



LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DELITOS DE ODIOS Y VIH: A PROPÓSITO DE UN CARTEL

Redactoras

Berta Martín Jiménez, Universidad de Alcalá
Alina Nastasache, Universidad de Alcalá

Coordinación

Miguel Ángel Presno Linera, Universidad de Oviedo
Miguel Ángel Ramiro Avilés, Universidad de Alcalá

Revisión

Paulina Ramírez Carvajal, Universidad de Alcalá

Este informe es fruto de la colaboración entre las clínicas jurídicas de la Universidad de Alcalá y del Máster en Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo.



ÍNDICE

1. Contexto	3
2. Cuestiones analizadas	5
3. La libertad de expresión y los delitos de odio.....	5
3.1. Derecho a la libertad de expresión.....	6
3.2. Límites y restricciones a la libertad de expresión	7
3.3. Concepto y estudio de los delitos de odio en relación con el derecho a la libertad de expresión.....	9
3.4. Requisitos que deben concurrir para que exista delito de odio.....	14
3.5. Conclusiones con respecto al delito de odio.....	19
4. Análisis jurídico de las actuaciones del CIAS: escrito ante el SACYL	21
Bibliografía.....	31
Páginas web consultadas.....	32
Índice de jurisprudencia	32

1. Contexto

En el mes de diciembre de 2020, la Federación de Comités Ciudadanos Antisida de Castilla y León (en adelante, la Federación), formada por seis organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONG) del ámbito del VIH/Sida de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, se pone en contacto con CESIDA y la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá a raíz del conocimiento de la existencia de unos carteles que aparecen en la ciudad de Valladolid con motivo del Día Mundial de la Lucha contra el Sida (1 de diciembre de 2020).

Los carteles fueron difundidos por el Comité Independiente Anti-Sida (en adelante, CIAS), que no está integrado en la Federación, cuyo lema es: *“La fidelidad protege la vida, el Sida la destruye”*, como se puede observar en la imagen:



La Federación tuvo conocimiento de la existencia de estos carteles por las quejas de varias personas ofendidas, al considerar que promueven una actitud de serofobia y homofobia. Después de estos hechos, la Federación investiga la página web del CIAS en la que se promocionan a sí mismos como:

“El CIAS (Comité Independiente Anti-SIDA) es una O.N.G. sin ánimo de lucro, constituida en 1993 en Castilla y León (España), pero con un ámbito territorial de trabajo ya internacional. Ya tiene delegaciones en México y Argentina.

No es propiamente una asociación de autoayuda, pues la iniciativa partió de personas sanas que deseaban luchar contra la epidemia del sida, convencidos de que la educación es la forma eficaz de prevenirse contra esta epidemia.

Se compone sólo de personas que en régimen voluntario dedican parte de su tiempo a la lucha contra el SIDA. En función de la preparación técnica o ilusión, cada uno aporta su ayuda entre las cuatro tareas principales que realizamos”.

Y proporciona información del siguiente calibre: “*las drogas y la homosexualidad favorecen el SIDA; el mito del preservativo: inseguro, contraproducente, indigno e inmoral; campañas contra el SIDA*”. Y un sinfín de comentarios y artículos de carácter homófobo que propagan ideas erróneas sobre el VIH, permitiendo que continúe imperando la estigmatización y la desinformación, sin atender a la evidencia científica y la normativa actual.

Así mismo, la Federación encontró que en la página web del portal de salud de Castilla y León (conocido como SACYL), donde dispone de una entrada dedicada a proveer información sobre las ONG de Castilla y León que trabajan en VIH/Sida, proporcionando información, atención y apoyo a las personas que viven con esta enfermedad y a sus familias, se encuentra el CIAS como uno de los recursos para solicitar información y apoyo.

La Federación puso estos hechos en conocimiento de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, cuya respuesta fue que eran carteles antiguos y que tenían muchos años. La Federación respondió que los carteles fueron pegados el día 1 de diciembre de 2020 y que los enlaces a la página web del SACYL son de ahora, por lo que el CIAS sigue apareciendo en su página web y disponible como recurso.

La Consejería de Sanidad no proporcionó ninguna respuesta concreta frente a estos hechos, por lo que la Federación se pone en contacto con CESIDA y la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá con el fin de que les proporcionemos una respuesta jurídica basada en derechos y les informemos de las medidas legales que pueden llevar a cabo ante esta situación. La Federación, en primer lugar, nos plantea la posibilidad de que estos hechos pudieran ser constitutivos de un delito de odio. Por otra parte, nos consulta si existe base jurídica para solicitar a la Consejería que retire el enlace del CIAS en la página web del SACYL.

2. Cuestiones analizadas

A lo largo de este documento vamos a analizar el derecho a la libertad de expresión que recoge nuestra Constitución con el fin de conocer si los carteles pegados por el CIAS y el contenido de su página web está amparado por este derecho. Para saber si nos encontramos ante unos hechos constitutivos de delito de odio debemos realizar un análisis previo de la libertad de expresión conforme a la jurisprudencia de los tribunales tanto nacionales como europeos.

Así mismo, se realizará un análisis de cómo se configura la libertad de expresión en el ámbito nacional e internacional en relación con los delitos de odio, pues en un estado democrático se debe tender a que la libertad de expresión tenga, como veremos más adelante, las mínimas limitaciones, y para que un hecho sea constitutivo de un delito de odio se necesita que concurran una serie de requisitos que la jurisprudencia ha ido perfilando.

Por último, se van a exponer los argumentos jurídicos que existen para solicitar al SACYL que retire el enlace del CIAS de su página web, pues el Estado o las Administraciones públicas deban adoptar una actitud activa para promover la cultura de la paz, de la tolerancia, del respeto y del civismo democrático.

3. La libertad de expresión y los delitos de odio

Antes de entrar a valorar si nos encontramos ante hechos que pudieran ser constitutivos de un delito de odio, se debe analizar previamente si esos hechos están amparados por el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el juez está obligado a realizar un examen previo a la aplicación del tipo penal donde valore si la conducta es ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/2015, de 22 de julio (también en STC núm. 112/2016, de 20 de junio):

“[E]l órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por ese motivo,

como también hemos repetido en múltiples ocasiones, **“la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible”** (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, **“constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración”** (SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3)”.

3.1. Derecho a la libertad de expresión

El artículo 20 de la Constitución Española (en adelante, CE) contiene el reconocimiento y protección de las diferentes manifestaciones de la libertad de expresión, de forma que se inicia con un primer párrafo que puede servir como definición general de la libertad de expresión y que es aplicable a nuestro caso:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas, y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. [...]”.

La libertad de expresión en sentido estricto significa el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción o difusión. Su objeto son las opiniones y es un derecho que es ejercido por todos.

Son varias las notas que conviene tener en cuenta a la hora de analizar la libertad de expresión. En primer lugar, que supera con mucho su dimensión individual o de derecho subjetivo y adquiere transcendencia institucional, es decir, que es imprescindible para la sociedad democrática, en la medida en que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias (STC núm. 6/1981 de 16 de marzo), sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra y, en especial, todos aquellos de contenido político o participativo (como la libertad de sufragio, de reunión o de manifestación) y con ello se falsearía el principio de legitimidad democrática, que es la esencia misma de nuestro sistema representativo. En definitiva, sin libertad de expresión no hay sociedad democrática.

Por ello, jurídicamente tiene carácter preferente sobre los demás derechos en caso de conflicto. Esto no quiere decir que deban siempre imponerse sobre cualquier

otro derecho, como veremos, pero sí que en un Estado democrático debe gozar de la mayor amplitud posible y debe prevalecer frente a otros derechos, es decir, que cualquier medida restrictiva de este derecho tiene que superar un estricto test de proporcionalidad.

Por otra parte, la libertad de expresión es uno de los derechos característicos del Estado liberal y, como tal, tiene un carácter marcadamente negativo, es decir, que, en general, se garantiza con la no interferencia por parte de los poderes públicos en la actividad de los sujetos privados. Sin embargo, esto no significa que el Estado o las Administraciones públicas deban adoptar una actitud pasiva en todo momento, como también veremos.

Por tanto, no existen opiniones o ideas veraces o falaces, el Estado democrático fundado en el pluralismo ideológico exige que todas las expresiones de opiniones estén igualmente protegidas jurídicamente, lo que no significa en absoluto que sean igualmente respetables desde el punto de vista intelectual o moral y que, en consecuencia y volviendo al caso analizado, una Administración pública deba albergar dichas ideas en sus páginas web.

Hay que defender, por tanto, el derecho a expresar estupideces y dejar que sea la propia sociedad mediante lo que se ha llamado “el mercado de las ideas” la que descalifique y expulse de facto las ideas amorales o carentes de cualquier valor intelectual (Bisbal Torres 2007).

Sin embargo, existen algunos límites a la licitud jurídica de la expresión, pero estos deben ser mínimos y nunca *a priori* en un Estado democrático (lo que se denomina censura). Y las restricciones que se quieran imponer a la licitud de expresión de ideas, que pueden ser necesarias para los propios valores democráticos (por ejemplo, para evitar la difusión pública de actitudes racistas) deben ser las mínimas posibles, predeterminadas en la ley e interpretadas de forma muy restrictiva.

3.2. Límites y restricciones a la libertad de expresión

De acuerdo con el artículo 20.4 de la CE, la libertad de expresión tiene su límite en el respeto a los derechos fundamentales, en especial el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen y la protección de la juventud y la infancia. En la práctica el camino seguido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este campo ha sido el de la aplicación del test de proporcionalidad, es decir, la constatación de que la medida

limitativa: a) esté prevista por la ley, b) persiga una finalidad legítima y c) sea necesaria en una sociedad democrática.

Nos encontramos ante una colisión de derechos fundamentales y la resolución judicial que lo resuelva debe de tener dos requisitos formales:

- La primera es que debe realizar una ponderación para el caso concreto de todos los derechos afectados, razonando por qué debe prevalecer, por ejemplo, el derecho al honor o el derecho a la información.
- La segunda es que en esa ponderación el juez debe tener en cuenta que la libertad de expresión tiene una posición prevalente o preferente, de manera que, aunque pueden ser sacrificadas en el caso concreto, debe valorarse que estamos sacrificando no solo el derecho del informador, sino de alguna forma el pluralismo democrático.

Pues bien, los derechos que pueden entrar en conflicto con la libertad de expresión y, por estar tan estrechamente ligado, el derecho a la información, son:

- **Derecho a la intimidad y al honor.** El artículo 18.1 de la CE consagra los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como ámbitos reservados de la esfera personal de los individuos. Se considera una exigencia directamente derivada de la dignidad de la persona y se predica, en consecuencia, de todos. Generalmente prevalecerán estos derechos con relación a las personas privadas, ya que, por definición, la información protegida es la que tiene interés público, de manera que cuando una persona privada es objeto de una noticia, no pueden divulgarse datos personales ajenos a la propia noticia y ello no estaría amparado por la libertad de expresión.
- **Información y secreto del sumario.** Un conflicto curioso y relativamente frecuente es la divulgación de informaciones protegidas por el secreto de sumario. Aunque no hay una línea jurisprudencial determinante, parece poder afirmarse que está cubierta por el derecho a la información (STC núm. 54/2004 de 15 de abril), al margen de las responsabilidades que esa conducta pudiera originar.
- **Libertad de expresión y relaciones laborales.** El Tribunal Constitucional ha establecido que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones. Así mismo, los trabajadores cuentan con la protección del artículo 20 de la CE para la expresión de sus ideas y difusión de

informaciones, protección que además debe reforzarse en el caso de que la expresión, la crítica o la difusión de informaciones sea realizada por los representantes de los trabajadores (SSTC núm. 88/1985 de 19 de julio; núm. 126/1990 de 30 de julio).

- **Libertad de expresión en relación con los delitos de odio.** Conforme está contemplado el Derecho Penal en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario realizar una justificación de la intervención penal y está prohibido su exceso, es decir, existe la obligación de interpretar restrictivamente los tipos penales, esto es lo que se ha denominado principio de intervención mínima o última *ratio*. Por ello, los delitos de odio han sido objeto de grandes controversias debido a su colisión con el derecho a la libertad de expresión (Cámara Arroyo 2017).

Sobre estas bases vamos a analizar a continuación si los hechos realizados por el CIAS podrían ser constitutivos de un delito de odio.

3.3. Concepto y estudio de los delitos de odio en relación con el derecho a la libertad de expresión

Los delitos de odio se encuentran regulados en el artículo 510 del Código Penal (en adelante, CP), que distingue entre un tipo básico, un tipo atenuado, y uno agravado. El tipo básico recoge tres conductas delictivas contra ciertos grupos:

1. Fomentar, promocionar o incitar, públicamente, al odio, hostilidad, discriminación o violencia.
2. Producir, elaborar o poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribución, difusión o venta, material incitador, directo o indirecto, del odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia.
3. Negación o enaltecimiento favorecedor de un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Por otra parte, el tipo atenuado contempla los actos de humillación o menosprecio y el enaltecimiento o justificación pública de la perpetración de delitos cometidos contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada.

Por último, como tipo agravado, se incluye la comisión de cualquiera de las conductas anteriores a través de medios de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, además de conducir a la alteración de la paz pública o sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

La jurisprudencia española no ha sido capaz de extraer pautas objetivas para ponderar adecuadamente el discurso del odio y sus manifestaciones. En este sentido, pueden encontrarse casos en los que los criterios de interpretación de conceptos como la humillación o la provocación son entendidos de forma muy restrictiva y otros en que son analizados de forma muy amplia, lo que supone una fuente de incertidumbre (Valiente Martínez 2020).

Esto es así porque la ponderación y la aplicación de estos delitos es compleja, ya que una limitación de un derecho fundamental solo puede justificarse en la puesta en peligro o en la lesión de otro bien o valor constitucional: es una exigencia del principio de ofensividad o lesividad que adquiere particular relevancia cuando la respuesta a ese daño o peligro viene dada por el orden penal.

En este sentido, según especifica la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 646/2018 de 14 de diciembre:

*“Con respecto a la colisión con el derecho fundamental, la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional es copiosa sobre el contenido esencial del derecho fundamental y las limitaciones al mismo. En el sentido indicado, hemos declarado que **«el derecho a la libertad de expresión permite, inicialmente, no sólo asumir cualquier idea, y expresarla e, incluso, difundirla, siempre con los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal»** (STS 259/2011, de 12 de abril)”* (Igualmente: STS núm. 72/2018 de 9 de febrero).

En relación con la aplicación judicial de delitos que impliquen el castigo de conductas en el ejercicio de la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 112/2016 de 20 de junio, perfiló los límites de esa colisión. Tras destacar el carácter fundamental y preeminente que tiene la libertad de expresión, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión por las manifestaciones que alienten la violencia, y afirma que puede considerarse necesario en las sociedades

democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia.

Así mismo indica que la función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas, esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo y lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, si la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto (véase también las SSTC núm. 177/2015 de 22 de julio y núm. 35/2020 de 25 de febrero).

También se suele matizar de forma complementaria a todo lo anterior que no toda conducta que puede exceder la libertad de expresión es conducta penalmente típica. Esta cautela se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 35/2020 de 25 de febrero: “[...] *no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal.* [...]”.

Por otro lado, en relación con la prohibición de exceso y el principio de mínima intervención del orden penal, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 110/2000 de 5 de mayo, subraya que tanto el legislador como el juez deben ser especialmente restrictivos en la definición y aplicación de las normas penales, aplicando así mismo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“Tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir «por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada» (sobre tal «efecto

desaliento»: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de 22 de febrero de 1989, § 29 [Barfod c. Noruega [en realidad: Barfod c. Dinamarca, de 22 de febrero de 1985]]; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13 de julio de 1995, §§ 52 a 55 [Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido], de 25 de noviembre de 1999, § 53 [Nilsen y Johnsen c. Noruega], y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50 [Fuentes Bobo c. España]]. Y, según el TC, con todo ello se pone en evidencia que "(...) la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone «la necesidad de que ... se deje un amplio espacio» (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor".

Ello significa que la lucha contra el discurso del odio exige poner límites a la libertad de expresión, por lo que hay que ser especialmente cuidadoso a la hora de interpretar estas restricciones, pues se puede causar un daño excesivo e irreparable a un derecho fundamental muy particular, en el que descansa la esencia misma de la democracia (Valiente Martínez 2020).

Respecto de los criterios que deben aplicarse para esta interpretación restrictiva, indica el Tribunal Supremo que:

*"[E]l Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado en reiteradas ocasiones, que la libertad de expresión encuentra límites en el dominado discurso ofensivo del odio siendo preciso indagar elementos de interpretación de la norma que no lleven a una desmesura en su aplicación, tales como **elementos de contextualización, el contenido del mensaje, su expresión oral o escrita, la intención, el impacto del texto y la proporcionalidad de la sanción**. En todo caso, no ha de olvidarse que se trata de delitos circunstanciales y que han de ser interpretados de acuerdo a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma".* (Véase STEDH Alekhina y otros c. Rusia de 17 de julio de 2018; STS núm. 646/2018 de 14 de diciembre y la STS núm. 47/2019 de 4 de febrero).

Pues bien, expuesto lo anterior y ya entrando a analizar el contenido de los delitos de odio, para que la conducta sea típica, es decir, que los hechos sean constitutivos de un delito, es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos que a continuación pasamos a analizar.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, destacando la Sentencia núm. 72/2018, de 9 de febrero, que establece lo siguiente:

*“El art. 510 Cp sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. **El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad**”.*

Como se señala en el Informe de 2018 del Ministerio del Interior sobre la evolución de los delitos de odio en España, éstos han sido definidos por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) como toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido se elige por su real o percibida conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza”, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar.

En estos casos la dignidad humana es el bien jurídico a proteger, por lo que resulta imprescindible estudiar de qué hay que protegerlo. Hay que identificar cuáles son los elementos que determinan la presencia del discurso del odio y, en la medida de lo posible, analizarlos antes de poder calificarlo como delito.

Todo mensaje del odio, que no delito, consta de tres elementos: un colectivo amenazado, un mensaje ofensivo y un riesgo de discriminación. Esto diferencia al discurso del odio de las ofensas o insultos particulares, por graves que estos pudieran ser. La repercusión jurídica del castigo del discurso del odio se fundamenta, principalmente, en la correcta ponderación de dicho riesgo y en los medios que el Estado decide aplicar al respecto (Valiente Martínez 2020).

El discurso del odio es un fenómeno cambiante basado en las emociones. La retórica fóbica, discriminatoria o de odio es, ante todo, una modalidad de discurso pasional. Se apoya en emociones humanas, sobre todo en el miedo a lo que es distinto o extraño, a lo desconocido. Por eso, siempre es posible que surjan nuevos modelos de discurso del odio, en tanto en cuanto se trata de un fenómeno que carece de pretensión de racionalidad, por más que trate de revestirse de tal. Si un mensaje contiene las tres condiciones antes descritas (existencia de un colectivo amenazado, mensaje ofensivo y riesgo de discriminación) estamos ante un mensaje de odio, pero que puede no ser constitutivo de delito pues puede entrar en conflicto con el derecho a la libertad de expresión (Valiente Martínez 2020).

3.4. Requisitos que deben concurrir para que exista delito de odio

Para que los hechos sean constitutivos de un delito de odio debe existir lo que se denomina conducta típica y se debe generar un riesgo. La jurisprudencia ha indicado que esa conducta típica es la de “fomentar, promover o incitar, o producir”, pues contienen un elemento tendencial de incitación. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 787/2018 de 12 de diciembre, se refiere a “*conductas expresivas punibles de tendencia incitadora*”.

Además, tratándose de conductas que se dirigen a terceros, debe acreditarse su idoneidad para repercutir sobre estos. De este modo, a falta de dicha idoneidad, el Tribunal Constitucional es claro:

“este Tribunal no puede sino compartir [...] que no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal” (STC núm. 35/2020 de 25 de febrero).

En este sentido, cabe destacar lo que establece el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 892/2016 de 29 de noviembre (reiterada en el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 736/2017 de 8 de septiembre):

*“[...] **la mera difusión de ideas [racistas o xenófobas], por sí sola, nunca puede constituir delito. En otro caso, se produciría la sanción penal sin concurrir lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno, ante la simple posibilidad de que alguien pudiera ser convencido por el discurso de modo que pudiera acomodar su conducta futura al mismo. Es necesario, por ello, distinguir entre la difusión de ideas (impune) y la ejecución de conductas expresivas lesivas de derechos e intereses de terceros”.***

Por otro lado, conceptos como el odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra determinados colectivos vulnerables constituyen los objetos de referencia de la actividad incitadora. La conducta ha de ser idónea o apta para generar una situación de peligro seria, un riesgo real y efectivo de producción de conductas ajenas de discriminación, odio, violencia u hostilidad, aunque no se precisa que la incitación se refiera directa o indirectamente a hechos delictivos:

- Según la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 646/2018 de 14 de diciembre: *“El delito de odio aparece definido en el art. 510 Cp., que no requiere, en su tipicidad, una generación de una situación concreta de peligro aunque sí **una aptitud para la generación de una situación de peligro, que sea tenida por seria** [...]”.*
- Auto Audiencia Provincial de Barcelona 892/2016, de 29 de noviembre: *“[...] si bien **no será necesario que se incite a cometer un hecho delictivo, bastando que lo sea a realizar actos de violencia, discriminación u odio, sí resultará preciso que, por las circunstancias del caso, el discurso genere un riesgo real y efectivo de producción de dichos actos**”.*

Una de las modalidades típicas de incitación la constituye también la cadena de difusión, es decir, debe constatarse la idoneidad o aptitud del material incitador para mover a otros a realizar este tipo de conductas.

La aptitud, en los términos referidos de producción de una situación de riesgo, enlaza directamente con la repercusión en terceros, esto es, con un “efecto llamada” hacia la hostilidad o violencia. Así lo ha establecido la jurisprudencia (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 702/2018 de 8 de noviembre; Auto Audiencia Provincial de Barcelona núm. 419/2019 de 28 de mayo; Auto Audiencia Provincial de Valencia núm. 1123/2019 de 7 de noviembre), destacando los siguientes pronunciamientos:

- Sentencia Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife núm. 107/2014 de 7 de marzo: *“**La provocación e incitación no generan en sí mismas ninguna***

situación «fáctica» concreta, sino que son la antesala de las mismas, al crear las condiciones óptimas para que tal situación de riesgo y peligro se desarrollen en un futuro más o menos inmediato. Al poner el acento en la noción de grupo o colectivo, el legislador pretende un fin incuestionablemente legítimo desde la óptica de la prevención criminal, a saber, que se llegue a inculcar en los destinatarios de la difusión una actitud hostil, de rechazo y violencia, que a la postre desemboque en actos concretos de agresión o discriminación”.

- Según desarrolla Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 702/2018 de 8 de noviembre: “[...] para determinar la «provocación» que sea típica desde el punto de vista penal- [se fija el foco] no tanto en si la misma es directa o indirecta, sino **«la puesta en contacto del discurso en el contexto social y el análisis de impacto en los bienes jurídicos a proteger frente al discurso del odio: cuando las palabras traducidas al contexto tienen la fuerza de despertar el odio, la violencia o la discriminación entonces es legítima la intervención penal»**”.
- Auto Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de junio de 2015: “Asimismo [el peligro] requerirá siempre la **constatación de que la conducta se ha llevado a cabo en un contexto en el que la «respuesta» a dicha provocación sea plausible**, es decir, que la conducta objetivamente y ex ante, por el momento y lugar donde se lleva a cabo, sea **susceptible de incitar o promover a la realización de conductas de la naturaleza típica** contra los colectivos típicos lo que obviamente no implica que ex post el peligro se materialice”. En términos generales, la aptitud para gestar un **contexto que constituya la “antesala de la violencia”**.

Esta exigencia de movilización de voluntades está directamente relacionada con otro elemento de restricción expreso en el artículo 510.1.a) y por inferencia en el artículo 510.1.b) del CP, como es el de que la incitación deba ser pública.

Además, el artículo 510 del CP es un precepto que está incardinado entre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas. Por lo que, para que los hechos sean constitutivos de delito, el discurso debe ser un medio idóneo para alcanzar un escenario de **quiebra de confianza ciudadana que haga peligrar el normal uso y disfrute de derechos**. De hecho, el Tribunal Supremo alude a “**la generación de un peligro a la convivencia**” (STS núm. 646/2018 de 14 de diciembre; reiterada en la STS núm. 47/2019 de 4 de febrero y la STS núm. 185/2019 de 2 de abril).

De esta forma, debemos preguntarnos en qué medida pueden **verse afectadas las “condiciones existenciales” de colectivos vulnerables** (Sentencia de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife núm. 107/2014 de 7 de marzo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 625/2019 de 21 de noviembre). Es decir, si es creíble que la conducta pudiera llegar a detener a personas de ejercer sus derechos fundamentales (artículos 15 a 29 de la CE).

Además de lo expuesto, **la incitación debe ser dolosa**, es decir, debe existir el elemento subjetivo de intencionalidad consciente. Para valorar esa intencionalidad y el riesgo de la misma, además de las consideraciones que hace al respecto la STEDH Savva Terentyev c. Rusia de 28 de agosto de 2018, se utiliza la Recomendación de Política General núm. 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) relativa a la lucha contra el discurso de odio en su memorándum explicativo, en ella se refiere a:

1.- La intencionalidad: *“Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador. Sin embargo, la intencionalidad no siempre es fácil de demostrar, especialmente cuando las observaciones tienen que ver de forma ostensible con hechos pretendidos o cuando se utiliza un lenguaje codificado”.*

2.- El test de relevancia del riesgo. Además, señala un conjunto de **parámetros** que deben tenerse en cuenta **para evaluar el riesgo**. Es decir, se propone un test de relevancia del riesgo, atendiendo a los siguientes indicadores:

“(a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión.

(b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás.

(c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación);

(d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones

pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate);

(e) **el medio utilizado** (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y

(f) **la naturaleza de la audiencia** (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)".

Algunos de estos criterios ya han tenido reflejo en la jurisprudencia española, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 646/2018 de 14 de diciembre:

*"[E]l Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado en reiteradas ocasiones, que la libertad de expresión encuentra límites en el dominado discurso ofensivo del odio **siendo** preciso indagar elementos de interpretación de la norma que no lleven a una desmesura en su aplicación, tales como **elementos de contextualización, el contenido del mensaje, su expresión oral o escrita, la intención, el impacto del texto y la proporcionalidad de la sanción.** En todo caso, no ha de olvidarse que **se trata de delitos circunstanciales** y que han de ser **interpretados de acuerdo a la realidad social del tiempo** en que se aplica la norma [...]. [L]as frases recogidas en el relato fáctico, no se justifican en la libertad de expresión, y pueden ser tenidas como afrentosas a la convivencia. Sin embargo, su desmesura no alcanza el reproche penal en la medida en que **son expresiones aisladas, su conocimiento general no resulta de la publicación, sino de la localización posterior, y su divulgación va más allá de la pretensión del emisor; su escasa difusión y el leve impacto causado,** hace que, a pesar del mal gusto de las expresiones, deba quedar fuera de la tipicidad penal"* (en este sentido: STS núm. 185/2019 de 2 de abril; SAN núm. 4/2018 de 10 de julio; Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona núm. 702/2018 de 8 de noviembre; Auto Audiencia Provincial de Barcelona núm. 787/2018 de 12 de diciembre; Auto Audiencia Provincial de Barcelona núm. 892/2016 de 29 de noviembre).

Además, los Tribunales han indicado que si no se valora el riesgo a través de estos criterios, no se realiza el examen previo de la libertad de expresión o esta es infundada, se produce la vulneración de la libertad de expresión. Destacando la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 35/2020 de 25 de febrero (así: SSTC núm. 104/1986 de 17 de julio y núm. 89/2010 de 15 de noviembre):

*“La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y **rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación**, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero **desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar** en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental”.*

A modo de cierre, examinados los criterios anteriores y si persiste una duda razonable acerca de la relevancia penal de la conducta, la sentencia deberá ser absolutoria (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona núm. 607/2018 de 7 de diciembre):

*“Valorando los hechos, nos encontramos con que, de un lado, la cualificación profesional del acusado, el medio utilizado para proyectar sus ideas y el lenguaje utilizado, con referencia a muertos, testosterona alta que implica uso de violencia, son circunstancias que agravan la conducta, y **sin embargo, a juicio de este Tribunal surge la tercera duda razonable, sobre si tienen entidad bastante para lesionar el bien jurídico protegido, o estamos ante un uso en el límite del derecho a la libertad de expresión**. En esta valoración, estando ante la última duda razonable que le surge al Tribunal, entendemos que, teniendo en cuenta las anteriores, **ha de seguirse un principio análogo al in dubio pro reo del derecho penal: in dubio pro libertate**. Es decir, ante la duda razonable que le surge de si estamos a un lado o al otro de la delgada línea roja, se inclina por la absolución”.*

3.5. Conclusiones con respecto al delito de odio

En el ordenamiento jurídico español el uso del Derecho Penal está configurado como *ultima ratio*, es decir, su aplicación e intervención debe reservarse a los casos más graves, en este caso, aquellas actuaciones que supongan una incitación real y efectiva a la violencia.

En Europa se está viviendo una preocupante tendencia a considerar al Derecho Penal como el mecanismo preferente para combatir los mensajes fóbicos e intolerantes. Esto genera descoordinación e inseguridad jurídica, pues el discurso del odio se

fundamenta en conceptos muchas veces difíciles de precisar cuya ponderación siempre tiene un componente subjetivo.

El recurso al Derecho Penal se justifica por la necesidad de combatir el discurso del odio con la mayor contundencia posible, pero ello no significa que los pasos que se están dando en esta dirección sean acertados. En cierta medida, se está cuestionando uno de los principios fundamentales de la democracia: que nadie puede ser condenado por sus opiniones. Todo ello está produciendo una confusión legislativa y jurisprudencial entre el “discurso del odio” y el “discurso odioso”. Precisamente, la esencia de la libertad de expresión radica en el derecho de las opiniones contrarias, opuestas, molestas o desagradables a tener también su espacio de difusión.

El recurso penal debería aplicarse exclusivamente a la persecución del mensaje incitador de la violencia, si bien con un margen de apreciación nacional razonable para que la ley pueda ajustarse a las peculiaridades de cada país. El justo análisis del contexto histórico, político o cultural es clave para medir la respuesta jurídica adecuada, pues lo que puede incitar al odio en un lugar puede no hacerlo en otro.

Por todo ello, aplicando la doctrina y jurisprudencia expuesta al caso que nos ocupa, los carteles y el contenido de la página web del CIAS no pueden ser calificados como un delito de odio tipificado en el CP, pues si lo examinamos en su conjunto de forma objetiva, no se percibe aptitud del discurso por el que quepa esperar que se genere un riesgo (real, serio e inminente) para los colectivos en situación de vulnerabilidad en cuanto a que pueda concretarse actos específicos de violencia.

Por otra parte, se trata de un mensaje que como mucho puede pretender ofender al destinatario, pero es inidóneo para poner en peligro a miembros del grupo, pues pretenden exponer su ideología y la visión que tienen sobre el VIH, así mismo, atendiendo a la posición del CIAS, no son sujetos con la capacidad de influencia sobre actores violentos, por lo que carece de la posibilidad de una gran repercusión.

Así, como hemos visto, los límites a la libertad de expresión han de ser establecidos e interpretados con sumo cuidado y de forma restrictiva. El discurso del odio confronta dos elementos esenciales: el derecho a la libertad de expresión y la dignidad. La libertad de expresión, entendida en su sentido más amplio, abarca y protege toda comunicación humana, contribuye a crear una opinión pública libre y es esencial para una democracia.

Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto e ilimitado. El Tribunal Constitucional ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Es decir, las que en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas, pero, como hemos visto, la simple extralimitación del derecho a la libertad de expresión no siempre es constitutivo de un delito de odio tipificado en el CP.

No obstante, será el criterio del juez, siguiendo los parámetros que ha ido señalando el Tribunal Constitucional, el que determine el límite del derecho a la libertad de expresión y la perpetración de un delito de odio en cada caso, puesto que no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo ha de ser tratado como delictivo.

En conclusión, desde la Clínica Legal consideramos que los hechos no son constitutivos de un delito de odio y, por tanto, debemos descartar esta vía, pues están amparados por la libertad de expresión. No obstante, el ordenamiento jurídico prevé otras vías de defensa de los derechos que en este caso pueden verse afectados. Por ello, a continuación expondremos una argumentación jurídica con el fin de que se pueda dirigir un escrito a la Consejería de Sanidad o al SACYL, y lograr que eliminen de su página web el enlace al CIAS.

4. Análisis jurídico de las actuaciones del CIAS: escrito ante el SACYL

Ante la situación descrita en el contexto del presente informe, parece sorprendente que el SACYL mantenga al CIAS en su página web con el fin de que las personas con VIH y sus familias reciban apoyo e información, pues se definen a sí mismos, como hemos transcrito, como *“personas sanas que desean luchar contra la epidemia del sida”*; el mensaje no dice que su deseo sea luchar contra las personas con Sida y LGTBI+ porque sería demasiado obvio.

En relación con la evidencia científica actual, la historia del VIH está estrechamente ligada a la investigación clínica. Los estudios y ensayos clínicos con medicamentos han posibilitado que en un tiempo récord se haya conseguido desarrollar un tratamiento antirretroviral (TAR) que es seguro y eficaz.

Los estudios PARTNER han demostrado que las personas con carga viral indetectable, gracias a la acción del TAR, no transmiten el VIH, aunque mantengan relaciones sexuales sin preservativo, es lo que se conoce como Indetectable =

Intransmisible (Rodger et al., 2019). Por esta razón, más que nunca, gracias a esta evidencia científica, la respuesta al VIH debe estar basada en los derechos.

Desde que se conocieron en la década de 1980 los primeros casos de VIH, hasta que en 2019 se ha demostrado científicamente en los estudios PARTNER mencionados, se produjo en muchas partes del mundo una epidemia legal sobre el VIH (Begg, 1990: 10) que ha hecho que las personas con VIH vean cómo sus derechos y libertades están limitados y sometidos a tratos discriminatorios (Gostin, 2004). Situación que se da en el presente caso, pues esta asociación se dedica a divulgar información desactualizada y estigmatizante, sin tener en cuenta los avances científicos.

El estigma asociado a dos de las vías de transmisión del VIH (sexo sin protección profiláctica y consumo de drogas por vía parenteral), las barreras construidas alrededor de las personas que formaban los grupos de riesgo y la falta de adecuación de la respuesta normativa a la nueva evidencia científica explican que la limitación y la discriminación sigan estando presentes en muchos ámbitos de la vida cotidiana, lo cual impide su normalización e inclusión social (Ramiro Avilés 2017).

Todo ello construye una barrera institucional para las personas que viven con VIH, un ejemplo de ello, en este caso, lo proporciona el SACYL promocionando en su página web al CIAS como una asociación de apoyo e información a las personas con VIH y a sus familias, vulnerando así, como se expondrá a lo largo del texto, el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

La respuesta centrada exclusivamente en los aspectos científico-técnicos solo será un éxito relativo si no va acompañada de una respuesta normativa y actitudinal en la que al mismo tiempo se proteja la salud pública y se respeten los derechos y libertades de las personas con VIH (Gostin et al., 2020). De nada sirve la consecución del Plan Estratégico de Prevención y Control de la infección por el VIH 2021-2030 del Ministerio de Sanidad, que incluirá el objetivo de ONUSIDA 95-95-95 (95% de las personas con VIH diagnosticadas, de las que el 95% estén en tratamiento y al menos el 95% con carga viral indetectable), si las personas con VIH siguen siendo discriminadas y estigmatizadas.

Esta limitación de derechos y discriminación, ya sea directa, indirecta o por asociación por razón de su condición de salud, tienen como consecuencia que las personas con VIH todavía se encuentren con múltiples barreras en el acceso y ejercicio de los derechos que le son inherentes.

Estas barreras dificultan el acceso a las pruebas de detección del virus y al tratamiento antirretroviral, por el estigma que existe, amplificando de esa manera el impacto negativo que el VIH tiene en las personas y en la sociedad, pues el retraso en el inicio del tratamiento no solo afecta a la salud individual, sino que también aumenta la carga de virus circulante en la sociedad, favoreciendo con ello su transmisión (ONUSIDA, 2016), y no por el hecho de ser homosexual o por ser usuario de drogas como indica el CIAS, sino por las actitudes estigmatizantes.

Así mismo, los enfoques basados en los derechos humanos crean un entorno propicio para que las repuestas al VIH puedan tener éxito y reafirman la dignidad de las personas que viven con el VIH o que son vulnerables a él. Pues de lo contrario, la enfermedad deja de verse como un proceso puramente biológico y comienza a culpabilizarse a las personas por estar enfermas y ser un vector de la enfermedad.

En España se ha producido un fiel reflejo de esta situación, ya que las personas con VIH no pueden disfrutar sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas al tener que seguir enfrentándose a barreras institucionales, normativas (incluidas en leyes y protocolos internos) y actitudinales (Ramiro Avilés, Ramírez Carvajal 2020), cuyas actitudes continúan con entidades como el CIAS y con el beneplácito de las instituciones públicas al promocionarlas como recurso para las personas que viven con VIH y como fuente de información sobre la enfermedad.

La consideración del VIH como un problema de seguridad ha facilitado la aprobación de normas jurídicas, ha perpetuado su vigencia y también ha permitido la adopción de políticas públicas para contener al “virus invasor”, afectando negativamente a los derechos y libertades de las personas con VIH. Favoreciendo todo ello a la criminalización de muchas conductas relacionadas con las vías de transmisión del VIH, criminalizando a su vez al colectivo LGTBI y “culpándoles” de la existencia del VIH, siendo una enfermedad que afecta a toda la población independientemente de la orientación sexual.

Estas ideas equivocadas por supuesto que crean desinformación, pero sobre todo un clima de tensión para las personas con VIH, que genera que cada día menos personas comenten o admitan su condición y oculten su diagnóstico médico para evitar ser discriminadas, o que incluso se inclinen por no acudir a solicitar algún servicio para no tener que informar sobre su condición de salud, o aceptando que se les niegue, hasta el grado de normalizar esta situación de rechazo.

El caso del VIH es la historia de un éxito sin precedentes en la medicina moderna, pues en solo cuatro décadas se han conseguido un tratamiento profiláctico preexposición y un tratamiento profiláctico postexposición (tratamientos financiados a cargo de fondos públicos) que evitan que se produzca la infección por el VIH si una persona va a estar o ha estado expuesta al virus, y además se cuenta con tratamientos antirretrovirales que en una sola pastilla combinan a dosis fijas los distintos componentes farmacológicos con acción antiviral que son necesarios *“para suprimir por completo y de forma duradera la replicación del VIH-1, permitir una restauración progresiva de los recuentos de células T CD4+, y reducir la morbilidad y la mortalidad de los afectados”* (Llibre 2010: 615).

Consiguiendo que, en la actualidad, las personas puedan vivir con el VIH y nunca desarrollar Sida. Es un concepto que se le escapa a muchas Administraciones públicas y, en este caso, también al CIAS, pues confunden VIH y Sida. El Sida (síndrome de inmunodeficiencia adquirida) es un término que se aplica a los estadios más avanzados de la infección por VIH y se define por la presencia de alguna de las más de 20 infecciones oportunistas o de cánceres relacionados con el VIH.

Puede ser fácil confundir el VIH con el Sida. Son diferentes diagnósticos, pero van de la mano: El VIH es un virus que puede llevar a una enfermedad llamada sida, también conocida como VIH etapa 3. En algún momento, un diagnóstico de VIH o Sida se consideró una sentencia de muerte. Gracias a la investigación y el desarrollo de nuevos tratamientos, las personas con VIH tienen una esperanza de vida equiparable al de una persona sin VIH, así mismo, puede esperar vivir un período de vida normal, convirtiéndose en una enfermedad crónica y no letal.

En este sentido, las páginas web de las Administraciones públicas no pueden albergar informaciones que no estén respaldadas por la evidencia científica y, por el contrario, deben promover que en todas sus páginas web se proporcione información veraz y que no se dé cabida a ningún contenido alejado de esa evidencia científica. Como ejemplo de ello, el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Ministerio de Sanidad, han creado la página web [conprueba.es](https://www.conprueba.es/) (<https://www.conprueba.es/>), con el fin de luchar contra las pseudoterapias y las pseudociencias, ello forma parte de su nueva campaña en ciencia y salud del Gobierno de España.

Como se ha señalado a lo largo del texto, este éxito científico debe tener una traducción en términos normativos para que los principios éticos y las normas legales se interpreten y apliquen teniéndolo en cuenta. El impacto en los derechos de las

personas con VIH debería ser de tal magnitud que se acabasen las barreras institucionales, normativas y actitudinales. Si una persona con VIH que tiene suprimida la carga viral gracias a la acción del tratamiento antirretroviral no puede transmitir el virus, aunque mantenga relaciones sexuales sin preservativo, no se entiende cómo siguen existiendo entidades que continúan proporcionando y difundiendo este tipo de información tan estigmatizante, identificando el VIH con la homosexualidad y responsabilizando a este colectivo de la existencia de la enfermedad, perpetuando así un estereotipo alejado de la realidad.

En este sentido, existe un denso cuerpo normativo tanto de ámbito internacional como nacional, destinado al reconocimiento de la diversidad sexual, de género y familiar, cuyo principal objetivo es la eliminación del estigma, la discriminación y la violencia hacia el colectivo LGTBI+.

Así, cabe destacar la adopción el 17 de junio de 2011 de la Resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, que fue la primera de un organismo de la ONU en abordar las limitaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género. En dicha resolución se condena expresamente cualquier acto de violencia en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

También destaca el Informe de la alta comisionada para los Derechos Humanos para documentar las leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia basados en la orientación sexual y la identidad de género de las personas en todo el mundo y la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el día 26 de septiembre de 2014, para combatir la violencia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género, que representa un logro muy importante, siguiendo a la Resolución adoptada en junio de 2011.

Por lo que se refiere al ámbito comunitario, la igualdad de trato y no discriminación constituye, ya desde el proyecto fundacional, uno de los principios básicos y esenciales de la Unión Europea que ha dado lugar a un importante acervo en esta materia.

El Tratado de la Unión Europea establece en su artículo 2 la no discriminación como uno de los valores comunes de la Unión y la lucha contra la discriminación como uno de los objetivos de la misma. Por su parte, el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea habilita al Consejo para “*adoptar acciones*

adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

En este ámbito se han impulsado importantes iniciativas como las directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas LGTBI+, aprobadas por el Consejo de la UE en su reunión del 24 de junio de 2013.

Tras lo expuesto, resulta necesario destacar que el Título I de la CE referente a los derechos y deberes fundamentales, comienza estableciendo en su artículo 10.2 que todos los derechos fundamentales y las libertades que recoge la CE tienen que ser interpretados conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. Por lo que la normativa internacional y comunitaria expuesta, obliga al SACYL y, también, al CIAS.

Siguiendo con la normativa expuesta, en España los avances han sido muy relevantes en cuanto al reconocimiento de la diversidad sexual, de género y familiar y a su concreción en medidas legislativas. En este sentido, los primeros grandes pasos se dieron con una serie de iniciativas legislativas, entre las que cabe destacar: la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (artículos 27 a 43); y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Así, en el año 2005, nuestro país se colocó en la vanguardia de los derechos sociales con la Ley 13/2005 de reforma del Código Civil en lo concerniente al derecho a contraer matrimonio, reconociendo el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Este hecho dejó abierta la puerta a la adopción por parte de las familias homoparentales, cumpliendo de este modo con otra de las reivindicaciones del colectivo para poder desarrollar sus vidas de pareja en igualdad de oportunidades.

En relación con el VIH, a nivel nacional existe el Pacto Social por la No Discriminación y la Igualdad de Trato Asociada al VIH, de noviembre de 2018 (Plan Nacional sobre el SIDA, Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2018). El objetivo general de este Pacto Social es eliminar el estigma y la discriminación asociados al VIH y al Sida,

garantizando la igualdad de trato y de oportunidades, la no discriminación y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas afectadas. Para el logro de este objetivo general, el Pacto Social abarca todos los ámbitos de la vida, tanto públicos como privados, a través de la promoción de políticas, estrategias y líneas de actuación y se desarrolla a través de los siguientes objetivos específicos: favorecer la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con el VIH, trabajar en favor de la aceptación social, reducir el impacto del estigma en las personas con el VIH y generar conocimiento que oriente las políticas y acciones frente a la discriminación.

A mayor abundamiento, existen dos proposiciones de ley en el Congreso cuya finalidad es reforzar la prohibición de discriminación del colectivo LGTBI+ y reconocer el derecho a la identidad sexual y expresión de género: Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales; Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género.

A nivel autonómico son numerosas las comunidades que tienen normas específicas para luchar contra la discriminación y las barreras actitudinales que aún existen. Un ejemplo de ello es:

- Andalucía: Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía.
- Aragón: Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Cataluña: Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.
- Comunidad Foral de Navarra: Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; Corrección de errata de la Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+.

- Comunidad de Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.
- Comunidad Valenciana: Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana; Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI; Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; Corrección de errores de la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana.
- Extremadura: Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Galicia: Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia.
- Islas Baleares: Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBIfobia.
- Canarias: Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
- Murcia: Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- País Vasco: Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Por otro lado, aunque en Castilla y León no existe una Ley como en otras comunidades autónomas, eso no obsta a que deban cumplir el ordenamiento jurídico nacional y autonómico como veremos. No obstante, existe un borrador de Anteproyecto de Ley para garantizar el principio de igualdad de trato y de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género en la Comunidad de Castilla y León.

En este Anteproyecto se indica que en el artículo 8.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en la redacción que le otorga la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, dispone que los ciudadanos de Castilla y León tienen los derechos y deberes establecidos en la CE, en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, en el ordenamiento de la Unión Europea, así como los establecidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma por el presente Estatuto de Autonomía. Así mismo, establece en su artículo 8.2 que corresponde a los poderes públicos de Castilla y León promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los castellanos y leoneses en la vida política, económica, cultural y social.

Igualmente, el artículo 14, dentro de los derechos de los castellanos y leoneses, incluye el derecho a la no discriminación por razón de género, prohibiendo cualquier discriminación de género u orientación sexual, ya sea directa o indirecta y estableciendo que los poderes públicos de Castilla y León garantizarán la transversalidad del principio de igualdad de género en todas sus políticas.

Pero más importante, y significativo, es el artículo 16.25 pues establece que corresponde a los poderes públicos la promoción de la cultura de la paz, de la tolerancia, del respeto y del civismo democráticos, rechazando cualquier actitud que promueva la violencia, el odio, la discriminación o la intolerancia, o que, de cualquier otra forma, atente contra la igualdad y la dignidad de las personas.

Como cierre a toda la normativa expuesta, resulta necesario resaltar la obligación que tiene el SACYL de cumplir con lo expuesto, pues el artículo 9 de la CE establece que todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y a todo el ordenamiento jurídico. Además, los poderes públicos tienen la obligación de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad entre las personas individualizadas y entre los grupos en los que estas se integran sea real y efectiva:

- “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*
- 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de 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 conclusión, en aplicación de toda la normativa expuesta en este texto, siendo el SACYL el servicio público que gestiona las prestaciones sanitarias públicas en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, perteneciente al Sistema Nacional de Salud, está sujeto al ordenamiento jurídico español e internacional y está obligado a eliminar cualquier obstáculo para que la igualdad entre las personas individualizadas y entre los grupos en los que estas se integran sea real y efectiva. Por lo que debería eliminar de su página web al CIAS que proporciona información errónea que no está basada en la evidencia científica y promueve actitudes estigmatizantes criminalizando al colectivo LGTBI+.

Bibliografía

- Begg, R. Legal ethics and AIDS: An analysis of selected issues. *Georgetown Journal of Legal Ethics*. 1989; 3(1): 1-56.
- Bisbal Torres, M. El 'mercado libre de las ideas' de O.W. Holmes. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2007; 81: 183-208.
- Cámara Arroyo, S. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 2017; 70(1): 139-225.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. *Recomendación General N° 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo*. Acceso en línea <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> [26 de marzo de 2021]
- Gostin, L.; Daniely T; Huffstetler HE; Williams CR; Mason Meier B. The shibboleth of human rights in public health. *Lancet Public Health*. 2020, 19 de agosto: 471-472. DOI: [https://doi.org/10.1016/S2468-2667\(20\)30182-1](https://doi.org/10.1016/S2468-2667(20)30182-1) [26 de marzo de 2021]
- Gostin, L. *The AIDS Pandemic*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2004.
- Llibre, JM.; Antela, A; Arribas, JR; Domingo, P; Gatell, JM; López-Aldeguer, J; Ortega, E et al. El papel de las combinaciones de antiretrovirales a dosis fija en el tratamiento de la infección por VIH-1. *Enfermedades Infecciosas y Microbiología Clínica*. 2010; 28(9): 615-620.
- Ministerio de Sanidad. *Pacto Social por la No Discriminación y la Igualdad de Trato Asociada al VIH*. 2018. Acceso en línea www.msbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/27.11271118163102909.pdf [26 de marzo de 2021]
- Ministerio del Interior. Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España. 2018. Acceso en línea www.interior.gob.es/documents/10180/9814700/informe_delitos_de_odio_%202018.pdf/54103892-0e51-47e2-92d9-5f4846da8d74 [26 de marzo de 2021]
- ONUSIDA. *Eliminación de la discriminación en el sector sanitario. Paso fundamental para poner fin a la epidemia del Sida*. Geneva. 2016. Acceso en línea www.unaids.org/es/resources/documents/2016/eliminating-discrimination-in-health-care [26 de marzo de 2021]
- ONUSIDA. *Fast-track and human rights. Advancing human rights in efforts to accelerate the response to HIV*. Geneva. 2017. Acceso en línea

www.unaids.org/en/resources/documents/2017/fast-track-human-rights [26 de marzo de 2021]

- Ramiro Avilés, MA; Ramírez Carvajal, P. Informe de las Consultas recibidas en la Clínica Legal CESIDA-UAH 2019-2020. Madrid. 2020. Acceso en línea https://cesida.org/wp-content/uploads/2020/07/Informa_CESIDA_Alcala_2019.pdf [26 de marzo de 2021]
- Ramiro Avilés, MA. Aspectos jurídicos del VIH: los derechos de las personas con VIH en España. En Fuster, M^aJ; Laguía, A; Molero, F. (coords.). *Formación de mediadores y mediadoras para el apoyo a personas con VIH*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. 2017; 585-624.
- Ramiro Avilés, MA. Historia de dos epidemias: una respuesta basada en derechos. *IgualdadES*. 2020; 3: 343-377.
- Rodger, A; Cambiano, V; Bruun, T; Vernazza, P; Collins, S; Degen, O; Raben, D. Risk of HIV transmission through condomless sex in serodifferent gay couples with the HIV-positive partner taking suppressive antiretroviral therapy (PARTNER): final results of a multicentre, prospective, observational study. *Lancet*. 2019; 393: 2428-2438.
- Teruel Lozano, GM. Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial. *Revista de Estudios Jurídicos*. 2017; 17. Acceso en línea: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3713>. [26 de marzo de 2021]
- Valiente Martínez, F. *La democracia y el discurso del odio. Límites constitucionales a la libertad de expresión*. Madrid: Dykinson, 2020.

Páginas web consultadas

- [LibEx](#)

Índice de jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Alekhina y otros c. Rusia*, de 17 de julio de 2018.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 6/1981, de 16 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 88/1985, de 19 de julio.

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 104/1986, de 17 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126/1990, de 30 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 110/2000, de 5 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 54/2004, de 15 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 89/2010, de 15 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/2015, de 22 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 112/2016, de 20 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 35/2020, de 25 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 72/2018, de 9 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 646/2018, de 14 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 47/2019, de 4 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 185/2019, de 2 de abril.
- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 4/2018, de 10 de julio.
- Sentencia Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife núm. 107/2014, de 7 de marzo.
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 702/2018, de 8 de noviembre.
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona núm. 607/2018, de 7 de diciembre.
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid núm. 625/2019, de 21 de noviembre.
- Auto Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de junio de 2015.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 892/2016, de 29 de noviembre.
- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 736/2017, de 8 de septiembre.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 787/2018, de 12 de diciembre.
- Auto Audiencia Provincial de Barcelona núm. 419/2019, de 28 de mayo.
- Auto Audiencia Provincial de Valencia núm. 1123/2019, de 7 de noviembre.



Universidad
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO

CLINICA LEGAL

Calle Libreros 27
28801 Alcalá de Henares

Web: <http://derecho.uah.es/facultad/clinica-legal.asp>

Email: clinicalegal@uah.es

Facebook y Twitter @ClinicaLegalUAH

Instagram @clinica_legal_uah