

**DISCRIMINACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS: A PROPÓSITO DEL CASO
BEIZARAS Y LEVICKAS CONTRA LITUANIA¹**

Ana Rodríguez Álvarez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal (acreditada a Contratada Doctora)
Universidad de Santiago de Compostela
ana.rodriguez.alvarez@usc.es

1. INTRODUCCIÓN

La reciente STEDH (Sección 2ª) Beizaras y Levickas contra Lituania, de 14 de enero de 2020, condena al Estado báltico por haber discriminado a dos de sus ciudadanos con motivo de su orientación sexual. Tal discriminación tuvo lugar por la negativa de las autoridades a perseguir un delito de odio que se había cometido contra ellos a través de las redes sociales. Como se desprende de los autos, la abulia de las autoridades lituanas traía su causa –al igual que el delito cometido– de la orientación sexual de las víctimas.

En una sentencia que rebasa las sesenta páginas, Estrasburgo no sólo desgana las razones jurídicas que le llevan a dictar por unanimidad un pronunciamiento condenatorio, sino que también pone de relieve el panorama profundamente discriminatorio que existe contra la comunidad LGTBI+² en Lituania. A todo ello haremos referencia en las siguientes páginas, si bien –vaya por delante– la brevedad de este comentario impedirá que nos detengamos en todas y cada una de las cuestiones que cabría mencionar de esta extensa resolución.

¹ El texto de la presente comunicación fue originariamente publicado en RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «Cuando no investigar un delito es discriminatorio: el caso Beizaras y Levickas contra Lituania», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2020.

² Como explica RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo, *Guía para conocer los colectivos LGTBI+*, 2019, p. 6, estas siglas «se corresponden a los términos lesbianas, gays, trans, bisexuales, intersexuales y finaliza con el signo ‘mas’ englobando así al resto de colectivos.

Con estas siglas se agrupa a todos los colectivos que, de un modo u otro, sufren una discriminación similar y poseen unas reivindicaciones comunes. Esto no significa que todas las personas sufran las mismas situaciones discriminatorias, puesto que incluso dentro de uno de los grupos puede haber diferencias dependiendo del contexto, el entorno o la situación personal, pero sí que las características de discriminación generales son similares y las reclamaciones básicas están relacionadas».

2. EL CASO BEIZARAS Y LEVICKAS CONTRA LITUANIA: EL RELATO DE LOS HECHOS

El 8 de diciembre de 2014, los futuros demandantes ante Estrasburgo publicaron en abierto en uno de sus perfiles de la red social Facebook una fotografía de ambos besándose, con el objetivo de anunciar el inicio de su relación. La imagen se volvió viral y recibió más de ochocientos comentarios: muchos de ellos incitaban a la violencia y al odio contra el colectivo LGTBI+; otros, los amenazaban personalmente. La STEDH recoge algunos de estos terribles mensajes, en los que se afirmaba, por ejemplo, que debían ser exterminados, conducidos a cámaras de gas y otras barbaridades por el estilo.

El 10 de diciembre, Beizaras y Levickas se dirigieron a la Asociación LGL (Asociación Nacional por los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgénero) solicitándole que informara de lo ocurrido a la Fiscalía, para así iniciar la pertinente investigación por un delito de odio. Consta en los autos que los demandantes optaron por recurrir a la asociación con base en tres razones: en primer lugar, porque creían que el ordenamiento jurídico lituano no proporcionaba garantías procesales suficientes para las presuntas víctimas de delitos de odio homófobos; en segundo, pero vinculada también con la anterior, porque tenían represalias por parte de los autores de los comentarios si presentaban ellos directamente la denuncia ante el fiscal; finalmente, consideraban que una denuncia interpuesta por una asociación sería tratada con mayor seriedad por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.

Dos días más tarde, el 12 de diciembre, la asociación presentó una denuncia ante la Fiscalía por el delito de odio previsto en el artículo 170 del Código Penal lituano. En dicha denuncia se recogían treinta y uno de los comentarios vertidos tras la publicación de la fotografía. Asimismo, la mencionada Asociación LGL publicó un post en su página de Facebook, en el que, entre otras aseveraciones, informaba de que «los comentarios más mezquinos y sus autores ya han sido denunciados ante las instituciones policiales».

El 30 de diciembre de 2014, el fiscal del distrito tomó la decisión de no abrir diligencias previas (denominadas también en otras partes del texto como «investigación preliminar»). El fiscal sostenía, en resumen, que como en la mayoría de los perfiles denunciados se había escrito un único comentario, no se podía considerar como un «intento sistemático» de incitar al odio o a la violencia contra el colectivo LGTBI+. Asimismo, concluía que los autores se habían limitado a «expresar su opinión», aunque fuera de un modo poco ético.

En enero de 2015, la Asociación LGL recurrió la resolución de la Fiscalía ante el Tribunal del distrito. Fundamentalmente, atacó la presunta falta de sistematicidad aducida por el fiscal. La recurrente sostuvo que el eventual carácter sistemático no es un elemento constitutivo del delito, sino una circunstancia que, en su caso, permitiría valorar la gravedad de la infracción. En tal sentido, se basaba en la propia jurisprudencia de los tribunales lituanos, los cuales, en otros casos, no habían dudado en condenar por delitos de odio con base en un único comentario que colmaba las exigencias del tipo.

Pese a ello, el tribunal desestimó el recurso mediante resolución de fecha 23 de enero de 2015. Al igual que la Fiscalía, reprocha el tono «inadecuado» de los mensajes, pero considera que no constituyen un ilícito penal. Yendo todavía más allá, el tribunal lanza una suerte de inaceptable reproche a las víctimas, responsabilizándolas en parte de lo sucedido. Tal como recoge la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, el tribunal lituano llegó a afirmar: «una persona que publicaba en el espacio público [...] una imagen “de dos hombres besándose” debería y debe haber previsto que ciertamente, esa “conducta excéntrica no contribuye a la cohesión de aquellos que, dentro de la sociedad tienen puntos de vista diferentes o a la promoción de la tolerancia” [...]. El propietario de un perfil en una red social en el que se publicaba tal imagen, en ejercicio de su libertad de expresar sus convicciones y su libertad de promover la tolerancia, tenía que tener en cuenta el hecho de que esa libertad es inseparable de la obligación de respetar los puntos de vista y tradiciones de los demás. [...] “la mayoría de la sociedad lituana aprecia mucho los valores familiares tradicionales”».

La Asociación LGL interpuso un nuevo recurso el 29 de enero de 2015. Tres son las ideas que destacan en su argumentación: en primer lugar, que los tribunales lituanos habían llegado a considerar delictivos, en casos de discriminación racial o étnica, comentarios públicos más leves que los que se habían proferido contra Beizaras y Levickas. En segundo lugar, señalan acertadamente que la valoración sobre la concurrencia de un eventual elemento subjetivo del delito (sobre la que ya se pronunció en un primer momento la Fiscalía) no era una cuestión que correspondiera abordar en aquel momento procesal: por entonces, tan sólo había que decidir si se abría o no la investigación, debiendo reservarse otros debates para ulteriores fases del proceso penal. Finalmente y con respecto a la apelación a los «valores familiares tradicionales», la Asociación LGL

les recordó que «un delito penal no podía justificarse por las opiniones y tradiciones de un individuo o de la mayoría de la sociedad».

Desafortunadamente, una vez más los tribunales desatendieron su pretensión. Mediante resolución de 18 de febrero de 2015, el Tribunal regional confirmó los razonamientos tanto de la Fiscalía como del Tribunal del distrito. Y eso incluía, entre otras cosas, las alegaciones sobre el «comportamiento excéntrico». Por si fuera poco, ahondando en la culpabilización de las víctimas, este tribunal declaró que la actitud de los jóvenes podía interpretarse como «un intento deliberado de fastidiar o de sorprender a personas con opiniones diferentes o de alentar la publicación de comentarios negativos». No contentos con ello, declararon que la apertura de una investigación supondría «una “pérdida de tiempo y recursos”, o incluso una restricción ilegal de los derechos de otros [es decir, de los comentaristas de Internet]».

Tras todo este periplo, Beizaras y Levickas se dirigieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. INVESTIGAR O NO INVESTIGAR: HE AHÍ LA CUESTIÓN

3.1. Una contextualización previa: la discriminación «ambiental» contra el colectivo LGTBI+ en Lituania

Antes de entrar en el fondo del asunto, la resolución del TEDH pone a Lituania frente al espejo para mostrarle la discriminación que el colectivo LGTBI+ sufre en ese país. Y es que no nos hallamos ante acciones aisladas provenientes de individuos o grupos concretos: desafortunadamente, la discriminación es generalizada. Así lo demuestran los propios informes y estadísticas de los organismos europeos.

En 2016, un informe sobre Lituania proveniente de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia indicaba que, en dicho Estado, no sólo persistía la discriminación del colectivo –lo que ya sería grave de por sí–, sino que se estaba «experimentando un problema que implicaba la incitación en general al odio homo/tránsfobo y a actos de violencia contra las personas LGTB». Deslizándose la dejadez de las autoridades, se añade que «El creciente nivel de intolerancia contra las minorías sexuales había permanecido sin control durante mucho tiempo».

En lo que se refiere específicamente al discurso de odio en Internet, el informe instaba a las autoridades lituanas para que «en un clima general de homo/transfobia», adoptasen «medidas firmes, proporcionadas y apropiadas, incluyendo los procesamientos penales, para combatir la incitación al odio». Como se puede apreciar en el caso de autos, sus recomendaciones han caído por el momento en saco roto...

Junto con ello, este documento revela que, aunque la violencia contra el colectivo LGTBI+ es creciente en este país, no existen datos oficiales fiables al respecto. Esta circunstancia «se debe principalmente al temor de revelar la propia identidad LGTB y a la falta de confianza en la voluntad de la policía de investigar tales delitos. [...] La magnitud del problema también se subestima debido a la falta de concienciación entre los agentes de policía de la importancia de registrar las motivaciones homófobas y transfobas como tales. Un ejemplo es el caso de un joven que fue golpeado en un bar de Vilna, después de haber sido abordado por el autor con las siguientes palabras ‘¿Eres gay?’ Cuando denunció el caso, la policía no estaba dispuesta a registrarlo como un ataque homófobo y en el curso de recogida de testimonios de la víctima un investigador presuntamente insinuó que había sido atacado porque provocó al autor con acercamientos no deseados de naturaleza sexual».

Por su parte, la encuesta del Eurobarómetro «Discriminación en la UE en 2015» arrojó entre sus resultados que el 50% de los lituanos encuestados manifestó que las personas «homosexuales, lesbianas y bisexuales no deberían tener necesariamente los mismos derechos que las personas heterosexuales». Este dato del Eurobarómetro, al igual que los restantes que recoge la sentencia, muestra unos niveles de intolerancia en el país báltico muy superiores a los de la media de la Unión.

En definitiva, como se puede apreciar, la discriminación al colectivo LGTBI+ en Lituana no constituye un hecho aislado. Antes bien, existe una suerte de «discriminación ambiental» de la que las propias autoridades son cómplices.

3.2. La negativa a investigar por parte de las autoridades lituanas a la luz del artículo 14 del Convenio

El análisis de fondo trata de discernir si se ha producido la violación de sendos artículos del Convenio: el 14 –en relación con el artículo 8³– y el 13. Empezando por el primero de ellos, el artículo 14 CEDH establece la prohibición de todo tipo de discriminación: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

A este respecto, el Tribunal de Estrasburgo recuerda en primer lugar a Lituania su propia legislación interna, según la cual: «cualquier persona puede notificar a las autoridades encargadas ejecutivas la posibilidad de que se haya cometido un delito, y las autoridades están obligadas a investigar tales denuncias». Con independencia de dónde proviniera la denuncia –de las propias víctimas, de una asociación o incluso aunque aquella fuera anónima–, las autoridades lituanas tenían el deber de investigar⁴. Si no lo hicieron fue por motivos discriminatorios, debido a la orientación sexual de las víctimas.

En opinión de Estrasburgo: «es evidente que una de las razones para denegar la apertura de las diligencias previas fue que los tribunales no aprobaban la demostración de la orientación sexual de los demandantes».

El tribunal descarta con acierto todas las alegaciones del Gobierno lituano referidas a la presunta «provocación» por parte de los demandantes o al sentir mayoritario de la sociedad lituana. Con independencia del número de personas que defiendan los denominados «valores familiares tradicionales», ello no puede servir para justificar la limitación o privación de los derechos de la ciudadanía. Como bien explica la sentencia, «si el ejercicio de los derechos del Convenio por un grupo minoritario estuviera

³ Art. 8 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

⁴ Conclusión que se deriva también, como señala el TEDH, de las propias directrices metodológicas emitidas por la Fiscalía General de Lituania.

supeditado a ser aceptado por la mayoría [...] los derechos de un grupo minoritario se volverían meramente teóricos, y no prácticos y eficaces».

Dos son las cuestiones fundamentales discutidas en torno a los mensajes: en primer lugar, si los comentarios colmaban las exigencias del tipo; en segundo, si era necesaria una sistematicidad en los mismos.

Con respecto a la valoración por parte de las autoridades lituanas sobre si los comentarios proferidos colmaban las exigencias del delito de odio, la sentencia declara no compartir las conclusiones de aquéllas. En primer lugar, recuerda que no es imprescindible que las manifestaciones supongan un llamamiento a la realización de hechos delictivos. Antes bien, los ataques consistentes en insultar, ridiculizar o calumniar a grupos específicos de población pueden ser suficientes. Además, el TEDH resalta cómo determinados comentarios relativos al pueblo judío sí se habían considerado delictivos por las propias autoridades lituanas que ahora negaban amparo a Beizaras y Levickas. Como consecuencia de ello, la sentencia afirma que la valoración realizada en el presente asunto por las autoridades nacionales es contraria a los principios de un Estado democrático y de Derecho.

En segundo lugar, el Tribunal tampoco da cobertura al argumento de que los comentarios carecían de sistematicidad. Y esgrime como razón fundamental el hecho de que, en otras ocasiones, los tribunales lituanos consideraron suficiente un único comentario para condenar a sus autores⁵.

Igual suerte que las anteriores recibe la alegación del Gobierno lituano según la cual los demandantes deberían haber agotado todos los recursos internos antes de acudir a Estrasburgo. En concreto, que deberían haber recurrido a la vía civil. Exigir una actuación en este sentido «habría sido manifiestamente irrazonable para las víctimas», habida cuenta de la «actitud discriminatoria de las autoridades lituanas».

Concluye el tribunal que el ánimo discriminatorio con motivo de su orientación sexual se hallaba en la base de la negativa a investigar los hechos por parte de las autoridades

⁵ No es éste el único argumento de las autoridades lituanas cuya validez descarta el TEDH. Así, la resolución también declara que se rechaza «la alegación del Gobierno según la cual los comentarios en Facebook son menos peligrosos que los de los portales de noticias [...]. Tampoco puede considerarse pertinente la alegación del Gobierno de que las personas que realizaron comentarios negativos en la página de Facebook del primer demandante no superaban en números a los demandantes y sus partidarios».

lituanas. Siguiendo las reglas de carga de la prueba en supuestos de discriminación⁶, toda vez que los demandantes habían acreditado *prima facie* la existencia de discriminación, correspondía a la contraparte demostrar que su actuación era ajena a todo propósito discriminatorio. Definitivamente, el Gobierno lituano no lo consiguió.

Así las cosas, las autoridades lituanas, «al menospreciar el peligro de tales comentarios, [...] al menos, toleraron tales comentarios». En consecuencia, se constata la violación del artículo 14 CEDH.

3.3. Sobre la ausencia de mecanismos para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Convenio *ex* artículo 13

La segunda de las cuestiones de fondo centrales para la resolución de la causa pasa por determinar si se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 13 CEDH, en virtud del cual «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

De este modo, se trata de determinar si las autoridades nacionales respondieron de manera eficaz a las denuncias de discriminación sexual de los demandantes. Por lo que hemos leído hasta ahora, todo parece apuntar a que la respuesta es no. Y, en efecto, así es: pero veamos en qué se basó el TEDH para llegar a esta conclusión.

Primeramente, el Tribunal afirma que corresponde determinar «si el artículo 13 del Convenio puede ser vulnerado en situaciones en las que se considera que los recursos generalmente eficaces no han funcionado eficazmente en un caso concreto debido a actitudes discriminatorias que afectan negativamente a la aplicación del derecho nacional».

Tal y como se desprende de la información contenida en autos, es cierto que los tribunales penales lituanos de primera instancia han condenado en otras ocasiones a quienes realizaron comentarios discriminatorios y homófobos en la Red. Sin embargo, el Tribunal

⁶ Sobre la carga de la prueba en supuestos de discriminación, *vid.* RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *La carga de la prueba en supuestos de discriminación. Su regulación en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Supremo de ese país –en cuya jurisprudencia se basó el fiscal– ha llegado a proteger bajo el paraguas de una malentendida libertad de expresión lo que en realidad eran manifestaciones de odio. Literalmente, afirma la sentencia del TEDH: «La Corte señala con preocupación el énfasis en parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el “comportamiento excéntrico”, o el supuesto deber de las personas pertenecientes a minorías sexuales de “respetar las opiniones y las tradiciones de los demás” al ejercer sus propios derechos de personalidad».

En lo que a la actuación del fiscal respecta, el TEDH califica de indulgente su percepción de los mensajes incitando al odio. A su vez, declara que éste «ignoró diferencias significativas en cuanto al nivel de gravedad del discurso homóforo en cuestión en el presente asunto, en comparación con las expresiones examinadas previamente por el Tribunal Supremo en sus sentencias, a saber, que el Tribunal Supremo había examinado expresiones de discurso homóforo que eran claramente menos graves que las examinadas en el presente asunto».

Corolario de lo anterior es que, para el Tribunal de Estrasburgo, la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo lituano por parte del fiscal y su posterior confirmación por los restantes órganos jurisdiccionales que intervinieron en la causa, supusieron la inexistencia de «un recurso interno efectivo para las denuncias por discriminación homófora».

Junto con ello, en el presente caso muchos de los comentarios fueron publicados desde perfiles personales, por lo no correspondía alegar –como así hicieron las autoridades lituanas– la imposibilidad de establecer su identidad y de llevar a estas personas a juicio «debido a limitaciones técnicas»⁷.

Las estadísticas tampoco ayudan al Gobierno lituano: de la treintena de investigaciones iniciadas entre 2012 y 2015 por delitos de odio contra el colectivo LGTBI+, todas fueron archivadas. Difícilmente este panorama puede animar a las víctimas de este tipo de delitos a acudir ante las autoridades que, teóricamente, tendrían que velar por ellas. Máxime cuando éstas afirman, como ya hemos señalado, que «la apertura de un procedimiento penal habría sido una “pérdida de tiempo y recursos”».

⁷ Desde un punto de vista meramente técnico –pues desconocemos la legislación lituana–, incluso aunque los perfiles fueran anónimos se podría eventualmente descubrir la identidad de los emisores a través de las diligencias de investigación tecnológica.

En atención a todo ello, el TEDH declara que, en este caso concreto, Beizaras y Levickas no dispusieron de un recurso efectivo en los términos del artículo 13 CEDH, toda vez que fueron discriminados por su orientación sexual.

4. UNA BREVÍSIMA CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE LA SITUACIÓN ESPAÑOLA

Afortunadamente, la situación del colectivo LGTBI+ en España dista bastante de la de Lituania. Ahora bien, también en nuestro Estado se llevan a cabo diariamente conductas discriminatorias y se cometen delitos de odio que deben ser perseguidos y sancionados.

Además de los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico –como el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos–, nuestra Carta Magna garantiza la igualdad y prohíbe la discriminación del colectivo LGTBI+ en su artículo 14. Es cierto que su tenor literal no menciona expresamente la orientación sexual como causa de discriminación, pese a que constituye uno de los motivos que podríamos calificar como históricos. Con todo, quedaría amparada en virtud de la cláusula de cierre del precepto: «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»⁸.

Junto con esta referencia constitucional, disponemos a fecha de hoy de múltiples normas autonómicas sobre igualdad y no discriminación del colectivo LGTBI+⁹. Sin embargo, falta todavía una Ley estatal e integral en la materia, si bien su aprobación se encuentra en la agenda del actual Gobierno.

Ojalá llegue más pronto que tarde, pero, con o sin ella, la Constitución y los tratados internacionales suscritos por España protegen al colectivo LGTBI+ frente a situaciones como la que sufrieron Beizaras y Levickas. Nuestras autoridades tienen el deber de

⁸ En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional en resoluciones como la STC (Sala Segunda) 41/2006, de 13 de febrero, en cuyo fundamento jurídico tercero declara: «la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, *ex art.* 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE».

⁹ Para un compendio de todas ellas, véase RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo (Ed.), *Legislación sobre diversidad LGTBI+*, Colex, A Coruña, 2020.

investigar los hechos en apariencia delictivos¹⁰ y, por tanto, su negativa a hacerlo con base en la orientación sexual de las víctimas –ya sea esta negativa más o menos velada– es absolutamente ilegítima.

La lucha contra estos delitos de odio es importante para así ofrecer la necesaria tutela judicial a las víctimas. Pero también para reforzar el propio Estado social, democrático y de Derecho que proclama el artículo 1 de la Constitución: difícilmente lo será si, por acción u omisión, excluimos a una parte de la ciudadanía.

¹⁰ Recordemos a este respecto el tenor literal del artículo 269 LECrim: «Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquélla indebidamente».