar para disuadir a alguien de que continúe con un proceso penal equivalen a violencia psicológica lo suficientemente graves para vulnerar el art. 3 del CEDH⁸².

En síntesis, en casos en los que los actos violentos son ejercidos por particulares, el TEDH ha determinado que dicha violencia tiene connotaciones homóforas partiendo del contenido homóforo de la agresión y la situación precaria de las personas LGTBIQ en un país. Dichos actos provocan en las víctimas sentimientos de angustia y ansiedad, lo que equivale a la vulneración del art. 3 en relación con el 14 del CEDH, si son atacadas por un grupo de personas que las supera en número, si han tenido que someterse a terapia para superar el trauma de la agresión o si perciben que las amenazas que sufren pueden llevarse a cabo. Esos sentimientos de angustia y ansiedad pueden aumentar si los actos violentos están acompañados por la pasividad de los agentes de policía que, se supone, deberían proteger a las víctimas. También pueden intensificarse esos sentimientos si las víctimas son agredidas por haber participado en una manifestación LGTBIQ. En los casos en los que los actos violentos son ejercidos por agentes estatales, el TEDH ha afirmado que las amenazas con difundir la orientación sexual (real o percibida) de una persona en una sociedad homófora, los registros ilegales al desnudo y el uso del discurso del odio mientras se realizan tienen connotaciones homóforas y son capaces de provocar sentimientos de angustia y ansiedad. En

efecto, la violencia arbitraria ejercida por agentes estatales por motivos homóforos constituye una vulneración de los arts. 3 y 14 del CEDH. Además, para el TEDH, las amenazas de índole sexual y las realizadas para que alguien desista de una denuncia penal suponen un tipo de violencia psicológica que viola, también, dichos preceptos.

2.- La prevención, investigación y sanción de los actos violentos constitutivos de delito cometidos por el odio homóforo y tránsforo

En sus pronunciamientos sobre delitos de odio homóforo y tránsforo, el TEDH también ha recordado que los arts. 2 y 3 del CEDH, en relación con el art. 14 del CEDH, obligan a los Estados a proteger a las personas bajo su jurisdicción (vertiente sustantiva), así como a investigar de manera efectiva tales actos y su posible motivación homófora (vertiente procesal). En su jurisprudencia sobre el tema, el TEDH ha ido determinado las obligaciones de los Estados derivadas del CEDH respecto a la prevención, investigación y sanción de los actos violentos homóforos y tránsforos.

Por lo que se refiere a la vertiente sustantiva, el TEDH ha reiterado que los Estados no protegen a las personas bajo su jurisdicción cuando sus autoridades no adoptan medidas de prevención contra actos violentos que sabían o podían saber que iban a suceder. Partiendo de ese razonamiento, el TEDH afirmó, en el ya citado caso *Identoba y otros c. Georgia* de 2015, que las autoridades conocen tales riesgos cuando previamente han sido informadas de ello y se les ha solicitado expresamente protección efectiva. De manera que, para el TEDH, el despliegue insuficiente de agentes para hacer frente a unos previsibles disturbios homóforos, no

⁸² *Lapunov c. Rusia*, núm. 28834/19, párr. 5-61 y 107-109, TEDH 2023.

puede considerarse una medida de protección efectiva, sobre todo si los agentes presentes se muestran pasivos durante los actos violentos⁸³.

El pronunciamiento del TEDH en el caso *Identoba y otros c. Georgia* fue reiterado en 2021 en el caso *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*. En este caso los disturbios también ocurrieron durante una manifestación LGTBIQ en el mismo Estado (Georgia), pero justo un año después. Aquí, el TEDH añadió que las autoridades competentes pueden prever unos los actos violentos homófobos si ya habían sucedido un año antes. La falta de protección eficaz no queda descartada por la adopción de un plan de dispersión. Más concretamente, si la aplicación de dicho plan supone la mera separación de los manifestantes agredidos de los disturbios, impidiendo, de todos modos, la celebración de la manifestación⁸⁴.

También se ha pronunciado el TEDH sobre la efectividad de las medidas de protección adoptadas por la autoridad competente tras un ataque homóforo, en el ya citado caso *Oganezova c. Armenia* de 2022. Se trataba de las medidas adoptadas para proteger a una mujer después de que determinados particulares incendiaron su bar por motivos homófobos que fueron suspendidas tan solo cinco días después de su adopción. Para el TEDH, la adopción de medidas de protección que luego son suspendidas sin evaluar si sigue existiendo o no un riesgo para la víctima no pueden considerarse eficaces⁸⁵.

En suma, el TEDH ha establecido en su jurisprudencia que los Estados no protegen eficazmente a las personas bajo su jurisdicción cuando no adoptan medidas adecuadas frente a los actos violentos homófobos previsibles. Para el TEDH, las autoridades pueden prever que existe ese riesgo cuando han sido informados de ello y/o se les solicita expresamente protección efectiva. Asimismo, los Estados no protegen eficazmente si, una vez producida la agresión homófora, la autoridad competente aprueba medidas para proteger a la víctima, pero las retira sin examinar si siguen existiendo riesgos.

En cuanto a la vertiente procesal, el TEDH ha reiterado que los Estados tienen la obligación de investigar de manera efectiva los actos violentos, así como si tales actos han tenido una motivación homófora y/o transfófora o no. Al pronunciarse sobre este aspecto, el TEDH ha ido incluyendo motivos que determinan la ineficacia de las investigaciones de los delitos homófobos y transfóbos.

En concreto, el TEDH consideró, en 2015 en el caso *Identoba y otros c. Georgia*, que una investigación no es efectiva cuando la autoridad competente se limita a abrir procesos separados sobre unos actos violentos homófobos, ya que ello impide examinar de manera exhaustiva todas las circunstancias del caso. Tampoco puede considerarse efectiva si no logra avances significativos y la autoridad competente no reconoce el *status* de víctima a las personas que sufren las agresiones homófobas⁸⁶.

83 *Identoba y otros c. Georgia*, núm. 73235/12, párr. 72-74, TEDH 2015. Posteriormente, en el mismo sentido: *Romanov y otros c. Rusia*, núm. 58358/14, párr. 71 y 72, TEDH 2023.

84 *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, núm. 73204/13 y núm. 74959/13, párr. 71-75, TEDH 2021.

85 *Oganezova c. Armenia*, núm. 71367/12 y núm. 72961/12, párr. 113 y 114, TEDH 2022.

86 *Identoba y otros c. Georgia*, núm. 73235/12, párr. 75, TEDH 2015. En términos similares se pronunció el TEDH posteriormente, en 2020, en el caso *Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia*, núm. 7224/11, párr. 39, TEDH 2020 y, en 2021, en el caso *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, núm. 73204/13 y núm. 74959/13, párr. 65, TEDH 2021.

En 2016, en el caso *M. C y C. A c. Rumanía*, el TEDH afirmó que la investigación es inefectiva cuando la autoridad competente no tiene en cuenta las pruebas aportadas por las víctimas que permiten identificar a los agresores, ni pone en práctica diligencias de investigación efectivas, ni abre un proceso penal contra los agresores. El TEDH también ha indicado que los periodos de inactividad dentro de una investigación la convierten en inefectiva, ya que pueden comprometerla definitivamente, por ejemplo, porque prescribe el delito⁸⁷. En todo caso, para el TEDH, la paralización de una investigación no puede justificarse en un eventual cambio organizativo en la plantilla de policía, ya que tales cambios no suspenden las obligaciones derivadas del CEDH⁸⁸. Además, el TEDH considera que las demoras injustificadas en la investigación también ponen de manifiesto una falta de voluntad de las autoridades por investigar los actos violentos homófobos y transfobos⁸⁹.

Posteriormente, ya en 2021, el TEDH indicó, en el caso *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, que la investigación no es efectiva si la lleva la misma autoridad que debía proteger a las personas agredidas, ya que ello pone de manifiesto que no fue independiente ni imparcial⁹⁰. Ese mismo año el TEDH también señaló, en el caso *Genderdoc-M y M. D. c. La República de Moldavia*, que la autoridad competente no puede basar una investigación en la primera denuncia que presenta una víctima de malos tratos homófobos sin tener en cuenta sus declaraciones posteriores

ni el resto de pruebas. Para el TEDH, la autoridad competente no puede justificar la falta de investigación efectiva de los actos violentos en que la víctima no denunció expresamente su carácter homóforo, sobre todo si del conjunto de sus declaraciones se desprende que también denuncia dichas connotaciones discriminatorias. Tal justificación indica, además, que la autoridad competente no investigó si los actos violentos fueron homófobos o no⁹¹.

Esto último es de gran importancia, ya que las investigaciones no pueden considerarse efectivas si no tratan de esclarecer si los actos violentos están motivados por el odio homóforo y/o transfobo o no. Para determinar si la autoridad competente ha investigado o no dicha motivación, el TEDH también ha tenido en cuenta la proporcionalidad de la sanción impuesta por los tribunales internos con la gravedad de los hechos, puesto que no es lo mismo que sean investigados y castigados en el marco de un proceso penal que por la vía administrativa. En 2015, en el caso *Identoba y otros c. Georgia*, y en 2021, en el caso *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, el TEDH concluyó que la imposición de una mera multa de 45 euros a algunos autores de unas agresiones homófobas no es suficiente para que el Estado cumpla sus obligaciones derivadas del art. 3 del CEDH en su vertiente procesal. El TEDH alcanzó ese razonamiento porque la autoridad pública se limitó a imponer una multa administrativa, a pesar de que el Derecho penal tipificaba los hechos como delito (amenazas y violación del derecho

87 *M. C. y A. C. c. Rumanía*, núm. 12060/12, párr. 120, 122-123, TEDH 2016. El TEDH se pronunció en términos similares en 2023 en el caso *Romanov y otros c. Rusia*, núm. 58358/14, párr. 77 y 78, TEDH 2023.

88 *Ibid*, párr. 122, TEDH 2016.

89 *Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia*, núm. 7224/11, párr. 40, TEDH 2020. En el mismo sentido, se pronunció el TEDH en 2021 en el caso *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, núm. 73204/13 y núm. 74959/13, párr. 66, TEDH 2021.

90 *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, núm. 73204/13 y núm. 74959/13, párr. 64, TEDH 2021.

91 *Genderdoc-M y M. D. c. La República de Moldavia*, núm. 23914/15, párr. 11-16, 42 y 43, TEDH 2021.

de reunión pacífica) y preveía expresamente la aplicación de agravantes a la comisión de delitos por motivos homófobos⁹².

El TEDH puso de manifiesto en 2016, en el caso, *M. C y C. A c. Rumania*, que las autoridades deben investigar los actos violentos homófobos y tráfobos y su posible motivación discriminatoria, aunque el Derecho penal interno no tipifique los delitos de odio, ni prevea la aplicación de agravantes a los delitos comunes cometidos por el odio. Para el TEDH, la ausencia de Rumania de un delito específico de incitación al odio podía resolverse con la calificación de los hechos por la vía de un delito que permitiera tener en cuenta la base homófoba de los actos violentos⁹³.

El TEDH se pronunció en términos similares años más tarde en el ya citado caso *Oganezova c. Armenia*. La diferencia respecto a los anteriores era que, en este caso, sí se llegó a abrir un proceso penal contra los responsables de un incendio provocado por motivos homófobos que finalizó con su condena. Sin embargo, como el Derecho penal interno tipificaba la incitación al odio sin incluir expresamente la orientación sexual como motivo protegido, los hechos fueron calificados jurídicamente como un delito de daños a la propiedad privada. De manera que no se tuvo debidamente en cuenta la posible motivación homófoba

de los hechos en la investigación. En esta ocasión, el TEDH puso de manifiesto que no basta con que se lleve a cabo una investigación que finalice con la condena de los responsables de los actos violentos homófobos, sino que la calificación jurídica dada a los hechos debe tener en cuenta la motivación homófoba del delito, aunque el derecho penal no castigue expresamente la incitación al odio por motivos homófobos⁹⁴. La demandante en este caso también consideraba que la investigación no fue efectiva porque entendía que la policía había mostrado su conformidad con los autores del incendio. Sin embargo, partiendo de que la demandante no probó ese extremo y del Derecho penal nacional, afirmó que la ineffectividad de la investigación se debió a la falta de mecanismos penales internos y no a un comportamiento discriminatorio de los agentes de policía⁹⁵.

En conclusión, las autoridades de un Estado no investigan eficazmente los actos violentos homófobos cuando abren procesos separados que impiden llevar a cabo una investigación exhaustiva de los hechos. La investigación tampoco es efectiva si no logra avances significativos y si la autoridad competente no otorga el *status* de víctima a las personas que sufren las agresiones homófobas. Asimismo, la investigación no es efectiva si la autoridad competente no tiene en cuenta las pruebas de cargo

92 *Identoba y otros c. Georgia*, núm. 73235/12, párr. 75-77, TEDH 2015 y *Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia*, núm. 73204/13 y núm. 74959/13, párr. 65, TEDH 2021.

93 *M. C. y A. C. c. Rumanía*, núm. 12060/12, párr. 124, TEDH 2016.

94 *Oganezova c. Armenia*, núm. 71367/12 y núm. 72961/12, párr. 98-103, TEDH 2022. El TEDH ha reiterado este razonamiento en 2023 en el ya citado caso *Romanov y otros c. Rusia*. Los hechos ocurrieron en Rusia donde el Derecho penal nacional tipifica la incitación al odio sin incluir expresamente la orientación sexual como motivo protegido. No obstante, el Tribunal Constitucional de aquel país afirmó, mediante sentencia, que la prohibición de la incitación al odio basada en la orientación sexual estaba comprendida dentro del ámbito de protección del motivo "cualquier grupo social" (que sí está incluido expresamente en el listado de motivos protegidos contra la incitación al odio en Rusia). A pesar de ello, la autoridad competente rechazó las denuncias de los demandantes sobre la motivación homófoba de las agresiones que sufrieron. Por lo que el TEDH concluyó que la autoridad competente no investigó si los actos violentos estaban o no motivados en la orientación sexual de los demandantes. *Romanov y otros c. Rusia*, núm. 58358/14, párr. 78, TEDH 2023.

95 *Oganezova c. Armenia*, núm. 71367/12 y núm. 72961/12, párr. 106-108, TEDH 2022.

aportadas por las víctimas, no pone en práctica diligencias de investigación efectivas y/o no abre un proceso penal contra los agresores. Además, la investigación no es efectiva si la lleva la misma autoridad que debía proteger a las personas agredidas, pues, en ese caso, puede no ser independiente, ni imparcial. Finalmente, las investigaciones no pueden considerarse efectivas si las autoridades no tratan de esclarecer si unos hechos están motivados o no en la orientación sexual de la víctima.

El TEDH ha determinado en su jurisprudencia que las autoridades nacionales no investigan la posible motivación homófoba y/o transfoba de un delito si no abren un proceso penal contra ellos y los sancionan por la vía administrativa, a pesar de que el Derecho interno tipifica los hechos como delito y permite aplicar agravantes a la comisión del delito por motivos homófobos. La falta de apertura de un proceso penal no puede justificarse en que el ordenamiento jurídico interno no castiga la incitación al odio. Ahora bien, la apertura de un proceso penal que finaliza con la condena de los autores no siempre significa que las autoridades nacionales hayan investigado la posible connotación discriminatoria. También es necesario que las autoridades nacionales califiquen jurídicamente los hechos de manera que pueda tenerse en cuenta el factor homófobo o transfobo, aunque la incitación al odio esté tipificada a nivel interno sin incluir expresamente la orientación sexual y la identidad de género como motivos protegidos. Además, las demoras injustificadas en una investigación y la omisión de aspectos relevantes del caso también ponen de manifies-

to la falta de voluntad de las autoridades de investigar si los actos fueron discriminatorios o no.

El principio *non bis in idem* impide que los tribunales nacionales juzguen y sancionen a una persona por los mismos hechos más de una vez, por lo que los procesos penales abiertos contra una persona por unos hechos concretos no pueden, en principio, volver a reabrirse una vez finalizados. No obstante, el TEDH afirmó, en el caso *Sabalić c. Croacia*⁹⁶ de 2021, que los tribunales internos podrían no aplicar dicho principio si los responsables de determinados actos homófobos han sido enjuiciados como delitos leves en el marco de un proceso penal que no permite abordar su motivación homófoba.

La demandante en este caso sufrió en un bar una agresión homófoba por un hombre tras manifestarle que era lesbiana. Aunque existían indicios de que la agresión estuvo motivada en la orientación sexual de la demandante, la policía optó por iniciar un proceso penal por delitos menores que finalizó con la imposición de una multa de 40 euros al acusado. Además, en ese caso, no se informó a la demandante de la apertura de dicho proceso penal contra su agresor. De manera que la demandante denunció a su agresor ante la Oficina del Fiscal Municipal del Estado de Zagreb por los delitos de tentativa de lesiones corporales graves, de comportamiento violento homófobo y de discriminación, tipificados expresamente en el Código penal de Croacia. Por tanto, se inició una investigación penal, pero se cerró posteriormente porque el agresor ya había sido condenado en el marco del proceso penal por delitos menores⁹⁷.

⁹⁶ *Sabalić c. Croacia*, núm.50231/13, TEDH 2021.

⁹⁷ En este caso, el TEDH afirmó que el proceso por delitos menores no permitió abordar la motivación homófoba de la agresión. Además, indicó que el agresor no fue acusado o condenado por un delito de odio homófobo y que la multa impuesta por los tribunales nacionales no era proporcionada a la gravedad de los hechos *Sabalić c. Croacia*, núm.50231/13, párr. 5, 12, 14, 16, 17, 23-30, 104, 105, 108 y 109, TEDH 2021. En 2023, el TEDH resolvió un caso similar, también en relación con Croacia,

El TEDH recordó en este caso que, conforme al art. 4.2 del Protocolo núm. 7 al CEDH⁹⁸, los tribunales internos pueden reexaminar un caso si aparecen hechos nuevos o se ha producido un vicio esencial durante el proceso interno. Para el TEDH, la falta de investigación de la base homófoba de un delito, así como la falta de consideración de tal motivación al sancionar el delito constituyen vicios en el proceso interno que podrían permitir la reapertura de una investigación o de un juicio ya concluido. El TEDH entendió que las autoridades no subsanaron el defecto, ya que a pesar de que no existía ningún impedimento *de jure* para ello, podían haber finalizado o anulado los procedimientos o haber reexaminado el caso. Por tanto, las autoridades públicas incumplieron su deber de luchar contra la impunidad de los delitos motivados por el odio. Por todo ello, el TEDH concluyó que la apertura de un proceso ineficaz por delitos leves que no tiene en cuenta la motivación homófoba de una agresión y que, por cuestiones procesales, suspende otro proceso penal que sí las tiene supone una vulneración del art. 3 del CEDH en relación con el art. 14 del CEDH en su vertiente procesal⁹⁹.

En definitiva, este razonamiento del TEDH permitiría, en principio, reabrir una investigación

o un proceso penal relativo a un delito de odio homófobo o transfóbico incluso si ya se hubiera puesto fin a la investigación o al proceso, sin infringir el principio *non bis in idem*.

El TEDH también ha aplicado su jurisprudencia sobre actos violentos homófobos en el caso *Stoyanova c. Bulgaria* de 2022¹⁰⁰, pero vinculándolos a la vulneración del art. 2 del CEDH en relación con el 14 del CEDH al tratarse de un asesinato. Los hechos ocurrieron en Bulgaria donde el Derecho penal interno agrava el delito de asesinato si se comete, bien de manera particularmente dolorosa, bien por motivos de vandalismo, raciales o xenófobos. Sin embargo, los tribunales nacionales entendieron en diferentes instancias del proceso interno que no podía aplicarse dicha agravante. Además, en este caso, los autores del delito fueron condenados a penas, incluso, inferiores a las previstas para el asesinato homófobo en el Derecho interno¹⁰¹. El TEDH señaló que la calificación jurídica más apropiada para el delito era la de asesinato por motivos de vandalismo, ya que era la única que permitía tener en cuenta la motivación homófoba como un factor agravante. Para el TEDH, la negativa a considerar el delito como asesinato homófobo equivalía a obviar sus connotaciones discrimina-

en su sentencia *Beus c. Croacia*. En este caso, el demandante fue objeto de agresiones físicas y verbales homófobas por parte de tres hombres. La diferencia es que en esta ocasión la policía abrió el proceso por delitos menores, pero también planteó una denuncia ante la Oficina del Fiscal Municipal del Estado de Split contra dos de los agresores. Sin embargo, solo se sancionó a uno de ellos. Además, la condena fue impuesta en el marco del proceso por delitos menores y consistió en la prestación de servicios a la comunidad y en la petición de disculpas *Beus c. Croacia*, núm. 16943/17, párr. 2, 3, 5-18, 28, 32 y 33, TEDH 2023. 98 Protocolo núm. 7 al CEDH que introduce la protección judicial de los extranjeros en situación legal objeto de un procedimiento de expulsión de 22 de noviembre de 1984. Ratificado por España el 16 de septiembre de 2009, *BOE*, núm. 249, de 15 de octubre de 2009.

⁹⁹ *Sabalić c. Croacia*, núm. 50231/13, párr. 112 y 114-116, TEDH 2021.

¹⁰⁰ *Stoyanova c. Bulgaria*, núm. 56070/18, TEDH 2022.

¹⁰¹ El tribunal de primera instancia aplicó una norma nacional que permitía disminuir la pena si el castigo impuesto era muy severo. Este tribunal tuvo en cuenta la base homófoba del asesinato al aplicar agravantes individuales a los agresores, pero también aplicó atenuantes que rebajaron la pena. Por su parte, el tribunal de segunda instancia incrementó la pena porque consideró que no debía aplicarse la regla que permitía disminuirla y también consideró la posible actitud homófoba de uno de los acusados. En cambio, el tribunal de tercera instancia aplicó la regla que permitía rebajar la pena y no hizo referencia a la motivación homófoba de los autores del asesinato, por lo que disminuyó el castigo a imponer. *Stoyanova c. Bulgaria*, núm. 56070/18, párr. 5, 12, 14, 17-20, 23, 25-28, TEDH 2022.

torias a efectos de considerarlas una agravante legal. Además, el TEDH añadió que la ausencia de disposiciones que permitan considerar la motivación homófoba como un factor agravante no queda subsanada por la aplicación de agravantes individuales. Especialmente, si los tribunales internos no determinan qué peso atribuyen a los motivos homófobos al aplicar atenuantes y agravantes, o si directamente no tienen en cuenta tal motivación al fijar la pena¹⁰².

IV. CONCLUSIONES

I. El análisis de la jurisprudencia del TEDH nos permite afirmar que en el Consejo de Europa se concede a los particulares un alto nivel de protección frente a los discursos y los delitos de odio homófobos y tránsfobos.

II. El TEDH ha interpretado de manera amplia y evolutiva el CEDH, desarrollando una importante jurisprudencia en materia de protección frente al odio basado en la orientación sexual y en la identidad de género. En concreto, ha resuelto demandas relativas, tanto a discursos, como a delitos de odio planteadas por particulares que alegan la vulneración del CEDH por parte de Estados que lo han ratificado. Ello ha permitido al TEDH constatar la violación del CEDH en supuestos que van, desde discursos de odio contra las personas LGTBIQ (*on-line* y *off-line*), hasta actos violentos ejercidos contra defensores de los derechos del colectivo LGTBIQ y personas que disfrutaban de su tiempo libre.

III. Por lo que se refiere a la protección frente a los discursos de odio homófobo, el TEDH ha seguido dos vías al pronunciarse al respecto dependiendo de si los demandantes son las personas que realizan las declaraciones homófobas (con-

denados por ello a nivel interno) o las víctimas. De modo que, por un lado, el TEDH ha examinado si las condenas impuestas a quienes realizan las declaraciones respetan o no el art. 10 del CEDH (libertad de expresión). Para ello, ha analizado si los tribunales internos han ponderado correctamente la libertad de expresión de los responsables de las declaraciones y los derechos de los demás, inclinándose siempre por proteger estos últimos. Para el TEDH, las manifestaciones de odio homófobo son graves y perjudiciales, por lo que las condenas impuestas por los tribunales internos son necesarias en una sociedad democrática. De manera que podrían estar justificadas sin que ello vulnere la libertad de expresión, si, además, están previstas en la ley y persiguen un objetivo legítimo. Por otro lado, el TEDH ha determinado los supuestos en los que podría considerarse que la respuesta de las autoridades nacionales ante un delito de incitación al odio no respeta el CEDH. En primer lugar, cuando se niegan a investigar un delito de incitación al odio homófobo y las razones que dan para ello son discriminatorias. En segundo lugar, cuando la negativa de investigar el delito se justifica en que el Derecho penal interno no incluye expresamente la orientación sexual como motivo protegido frente a la incitación al odio. En tercer lugar, cuando aplican jurisprudencia interna homófoba que resta importancia a los comentarios homófobos especialmente graves.

IV. El TEDH se ha pronunciado sobre delitos cometidos por motivos homófobos y tránsfobos, seguidos de investigaciones y sanciones ineficaces, vinculando la cuestión a la violación de los arts. 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de la tortura) en relación con el art. 14 del CEDH (prohibición de la discriminación). La jurisprudencia del TEDH en materia de protección frente a los delitos homófobos y tránsfobos ha evolucionado positiva-

¹⁰² *Stoyanova c. Bulgaria*, núm. 56070/18, párr. 67-72, TEDH 2022.

mente en dos sentidos. Por un lado, el TEDH ha ido determinado los actos violentos que pueden considerarse homófobos y/o tránsfobos y contrarios al art. 3 del CEDH. Por otro lado, el TEDH ha concretado las obligaciones de los Estados respecto a la prevención, investigación y sanción de los delitos de odio homófobos y tránsfobos.

V. El TEDH ha reconocido en su jurisprudencia que las agresiones (físicas o verbales) ejercidas por particulares son homófobas y/o tránsfobas si consisten en romper carteles y banderas LGTBIQ, amenazar o usar el discurso de odio homóforo y/o se realizan en un país donde la situación de las personas LGTBIQ es precaria. Esto es de gran importancia, ya que, para el TEDH, la base homófora que motiva una agresión podría ser suficiente para constatar la vulneración del art. 3 del CEDH. Eso sí, para violar el art. 3 del CEDH, los actos violentos deben provocar en las víctimas sentimientos de angustia y ansiedad. En línea con esa jurisprudencia, el TEDH ha considerado que la violencia arbitraria homófora ejercida por agentes de policía está motivada por el odio y es capaz de provocar sentimientos de angustia y ansiedad. Los Estados son responsables de los actos violentos homófobos, ejercidos por particulares y agentes estatales, si sus autoridades no adoptan medidas de protección eficaces frente a tales actos, no los investigan y/o no los sancionan.

VI. El TEDH ha establecido en su jurisprudencia que los Estados no protegen a los particulares cuando tienen conocimiento de que podrían producirse actos violentos homófobos y, a pesar de ello, no adoptan medidas adecuadas para hacer frente a ellos o las que autorizan son insuficientes o ineficaces. Los Estados tampoco protegen adecuadamente cuando sus autoridades aprueban medidas para proteger a una persona que ya ha sufrido una agresión homófora y luego las suspen-

den sin ninguna de manera injustificada.

VII. Además, el TEDH ha considerado que las autoridades competentes de los Estados no llevan a cabo investigaciones efectivas sobre los actos violentos homófobos si los procesos abiertos a nivel interno están plagados de deficiencias procesales (práctica de diligencias ineficaces, falta de reconocimiento del *status* de víctimas a las personas que sufren los actos violentos, no consideración de las pruebas de cargo aportadas por las víctimas, falta de investigación de la posible motivación homófora).

VIII. El TEDH ha determinado en su jurisprudencia que las autoridades no investigan la motivación homófora de los actos violentos si no abren procesos penales contra los agresores, independientemente de que el Derecho interno tipifique expresamente los delitos de odio homófobos y tránsfobos o no. No obstante, si se abre un proceso penal también es necesario que los hechos se investiguen a la luz de un delito que permita tener en cuenta su posible motivación homófora. Ello, aunque el Derecho nacional tipifique la incitación al odio sin incluir expresamente la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos protegidos. Ahora bien, si se constata la existencia de esos vicios, los tribunales internos podrían reabrir un proceso penal concluido, sin que ello suponga una vulneración del principio *non bis in idem*.

IX. La jurisprudencia del TEDH pone de manifiesto ciertos avances en la protección frente al discurso y los delitos de odio motivados en la orientación sexual y en la identidad de género. Además, sus pronunciamientos han influido positivamente en la adopción de actos sobre el tema en el Consejo de Europa. Se partió en 1997 de una Recomendación del Comité de Mi-

nistros que definía el discurso de odio sin incluir expresamente la orientación sexual, ni la identidad de género como motivos protegidos. No obstante, en 2015, tras el pronunciamiento del TEDH en el caso *Vejdeland y otros c. Suecia* de 2012, la ECRI elaboró una Recomendación General en la que definió el discurso de odio incluyendo expresamente tales motivos. Posteriormente, en 2019, la Asamblea adoptó dos Resoluciones para combatir el odio en general en el ámbito político y en el deporte en las que tuvo en cuenta el aumento de los discursos y los actos de odio homófobos y transfobos. Además, los órganos del Consejo de Europa han adoptado en los últimos años, incluso, resoluciones y recomendaciones específicas sobre lucha contra los delitos y los discursos de odio homófobos y transfobos. Sin embargo, teniendo en cuenta que esos actos no son vinculantes, sería fundamental que en el Consejo de Europa y en la UE se adoptara normativa en la materia para garantizar una protección eficaz contra el odio homóforo y transfobo.

X. En ese sentido, sería esencial que, conforme al art. 1. a) y 1. b), los Estados miembros del Consejo de Europa ratificaran un convenio que les comprometiera expresamente a cumplir las obligaciones de prevención, investigación y sanción de los discursos y los delitos de odio. Además, sería interesante que ese convenio creara un mecanismo de control de su cumplimiento que constatará si un Estado ha vulnerado o no dichas obligaciones y, en su caso, determinará la forma de reparación ante el ilícito internacional.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

I. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SUÁREZ, Juan, “El concepto de “hate speech” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Papeles el tiempo de los derechos*, 2020, núm. 16, 1-19, ISSN: 1989-8797.

DÍAZ LAFUENTE, José, “La prohibición de la discriminación por motivo de la orientación sexual de la persona frente a la libertad de expresión en el ámbito laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2020, núm. 449-450, 152-158, ISSN-e 2792-8322.

ESQUIVEL ALONSO, Yessica, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 2016, núm. 35, 3-44, ISSN-e 1405-9193.

LANDA GOROSTIZA, Jor-Mirena, *Los delitos de odio*, Valencia, Tirant lo blanch, 2018.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 10ª Ed., Madrid, Tecnos, 2020.

NASONI, Alessandra, “¿Qué consecuencias se derivan de la expulsión de Rusia del Consejo de Europa?” en CRESPO NAVARRO, Elena y GONZÁLEZ SERRANO, Andrés (Eds.), *Los derechos humanos como elemento de interacción en el Derecho internacional público, Práctica en Europa y América*, Marcial Pons (en prensa).

PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*, 24ª Ed., Madrid, Tecnos, 2020.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “Cuando no investigar un delito es discriminatorio: el caso Beizaras y Levickas contra Lituania”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2020, núm. 9, disponible en: <https://reglasdebrasil.uca.es/wp-content/uploads/2020/12/RODRIGUEZ-ALVAREZ.pdf> [16 de diciembre de 2023].

RODRÍGUEZ MAÑOGIL, Adela, “La responsabilidad Internacional del Estado por los actos de violencia discriminatorios basados en la orientación sexual y la identidad de género cometidos por sus agentes”, en RUDA GONZÁLEZ, Albert y JEREZ DELGADO, Carmen, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del VI Encuentro anual sobre jurisprudencia europea del Spanish Hub del European Law Institute*, Madrid, Editorial Jurídica sepín, 2023, 688-697.

SALINAS DE FRÍAS, Ana, “Los efectos jurídicos derivados de la pérdida de la condición de Estado miembro del Consejo de Europa por la Federación Rusa”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, Vol. 74, núm. 2, 105-128, ISSN: 0034-9380

VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco, “Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso de odio”, *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, 2019, vol. 6, núm. 12, 230-249, ISSN: 2341-2690

II. JURISPRUDENCIA

1.-TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, núm. 33290/96, TEDH 1999.

Thlimmenos c. Grecia, núm. 34369/97 (GS), TEDH 2000.

Garaudy c. Francia, núm. 65831/01 (dec.), TEDH 2003.

Norwood c. Reino Unido, núm. 23131/03 (dec.), TEDH 2004.

Burden c. Reino Unido, núm. 13378/05 (GS), TEDH 2008.

Féret c. Bélgica, núm. 15615/07, TEDH 2009.

PV. c. España, núm. 35159/09, párr. 30, TEDH 2010.

Vejdeland y otros c. Suecia, núm. 1813/07, TEDH 2012.

Vallianatos y otros c. Grecia, núm. 29381/09 y 32684/09 (GS), TEDH 2013.

Hämäläinen c. Finlandia, núm. 37359/09, TEDH 2014.

Identoba y otros c. Georgia, núm. 73235/12, TEDH 2015.

Delfi AS c. Estonia, núm. 64569/09(GS), TEDH 2015.

Perinçek c. Suiza, núm. 27510/08 (GS), TEDH 2015.

M'Bala M'Bala c. Francia, núm. 25239/13 (dec.), TEDH 2015.

M. C. y A. C. c. Rumanía, núm. 12060/12, TEDH 2016.

Taddeucci y McCall c. Italia, núm. 51362/09, TEDH 2016.

Pastörs c. Alemania, núm. 55225/14, TEDH 2019.

Beizaras y Levickas c. Lituania, núm. 41288/15, TEDH 2020.

Lilliendahl c. Islandia, núm. 29297/18 (dec.), párr. 34-36, TEDH 2020.

Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia, núm. 7224/11, TEDH 2020.

Sabalić c. Croacia, núm. 50231/13, TEDH 2021.

Association ACCEPT y otros c. Rumania, núm. 19237/16, TEDH 2021.

Giuliano c. Hungría, núm. 45305/16 (dec.), TEDH 2021.

Genderdoc-M y M. D. c. La República de Moldavia, núm. 23914/15, TEDH 2021.

Women's initiatives supporting group y otros c. Georgia, núm. 73204/13 y núm. 74959/13, TEDH 2021.

Oganezova c. Armenia, num. 71367/12 y núm. 72961/12, TEDH 2022.

Stoyanova c. Bulgaria, núm. 56070/18, TEDH 2022.

Valaitis c. Lituania, núm. 3937/19, TEDH 2023.

Beus c. Croacia, núm. 16943/17, TEDH 2023.

Nepomnyashchiy y otros c. Rusia, núm. 39954/09 y 3465/17, TEDH 2023.

Romanov y otros c. Rusia, núm. 58358/14, TEDH 2023.

Lapunov c. Rusia, núm. 28834/19, TEDH 2023.

2.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 25 de abril de 2013, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275.

Sentencia de 23 de abril de 2020, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289.