

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

Cuadernos sobre el derecho
de asilo en España

Nº 2

CEA(R)
Comisión Española
de Ayuda al Refugiado



Universidad de Oviedo
University of Oviedo



Máster
Internacional de
Protección Jurídica
de las Personas y
Grupos Vulnerables

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

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

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

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

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

CEA(R)

Comisión Española
de Ayuda al Refugiado

COORDINACIÓN: Paloma Favieres (CEAR)

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

DISEÑO E IMPRESIÓN: Arcrom

DEPÓSITO LEGAL: M-9440-202

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



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

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

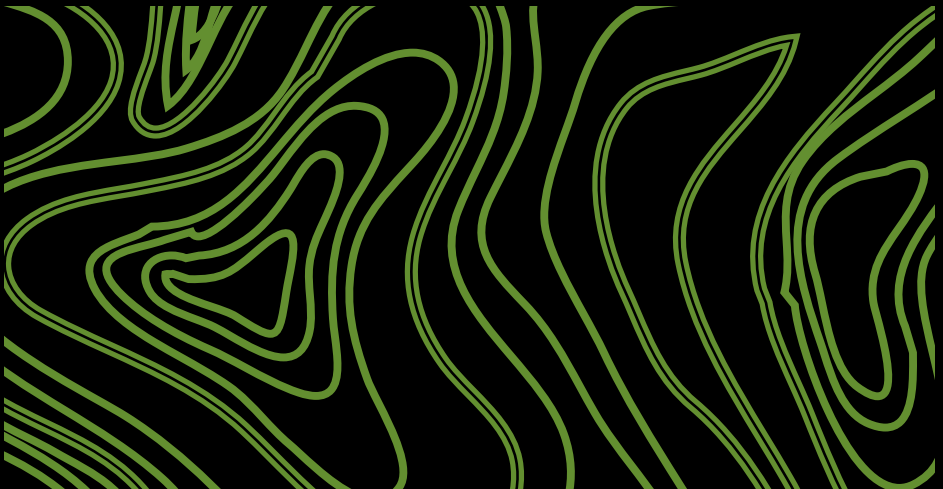
Índice

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

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

CAPÍTULO 1:

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN



por **María Valvidares Suárez**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 *Idem*, p. 45.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Los tipos de discriminación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. La igualdad efectiva

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

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

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

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

Una medida adoptada por numerosos Estados para hacer frente a la violencia sufrida por las personas adscritas -voluntariamente o no- a los grupos que se encuentran en posición de subdiscriminación¹² es la que sanciona la emisión de los llamados discursos de odio, de los que nos ocuparemos posteriormente con detalle. Baste por ahora

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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