Universidad Internacional de La Rioja

Génesis, usos jurídicos y consecuencias (sociales y biográficas) de los Delitos de Odio y Discriminación por Orientación sexual e Identidad de género en España

---

Tesis doctoral dirigida por el Dr. Enrique Sanz Delgado y el Dr. Sergio Cámara Arroyo

Programa de Doctorado "Sociedad de Conocimiento y Acción en los ámbitos de la Educación, la Comunicación, los Derechos y las Nuevas Tecnologías".

Eduardo Lizardo González

2021

A mi padre, a mi madre, a María y a Oscar por los valores y por la infinita generosidad.

ÍNDICE:

PREFACIO 10

INTRODUCCIÓN 14

METODOLOGÍA Y TÉCNICAS 23

PRIMERA PARTE.

HISTORIA DEL CONTROL JURÍDICO DE LAS HOMOSEXUALIDADES.

Capítulo I: Antecedentes. 34

1. El Universo Griego. 35

2. Roma: Romanae Societatis. 42

3. La Edad Media. Los años oscuros. 56

La Alta Edad Media: Los reinos visigóticos y el Liber Iudiciorum.

Plena Edad Media: El avance de los reinos cristianos.

El humanismo renacentista.

5. La Monarquía Absoluta siglos XVI, XVII, XVIII. 77

La Inquisición Española: El Tribunal del Santo Oficio.

Capítulo II. El siglo XIX: Del pecado a la enfermedad. 84

1. La patologización del crimen.

2. De la alienación a la degeneración.

3. Del degenerado al peligroso social.

Capítulo III. El siglo XX: Del moralismo al higienismo. 108

1. La mala vida y la Ley de Mendicidad de 1903. 112

Peligrosidad social, defensa social y prevención del delito.

El Código penal de 1928.

2. La Segunda República (1931-1939). El Código penal de 1932. 126

La Ley de Vagos y Maleantes de 1933.

3. La dictadura franquista. 131

Peligrosidad social, psiquiatría y franquismo.

Los asociales.

El Código penal de 1944.

La Ley de Vagos y Maleantes de 1954.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

4. El activismo. Los Movimientos de Liberación Homosexual y LGTBI. 168

La Transición a la Democracia.

Constitución y diversidad sexual.

La homosexualidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La homosexualidad en el ordenamiento jurídico comunitario.

El contexto español a finales del siglo XX.

Capítulo IV. El siglo XXI: La igualdad y la no discriminación.

Diversidad sexual e identidades de género en la Sociedad de la Información. 198

SEGUNDA PARTE

DEFINICIONES Y USOS JURÍDICOS DE LOS DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO.

Capítulo V.

1. La discriminación: Una construcción cultural e histórica. El caso de las personas LGTBI. 214

La construcción social de la otredad: Estigmatización, etiquetamiento, estereotipos, prejuicios y discriminación.

Ordenamiento sociosexual y alteridad.

La dictadura del género.

2. El odio y la discriminación. Cuestiones previas. 237

Delimitación conceptual.

El odio y la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Definición de Delitos de odio.
Regulación legal de los delitos de odio y discriminación.

Capítulo VI. El paradigma europeo: El papel de las Instituciones europeas en la salvaguarda de los derechos y libertades.

1. Los delitos de odio y discriminación en la Unión Europea: la protección

de las minorías sexuales. 265

La Jurisprudencia comunitaria.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. La tradición legislativa europea. La cuestión de la libertad de expresión y

el discurso del odio. 292

La tradición legislativa norteamericana: la cuestión de la libertad de expresión, la Primera Enmienda de los EEUU y el discurso del odio.

3. Diferencias entre las tradición legislativa europea y norteamericana. 301

Capítulo VII. Los tipos penales del odio y la discriminación. Los delitos de odio del discurso y los delitos de actos de odio.

1. Antecedentes y origen del tipo. 308

Un breve apunte sobre Principio de igualdad y prohibición de

discriminación. El bien jurídico protegido.

2. El Código Penal de 1995. 312

El art. 510 CP. El delito de provocación a la discriminación, al odio, o a la Violencia.

La jurisprudencia del art. 510 CP 1995.

Problemas en la práctica jurídica del art. 510. CP 1995.

3. La circunstancia agravante del art. 22.4 CP. 336

Fundamento de la agravación.

Catálogo de causas discriminatorias.

La jurisprudencia del art. 22.4 CP.

Problemas en la práctica jurídica del art. 22.4 CP.

4. La Reforma del Código penal de 2015. 355

El panorama antes de la Reforma penal de 2015. La interpretación de la Regulación del discurso del odio y el negacionismo según el Código penal de 1995, los problemas dogmáticos y las propuestas de reforma: arts. 510.1, 510.2, 607.2 CP.

La problemática identificación de la protección frente al discurso del odio arts. 510 y 607.2 CP con el Derecho penal del enemigo.

5. Los problemas comunes de los arts. 510 y 607.2 CP. 361

Críticas al art. 510.1 CP: la provocación a la discriminación.

Críticas al art. 510.2 CP: la injuria colectiva .

Críticas al art. 607.2 CP: la justificación del genocidio.

Capítulo VIII. La tipificación expansiva y simbólica.

1. El nuevo art. 510 CP tras la reforma penal de 2015. 374

El bien jurídico protegido.

Naturaleza jurídica.

Conductas del primer bloque.

Conductas del segundo bloque.

Críticas a la redacción actual del art. 510 CP.

2. El problema de la parte subjetiva del tipo penal. 400

3. Los delitos de clima y su construcción dogmática en Derecho penal. 410

4. La libertad de expresión en internet. 414

5. Jurisprudencia de Delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género. 422

6. La situación criminológica en España de los delitos de odio y discriminación con especial atención a la orientación sexual e identidad de género. 427

TERCERA PARTE

CONSECUENCIAS SOCIALES Y BIOGRÁFICAS. LOS PROCESOS DE VICTIMIZACIÓN.

Capítulo IX

1. Las consecuencias sociales de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género. 437

Tratamiento jurídico y consecuencias en las víctimas.

Victimización y desvictimización: consecuencias psicológicas, emocionales y sociales.

El papel de los medios de comunicación masiva.

Capítulo X: Procesos asistenciales, victimización y biografía

Atención a las víctimas.

1. Los procesos asistenciales. 447

La carrera moral e itinerario asistencial. Fase 1: La normalidad.

Fase 2: Desencadenamiento.

Fase 3: Respuesta a los sucesos/ decisión de actuar o no.

Fase 4: consulta informal a personas referentes, sabias y técnicos.

Fase 5: Relación formal de la personas víctimas-asistibles con profesionales, organizaciones e instituciones.

La entidades del tercer sector. 481

La vía penal: el tratamiento procesal de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género. 495

Cuestiones previas: los actores.

La Fiscalía.

Las Partes.

Argumentación jurídica de la existencia de los delitos de odio.

Apertura del expediente.

Tipos de pruebas de motivación basada en prejuicios y preparación de la prueba.

Fase 6: Normalidad.

2. El sistema sanitario. 525

Capítulo XI:

1. Consideraciones finales. 528

2. Propuestas de actuación y mejora. 545

Bibliografía 554

Legislación citada 612

Jurisprudencia citada 625

Anexos

-Anexos I: Relación de interlocutores entrevistados 632

-Anexos II: Guiones de entrevistas: víctimas, operadores de justicia, entidades del tercer sector y sanitarios 637

-Anexos III: Información para los participantes y consentimiento 642

Índice de Abreviaturas 643

PREFACIO

Este libro aborda los usos jurídicos y las consecuencias sociales y biográficas de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género en España. La orientación sexual y la identidad de género son temas que importan a las entidades de la sociedad civil y a las administraciones públicas. Sin embargo, en la Academia hay poca tradición en este tipo de estudios. Las Universidades deberían tratar más esta materia para que las futuras generaciones conozcan mejor los retos de libertad e igualdad en torno a la diversidad sexual. Los delitos de odio son amplios y de contornos difusos que provienen de la tradición jurídica anglosajona y, específicamente, del término *hate crime*. Este vocablo distorsiona el fenómeno de odio. Existe cierta confusión o sesgo en torno a él, fruto de los medios de comunicación masiva. Este odio es un comportamiento o conducta intolerante producto de un prejuicio negativo. Este tema es importante por las consecuencias sociales que implica, y también, por el potencial conflicto de bienes jurídicos de primer rango constitucional como es la libertad de expresión e ideológica. Son derechos fundamentales que se configuran como condición *sine qua non* de la existencia y de la salud de la democracia.

Prestamos poca atención a los relatos de las experiencias personales y particulares del odio y la discriminación, más allá del pensamiento y la norma hegemónica. El género es invisible para los hombres (Kimmel, 2001), como la homofobia es invisible para los heterosexuales. Vivimos un momento histórico donde la masculinidad machista está en crisis. La tesis de la crisis de la identidad masculina se evidencia ante el empuje de nuevas realidades identitarias que ponen en entredicho el heterocentrismo y su posición central en el mundo. Estos procesos de emancipación son consecuencia de la acción política de grupos sociales que bregan por una sexualidad e identidad de género diversa y fluida y alejada de las identificaciones sexuadas de antaño, del modelo binarista, de lo masculino y femenino y de sus relaciones sociales de género.

El triunfo del utraliberalismo plasma una manera muy particular de legislar, una tipificación expansiva y simbólica con importantes consecuencias en la aplicación social del Derecho. Incluso los procesos de emancipación de los grupos sociales históricamente discriminados están sometidos a este modo de sancionar. La intención del legislador es prevenir y visibilizar conductas delictuosas como un primer paso hacia la quiebra de las relaciones de dominio y subordinación con el objetivo final de dirigirnos a unas relaciones más igualitarias y dignas. No obstante, estos colectivos sociales quedan desprotegidos. En la vida diaria queda claro que hay todavía machismo en las representaciones sociales plasmadas en procesos de odio y discriminación. Ello nos indica que no son conductas aisladas e improvisadas fruto de un momento de obnubilación, sino que son una reacción del propio sistema de control, de dominación y anulación del otro (Lorente, 2002).

El tres de julio de 2005 se legaliza el matrimonio de personas del mismo sexo y el Estado español pasa de ser uno de los países más represivos con la diversidad sexual a ser considerado como un ejemplo a seguir en la lucha y reconocimiento de los Derechos humanos de los grupos sociales históricamente perseguidos. Con la sanción de esta norma se produce la igualdad formal o jurídica de la ciudadanía en ese sentido. Sin

embargo, este proceso de apertura de la diversidad sexual e identidades de género se ve eclipsado por las reacciones violentas de quienes se niegan a aceptar la visibilización y presencia de estas realidades. Quizás la mayor visibilidad de la violencia tenga que ver con el cambio de la mirada. Pero hemos de tener en cuenta como punto de partida la distinción entre la violencia de odio y las cifras de violencia de odio. Entre la definición abstracta de violencia de odio y las cifras, median los indicadores de qué se considera violencia, y ello depende, primero de la toma de conciencia del problema y, después, de los intereses en juego. En definitiva, es una cuestión política. A partir de ahí, de lo que sí podemos estar seguros es de que la cifras de las violencias de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género aumentan y las agresiones son cada vez más brutales y gratuitas, experiencias que citaremos a lo largo del trabajo desde los relatos de sus protagonistas.

Las violencias de odio generan en las víctimas una desestructuración que las inhabilita para continuar la vida con un mínimo de normalidad y de dignidad. Existe un cierto paralelismo con la violencia de género. Las violencias de odio se generan ante la visibilización de unos marcadores y la manifestación de unas características identitarias relacionadas directamente con un grupo social determinado. E indisolublemente relacionadas con aspectos de la sexualidad y de la intimidad, con el núcleo duro de la identidad. Por lo que los ataques y las violencias generan un desconcierto sustancial en la víctima ante la imposibilidad de dejar de ser quien es y la incredulidad de la gratuidad de la violencia. Estos son procesos que se viven en silencio y en soledad. En silencio porque la intimidad, en el caso de una persona diversa sexualmente, debe armarizarse con mayor o menor intensidad para poder seguir viviendo y evitar de alguna manera la discriminación y la agresión. Y en soledad porque la sexualidad diversa además de estar relacionada con lo íntimo, también lo está con la vergüenza y con el estigma asociado a la infamia que hace que no se pueda compartir con el resto de las personas, de lo contrario, la persona es susceptible de ser humillada. Las víctimas de las violencias del odio se sienten perdidas como en un laberinto, están paralizadas e impedidas para continuar con la vida. Salir de ese laberinto es posible cuando las víctimas dejan de ver una imagen única de sí mismas y pueden aceptar qué les ha ocurrido un hecho violento y delictivo, y, en consecuencia, pueden pedir ayuda. Y salir de ese laberinto solo es posible si se hace acompañado. De lo contrario, este proceso se convierte en una travesía por el desierto.

En este proceso, las víctimas encuentran innumerables obstáculos, el primero y más desafiante, es la propia persona. Las identidades estigmatizadas tienen a flor de piel sus demonios internos: la homofobia interiorizada amedrenta y mantiene a la persona bloqueada. Otros avanzarán rápido si logran superar las reticencias y pedir ayuda. Y otros, volverán al punto de partida que supone la resignación y aceptación de la afrenta en silencio. Pero con importantes consecuencias negativas para su estado psicológico, anímico, vital, en definitiva, para su salud. La salida del laberinto que supone la violencia simbólica o material de odio es diferente para cada persona. Aunque también dependerá del punto de partida de la víctima, del conocimiento de la legislación, de sus recursos, de sus estados anímicos previos, de la red social, etc. Por ello, no a todos les vale el mismo camino. No obstante, aunque cada violencia de odio elabora una

trayectoria diferente en relación con su tratamiento, sí que es cierto que las víctimas pasan por encrucijadas, preguntas y problemas similares que estudiamos y analizamos en este trabajo.

Ante esta situación preocupante surgen críticas al sistema penal y asistencial de las víctimas, y ello repercute directamente en el desequilibrio de los esfuerzos y recursos dedicados a aspectos penales en detrimento de los aspectos sociales o que redundan en las víctimas. Desde las instancias jurídicas se hace especial hincapié en la necesidad de la denuncia como llave para la solución de estos problemas o como mínimo para conocer su realidad e iniciar los procedimientos judiciales correspondientes. Sin embargo, existe una cifra negra de delitos, fruto de diversas razones, de las que daremos cuenta en este estudio. Y tampoco existen los recursos y estrategias institucionales suficientes que permitan acercar a las víctimas a las instituciones. Se promueve la denuncia ante las violencias de odio. Sin embargo, las víctimas no denuncian y se muestran reticentes ante el sistema penal y policial. Este sistema se revela ineficiente debido a varias razones, entre las que podemos mencionar: problemas de interpretación y redacción de la ley que la hacen casi inaplicable, falta de preparación y sensibilización de letrados, fiscales, jueces, policías, sanitarios, que favorece la victimización secundaria. La falta de formación redunda en la vigencia y retroalimentación de estereotipos que se plasman en procedimientos y resoluciones judiciales que perjudican a las víctimas.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, y ante la evidencia de una necesidad asistencial real en víctimas vulnerables y en riesgo de exclusión, las organizaciones del movimiento asociativo del colectivo LGTBI se organizan e intentan dar una solución práctica cercana y fiable a las personas afectadas por violencias de odio. En este trabajo explicamos a través del concepto de la carrera moral cómo funciona el proceso de atención a las víctimas de odio tanto penal como socialmente. Para ello busqué a personas que padecieron violencia simbólica y material de odio relacionada con su orientación sexual y su identidad de género y que además quisieran compartir su experiencia. Ellas fundamentalmente son la materia prima de este trabajo, han ofrecido su colaboración en calidad de informantes fijos, y otros de manera eventual. Asimismo, conté con la colaboración de operadores de justicia y también de los profesionales involucrados en los procesos de violencia padecidos por estas víctimas. Asimismo, completan el cuadro los relatos de las redes informales de las víctimas, familiares y amigos.

El interés sobre este tipo de estudios surge en mí hace ya casi más de dos décadas cuando conocí a los integrantes del Grupo de l´ Eixample. Estas personas se convirtieron en mis amigos y, al mismo tiempo, me acercaron a realidades plurales del colectivo LGTBI. Entendí la necesidad de un enfoque etnográfico para comprender como estas personas que son víctimas habituales de una violencia normalizada y soterrada por la propia sociedad viven, sienten y solucionan estos conflictos, teniendo en cuenta la perspectiva y las experiencias vitales de sus protagonistas. Este grupo de investigación se inspira en la tradición etnográfica de la Antropología y el paradigma interseccional, que entiende que las personas están inmersas en diferentes procesos

identitarios, a veces, contradictorios, que se superponen y se entrecruzan. También, la sexualidad y el género son vistas como categorías abiertas y plurales que desbordan la lógica binaria hegemónica.

El proceso de investigación de este trabajo ha sido complejo y dificultoso, tanto por el tema del que se ocupa como por la recogida de datos y narrativas de las personas, ya sean víctimas, familiares, amigos, profesionales, etc. Es un acto de valor narrar a los demás la propia experiencia, a veces perturbadora (sobre todo la relacionada con su sexualidad y con su identidad de género). En el trabajo de campo mi capacidad de mimetizarme con los públicos objetivos en cuestiones de orientación sexual e identidad de género y mi racialización han jugado a mi favor para lograr seguridad e intimidad con los interlocutores. La confianza se construyó poco a poco y a través de un trabajo laborioso y perseverante fruto de escuchas interminables y diálogo cómplice o formal dependiendo del interlocutor. Y concatenar los relatos de manera coherente y fidedigna exigió esfuerzo y dedicación para ser fieles a las intenciones y a las emociones de quienes decidieron abrir sus corazones para compartir su intimidad.

La violencia del odio por orientación sexual e identidad de género es fruto de procesos sociales e históricos relacionados con la sexualidad y los usos sociales del género, donde la represión, la discriminación y la homofobia son común denominador. Y esta cimentación es la base de la violencia normalizada de nuestras sociedades. A pesar de los avances legislativos que se han producido en torno a la diversidad sexual y afectiva, aún quedan violencias por denunciar y correcciones por efectuar de las disfunciones del uso de la heteronormatividad en relación con el colectivo LGTBI+. Acrónimo desagregado entre las orientaciones sexuales (L, G, B) y las identidades o manifestaciones de género (T: transexuales, transgénero y travesti). Y un tercer grupo de personas intersexuales (I). Con el signo + se engloban todas aquellas manifestaciones del género fluido como *queer*, identidad no binaria, etc. De lo contrario, la invisibilización implica su inexistencia que lleva a los grupos sociales a la marginación y a la falta de asunción de responsabilidades por parte de la sociedad en la conformación de los procesos del fenómeno del odio.

Este trabajo de investigación es un proceso abierto, ya que soy consciente de que una tesis doctoral es un trabajo incompleto incluso al momento de su finalización. El planteamiento de la investigación surge como fruto de mis inquietudes como economista, jurista y politólogo. Y de las ganas de comprender como un proceso social de estas características se desenvuelve de forma dinámica. Además, este trabajo de investigación toma partido a favor de la defensa de los Derechos fundamentales de las personas que les permitan vivir con dignidad y en igualdad de condiciones en relación con el resto de sus conciudadanos. Este trabajo promulga el reconocimiento de los derechos de la alteridad. Tenemos la obligación de escuchar las vivencias de aquellos que han sido invisibles, han padecido su dolor en silencio y estaban relegados a la oscuridad. Pero no solo por ellos y su dignidad, sino también, por la defensa de los Derechos y la dignidad de todos, y, en consecuencia, de la salud del sistema democrático. Este libro puede aportar un poco de conocimiento y debate a un tema candente y de suma importancia para la convivencia basada en la diversidad.

Introducción

El odio conlleva rechazo y aversión dirigida contra un sujeto o un grupo determinado. Es un término que puede generar confusión: su uso común y generalizado dificulta su uso penal. Desde el punto de vista penal, el odio se conecta con un repudio de tipo discriminatorio. Una conducta mediada por el odio genera un trato diferente, negativo y perjudicial contra personas y grupos destinatarios de ese odio. Y los delitos de odio se crean como reacción penal frente a comportamientos que muestran elementos de animadversión que desembocan en distintas formas de prácticas sociales discriminatorias.

Los orígenes de los valores sociales que permiten crear los *Delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género* pueden rastrearse en el tiempo. Los crímenes de odio y discriminación no deben ser tratados como incidentes aislados cometidos por personas perturbadas mentalmente. Las tradiciones judeocristiana y musulmana tienen importantes elementos de homofobia y misoginia. Y, a lo largo de los siglos, las instituciones políticas y religiosas han defendido los castigos (desde la castración y el destierro hasta la hoguera y la muerte) ante las disidencias sexuales. Los y las disidentes sexuales conforman una realidad sobre la que se proyecta el rechazo. Sobre estos personajes sociales se proyecta la idea del enemigo interior y, al mismo tiempo, se los trata como delincuentes. En la historia del desarrollo de las legislaciones en los diferentes Estados europeos es frecuente hallar tratamientos discriminatorios y punitivos contra la diferencia y contra la diversidad social y sexual. Eso sucede porque desde el punto de vista de la eficiencia del control social, es más sencillo gestionar la homogeneidad social que la diversidad. En el caso concreto de las disidencias sexuales, estos procesos se hacen evidentes en los niveles de homofobia institucional que históricamente han caracterizado las leyes (Levin y McDevitt, 1993: 205).

Los delitos de odio y discriminación *(o hate crimes),* son expresiones radicales de esas formas de intolerancia y rechazo cuando las personas y los grupos sociales incumplen la adhesión normativa y conductual a los cánones tradicionales de representación socio-sexual y personal de género. En nuestra sociedad, reproducir las normas sociales de género es un requisito para la aceptación y para la inclusión social. Existen diferentes realidades que sufren formas comunes de odio y de discriminación: está el caso de la transfobia, de la lesbofobia, también está la aporofobia (odio a los pobres), existe también la intolerancia religiosa (islamofobia, antisemitismo y anticristianismo), y hay formas de odio y de desprecio contra las personas con diversidad funcional, entre otras. Las formas de odio y de desprecio contra las personas diferentes y ciertos grupos sociales a menudo sedimentan en formas de discriminación.

La gravedad social de los delitos de odio y discriminación se fundamenta en dos puntos básicos. En primer lugar: se proyecta intolerancia contra las víctimas, quienes sufren estos delitos han sido seleccionados por ser diferentes y, se les causan daños físicos, psicológicos y emocionales. Mediante los delitos de odio y discriminación, se atemoriza tanto a las personas directamente afectadas, como al grupo social al que pertenecen. Se crea de este modo un escenario de vulnerabilidad, miedo e inseguridad que afecta tanto

a la víctima como a su comunidad. Los crímenes de odio causan daño a la víctima, al grupo de pertenencia y a la comunidad en su conjunto. El nivel de violencia utilizado, la brutalidad, y los significados asociados a los crímenes de odio, dan cuenta de que se intenta impactar más allá de la víctima particular (Sullaway, 2004: 250).

Hay grupos sociales que marcan las diferencias entre las personas. Esta insistencia en señalar la desemejanza entre las personas, con frecuencia se concreta en dar privilegios a ciertos grupos por encima de los demás: es lo que se denomina "orientación social dominante" (Pratto, Sidanius, Stallworth & Malle, 1994: 741). Este tipo de prácticas sociales propician elaborar estereotipos y juicios *a priori*. El núcleo de la discriminación se encuentra en los estereotipos. Estos son creencias, ideas y sentimientos negativos (o positivos) hacia ciertas personas o grupos sociales. Por lo tanto, cuando se realiza una valoración negativa de una persona (o de un grupo social específico) el resultado siempre es el prejuicio. Y, cuando los prejuicios provocan y fomentan actuaciones específicas contra las personas y los grupos sociales estereotipados, entonces el resultado es la discriminación.

Lo que caracteriza de manera negativa el fenómeno de la discriminación es el trato desfavorable hacia personas o grupos sociales sobre la base de una determinada condición para impedirles (para dificultar o coartar) el ejercicio de sus derechos. Ello implica que se les atribuya un rango de inferioridad, de minusvaloración, o incluso, de menos humanidad. Puesto que a estas personas y grupos sociales se les considera menos humanos, en consecuencia, se les niega el acceso y ejercicio de algunos derechos que les corresponderían en tanto que plenamente humanos. Se ataca la dignidad de estas personas y se impide el libre ejercicio de sus derechos y libertades civiles. Este es el modo en que actúan socialmente la xenofobia, la homofobia, el racismo, o la misoginia, por citar algunos ejemplos.

También es importante la cuestión del correcto funcionamiento de las instituciones encargadas de administrar justicia, y la existencia de leyes acordes a las necesidades de las sociedades abiertas. Además de la amenaza y la violencia contra la integridad de las personas consecuencia de las conductas delictivas, el mal funcionamiento de las instituciones también ataca la paz social. La incorrecta actividad de estas instituciones produce (de manera indirecta) violencia al revictimizar a las personas afectadas, amenazando a la seguridad y la tranquilidad de toda la ciudadanía. En este sentido, las víctimas de delitos de odio por orientación sexual e identidad de género coinciden en mostrarse poco a nada satisfechas con el trato recibido por la policía en la gestión del incidente que les afecta.

Los supuestos que sustentan la discriminación muchas veces pasan inadvertidos. Hay una normalización social de la discriminación contra las personas diversas sexualmente, tanto por parte de la sociedad general como por parte de quienes la sufren. Ciertas actitudes y prácticas discriminatorias no son percibidas como tales por la mayoría social. Se consideran actitudes válidas y aceptables. En consecuencia, la discriminación (e incluso la violencia) contra personas pertenecientes a minorías étnicas, sexuales o culturales es parte de una realidad normalizada que no provoca graves ni grandes disonancias cognitivas en el resto de la sociedad. Demasiado a menudo, la sociedad

tolera violencias (simbólicas y materiales) contra las minorías que se justifican de manera implícita. Y en España ello sucede pese a que el orden constitucional español se posiciona, de manera explícita, contra esa clase de prácticas.

La Constitución española (en adelante CE) establece en su art. 1 como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Y el art. 9 obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que estos valores sean viables y reales para las personas y, en consecuencia, también para los grupos a los que pertenecieren. El artículo 9 también impone eliminar todo obstáculo que impida la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Por lo tanto, el Estado de derecho confiere un estatuto jurídico a las personas y grupos de los que forman parte confiriéndoles un trato igualitario y aplicando el principio de igualdad ante la ley. Otra norma axial del texto constitucional es el artículo 10.1 que da comienzo al Título I denominado "De los derechos y deberes fundamentales". Dicho precepto, al consagrar entre los valores superiores a la dignidad humana, es la base de todos los derechos fundamentales y, en especial, del principio de no discriminación.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cualquier discriminación por orientación sexual o identidad de género en España es considerada contraria al art. 14 de la CE (que establece que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social). El Tribunal Constitucional español señala que también por esa causa pueden ser vulnerados otros preceptos constitucionales, como el art. 18.1 de la CE, que garantiza el derecho a la intimidad y al honor (se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). En definitiva, puesto que la orientación sexual y la identidad de género conforman parte del núcleo duro de la dignidad de la persona, junto al libre desarrollo de la personalidad art. 10.1 de la CE (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social), hay importantes barreras constitucionales frente a las prácticas discriminatorias[1].

Los delitos de odio y discriminación en los ámbitos de orientación sexual e identidad de género son una violación a la dignidad humana, se basan en la desigualdad y no son compatibles con los valores fundacionales de la Unión Europea. Tampoco son compatibles con la especial protección ofrecida por la Constitución española a los derechos fundamentales. El estudio, análisis y reflexión sobre esta temática es esencial. A pesar de la aparente aceptación de la homosexualidad y de la diversidad sexual, los delitos de odio y discriminación en España y en Europa contra el colectivo lesbiano, gay, transexual, bisexual e intersexual (en adelante LGTBI) son un grave problema del que se desconoce su magnitud real. Los datos, aunque incompletos, demuestran que el colectivo LGTBI padece discriminación en todas las esferas de la vida social. Además, en los últimos años, una serie de hechos producidos en los Estados miembros de la UE,

[1] SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3.

tales como el ingreso en la actividad parlamentaria de diversos partidos de extrema derecha (como el Frente Nacional en Francia, el AfD Alternativa para Alemania, Vox en España, por ejemplo), la prohibición de las denominadas marchas del Orgullo, los discursos crecientes de odio (*Hate speech*) a través de los medios masivos de comunicación (especialmente internet), por parte de partidos políticos, líderes de opinión, y las declaraciones intolerantes de líderes religiosos, transmiten señales alarmantes que ponen en jaque a la paz social; desencadenando un nuevo debate sobre el grado de homofobia y discriminación contra lesbianas, gais, bisexuales, transexuales y personas transgénero en España y en la Unión Europea.

El proceso de la construcción de los delitos de odio y discriminación se estructura en torno al concepto de odio. Y es el propio odio una causa importante para la discriminación. Es una manera de poner en peligro no solo a personas individualmente sino también a grupos sociales y al modelo de convivencia, generando así un daño social. Ante esta situación, el recurso al Derecho penal es justificable en aras de la protección de la paz social. Sin embargo, por un lado, entran en juego la limitación y alcance concreto de libertades; y, por otro lado, la determinación de la responsabilidad penal fruto de ciertos actos a raíz de un concepto-emoción vago y ambiguo a efectos penales como es el odio. Por lo tanto, los delitos de odio se refieren básicamente a delitos agravados por la motivación del sujeto activo o por la elección discriminatoria del sujeto pasivo. En consecuencia, la dificultad de su sanción radica en determinar los motivos del odio. Sancionar al sujeto activo por su forma de ser, sentir y pensar, o simplemente por odiar, es un proceder poco democrático. Es necesario centrar la atención en el desvalor adicional de la conducta del sujeto activo y precisar si esa conducta comprende los requisitos del tipo penal y si es dirigida a los colectivos caracterizados como vulnerables (grupos diana).

La discriminación por razón de orientación sexual es la forma más extendida en la sociedad española: el 2,5% de la población señala haberse visto discriminada muchas veces por este motivo y el 8,9% en alguna ocasión (FELGTB-COGAM[2], 2013). Es decir, que el 11,4% de la población se ha visto alguna vez discriminada por razón de orientación sexual a lo largo de su vida. Valores parecidos indica el Eurobarómetro 2012, que cifra este tipo de discriminación en un 3% para el conjunto de la UE. Datos confirmados por la Secretaria de Estado de Seguridad y la Fiscalía en materia de Delitos de Odio y Discriminación (2014) sitúan en más del 10 % anual el crecimiento de este tipo de delitos. Si bien la Secretaría de Estado en su informe de 2015 sostiene que estos delitos entre el año 2014 y 2015 se han reducido en un 67%. El informe correspondiente al año 2016 certifica un incremento del 36% de este tipo de delitos. Por su parte, el Eurobarómetro sobre discriminación (2015), sitúa la discriminación por orientación sexual en un valor relativo del 58% y la discriminación por identidad de género en el 56%, con un incremento con respecto al último Eurobarómetro de 2012, del 12% y 11% respectivamente. Los ámbitos que mayor número de incidentes delictivos registran son los de "orientación sexual o identidad de género" y los de "racismo/xenofobia" que conforman un 39,9% y 37% respectivamente, y conjuntamente, representan más del

[2] FELGTB: Federación estatal de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales. COGAM: colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales de Madrid.

75% de los hechos conocidos. En los primeros meses de 2018, el alto comisionado para la ONU para los Derechos Humanos, Zeid R´aad al Hussein, da la voz de alarma ante el aumento del discurso xenófobo y de incitación al odio en Europa. Este incremento es de tal magnitud que llega a dominar el escenario político en varios países de la Unión Europea. El avance de los partidos de extrema derecha implica un aumento de tendencias populistas, antiinmigrantes, racistas y xenófobas. Existen diversos ejemplos: de los más destacables, el caso de Hungría que con el pretexto de la "protección existencial de la cultura húngara" presenta una propuesta legislativa que otorga al Ministerio del Interior el derecho a prohibir cualquier grupo u organización que trabaje en beneficio de los inmigrantes. Y a imponer severas multas a quienes financien a dichos grupos desde el exterior. En el caso de Polonia, el partido ultraconservador y nacionalista Ley y Justicia (PIS) adopta una ley, polémica, ya que prohíbe acusar de responsabilidad o complicidad al pueblo o al Estado polaco por los crímenes del Holocausto. También el alto comisionado alerta de la preocupante politización de la judicatura, aumentando de esta manera el poder político, el control político sobre la justicia, los medios de comunicación, la sociedad civil y otras esferas de la vida pública[3].

El ordenamiento jurídico español y europeo favorece la no discriminación y la igualdad de oportunidades. Sin embargo, existen multitud de situaciones discriminatorias tanto en nuestro país como en el ámbito de la Comunidad Europea. Estas situaciones, se concretan en la falta de visibilidad cotidiana de estas personas y grupos sociales, que tiene que ver con la frágil normalización social de su orientación sexual e identidad de género. Estas personas y grupos sociales padecen violencia simbólica, física y verbal, marginación, aislamiento, menosprecio, minusvaloración, etc., en espacios públicos y manifestaciones de odio y homofobia (también lesbofobia, transfobia, etc.). Multitud de situaciones de discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género quedan impunes y engrosan la *cifra negra*[4] porque las personas afectadas desconocen sus derechos y las instituciones involucradas en su defensa; y también por el vacío existente a nivel institucional en el que no se prestan servicios de proximidad, de asesoramiento y acompañamiento a las víctimas, ni tampoco se brindan campañas de sensibilización social al respecto.

Las personas afectadas por situaciones de discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género se sienten vulnerables y desprotegidas porque, en muchas oportunidades, desconocen qué es denunciable y cuál es la normativa al respecto. Ignoran el alcance de la actuación de las instituciones y de la administración en su conjunto. En general, el sentimiento mayoritario que tienen las personas víctimas de los delitos de odio y discriminación es el del poco compromiso institucional con estos

[3] Declaraciones del alto comisionado para los Derechos Humanos, noticia de la agencia EFE del 09 de marzo de 2018 disponible en: https://www.efe.com/efe/espana/mundo/la-onu-da-voz-de-alarma-ante-expansion-del-racismo-y-xenofobia-en-europa/10001-3545444

[4] La cifra negra se refiere al número o desconocimiento de delitos y delincuentes que no llegan a ser descubiertos porque no son denunciados por sus víctimas o porque no son descubiertos por el sistema (justicia o policía). Ésa es la zona oscura de la criminalidad. (Martínez; De la Cuesta Arzamendi; Mayordomo Rodríguez; Pérez Machío, 2015).

colectivos. El motivo más señalado por el informe de FRA[5] (2013: 211) es la creencia de que denunciar no cambia nada porque la policía no puede hacer nada o no está interesada en hacer algo al respecto. Las personas afectadas, a la hora de denunciar, temen recibir un trato despectivo por parte de los funcionarios, sufrir eventuales represalias o que la denuncia exponga públicamente su intimidad, sus prácticas sexuales, su orientación sexual y su identidad de género. Estas circunstancias, hacen que la gran mayoría decida no denunciar ante la policía o ante la Justicia.

En relación a esta clase de delitos y, desde el punto de vista institucional, los problemas más frecuentes son: desconocimiento del número real de casos (hay hechos denunciados y otros que no lo son) y, al mismo tiempo, la minimización de esta clase de acontecimientos por parte de los responsables de las investigaciones o del enjuiciamiento de los mismos: el resultado implica una deficiente atención de las víctimas que se manifiesta en el desconocimiento de conceptos, en derivaciones indebidas, en declaraciones de las víctimas en comisaría que son mal abordadas, en el incorrecto trato a las víctimas, o en investigaciones policiales y judiciales deficientes. Las necesidades de formación en principios de igualdad y no discriminación como también en perspectiva y teoría de género en jueces, fiscales, secretarios judiciales, forenses, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y personal de seguridad privada, resultan obvias. Por lo tanto, la educación, la sensibilización y concienciación social y la acción policial y judicial son elementos clave para prevenir y perseguir los delitos de odio y discriminación para alcanzar una sociedad más libre y justa.

La recopilación de datos sobre los delitos de odio y discriminación se realiza por parte del Cuerpo de Mossos d'Esquadra en Cataluña desde la entrada en vigor del "Procedimiento de hechos delictivos motivados por el odio o la discriminación". Y se difunde entre todos los agentes del cuerpo de Mossos d'Esquadra por orden de servicio de fecha 10 de marzo de 2010. Por su parte, desde el Gabinete de Estudios de Seguridad Interior de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, se realizan consultas técnicas al Observatorio Español del Racismo y Xenofobia, del Ministerio de Trabajo e Inmigración incorporando una serie de modificaciones en el Sistema Estadístico de Criminalidad. Todo ello con la finalidad de dar cumplimiento a los requerimientos internacionales de obtención y publicación de estadísticas sobre incidentes racistas. De esta forma, el Sistema recopila desde 2012 los datos estadísticos procedentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Policías Autonómicas de Cataluña, País Vasco y Navarra. Sin embargo, debe criticarse que los análisis del Ministerio del Interior no sean más precisos: no publican datos sobre todos los ítems, ni son los mismos cada año (lo que dificulta la comparación y seguimiento); no aparece información específica sobre las conductas más características del delito/discurso del odio (incitación al odio/violencia, apología del genocidio, delitos contra los sentimientos religiosos, etc.).

[5] FRA (Fundamental Rights Agency) es una agencia independiente en la Unión Europea. Su objetivo es proporcionar a los Estados miembros e instituciones de la UE asesoramiento independiente en materia de derechos fundamentales. Para más información véase: www.fra.europa.eu

Aunque existen datos elaborados desde el Sistema Estadístico de Criminalidad dependiente del Ministerio del Interior, diversas organizaciones internacionales como la *European Comission Against Racism and Intolerance* (ECRI), *Fundamental Right Agency* (FRA) y la *Office for Democratic Institutions and Human Rights* (ODIHR), denuncian que España es uno de los pocos países de Europa que no registra este tipo de datos de manera completa y sistemática. Disponer de estadísticas y análisis rigurosos es esencial para combatir la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género. En cualquier caso, las estadísticas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no son públicas (Aebi y Linde, 2010: 26) y también falta un sistema informático que permita recopilar las actuaciones de la Fiscalía y de los procedimientos judiciales respecto a los delitos de odio y discriminación, de tal manera que resulta muy complicado saber cuál es la situación actual en España.

El servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona (en su memoria de 2015) ya sostenía que tenía pocos datos, y de estos, los recogía de manera artesanal y rudimentaria, lo cual es incompatible con un sistema serio y moderno de obtención, clasificación y tratamiento de datos. Desde entonces las cosas no han mejorado. Este sistema básico no permite conocer con exactitud el número de procedimientos judiciales sobre este tipo de delitos, la cifra de asuntos que se archivan o la cifra de asuntos que no llega a juicio, o el número de sentencias absolutorias, sentencias firmes, o sentencias en las que se aprecia o no la agravante de discriminación del art. 22.4 CP. Hace hincapié en que el sistema informático judicial "Themis" y el de la Fiscalía "Gif" no permiten hacer un seguimiento ni un control de los distintos procedimientos (juicios de faltas, diligencias previas, procedimientos abreviados o sumarios) por infracciones penales cuya motivación sea el odio o la discriminación étnica, racial, homófoba, religiosa, ideológica etc., y ello en cualquiera de sus fases (instrucción, enjuiciamiento o ejecución). La superación de este problema es una asignatura pendiente.

Los sistemas informáticos de los Juzgados y de la Fiscalía en el conjunto del Estado no tienen prevista la clasificación ni la cuantificación de las denuncias y procedimientos por delitos de odio y discriminación. En consecuencia, no permiten conocer ni los asuntos que se incoan a lo largo del año en los Juzgados o Tribunales, ni tampoco todos aquellos que están en trámite, bien en instrucción, bien pendientes de enjuiciamiento bien en fase de ejecución, ni las sentencias dictadas por cualquier órgano judicial (juzgados de instrucción, juzgados de lo penal o secciones de la Audiencia Provincial. No se puede conocer la tipología de los delitos que se enjuician[6].

Tanto los datos estadísticos institucionales como la información oficial elaborada sobre el objeto de estudio que nos ocupa son insuficientes para conocer el estado general de la cuestión y para realizar un estudio bien documentado al respecto. El conocimiento disponible procede, en la mayoría de los casos, de las intervenciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, más que de análisis estadísticos completos y

[6] Fiscalía Provincial de Barcelona. Servicio de Delitos de Odio y Discriminación: Memoria 2015 disponible en:
http://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxius/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf

rigurosos orientados a la correcta aplicación de la ley y al desarrollo de la prevención. Tampoco hay datos suficientes sobre la atención a los damnificados ni sobre la observancia de la seguridad jurídica de los sujetos de derecho. La información y los datos disponibles están desagregados y poco vinculados, lo que impide tener una aproximación al objeto de estudio de una manera dinámica y fiable; siendo a su vez, radiografías planas de la situación.

La discriminación por razón de género (la que sufren las mujeres), es un objetivo central de las políticas públicas de igualdad en nuestro país. Por su parte, la discriminación atribuible al origen étnico o racial está bien documentada por una extensa bibliografía. Sin embargo, son escasos los estudios relativos a la discriminación por orientación sexual e identidad de género, cuyos análisis son impulsados por entidades privadas, y por los diversos grupos del movimiento asociativo, así como por los observatorios especializados. Es importante destacar el papel notable que ciertas entidades sin ánimo de lucro (fundaciones y ONG's) tienen en la producción de conocimiento sobre estos fenómenos, en particular en el caso del análisis de la discriminación que sufren las personas LGTBI. Por otro lado, hay poca producción de información basada en datos de carácter primario, ya sea de carácter estadístico o cualitativo. Predomina la producción de análisis e informes a través de fuentes secundarias. Son abundantes los análisis de tipo cualitativo, generalmente de menor coste económico, y también hay algunos (menos) sondeos y encuestas de mayor envergadura en el caso de las entidades públicas o de organismos del tercer sector, que realizan análisis estadísticos con mayor o menor periodicidad.

En nuestro país, el estudio del odio y la discriminación por orientación sexual e identidad de género carece de una amplia trayectoria. Al ser estudios recientes, no hay datos históricos longitudinales y los estudios se realizan de manera dispar atendiendo a los motivos de discriminación. Faltan fuentes de referencia regular que, de manera global y sistemática, aporten información para conocer, clasificar, dimensionar y caracterizar esta casuística en toda su complejidad. En general, desde el punto de vista académico, se aborda como el estudio de un asunto estrictamente jurídico. Realizado por expertos de derecho constitucional y derecho penal, que centran el análisis científico en la posible afectación de los derechos constitucionales en este tipo de delitos (tales como la libertad de expresión, la libertad ideológica, de conciencia, etc.) sin tener demasiado en cuenta las consecuencias sociales y biográficas que el impacto de los delitos de odio y discriminación producen en las víctimas, en sus grupos de pertenencia y en sus entornos vitales. Este trabajo aporta algo de conocimiento en torno a este último asunto.

Esta tesis se divide en tres partes. La primera parte plantea una historia del control social del sexo y del afecto entre varones, en la que se revisan las distintas estrategias jurídicas y sociales empleadas para regularlo. Es una parte de carácter histórico centrada en Europa y España, caracterizada por unas prácticas sexuales y sociales perseguidas y castigadas penalmente por incumplir las normas sexuales y de género impuestas por la cristiandad. Se parte de Grecia y Roma y después se detalla el tránsito del modelo de control social articulado en torno a la noción de pecado hacia el modelo médico de

perversión sexual, todo ello prestando especial atención a las variadas arquitecturas jurídicas que acompañan a cada uno de esos modelos. Después, se hace hincapié en el cambio de perspectiva y de comprensión de la diversidad sexual en la Europa y España reciente. Y se presta atención a como los movimientos asociativos, en especial, el Movimiento de Liberación Homosexual, ejercen influencia a través de la acción política para la modificación de la legislación represiva generando un cambio estructural y una nueva realidad para las personas diversas sexualmente al asumir la igualdad formal históricamente negada. De esta manera, se encuadra un nuevo marco jurídico novedoso e inexistente hasta hace poco.

En la segunda parte de esta investigación la perspectiva jurídica ocupa un lugar central. Se presentan definiciones conceptuales (históricamente contextualizadas) de los conceptos centrales del objeto de estudio de este trabajo (discriminación y odio). Teniendo en cuenta la importancia e influencia del paradigma europeo en relación con los delitos de odio y discriminación y su influencia en las legislaciones nacionales de los estados miembros, se analizan la casuística y los conflictos que surgen entre la aplicación de la legislación en relación con los delitos de odio y los derechos fundamentales. En este punto, se remarca la importancia de las instituciones europeas en la salvaguarda de los derechos fundamentales y de las libertades civiles. Asimismo, estas particularidades europeas se confrontan con la casuística estadounidense y se procura ubicar el caso español al respecto, argumentando mediante el análisis del casuismo disponible. Después, se realiza un análisis descriptivo de la evolución histórica de los principales tipos penales involucrados en este trabajo de investigación (art. 510 y art. 22.4 CP). Además, se presta especial atención a los debates doctrinales en torno a la tipificación de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género. Y se tiene en cuenta la exégesis de dichos tipos en los distintos códigos penales (1995 y 2015). También se analiza el problema de la parte subjetiva del tipo penal del delito de odio, y se estudia la discutible conformación de los delitos de clima y su construcción dogmática en el Derecho penal.

Es un lugar común afirmar que el derecho cumple una función social y pedagógica. De igual modo, existe un amplio acuerdo en asumir que las leyes tienen consecuencias concretas en las vidas colectivas y personales que regulan. En su tercera parte, esta tesis analiza el modo en que los delitos de odio y discriminación contra las personas y grupos LGTBI condicionan la vida cotidiana de sus miembros. Se parte de la premisa de que esta clase de delitos afectan colectivamente a los grupos que los sufren y que también inciden en las biografías concreta de sus víctimas. Esta tesis muestra un mapa conceptual y teórico de los delitos de odio y discriminación, y también se ocupa de las consecuencias sociales y personales que los delitos de odio y discriminación tienen en sus víctimas. Por lo tanto, en la tercera parte de este trabajo se detallan y revisan algunas de las principales consecuencias sociales y biográficas que esta clase de delitos tienen en quienes los sufren. Y, respecto a estos últimos, se recogen sus relatos en torno a su condición y sus vivencias, y también el modo en que los acontecimientos que padecen transforman su identidad social y personal en términos de carrera moral. Para ordenar estas vivencias se usa la plantilla teórica de los procesos asistenciales, y se ubica en los mismos a los distintos actores (profesionales, organizaciones e instituciones) que

protagonizan la atención y reparación en torno a las víctimas, donde sus vivencias, experiencias e interpretación completan el cuadro. Finalmente, la parte tercera de este trabajo incluye un conjunto de propuestas de actuación y mejora respecto a la asistencia a las víctimas.

METODOLOGÍA Y TÉCNICAS

Los procesos culturales, políticos, económicos, etc., generan también en las Ciencias sociales procesos de trasformación de enfoques y aplicación de métodos. Esta situación de cambio y modificación tiene el objetivo de mejorar el análisis y la comprensión de la realidad social. En tal sentido, los enfoques cualitativos son una alternativa válida para la construcción y creación de conocimiento, ya que ofrecen una visión más rica y completa del fenómeno social. En estos últimos años nos encontramos en una época de interdisciplinariedad en la investigación social. Por lo que es difícil afirmar que unas u otras técnicas son propias solo y exclusivamente de una u otra disciplina.

En la investigación cualitativa el conocimiento se construye a través del diálogo, la interacción y la vivencia, de suerte que sus conclusiones se concretan por el ejercicio sostenido en el curso de la investigación de los procesos de observación- reflexión- diálogo- conclusión. En la vida cotidiana es importante conocer los marcos jurídicos que regulan las vidas humanas. Pero también, es necesario estudiar la realidad desde los hechos, desde las experiencias personales que conforman los fenómenos sociales, y que afectan a las personas y a los grupos sociales. Esencialmente, el derecho es humanista y, en consecuencia, se ocupa de los fenómenos sociales. Y, en el caso de los estudios jurídicos, la investigación etnográfica se configura como una herramienta cualitativa válida y valiosa para conocer las problemáticas de nuestras sociedades. Es una vía idónea para aproximarse a los problemas fruto de la interacción social que, se entremezclan, se confunden, se combinan, y se unen entre norma y práctica. Y, es a través de una mejor y mayor profundización de las representaciones sociales, de los símbolos y de las experiencias vitales de las personas como se asume un mayor realismo, riqueza de la información y contenido social. A diferencia de los métodos

cuantitativos Reichart y Cook (1979: 7) afirman que el paradigma cualitativo posee un fundamento decididamente humanista para entender la realidad social que resalta una concepción evolutiva y negociada del orden social. Además, permite comprender la vida social como la creatividad compartida de los individuos en un mundo cambiante, mudable y dinámico.

Ante la investigación jurídica, existen varios procedimientos para dar respuesta a las problemáticas sociales. Dos de ellos son la fenomenología y la antropología jurídica. Desde la fenomenología, las preguntas de la investigación están dirigidas hacia la comprensión del significado que la experiencia vital tiene para las personas. Este trabajo de investigación se acerca a los informantes, sin ideas preconcebidas. Se parte de una predisposición a recibir cuanto el informante e interlocutor exprese. El marco de referencia más importante para comprender la conducta de los sujetos es el marco de estos sujetos, y no el del investigador. Para lograr tal visión, se pone en práctica la reducción fenomenológica (*epojé*)[7], que consiste en poner entre paréntesis (suspender temporalmente) las teorías, las hipótesis, ideas e intereses que se pueda tener sobre el tema de estudio. De esta manera, se prima la realidad desde el punto de vista de los sujetos estudiados.

La investigación fenomenológica trata de entender la realidad social considerando cómo la perciben las personas. Se interesa por la comprensión personal, los motivos, los valores y las circunstancias que intervienen en las acciones humanas (Pérez, 2004: 28). Barbera e Inciarte (2012: 199) afirman que la fenomenología como *episteme* de las Ciencias Sociales, se ocupa de las formas de vivencias, actos y correlatos de estos. La fenomenología sostiene que los científicos sociales no pueden comprender la conducta humana sin entender el marco interno de referencia desde el cual los sujetos interpretan sus pensamientos, sentimientos y acciones.

Por su parte, la Antropología Jurídica es definida como un quehacer transdisciplinario: esto es, como estrategia analítica que combina los aportes de las Ciencias Jurídicas y antropológicas, sin subordinarlas, para el tratamiento de fenómenos definidos en la intersección entre la ley y la práctica social, que tendría por objeto desvelar la dinámica de sus relaciones mutuas y los efectos de estas sobre el comportamiento social y sobre la transformación de las normas y/o de sus usos y sentidos (Iturralde, 2008: 7). La Antropología Jurídica se ocupa de cierto tipo de reglas o normas denominadas "legales", de sus orígenes y de sus modificaciones, y de las instituciones relacionadas con su funcionamiento y transformación, de su legitimación y sus relaciones con la estructura social y la cosmovisión de la sociedad cuyas reglas se estudian. La Antropología Jurídica busca comprender la naturaleza del derecho y también la naturaleza de la sociedad. No es posible entender la Ciencia Jurídica sin la intervención

[7] *Epojé* (del griego ἐποχή suspensión), transliterado a veces también como epoché o epokhe, es un concepto originado en la filosofía griega, utilizado principalmente por la corriente escéptica. En los tiempos modernos fue revitalizado por la fenomenología de Edmund Husserl, si bien no en su acepción inicial. Originariamente, según la definición dada por Sexto Empírico significa un estado mental de suspensión del juicio, un estado de la conciencia en el cual ni se niega ni se afirma nada. Para Husserl, la epojé, consiste en la puesta entre paréntesis (parentetización) no sólo de las doctrinas (o doxas) sobre la realidad, sino también de la realidad misma.

de la Antropología. El Derecho como ciencia tiene la obligación de servir al hombre confrontando las normas que crea con su aplicación, ya sea por las autoridades como así también por las personas y la sociedad en su conjunto.

Este es un trabajo fundamentalmente de tipo descriptivo y cualitativo, centrado en el proceso de construcción jurídico-histórica de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género, en su uso jurídico, y en saber y comprender como las personas afectadas vivencian legal, personal, política y socialmente estos delitos. Este trabajo asume que los delitos de odio y discriminación derivan de la estructura social y de género, y que se traducen en procesos que afectan a las biografías y a las vidas ordinarias de personas concretas. Así pues, la noción de proceso social encarnado en biografías es central en el modo en que se plantea este trabajo. Se trata de conocer la situación de los delitos de odio y de discriminación en nuestro país desde una perspectiva sociológica y antropológica de tipo jurídico y criminológico que tenga en cuenta la normativa nacional y comunitaria, y su fundamento ideológico y doctrinal.

Es importante destacar que se ha optado por el trabajo empírico en la Comunidad Autónoma de Cataluña, como unidad de observación, porque en esta comunidad es donde se crea la primera Fiscalía con servicio especializado en delitos de odio y discriminación. Esta situación proporciona un marco temporal más amplio que favorece el estudio y el análisis de este objeto de estudio. Sin embargo, el marco jurídico legal de esta investigación es el Estado español, que se configura como la unidad de análisis.

Esta investigación cualitativa se compone de tres partes que se concretan en la evolución histórica del tratamiento de las sexualidades diversas, en la interpretación y análisis de las leyes implicadas, tanto a nivel nacional como comunitario. Y, por último, en los procesos de victimización por los que transitan las personas víctimas de esta clase de delitos.

Para la primera parte se hace un recorrido y una descripción histórica de las distintas legislaciones y sanciones que regulan “las homosexualidades”, en un contexto originariamente represivo que acaba con la protección jurídica de estas identidades en tiempos recientes. En este sentido, se ponen en evidencia las ideas penales en torno a la diversidad sexual a lo largo de la historia. Este análisis histórico tiene el objetivo de entender la situación presente, y también proyectarse al futuro. Aquí se recurre a los documentos históricos legales más relevantes.

Para la segunda parte se realiza un análisis formal jurídico o dogmático, es decir, lo que los seres humanos dicen que hacen con el Derecho (Witker, 1995: 4). Esta parte del trabajo se basa en el método dogmático y hermenéutico, métodos tradicionalmente trasladados de la filosofía al ámbito jurídico. Es importante destacar que este trabajo de investigación no es un trabajo netamente dogmático, sino también socio-jurídico al evaluar diversos aspectos de la realidad. Se trata de completar una visión sociológica de la norma, de verificar la aplicación del derecho más allá de su sentido abstracto para discutir, criticar, y en su caso, reformular normas. Se trata de estudiar la facticidad del derecho comprendiendo la práctica jurídica y las consecuencias en las vidas de los

grupos sociales de referencia[8]. Las técnicas aplicadas para conseguirlo provienen de la sociología.

En este trabajo se estudia, describe, analiza e interpreta como las normas jurídicas objeto de estudio, los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género regulan ciertas conductas proscritas. Dicho análisis muestra defectos en la ley vigente y, las controversias que remarca la doctrina y la evolución jurisprudencial. Se indica si surgen supuestos de atipicidad penal de los tipos penales involucrados, coherencia normativa, contradicciones, etc. Se explica cómo es el tratamiento y las dificultades normativas que genera este tipo de legislación. Asimismo, se describen los efectos de esta normativa.

Se trata del estudio del concepto penal de los delitos de odio desde sus orígenes hasta conformar las instituciones jurídicas actuales. Asimismo, se describe la evolución de la legislación europea de los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género y la jurisprudencia de las instituciones más importantes del ordenamiento jurídico europeo que influencian los ordenamientos jurídicos nacionales. Se estudian y analizan los tipos penales nacionales del odio y la discriminación por orientación sexual e identidad de género, su génesis y evolución a través de las distintas reformas de los códigos penales hasta la legislación actual teniendo en cuenta no sólo la legislación, sino también, la jurisprudencia y la doctrina.

Para la tercera parte de este trabajo de investigación y para el trabajo de campo me sirvo de mi labor de asistente en el Observatorio contra la homofobia de la ciudad de Barcelona. En esta parte se trata de entender la influencia efectiva del derecho (la legislación del odio) sobre la realidad social. En mi tarea de acompañar a las víctimas he tenido diálogos, conversaciones con víctimas, activistas, abogados, fiscales, psicólogos, asistentes sociales, policías, y también debates, grupos de discusión y entrevistas con otros profesionales vinculados al objeto de estudio. Las técnicas de generación de datos que se aplican para este proceso son: observación participante y entrevistas semiestructuradas.

El trabajo de acompañamiento a las víctimas se completa con observación participante en diferentes asociaciones del colectivo LGTBIQ+. A las que accedo directa o indirectamente por mi trabajo en el Observatorio contra la homofobia y también a través de la intercesión de algunos líderes de opinión tanto de los subgrupos gays, lesbianos, trans, y de trabajadores y trabajadoras sexuales, que me permiten acceder a los grupos sociales estudiados sin demasiados problemas. Estas personas se tornan fundamentales en el proceso de acceso a los informantes. Es relevante mencionar que hay que vencer la desconfianza de estas personas, ya que no es fácil hablar de su intimidad ni de su sexualidad y menos de hechos que la mayoría de las víctimas prefieren olvidar. Es un trabajo laborioso lograr la confianza y la relajación necesaria para que estas personas puedan hablar sin tapujos de dichos temas. Esta actividad me permitió acercarme de una manera más íntima, humana, y sincera a las víctimas. Fruto de la confianza creada fue posible el relato de experiencias dolorosas que estaban escondidas u olvidadas. De otra

[8] *Ibidem*, p. 22.

manera, en el caso de las identidades estigmatizadas es imposible acceder a una explicación franca y veraz de sus vivencias, ya que normalmente esta crónica está mediada por la suspicacia, el recelo y, en definitiva, por el miedo.

Entre las asociaciones podemos nombrar a la Asociación de Familias LGTBI, Casal Lambda, Gais Positius, Ahora Donde-Le Refuge, Acathi (Asociación catalana para la integración de homosexuales, bisexuales y transexuales inmigrantes), Afirmat (Asociación LGTBI de acompañamiento y recursos), ATC Libertat (asociación de transexuales, intersexuales y transgéneros de Cataluña), Asamblea Octubre Trans (colectivo de personas, trans, intersexuales, bolleras, maricas y queers que organizan actividades, charlas, acciones, fiestas, etc., en contra de la patologización de las identidades trans e intersexuales y para la autogestión de sus cuerpos y deseos), Cultura Trans, Joves Trans de Barcelona.

En la labor de campo utilizando la observación participante solo tuve dos incidentes relevantes, el primero con un grupo de mujeres lesbianas que veían en mí primero, un hombre cis, un intruso y, sentían que las utilizaba para los fines del estudio por lo que el trato era seco, distante, descortés y, en cierta manera, también discriminatorio. Sin embargo, no todas las personas de este grupo se comportaron de ese modo por lo que el trabajo se realizó y acabó correctamente, aunque con mayor esfuerzo. Y, segundo, un incidente con un grupo de transexuales. A este grupo social accedí gracias a una líder de opinión del colectivo trans bastante reconocida por su activismo. Sin embargo, al yo no ser trans se sentían incómodas y hasta un poco violentas. Me costó bastante tiempo ganarme la confianza necesaria para que estas personas se relajaran, comenzaran a ser ellas, se olvidarán de mí y actuaran con total normalidad expresando lo que sentían y querían.

Esta exploración se sitúa bajo el paradigma constructivista. Este modelo no intenta descubrir la verdad como objetivo prioritario, sino que construye un relato a partir del conjunto de ciertas prácticas discursivas (Martínez y Vallés, 1999: 56). El constructivismo es una corriente que considera holísticamente al ser humano. Por tal razón, persigue una interpretación consensuada y argumentada a partir de un proceso dialéctico que genera andamiajes y herramientas (procedimientos) para la solución de una situación problemática. No obstante, este proceso no está exento de posteriores modificaciones y revisiones (Guba y Lincoln, 2002: 113). Este paradigma no busca las explicaciones causales, sino que trata de entender la dimensión teleológica, finalista del proceso, y para ello se sirve de la subjetividad como medio para comprender y describir la realidad (Sandin, 2003: 75). La experiencia, la voz y el relato en primera persona de los actores principales de esta casuística, en especial las vivencias y las percepciones de las víctimas, cobran mayor importancia para conocer estos procesos, dado que la naturaleza del objeto de investigación actúa directamente sobre temas sensibles de las personas, como es la intimidad, la sexualidad, la orientación sexual, la identidad de género y, también, sobre su integridad física y su salud. Asimismo, el contexto es vital, es importante para la construcción del relato. Son escenarios relacionados con la asistencia social, legal, sanitaria, familiar, etc., en los que se producen relaciones interpersonales, persona-profesional, persona-instituciones, persona-familia, persona-

asociaciones, etc. Se trata de comprender cómo se desarrolla el proceso estructural en la relación de las víctimas con sus entornos, ante un evento traumático de violencia física o simbólica de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género. Ya que la persona agraviada, la persona victimizada ve comprometida su realidad vital y necesita ayuda, precisando atención emocional, legal, social, etc.

Para esta misión, disponemos de herramientas e instrumentos útiles para la recogida de datos como la entrevista cualitativa que, si bien no se rige por criterios de representatividad estadística, en una investigación de tipo exploratorio puede realizarse a partir de la docena de entrevistas (Herzog, 2016: 173). Además, ofrece una cantidad de información elevada y muy específica y detallada que permite, posteriormente, indagar más en la dirección que indican los resultados (Caís, 1997: 50). Si bien la utilización de técnicas cualitativas no permite la generalización de los resultados del estudio a nivel estadístico, si permiten obtener tendencias generalizables de la actuación o participación de las personas que pueden ser estudiadas a partir de variables independientes sociológicas tales cómo el género, la edad, la clase social, el nivel de estudios, origen nacional, etnia, etc.

Actúan como informantes dos perfiles bien diferenciados: las víctimas de este tipo de delitos y los profesionales que intervienen de alguna manera en los procesos de asistencia. Se realizan entrevistas en profundidad a las víctimas. Y, por otro lado, se realizan entrevistas semiestructuradas a interlocutores clave como los operadores de justicia y también se realizan grupos de discusión con profesionales.

Los sujetos son seleccionados mediante técnicas de muestreo intencional o muestreo de conveniencia, es decir, los informantes son buscados en función de los intereses teóricos de la investigación, de los cuales se derivan los criterios de selección. En concreto, se considera apropiado aplicar una estrategia de muestreo de casos críticos. Se realiza una selección de sujetos a entrevistar por un perfil determinado: haberse visto afectados a lo largo de su trayectoria por procesos de exclusión y de violencia estructural asociados a la LGTBI fobia o discriminación sexual o identidad de género que resulten de interés para la investigación.

El universo del estudio es el grupo de personas que padecen violencia simbólica y material por orientación sexual e identidad de género. En la selección se ha tenido en cuenta contactar con personas de diferentes edades, orientaciones sexuales, identidades de género, procedencias nacionales, etnias, clase social, religiones, profesiones, etc.; con el objetivo de obtener un equilibrio entre la tipicidad y la diversidad de experiencias. Los informantes provienen de los centros asociativos LGTBI, de las asociaciones profesionales de los operadores de justicia, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Privadas, del sector sanitario y de ambientes informales, familiares y grupos de amigos de las víctimas.

La utilización de informantes es clave, si bien reduce la generabilidad de las informaciones obtenidas, posee la ventaja de ofrecer el tipo de material necesario para la descripción y comprensión de la interseccionalidad de los procesos de generación de discriminación. Dadas las características del muestreo, la contactación de entrevistados

en el caso de las víctimas, es complicada, por la dificultad de acceso a estos sujetos. Este problema se solventa a través de dos estrategias: primero, la utilización como modo de contactación de las instituciones y asociaciones que están en mayor contacto con los sectores del colectivo LGTBI a los que se desea acceder; y segundo: a través de la activación de las redes sociales, mediante la técnica de *bola de nieve.* A través de la ampliación de la técnica de muestreo por *bola de nieve* con la inserción en las redes virtuales, he podido indagar en el colectivo y sus experiencias consiguiendo una muestra suficiente.

Entre estos informantes clave (interlocutores clave) también se encuentran el perfil de los profesionales que desempeñan su actividad en el ámbito de la atención a la población LGTBI o población excluida por cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Entre ellos se hallan los profesionales del derecho, trabajadores sociales, sociólogos, psicólogos, politólogos, criminólogos y especialistas en comunicación, expertos necesarios para obtener información sobre la percepción y el conocimiento de la situación de los delitos de odio y de la normativa antidiscriminatoria tanto por parte de la población LGTBI residente en España como por los profesionales intervinientes en los diferentes procesos involucrados. Para acceder a los operadores de justicia se cuenta con la inestimable ayuda del director de un importante bufete de abogados de la ciudad de Barcelona que desinteresadamente accede a ponerme en contacto con jueces y fiscales. Para el resto de los profesionales involucrados, las asociaciones del movimiento LGTBI sirven de nexo para su contacto.

También, se realizan entrevistas a actores de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a través de una asociación de policías. Además, de entrevistar a jueces, fiscales, secretarios judiciales, policías y personal de seguridad privada, se entrevista a enfermeros, médicos, psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales, que ofrecen un matiz diferente de los casos de violencia de odio que normalmente no se trata ni se refleja pero que aporta información sustancial del proceso de victimización.

Hay una utilización de datos provenientes de fuentes secundarias. Ya que el propio estudio no genera datos estadísticos primarios. Estos datos estadísticos provienen de las instituciones públicas, privadas y asociaciones involucradas en la casuística del objeto de estudio y los datos sirven para acotar las situaciones subsumibles a los Delitos de odio y discriminación que aquí estudiamos.

Este trabajo de investigación considera que, a partir de los relatos de las experiencias de las personas (víctimas y víctimas potenciales) de los delitos de odio y discriminación por causa de orientación e identidad sexual e identidad de género, es posible reconstruir los procesos (judiciales, biográficos, sociales, etc.) por los que transitan esas personas. Estos procesos relatados por estas personas permiten tanto organizar el conjunto de las informaciones disponibles (policiales, legales, recursos disponibles, vitales, etc.) como pasar de lo macro a lo micro y de lo procesual a las estructuras sociales.

En cuanto al relato de la carrera moral de las víctimas, este estudio observa, examina y analiza las vivencias y opiniones que tienen las víctimas y los profesionales que intervienen en este tema específico. Se centra en conocer el punto de vista de los

actores, sus experiencias y percepciones. El estudio investiga las experiencias de las víctimas de violencia y discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Para ello, se utiliza un cuestionario semiestructurado con diferentes aspectos o apartados. El primero de los apartados- aspectos se refiere a datos biográficos de las víctimas y percepciones iniciales con el tema de estudio. También se trata el conocimiento que la víctima tiene sobre las cuestiones jurídicas, legislación, funcionamiento de los órganos de justicia, actores de la administración de justicia, dinámicas jurídicas, etc. También se tratan cuestiones psicosociales y emocionales de la víctima: percepciones, sensaciones, ideas, creencias en torno a su experiencia, dolencias, etc., con el objetivo de conocer los efectos más importantes del evento traumático y así de esta manera poner en evidencia los indicadores positivos y negativos que favorezcan la desvictimización. Y, por último, se trata el conocimiento o desconocimiento de las ayudas que ofrece la administración pública a las víctimas en torno a este tipo de delitos. En el caso de las víctimas el cuestionario se desarrolla en una hora, aproximadamente, y, en casos excepcionales, en más de dos horas. Por lo general, las víctimas una vez tienen la confianza suficiente siempre están predispuestas a explicar su historia, ya que tienen necesidad de ser escuchadas.

Para el tratamiento de la información, las entrevistas y los grupos de discusión se transcribe la información de manera natural con el objetivo de agilizar la lectura de este documento. Se trascribe todo lo expuesto por los participantes, pero sin repeticiones. Y, a la hora de tratar los datos, se analizan dichos datos y clasifican los datos según el grupo de informantes al que pertenece.

El ámbito de estudio y participantes se circunscribe a la ciudad de Barcelona y provincias de la Comunidad Autónoma de Cataluña, como unidad de observación. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el marco legal del trabajo de investigación es España, como unidad de análisis. Debido a la situación de emergencia sanitaria (COVID-19) la participación de las personas involucradas a veces es complicada; fundamentalmente, por el aislamiento y la evitación del contacto físico, el trabajo se ajusta a Cataluña. Durante los primeros años de la investigación el trabajo de campo es totalmente presencial. Y en el último año (que coincide con la pandemia) se completa virtualmente, a través de medios tecnológicos.

Las entrevistas en profundidad a las víctimas permiten conocer a través de sus propias vivencias los procesos de discriminación vividos en primera persona. El relato de los informantes clave sobre sus propios escenarios vitales proporciona información fundamental para comprender la casuística. Los participantes son elegidos mediante la técnica de la *bola de nieve* entre personas del colectivo estudiado: lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales mediante la intervención y ayuda de las diferentes asociaciones del movimiento LGTBI. Mientras que, en las entrevistas a fiscales, policías, o jueces se utiliza el criterio de que su actividad esté lo más directamente posible relacionada con los delitos de odio y discriminación.

El cuestionario presentado a los operadores de justicia es un cuestionario semiestructurado. Esencialmente, está compuesto por cuestiones técnicas relativas a la

normativa, a su conocimiento y aplicación. Sin embargo, esta herramienta no pretende ser fija, ya que dependiendo del interés específico y de la predisposición del interlocutor a la hora de relatar sirve de excusa para profundizar o alargar algún tema determinado. Es sustancial denotar que, dependiendo de la función (ser juez, fiscal o policía), estas personas tienen diferentes percepciones sobre el tema, de las problemáticas, de las necesidades, de las carencias, etc. En este punto, es importante recoger todas aquellas percepciones intersticiales que se desarrollan en las instituciones y por parte de los funcionarios, pero, sobre todo, de un colectivo muy normatizado y adherido a la norma o a lo que debe ser, como son los policías, fiscales y jueces. Y el cuestionario presentado a los sanitarios, es un instrumento sencillo pero conciso donde se intenta comprender el conocimiento, itinerario y sensaciones de los profesionales de la sanidad ante las violencias de odio. El cuestionario presentado al perfil de los profesionales genera conversaciones de aproximadamente una hora y, en algunas oportunidades, las menos, de hora y media, dependiendo del ánimo e interés del interlocutor. En el caso de los operadores de justicia, fueron concisos y rápidos. La mejor predisposición para colaborar la he encontrado en los sanitarios y en los profesionales del movimiento asociativo.

Para la realización de la investigación se realizaron 116 entrevistas en total y se distribuyen de la siguiente manera: 77 víctimas de delitos de odio por orientación sexual e identidad de género, 39 a profesionales: 1 entrevista a un profesor de Derecho penal, 1 entrevista a 1 profesor de Derecho Constitucional, a 1 profesor de Sociología, a 1 profesor de Antropología, a 2 Magistrado Juez de Instrucción , a 2 Fiscales, a 2 policías nacionales, a 1 policía urbano de Barcelona, a 1 personal de Seguridad privada, a 4 enfermeras: de urgencias del Hospital Clínico de la Ciudad de Barcelona, del Hospital Teknon de Barcelona y el Hospital Vall d´Hebron de Barcelona, y de un CAP; a 2 médicos de urgencias del Hospital de Bellvitge de la ciudad de Barcelona, a 1 médico psiquiatra del Hospital de Bellvitge de la ciudad de Barcelona, a 5 Psicólogas, una encargada del apoyo psicosocial del Observatorio contra la homofobia de la Ciutat de Barcelona, y psicólogas clínicas del sector privado, a 2 politólogas: una encargada de analizar este tipo de delitos en el Observatorio contra la homofobia de la ciudad de Barcelona y otra del Colegio de politólogos de Barcelona, a 6 abogados penalistas centrados en este tipo de delitos, y por último, 6 activistas y al Gerente del Observatorio contra la homofobia de la ciudad de Barcelona. Además, se dispone de todo el conjunto de conversaciones informales que, a lo largo del trabajo de campo hemos tenido con toda clase de personas tanto del colectivo LGTBI, familiares y de otros grupos sociales y agrupaciones profesionales.

La forma de aplicar los cuestionarios es mediante entrevistas que se realizan de forma distendida para lograr una cierta relajación y confianza entre los interlocutores para de esta manera obtener una mayor penetración en el tema. Las entrevistas se graban con conocimiento y consentimiento de los informantes. Y debido a las diferentes profesiones los cuestionarios se aplican de diversa manera ya que se recalca el apartado que tenga que ver con la profesión o la situación del entrevistado. El contacto con diversas asociaciones LGTBI me ha permitido tomar nota de dinámicas, estilos de vida, problemas, aspiraciones, miedos y vivencias. También se ha usado un cuaderno de notas

y un diario de campo, como herramientas inestimables que permiten ordenar y analizar la información.

En relación con los grupos de discusión con profesionales, estos se realizan dentro del ámbito del Observatorio contra la homofobia y aprovechando las actividades que generan las agendas de trabajo. Estos se realizaron una vez por semana cada vez que estaba programada la reunión semanal de trabajo y duraron más de un año. Estos grupos están compuestos por especialistas de comunicación, juristas, psicólogos y politólogos en los que en un ambiente informal (pero muy profesional) se tratan temas importantes de la gestión diaria de los delitos de odio en la organización de referencia y de la propia entidad. Esta labor también requirió bastante esfuerzo ya que debí vencer algunas reticencias de los activistas. Las personas directivas del activismo mostraron una especial suspicacia con los investigadores de la Academia. Consideran que desde la Academia se escudriñan sus actos que critican los intereses y las estrategias políticas del activismo. Si bien ese no es el objeto de estudio de este trabajo, es importante destacar que el activismo considera que en cierta manera se pone en evidencia o confronta el interés político del propio activismo con el interés real de las víctimas. Por otro lado, en los grupos informales de discusión que se realizan con el colectivo LGTBI se tratan temas importantes que involucran a las víctimas, sus necesidades, problemáticas, intereses, etc. Estos grupos se desarrollan, sobre todo, en las asociaciones, bares, restaurantes, y después del inicio de la pandemia, sobre todo, en domicilios particulares, en ambientes informales mediados por un café, un refresco, una cerveza, una comida, etc.

PRIMERA PARTE. HISTORIA Y DESARROLLO DEL CONTROL SOCIAL DEL SEXO ENTRE VARONES

"*No se diga que no quedan huellas del horrible fanatismo, de la intolerancia; quedan en todas partes, incluso en los países que pasan por más humanos*"

Voltaire, *Tratado de la tolerancia,* 1763

Capítulo I: Antecedentes.

El tratamiento social y jurídico que reciben ciertas orientaciones sexuales e identidades de género (LGTBI) por parte de las instituciones públicas y de la Justicia, cambia de

manera significativa según el momento histórico y su contexto. Sin embargo, este trato ha evolucionado significativamente en las últimas décadas. Se pasa de etiquetar a las personas como sodomitas, pecadores, pervertidos, depravados, enfermos y delincuentes, a proteger sus derechos y a prohibir el trato discriminatorio. En Europa, aumenta paulatinamente la aceptación de las disidencias sexuales y de género como opción elegida libremente, legal y respetuosa con el orden público. Este proceso histórico de reconocimiento jurídico de la alteridad sexual (que está en continua transformación) se consolida con hitos como la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y es a través de esta institución, mediante su alcance, relevancia e influencia, como se garantiza y asegura el logro de una protección jurídica real y efectiva.

Fruto del activismo de las asociaciones y de la lucha por los derechos y libertades civiles del colectivo LGTBI, se produce un efecto de aceptación social y despenalización de la homosexualidad y, posteriormente, de otras opciones sexuales. Es a partir de este momento, cuando la exigencia de trato igualitario se universaliza con independencia de la orientación sexual. Los movimientos sociales asumen nuevas peticiones y exigencias de derechos, anteriormente solo reservados para personas heterosexuales. Gracias a la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se reconoce a ciertas minorías sexuales (como son los homosexuales) derechos como poder formar una familia, a adoptar, al matrimonio, etc.

La homosexualidad está presente en muchas sociedades y épocas (Grecia, Roma, el Japón feudal, etc.). Sin embargo, es una categoría social creada por la psiquiatría decimonónica. Antes de esa denominación, desde la Grecia Antigua, pasando por Roma y, en el período medieval y moderno, los "sodomitas" y la "sodomía" están presentes en el derecho, la teología y la literatura. Estas etiquetas no describen ni designan un estado ontológico ni psíquico. Sino que nombran una práctica, una conducta o vicio *contra naturam*, en el que cualquiera puede incurrir. En el caso del sodomita, este interrumpe el orden natural de Dios, donde los humanos por designio de Dios deben propagar su fe mediante su propia reproducción: "un acto sexual que no conduce por sí mismo a la procreación implica alterar la economía de la creación e impide la posibilidad de esa colaboración del hombre con Dios" (Tomás y Valiente, 1990: 110).

La práctica sexual por parte de cualquier persona de una orientación sexual que se aparta de la norma social implica una disidencia grave del ordenamiento sexual establecido. Pero, la tolerancia juega un papel importante a la hora de aceptar ciertas conductas sexuales. En el mundo antiguo, el orden social se basa en relaciones heterosexuales cuyo objetivo es mantener la reproducción de la especie humana. Sin embargo, en estas sociedades las relaciones homosexuales se admiten casi como una conducta sexual más.

A lo largo de la historia, conceptos como el de *homosexualidad* y *delito* varían y evolucionan adoptando significados diferentes. Un delito no existe *a priori*: un delito es una construcción social que nace en un momento determinado, en unas circunstancias definidas y por unas razones concretas. Por eso, es vital hacer un recorrido histórico y transversal sobre las disidencias de orientación sexual e identidad de género. Ya que,

aunque en diferentes etapas históricas los personajes y categorías sociales varían, también la diversidad de actores coexiste en la misma sociedad y, en el mismo tiempo. Además, un elemento fundamental en cada momento de la historia es la expectativa de género para cada uno de los sexos. Donde la continua y contundente inestabilidad a lo largo del tiempo en torno a los límites entre lo que culturalmente se considera como masculinidad y feminidad es axial para comprender qué es lo normal y aceptable y, qué es lo disidente y reprobable. Es a través de dicha evolución, como podemos entender cuál es el alcance de la problemática homosexual y, por ende, de las minorías sociales y sexuales.

El sexo es primordial, trascendental y vital; y se encuentra en el centro de gravedad de la actividad humana. Por lo tanto, es una actividad social, se le prescriben espacios, tiempos, modos y maneras de hacerlo según la sociedad que se trate. Las prácticas sexuales son conductas sociales y, es por esta razón que deben ser analizadas en relación con las obligaciones, a las normas, a las prohibiciones, etc. Poner el foco de atención en las sexualidades marginales, abyectas o disidentes es fundamental porque justamente son esas sexualidades las que nos ayudan a comprender como funciona el poder y el privilegio en todas las sexualidades y en todas las personas (Mora Gaspar, 2016: 175).

La sexualidad como dispositivo convencional de regulación del comportamiento y las relaciones humanas, es un elemento que se encuentra en constante movimiento; en un movimiento paralelo, podríamos decir, al acontecer político que las sociedades desarrollan a lo largo del tiempo. Cada comunidad política, en los distintos momentos históricos, produce una serie de conocimientos y prácticas que explican, naturalizan e imponen unas relaciones y maneras de hacer que estandariza la sexualidad y el género de sus habitantes. Es así como la participación política en la *polis*, es una participación mediada por el espectro sexogénerico determinado por la norma (Bell Binnie, 2000: 10).

Tratar la sexualidad y su ordenamiento es hablar de control social. En tal sentido, el estudio exhaustivo de la normativa sexual a través de la que se organiza el control social del sexo se despliega analizando la génesis y la evolución de las disidencias sexuales (Guasch, 1993: 107). No se trata de reconocer los cambios legislativos y sociales positivos o negativos de una sociedad, sino que se trata de denotar y señalar las limitaciones de dichos cambios supeditados por la heteronormatividad hegemónica que produce y mantiene formas concretas de discriminación.

Es importante destacar que el uso de categorías contemporáneas para estudiar sociedades de otros tiempos es un error, ya que conduce a errores de interpretación. Nuestra sociedad es heredera de la tradición greco-romana, pero las categorías actuales que utilizamos no son válidas para la Antigua Grecia, para la Roma Antigua o para tiempos precedentes. En el tema de las sexualidades, existen múltiples matices porque hay tantas construcciones sociales en torno al sexo como sociedades existen. Dentro del campo de la sexualidad, es sin duda la homosexualidad quien recibe mayor atención.

1. El Universo Griego.

El mundo de la Antigua Grecia es un universo cercano y lejano al tiempo. Es de suma importancia entender que, en la Antigua Grecia, las disidencias sexuales no son vistas como una anormalidad frente a la heterosexualidad, sino que son conductas vividas como una alternativa sexual más. En ese contexto, el cuerpo es considerado centro de todas las cosas y la moderación es entendida como la base del equilibrio y la perfección. Esta sociedad está profundamente influenciada por el estoicismo y su doctrina de la moral severa y búsqueda de la virtud en lucha contra las pasiones. Esta escuela considera que el bien supremo del hombre es la felicidad (que consiste en vivir de acuerdo con la ley de la naturaleza racional del hombre) y esta se logra a través de la virtud.

En Atenas alrededor del año 300 a. C. (dentro del contexto de la época helenística) se produce el inicio de una nueva corriente de pensamiento heredera de la escuela cínica: la escuela estoica. Este contexto histórico está marcado por la transformación de la ciudad griega con características de *polis* a una ciudad griega que pertenece al Imperio (o las monarquías que le suceden). Por lo tanto, el centro de gravedad de las reflexiones oscila entre una vida feliz en una ciudad feliz y justa, y entre la vida feliz y justa del individuo en una sociedad infeliz e injusta. Asimismo, las ideas restringidas de los conceptos de patria en sentido platónico y aristotélico se desvanecen y es un ambiente que favorece una concepción de una política más universal y fraternal que alude al cosmopolitismo y la igualdad de los hombres.

Esta corriente de pensamiento coexiste con la escuela epicúera y también con la escuela escéptica. Siendo el epicureísmo el gran rival de la escuela estoica que encuentra uno de sus temas principales en el rechazo de uno de los rasgos básicos del hedonismo del Jardín: la subordinación de la virtud al placer (Martos Montiel, 1998: 200). A diferencia de los epicúreos, los estoicos no evitan el dolor refugiándose en el culto al placer.

La evolución de la escuela estoica marca tres períodos importantes: el primero es el período ateniense y es netamente griego y está dirigido por Zenón (su fundador en el s. III a. C.). Se desarrolla en el Pórtico de Atenas y está representado por sus tres escolarcas designados oficialmente: Zenón de Citio (336-261 a. C.), Cleantes de Asos (331-229 a. C.) y Crisipo (280-206 a. C.). Después del período ateniense el estoicismo se extiende por el Mediterráneo. Panecio (185-110 a.C.) funda en Rodas un centro filosófico donde se congrega también Posidonio de Apamea (135-51 a. C.). Panecio se instala en Roma y Posidonio efectúa diferentes viajes científicos por el Mediterráneo. Con estos filósofos la escuela estoica penetra en el mundo romano. Es a partir de los dos primero siglos de nuestra era cuando se consolida la tercera etapa (preocupada por la ética) y es decididamente romana, donde sobresalen filósofos de la talla de Cicerón (106-43 a. C.), la fuente más confiable de Crisipo, Séneca (4 a.C.-65 d. C.), Epicteto (50-130 d. C.) y Marco Aurelio (121-180 d. C.). Posteriormente, y de manera tardía esta doctrina renace en Europa en los siglos XVI y XVII en la teoría de las pasiones: para Descartes, las pasiones son ideas confusas y, para Spinoza, son ideas inadecuadas. Asimismo, influye en filósofos como Kant y Hegel (Meyer, 1991: 223-230).

La noción principal de la filosofía estoica parte del *logos* (razón) que es considerada como una causa-ser. La virtud es conocimiento y tiene su origen en la razón, siendo un

bien que conduce a la vida recta y también es idéntica al pensamiento y a la felicidad (Barth, 1930: 189). De esta manera, cada objeto y cada evento está predeterminado por una serie de causas que causa otros efectos y, a su vez, esta serie de causas acontecen en otros: es lo que los estoicos denominan destino. El cosmos es un organismo vivo compuesto por cuerpos y fenómenos que se interrelacionan a través de relaciones causales y, al mismo tiempo, conforman una gran cadena causal y racional. Y el bien supremo es vivir de acuerdo con la naturaleza. Crisipo plantea que por naturaleza debe entenderse la universal y la propia; esta conformidad y coincidencia entre la armonía de la naturaleza individual con la universal constituye el fin moral. Asimismo, hace hincapié en la corporalidad y su capacidad más allá de la simple materialidad como elemento importante para recibir y ejecutar acciones, y considera que el alma es un cuerpo (Cappelleti, 1996: 291).

Los estoicos cultivan la enseñanza de la razón y la virtud, como elementos esenciales de la vida de un hombre (de lo contrario, el individuo pierde el sentido y el rumbo de su vida, en la virtud se encuentra lo que necesita el hombre para ser feliz), se preocupan por la forma de vivir del hombre y se cuestionan los caminos para obtener la felicidad. Por otro lado, consideran que todo lo que aleja al individuo (al racional) del logro del bien supremo le produce una alteración del entendimiento que se manifiesta en el brote de las pasiones, siendo estas las causantes del desequilibrio y la falta de armonía. Asimismo, el vicio (que es ignorancia) es el resultado de las pasiones (García Gual, 2008: 136). La pasión es considerada como una enfermedad del alma, fuente de perturbación y desgracia, lo que entraña un mal moral. Para Zenón la pasión no reside en el juicio mismo, sino en la repercusión sobre el alma, por lo que define la pasión como un movimiento carente de razón y en contra de la naturaleza del alma o un impulso excesivo (Diógenes Laercio, VII, 110). Crisipo mantiene que es necesaria la creencia para que se dé una pasión, y que existe una identidad entre creencia y pasión. Asimismo, reconoce el carácter motriz de la pasión, pues afirma que las pasiones son movimientos o inclinaciones. Pero insiste en la idea de que esos movimientos tienen lugar en el alma racional. Las pasiones, afirma Crisipo, son juicios[9].

Las pasiones fundamentales de las que derivan muchas otras son: el dolor o la tristeza, el miedo, el deseo o la concupiscencia y el placer. La *ataraxia* (tranquilidad anímica) y la *apathia* (ecuanimidad e indiferencia), que son promesa de felicidad y libertad, implican la posibilidad de erradicar las pasiones. Las ideas y argumentaciones estoicas sobre el placer son negativas y de abierto rechazo. En contraposición, consideran que hay tres afecciones buenas: la alegría, la precaución y el comedimiento. La frugalidad y la sencillez son valores importantes en la ética estoica. También, abogan por una sociedad fraternal universal y no creen en una sociedad de clases, ya que para ellos todos los hombres (varones) son iguales.

Para los estoicos existen dos tipos de hombres: los sabios (virtuosos caracterizados por la independencia y la responsabilidad de hacer el bien) y los imprudentes (dominados por las pasiones). Según la doctrina estoica, el hombre que alcanza la sabiduría está libre de afectos (indiferencia) (Engberg-Pedersen, 1993: 101). Sin embargo, el virtuoso

[9] *Ibidem*, VII, 112.

estoico no es un hombre dominado por las pasiones o por sus emociones, pero tampoco es un hombre insensible o apático (Boeri, 2004: 138). El estoico es un hombre conservador que no busca cambiar las leyes establecidas, y considera que el que obra mal no es porque tenga la intención de hacerlo, sino porque desconoce lo verdaderamente bueno (Boeri, 2010: 55-81). "El sabio estoico prefiere asumir el suicidio antes que rebelarse a un tirano" (García Gual, 2008: 138-140). Asimismo, critica que el hombre se tenga que poner en situación de arrepentimiento, no critica el arrepentimiento en sí mismo ya que el hombre sabio no se arrepiente. La perspectiva griega considera que el mal del hombre no reside en su corazón, por lo que el mal y el arrepentimiento pueden evitarse con el recto uso de la razón; en contraposición a la perspectiva cristiana inicial, en la que el pecado se relaciona con la naturaleza humana y (como consecuencia) exalta y distingue el arrepentimiento como vector de expiación. Es así, como la filosofía estoica se convierte en una filosofía de la responsabilidad, en una propuesta individual (redención individual de las equivocaciones) para la felicidad, compuesta por una teoría y una práctica ardua destinada a convertir al hombre en sabio. En este contexto, el placer debe ser a medida. El deseo debe ser dominado, y la virilidad consiste en ese control. Se trata de eliminar la pasión sexual. Es por ello por lo que el estoicismo propone el matrimonio para conseguir la propia paz y la monopolización de los placeres sexuales (Moreno Jiménez, 1990: 155).

Otro factor importante para comprender este escenario histórico es la mitología y sus conceptos debido a su importante influencia en la construcción social de esa realidad; entre ellos el concepto de la *hybris* (desmesura) y el concepto de *sophrosyne* (moderación). La hybris castiga todo intento de resistirse al orden jerárquico establecido y sophrosyne refuerza la sumisión a dicho orden que es interiorizado y hace que cada persona ocupe el lugar que le es asignado en la sociedad griega. Esta interiorización implica la aceptación del dominio y también, la comprensión del mundo a través de la mirada del dominador. Por lo tanto, los mitos contribuyen a la creación y mantenimiento de los roles de género, ya que la hybris muestra el papel que deben desempeñar los varones y las mujeres, y sus espacios genéricos. Toda vulneración de ese orden socio-sexual, es duramente castigada. La mujer debe desenvolverse en los estrictos espacios determinados para ello y el hombre debe velar por que la mujer no salga del ámbito doméstico. En las historias míticas se encuentran relatos donde la mujer es un ser sumiso que, muchas de las veces, es violentada física y moralmente, por hombres o dioses dominadores. Hay historias donde la mujer se atreve a actuar de manera reprobable según el orden social y es sometida a duros castigos. Por lo tanto, es una sociedad basada en un dominio patriarcal (Pérez Miranda, 2009: 104).

Es en este contexto (influenciado principalmente, por la doctrina estoica, y por la mitología griega) la sociedad de la Antigua Grecia desprecia la pasión como elemento irracional, pernicioso y desequilibrador que lleva al error y al vicio al cuerpo y la mente. El mundo griego es una sociedad pensada para el varón adulto. Por su parte, la mujer griega está considerada un ser inferior al hombre incapaz incluso de proporcionarle placer sexual. Por ello, el sexo heterosexual puede practicarse como necesidad biológica o fisiológica destinada a la reproducción y vedada a los placeres. Siendo las relaciones

homoeróticas con fines educativos un medio legítimo para alcanzar y obtener placer erótico entre iguales.

En la Antigua Grecia la separación actual que existe entre heterosexualidad y homosexualidad no existe. La utilización de estos términos (homosexualidad-heterosexualidad) para referirse al mundo antiguo supone un anacronismo, ya que estos términos no existen en dicho período. Los utilizamos porque son los que hay actualmente, pero deben ser entendidos y ser utilizados con ciertas reservas (Dupont, Eloi, 2001: 9). Posteriormente, esta separación se concreta en las sociedades de tradición judeocristiana, como la nuestra. En la sociedad de la Antigua Grecia las prácticas sexuales que hoy denominamos homosexuales no tienen una connotación negativa al no estar relacionadas con el concepto cristiano del pecado. Por el contrario, el sexo en este momento de la historia es considerado como una fuerza positiva generadora de vida y estrechamente vinculada al concepto de la fertilidad.

En la cultura de la Antigua Grecia la homosexualidad es considerada una conducta sexual corriente, no es posible hacer discriminaciones ni minorías porque todos los hombres de posición practican el rito iniciático, es decir, se inician homosexualmente para adquirir la madurez, incluso, antes de conocer su propia condición sexual (Brundage, 2000: 34, Martínez, 2005: 54). No existe una separación absoluta y radical entre heterosexualidad y homosexualidad como ocurre en nuestra sociedad, sino que se entiende la homosexualidad desde una tolerancia y normalidad difíciles de encajar en sociedades de raíz judeocristiana (Martín, 2011: 248). Lo que más importa en la ética sexual de la Antigüedad griega es el honor y su opuesto, la vergüenza; un hombre griego debe llevar una vida sexual adecuada a su posición donde el control del yo es fundamental para una mente sana (Laqueur, 2007: 124).

En este entorno, la sexualidad antes del matrimonio está caracterizada por unos roles sociales y unos comportamientos sexuales definidos tanto para hombres como para mujeres. Asimismo, es determinante el entorno social, sea este rural o urbano y la posición social a la hora de tener una actitud determinada con respecto a la sexualidad. En la relación de pareja grecorromana lo tradicional es la existencia de un miembro activo (el varón adulto y ciudadano), tanto en las relaciones heterosexuales como en el caso de la pederastia griega (que satisface sus necesidades sexuales en otro pasivo: la mujer, el muchacho, y el grupo de los esclavos de ambos sexos, cuyo placer o displacer no es objeto de consideración). Siendo notorio el carácter bisexual de los varones griegos, que conocen desde muchachos tanto las relaciones homoeróticas como las relaciones heterosexuales (Veyne, 1987: 200). El comportamiento sexual considerado respetable y honorable y propio del hombre griego, es un comportamiento sexual que implica la dominación y la superioridad. Es por este motivo, que la falta de dominio sobre los placeres del cuerpo es considerado típico de las mujeres, los niños y los esclavos; situación que les singulariza en una posición pasiva ante el placer. Por otro lado, la virilidad implica una posición activa del hombre lo que le permite ejercitar la dominación propia del ciudadano griego. El dominio masculino en el terreno sexual está directamente relacionado con el desarrollo y ejercicio de los derechos cívicos y políticos. Por estas razones, ser dominado sexualmente impide ejercer cualquier

actividad política, siendo apartadas las mujeres del gobierno de la ciudad. Asimismo, la prostitución homosexual pasiva es severamente castigada y el condenado es privado de la ciudadanía.

En la Grecia Antigua la forma de valorar las relaciones personales se basa en la posición social y el rol que se desempeña. Se establecen en la aristocracia relaciones homoeróticas como rasgo cultural dominante: el denominado rito o institución iniciáticos. La forma más común de las relaciones entre hombres es la *pederastia*. Sin embargo, la relación homoerótica solo es permitida en circunstancias concretas. Para que la relación entre dos varones sea aceptada debe existir una diferencia de edad entre el amante adulto, que debe ejercer el rol de activo, y el joven amado, que debe ejercer el rol de pasivo. Este tipo de relación pederasta no puede ser definida como una relación homoerótica u homosexual ya que para los griegos la noción de virilidad se identifica con una posición activa ya sea heterosexual u homosexual.

Dentro del contexto de la *polis* esta es una institución educativa de transición de la niñez a la adultez que implica finalmente el ejercicio de la ciudadanía, donde se transmiten los valores aristocráticos que alejan al iniciado del resto de los hombres con un estatus social inferior. La pederastia implica una relación homoerótica entre el maestro iniciador (adulto-ciudadano) y el candidato a la iniciación (niño-adolescente). Se configura como una relación social obligatoria y bien reconocida alejada del pensamiento actual que puede sugerir una relación de sumisión y humillación. Los señores griegos de buena posición social, casados[10] y, reconocidos socialmente, eligen a los púberes jóvenes mejor preparados de la sociedad para iniciarlos. Mediante el rito de la iniciación, el *erastés*[11] (amante) inicia sexualmente a su *erómeno*[12] (amado), con lo cual el rito supone la madurez biológica del iniciado. El papel del erómeno es aceptable de 12 a 18 años y en el momento que el efebo tiene barba se considera la relación acabada. La crisis de la institución de la pederastia comienza a ser perceptible a partir del siglo IV a. C., cuando también se altera el marco político donde tiene validez. La expansión de la cultura griega a áreas donde esta institución no está socialmente aceptada puede influir en la menor relevancia de las relaciones homoeróticas (Dover, 1978: 84-86).

En las ciudades estado muy militarizadas como Esparta (o posteriormente Tebas) existe una percepción diferente de la homosexualidad. A los niños de 12 años se les asigna un adulto como instructor, que asume las funciones de responsable de su educación y de la instrucción militar. En este caso, los soldados permanecen desde niños en ambientes castrenses y descubren allí su sexualidad. Siendo su única realidad social ya que tienen

[10] La edad media en la Antigua Grecia del hombre para casarse es de 30 años.

[11] En la Grecia antigua, el erastés (en griego ἐραστής, 'amante') es un hombre adulto comprometido en una pareja pederástica con un adolescente, llamado *erómeno*. Un erastés es generalmente un ciudadano influyente de la clase alta, comprometido en la vida social y política de su polis, que goza de cierta fortuna. Aunque algunas veces está casado y es padre de familia, generalmente esta relación tiene lugar antes del matrimonio, que en el caso de la sociedad griega es tardío, ya entrada la treintena.

[12] El erómeno (en griego ἐρώμενος *erómenos*, pl. ἐρώμενοι *erómenoi*) es un adolescente comprometido en una pareja pederástica con un hombre adulto. Un joven es susceptible de convertirse en erómeno desde el momento en que sale de la estancia de las mujeres, el gineceo, para frecuentar la palestra, donde recibe una educación intelectual, física y castrense.

prohibido el contacto con sus familiares e incluso las relaciones con mujeres. De esta manera, las relaciones sexuales, y también afectivas crean auténticos lazos de amor y fidelidad entre compañeros de armas. Este tipo de relaciones tienen también un fin político-estratégico: su finalidad es convertir estos lazos afectivos en barreras infranqueables que aseguren la supervivencia de los soldados y, por otro lado, que conviertan al ejército en una fuerza invencible.

En cuanto a la homosexualidad femenina el rechazo es total, siendo tabú en la Grecia Antigua. Es posible que debido a este rechazo escasamente aparece el lesbianismo reflejado en la mitología clásica. Aunque si se refleja en ciertos mitos de travestismo y transexualidad, como es el caso de Leucipo que se disfraza de mujer para poder estar cerca de la ninfa Dafne (sin conseguir su amor debido a la intromisión de Apolo), o también el caso de la ninfa Calisto, acompañante de la diosa Ártemis, esta ninfa es seducida por Zeus, quien para cautivarla adopta la figura de la propia Ártemis. En estos mitos se ponen en evidencia el travestismo de Leucipo y la pérdida de la virginidad de Calisto. Ambos, aunque resistiéndose son obligados a bañarse siendo desvestidos por sus compañeras. Sin embargo, tanto Leucipo como Calisto son salvados por intervención divina, bien, en el caso de Leucipo, obteniendo una invisibilidad que le permite librarse de las flechas, o bien, en el caso de Calisto, mediante la metamorfosis se convierte en osa y en constelación (Pérez Miranda, 2009: 102).

En una pareja lésbica, una de las mujeres debe asumir el papel activo de la relación sexual. Por lo tanto, contraviene su propia naturaleza y el ordenamiento sexual de esta sociedad. Las mujeres no son dueñas de su sexualidad y deben estar sometidas a la autoridad masculina de un *kyrios* o representante legal que puede ser un padre, un hermano o tutor. Esto es evidente en el caso de las esclavas, cuya sexualidad pertenece a sus dueños. Siendo la traición a esta lealtad-obligación violentamente castigada. Apolodoro (180 a. C.-119 a. C.) explica en la *Biblioteca mitológica* (III: 73) que Apemósine es violada por Hermes y, posteriormente, por su hermano Altémenes, que, en ese momento, ejerce de *kyrios*. Al explicarle Apemósine a su hermano que ha sido violada por un Dios, no le cree y la mata a patadas. El padre o el kyrios son los encargados de concertar el matrimonio de las mujeres de la familia. Muestra de la pasividad y valor dentro de la estructura social es que los hombres griegos pueden abandonar a sus mujeres para concertar un nuevo matrimonio más rentable económica y políticamente. De esta manera, al lesbianismo se lo considera una práctica sexual monstruosa. Pero, no por el acto sexual en sí mismo, sino por la transgresión del papel social de la mujer.

La ley penal en Grecia está subordinada a la constitución política de cada una de las regiones que la integran. Volviendo al caso ateniense, existe una legislación del siglo VII a. J. citada por Esquines (s. IV a. J.) en *Homosexualidad Griega* (Dover, 2008: 50-55) que prohíbe la prostitución con la privación del ejercicio de los derechos cívicos. Además, priva también de derechos cívicos a todo ciudadano que maltrate a sus padres, eluda el servicio militar, huya del campo de batalla, dilapide su patrimonio y como hemos reseñado, a todo aquel ciudadano que prostituya su cuerpo con otro varón. Teniendo en cuenta que en Atenas nadie, salvo un ciudadano ateniense, puede ostentar

un cargo administrativo o estar habilitado para hacer una propuesta en la Asamblea. Este papel activo del ciudadano griego le otorga ciertas prerrogativas sexuales. Se puede tener una relación con otro hombre de inferior estatus social sin que sea reprobable si se adopta una posición activa. De lo contrario, es causa de oprobio al estar relacionado con la debilidad y la sumisión.

Esta norma establece restricciones en relación con la prostitución tanto para mujeres como para hombres que utilizan su cuerpo para dar favores sexuales a cambio de dinero. Sin embargo, esta legislación no prohíbe en sí los actos sexuales entre personas del mismo sexo, ya que se refiere a la venta del propio cuerpo y no a su ofrecimiento. En cuanto a las penas, las cláusulas que prescriben dicha ley son las siguientes[13] :

a) Si un hombre que se ha prostituido en lo sucesivo toma la palabra en la Asamblea, ostenta un cargo en la administración, entonces puede emprenderse contra él una acusación, y si se le encuentra culpable, puede ser ejecutado.
b) Si el padre o el tutor de un niño lo prostituye a un hombre, tanto el padre (o el tutor), como el cliente incurren en un castigo.
c) El proxenetismo, cuando se ejerce en relación con una mujer o un niño de condición libre (no esclavos), está penado con las penas más severas.
d) La *hybris* (que puede traducirse como desmesura), que se perpetra en la persona de un hombre, un niño o una mujer, sea de condición libre o esclava, también incurre en penas severas.

De esta ley, se pueden deducir implicaciones importantes: que los extranjeros al no gozar de derechos cívicos son libres de prostituirse sin incurrir en una pena o inhabilitación mayor que la que su condición de no-ciudadanos les impone. Por otro lado, si un ciudadano ateniense practica abiertamente la prostitución y es elegido magistrado (elegido por sorteo), puede declarar su incapacitación lo que le exime de procesos y castigos.

En este entorno existen hombres afeminados e incluso abiertamente homosexuales, rechazados e, incluso, castigados socialmente. Sin embargo, el factor determinante que implica la aceptación o rechazo de tales conductas sexuales es la pertenencia o no al marco de la pederastia aristocrática. La no posesión de dicho estatus implica la expulsión al mundo de la marginalidad o de la prostitución. Es decir, las relaciones homoeróticas más aceptadas socialmente se dan en los ambientes aristocráticos y militares. En el resto de la sociedad, incluyendo mujeres, esclavos, libertos y simples ciudadanos, este tipo de conductas y relaciones sexuales está perseguido y castigado.

El hecho de la iniciación homoerótica dentro del ámbito de la institución de la pederastia no implica la elección de una orientación sexual y una identidad de género determinada. Simplemente, es la iniciación de la actividad sexual del iniciado que, a su vez, implica la madurez como hombre y como guerrero, presto para la lucha. De esta manera, el iniciado está preparado biológica y físicamente para casarse y adquirir el estatus de hombre adulto y ciudadano de pleno derecho. Por lo tanto, debe abandonar su posición pasiva.

[13] *Ibidem*, p.60-61.

La sociedad de la Antigua Grecia es un escenario donde lo masculino mide la belleza y la civilización. Situación que aporta a los varones privilegios especiales en sus conductas, incluidas las sexuales. Por el contrario, la mujer al ser considerada un ser inferior queda relegada a una posición pasiva y sumisa y, sin los beneficios otorgados al hombre.

2. Roma: *Romanae Societatis.*

El varón romano y ciudadano libre tiene una amplia gama de prácticas sexuales a su disposición. Con una importante limitación: su rol es ser la parte activa de cualquier relación. Y, además, no puede elegir compañero sexual pasivo a otro ciudadano libre romano. Si lo hace, es motivo de vergüenza, humillación y condena jurídica con la consecuente pérdida de derechos civiles (Gonfroy, 1972: 103; Dover, 1978: 49-55; Buffiere, 1980: 703; Veyne, 1987: 51). El miedo a la vergüenza a los ojos de la comunidad es un buen revulsivo y es también un modo de control social del decoro de la ciudadanía. La pérdida de la buena fama o buen nombre (*virtus* o conjunto de cualidades propias de la condición de hombre: valor, valentía y esfuerzo viril) implica un estigma social y legal importante ya que el prestigio es una variable de máxima importancia en el sistema social romano y, además el ciudadano romano fruto de este posible menoscabo es susceptible de perder muchos de sus privilegios.

Generalmente los esclavos o los extranjeros prisioneros son quienes ejercen el rol pasivo (*servus)* en las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, al no ser considerados personas sino propiedades. También, asumen este rol sexual los *semi vir* o personas afeminadas o carente de las virtudes del hombre, las prostitutas o prostitutos homosexuales (*scortum*). El ciudadano romano como sujeto activo de las relaciones sexuales no ejerce su dominio sexual indistintamente sobre todos los seres; le está prohibido someter a los niños, a los hombres y mujeres de nacimiento libres, y a los ciudadanos e hijos de ciudadanos a excepción de su legítima mujer. Sin embargo, como requisito esencial las prácticas homosexuales deben realizarse conforme a los *mores maiorum* (usos y costumbres que son vigentes hasta el final de la República). Sin bien no son normas escritas, este conjunto de reglas de conducta se configuran como fuente no escrita del *Ius Civile*. Frente a la libertad sexual ilimitada del varón romano y de su posición activa en las relaciones sexuales, sólo las adúlteras se permiten llevar la iniciativa en la relación erótica con vistas al propio placer (que sean sexualmente activas), lo que se interpreta como una falta de contención, que puede llevar a la comisión de cualquier otro delito. Ser capaz de contenerse sexualmente se asocia con un estatus social elevado lo cual supone educación y cultivo del espíritu.

La sexualidad en Roma es un claro reflejo del concepto de poder, el hombre romano, es un hombre que posee y que domina, por lo tanto, su obligación es la de asumir el rol activo en las relaciones sexuales. En la familia tradicional y nuclear, el *pater familias* es juez y verdugo todopoderoso. Sin embargo, con el tiempo y la evolución de la sociedad romana, tal poder es menos absoluto frente a la autoridad estatal. En el mundo romano, la justicia es absoluta, y lo que se reclama es la venganza por la transgresión del orden

establecido. En este contexto, la sexualidad no es una cuestión de amor ni de placer ya que el ciudadano romano impone su autoridad. El hombre libre romano se encuentra en posición de tener relaciones sexuales con un esclavo o con un prostituto/a con la finalidad de obtener un placer tranquilo, opuesto a la pasión arrebatadora (signo de debilidad y falta de autocontrol).

El ordenamiento sexual en la sociedad romana está marcado por fuertes tabúes morales y sexuales. Las prácticas sexuales que están socialmente aceptadas son aquellas que se deben realizar dentro del matrimonio heterosexual. La sexualidad romana es de total dominio del ciudadano romano, quien ejerce absoluta autoridad con su esposa y esclavos. Por lo tanto, es una vulneración importante de dicho ordenamiento sexual la alteración de los roles sexuales y sociales preestablecidos. Es así como una mujer no puede asumir un rol activo en una relación sexual ya que contraviene la estructura de poder de dicha sociedad basada en la virilidad y el papel activo del hombre. Esta exigencia pone de relieve la calidad del hombre romano: se opone a la mujer en fuerza y apariencia, pero también se distingue por su potencia sexual. El sometimiento ejercido por el ciudadano es un honor y un derecho, mientras que ser sometido es una vergüenza y aún mucho más si se es un ciudadano libre.

En la Antigua Roma, al igual que en la Antigua Grecia el sexo entre varones goza de una gran tolerancia social, son sociedades homófilas. La influencia de la cultura griega durante la República a partir del siglo II a C. es un factor de importancia en la normalización de ciertas conductas sexuales. Pero es importante comprender que en la antigua Grecia este tipo de relaciones tienen otro tipo de tratamiento social y jurídico. El mundo romano se caracteriza por ser una sociedad patriarcal, machista, esclavista, clasista y violenta. Es una sociedad donde prima la propiedad privada y la idea de igualdad se reduce a un selecto grupo de personas, donde la raza y el sexo son variables fundamentales.

En Roma la cultura pederástica no tiene lugar como elemento incorporador del joven en la colectividad de varones adultos. Este hecho influye de manera decisiva en la alta consideración que la relación heterosexual adquiere posteriormente. Dupont y Eloi (2001: 33-43) estudian el rechazo de la pederastia entre los romanos. Estos autores consideran que la causa no está en la erotización del cuerpo de los muchachos (tal erotización está perfectamente aceptada con esclavos o libertos), sino que concierne a ciudadanos libres. Si la pederastia en Grecia está asociada a la exaltación de la belleza adolescente en el gimnasio, en Roma hay una gran resistencia a la desnudez de los cuerpos entre ciudadanos libres. Si en Grecia constituye un rito iniciático a la masculinidad del futuro ciudadano, en Roma, donde no se conoce ningún rito semejante, el joven que es seducido desde la infancia puede ver cuestionada su masculinidad adulta; tampoco es asimilable en Roma el papel de aprendizaje de la sociabilidad ya que es una función específica a cargo del *pater*. El rechazo de la pederastia no tiene una dimensión erótica, sino que es un rechazo político y social, ya que esta institución no sirve como modelo de reproducción social del ciudadano en la sociedad romana.

También, es sustancial tener en cuenta la influencia de los cultos mistéricos en el proceso posterior de renuncia al erotismo: en estas creencias, mediante unos ritos de iniciación se propone el surgimiento de un hombre nuevo, capaz de superar los vicios terrenales, de manera que se potencian las cualidades éticas de los individuos y se les convierte en modelos dignos de ser imitados. Los misterios isíacos, por ejemplo, proponen la abstención sexual como preparación para la trascendencia e Isis como diosa dadora de las leyes y organizadora de la sociedad en torno a unos valores, propone un modelo de comunidad edificada en torno a la institución del matrimonio heterosexual en donde reina la concordia (Alvar: 2001: 123). Estos cultos someten a los individuos a un orden coincidente con valores que Roma posteriormente quiere potenciar. Es así, como durante la época imperial se convierten en instrumentos al servicio del poder político y desde las clases dirigentes se propician como medios de integración de los súbditos de las provincias en la *romanitas*.

También, corrientes como el gnosticismo (movimiento filosófico espiritual que nace en Persia en el s. III a.C. sobre la base de la religión de Zaratustra (628-551 a. C.) se extiende por occidente y por oriente llegando a China. Representantes importantes son Valentín (100-160 d. C.), Basílides (120-140 d. C.), Marción de Sinope (85-160 d. C.), Marcos el mago (s. II d. C.), entre otros. Esta corriente ejerce fuertes influencias en el judaísmo tardío y posteriormente, en el cristianismo de los primeros siglos de la iglesia católica en relación con la sexualidad, considerando que la salvación debe ser entendida como la liberación de la opresión de la materia y del cuerpo sexuado, por medio de una revelación de la gnosis[14]. Su principio fundamental es la radical oposición entre el Dios verdadero y la materia. La gnosis se presenta como una religión dualista redentora del hombre, con una visión del mundo, de la política y de la realidad humana pesimista, especialmente de la sexualidad y de instituciones como el matrimonio. Esta religión está fuertemente influenciada por conceptos platónicos. Para esta creencia existe un mundo espiritual al que se accede apagando los deseos materiales, entre ellos los sexuales. Esta corriente considera que la materia es negativa y es creada por un Dios malvado y menor, creado a su vez, por el Dios auténtico ajeno al mundo y fuente de toda luz y sabiduría (Sol Jiménez, 2016: 227-229).

Para el gnosticismo la espiritualidad se manifiesta a través de la mortificación de la carne, la iluminación a través de estados alterados de conciencia y por la renuncia al mundo material para abrazar el quietismo y el retiro. Es así, como para el gnosticismo cristiano la salvación no se produce a través de la fe, sino a través de un conocimiento introspectivo (gnosis) superior a la propia fe. Posteriormente, en el siglo II de nuestra era y ante una gran proliferación de distintas facciones que promulgan una amplia variación moral de sus preceptos, el obispo Irineo de Lyon lo declara herejía en el año 180 d. C.

Por su parte, la doctrina estoica es la corriente de pensamiento más difundida entre las clases altas y educadas de la sociedad romana. La influencia de los estoicos (que en su búsqueda de la felicidad personal rechazan las perturbaciones que las relaciones suponen y que son, por ello, radicalmente contrarios a la búsqueda del placer sexual)

[14] Conocimiento absoluto e intuitivo. Real Academia Española (2019).

está íntimamente relacionada con la construcción del ideal de virtud (que afecta particularmente a las mujeres). Por su parte, la contención masculina está presente también como ideal, sin embargo, el nivel de exigencia en su realización es menor (Blázquez, 1995: 384). Este ideal de autocontrol, que tiene su origen en los presupuestos griegos, encaja perfectamente con las virtudes que en relación con la moral sexual se espera de las mujeres romanas en el matrimonio: *pudicitia*, *castitas* y *pudor* (Alvar, 2001: 128).

La perspectiva estoica es de vital y mayor influencia en el estoicismo romano y particularmente en el pensamiento de Cicerón, Séneca y Marco Aurelio. Séneca parte de la visión estoica de la virtud como ejercicio de la racionalidad y considera que el tratamiento de las pasiones humanas es el principal impedimento para alcanzar la sabiduría (Séneca, 1992: 114). Siendo la ira la pasión más temida de todas (considerado vicio puro) e insiste en mostrarla como la única pasión que posee una cara colectiva, social y contagiosa que la separa y diferencia del resto y que la convierte en mal propio de las naciones y antagonista del buen gobierno (Séneca, 2007, III, 2, 2). La ira es la más enfurecida de las pasiones. Séneca la define como una locura de corta duración, pues se vuelve contra sí misma, incapaz de controlarse, y se obstina en sus propósitos, sin que tenga capacidad de discernir lo justo de lo verdadero (Séneca, 1996: 64). También considera que todo impulso, todo deseo, toda pulsión corporal no racional debe ser evitada. Ya que la peligrosidad de los vicios y de las pasiones no se limita a la violencia, sino que incluye una serie de efectos perniciosos como asesinatos, envenenamientos, catástrofes, ruina, enfermedades, etc. y cualquier manifestación de la violencia tanto en el ámbito público como privado.

Para los estoicos romanos solo la razón sirve de guía para la acción. Por lo tanto, la actitud del sabio debe ser no solo de frontal rechazo ante la ira, sino que le exige por su parte una oposición y resistencia ante el miedo que la ira infunde, el sabio debe confrontar a la ira con su propio valor, para de esta manera, dominarla como reacción ante la injusticia (Pajón Leyra, 2018: 3). Séneca relaciona la ira y las bajas pasiones con el comportamiento femenino e infantil, teniendo en cuenta el contexto, es una alusión a aquellas personas carentes de derechos políticos ya sea por su consideración social y de que su naturaleza no es adecuada para disfrutar dichos derechos, o porque su edad no se lo permite (Séneca, 2007, 11, 10, 2). Séneca (2007, II, 9, 1) cree que la ira pone en riesgo la justicia, la honestidad y racionalidad del buen gobierno. Y, considera que, si su presencia como vicio logra subvertir la moral vigente, la violencia y la injusticia pueden llegar a hacerse manifiestas. Asimismo, Séneca entiende que el Estado tiene entre sus responsabilidades la obligación de corregir el vicio, y de esta manera, manifiesta el papel de la pena (Pajón Leyra, 2018: 20). Es a partir del siglo III d. C. cuando el estoicismo desaparece por completo, siendo sustituido por el neoplatonismo y por el cristianismo.

Antes que estoicos y cristianos afirmen que la moral sexual debe ser la misma para todos (más para imponer la castidad a los amos que para proteger a los esclavos), la moral romana se acomoda según el estatus social. Pero, al mismo tiempo, todavía son sociedades vírgenes de prohibiciones religiosas. La sexualidad aceptada

mayoritariamente es la heterosexual ya que proporciona nuevos ciudadanos y guerreros. Sin embargo, hay una clara diferenciación entre la sexualidad reproductiva y la destinada al placer sexual. Si el placer no debe buscarse, el matrimonio solo puede justificarse por la procreación y cualquier relación fuera de él sería condenable. Esta idea, la más importante de las finalidades del matrimonio, se extiende en la época imperial (Blázquez, 1995: 383). Las relaciones homosexuales son conocidas y aceptadas como parte del tejido social necesario para la supervivencia colectiva. Incluso se presupone que se dan con naturalidad en la adolescencia. Sin embargo, pertenecen al ámbito de lo privado, no se hace ostentación pública, pero tampoco es un insulto sacarlas a la luz.

En Roma, el amor entre personas del mismo sexo no es delito, ni es un acto penalmente reprobable siempre que sea una decisión libre y consentida, se respeten las normas sociales de la ciudadanía romana y se mantengan en la sombra. Estas prácticas sexuales no son aceptadas por la *pudicitia* romana (o virtud sexual). Sin embargo, no es un impedimento ni recibe condena social ya que homosexualidad y bisexualidad están extendidas y socialmente aceptadas. Es sustancial comprender que en una realidad social donde la bisexualidad está ampliamente propagada, el ciudadano romano en algún momento de su vida asume la institución del matrimonio heterosexual para reproducir la estirpe ya que su finalidad es la procreación de hijos legítimos, siendo las prácticas homosexuales complementarias y optativas a su vida sexual. La sociedad romana no condena las relaciones homoeróticas, sino que condena el hecho de adoptar un rol pasivo en las relaciones sexuales. Esta posición implica estar al servicio y disposición de otro y este papel solo es concebible para seres de rango social inferior (Robert, 1999: 217-218). Además, existen otras conductas sexuales reprobables y vergonzosas para esta sociedad como son: la felación, considerada la máxima injuria y el *cunnilingus* (Veyne, 1987: 59). En este escenario, la moral romana se acomoda al estatus social.

El matrimonio heterosexual romano es exclusivamente por intereses económicos y políticos. La mayoría de las relaciones conyugales carecen de una natural intimidad y son de escasa atracción para los cónyuges. Por lo que las relaciones sexuales con los esclavos son relaciones que se alientan y apoyan. De todos modos, el matrimonio es una institución fundamental en la sociedad romana ya que define la propiedad y la legitimidad de los hijos. Sin embargo, esta institución no es considerada sagrada desde el punto de vista moral y religioso.

Marcial (2000) en sus *Epigramas* (Lib. XI, Ep.26) da cuenta de los banquetes romanos donde se da rienda suelta al placer y la sexualidad. Este autor explica cómo se producen en estos encuentros sociales una relación de complicidad afectiva y sexual entre amo y esclavo, aunque manteniendo ciertas normas de decoro (que no pongan en peligro el buen nombre del ciudadano). Asimismo, y en relación con el concepto de homosexualidad pasiva Marcial también en sus *Epigramas* (Lib. IV, Ep. 48) asume duras palabras para esta posición sexual (que supone y simboliza un grave atentado a la autoridad y poder del hombre libre en esta sociedad).

En cuanto a los *cinaedi* (homosexuales travestidos), Juvenal (1996: 13) en su *Satira II*, considera que estos homosexuales abiertamente pasivos son un atentado contra el *decorum social.* Los *cinaedi* son los peor considerados socialmente ya que carecen de virilidad e infringen las normas de género (ordenamiento sexual romano). Además, suponen una amenaza importante a la escala de valores de esta sociedad.

La categoría de sodomita activo describe la relación sexual de un varón adulto con otro varón más joven, donde el primero penetra analmente al segundo, implicando una relación entre dominante y dominado. Este acto sexual se vincula con el campo de la sexualidad, aunque no deja de poseer ciertos atributos de género. En Roma, existen generalmente dos tipos de relaciones homosexuales: las uniones informales, dominantes en las clases bajas; y las uniones permanentes y exclusivas, propias de las clases altas que culminan en matrimonios homosexuales.

En esta sociedad las normas sociales son muy importantes. Es un contexto donde se presta mucha atención a los detalles y a las normas de género. La pronunciación, los gestos, los marcadores sociales, la forma de caminar, etc. Cualquier desviación en el comportamiento de género es una constatación de falla en la virilidad, cualesquiera sean los gustos y orientaciones sexuales. Entonces, se pasa de la condena moral a un rechazo que podemos calificar de discriminatorio. Éste es el tratamiento para la pasividad entre los hombres libres y para las satisfacciones infames para las mujeres, el *cunnilingus*. Es así como las relaciones homosexuales se reducen a un caso típico: la relación entre un ciudadano libre y un joven adolescente, en la cual el goce y satisfacción es privativo del primero. Este tipo de relaciones detentadas por el ciudadano libre y romano, son conductas libres de sanción. Por lo tanto, ser ciudadano otorga privilegios y se configura como condición de exclusión y al mismo tiempo, de discriminación.

Las cosas comienzan a cambiar a partir de la práctica de la institución de la *mancipium*[15]. Esta potestad del Derecho civil consiste en la cesión por parte del padre, de su hijo, en su condición de *pater familiae.* El joven es técnicamente libre y ciudadano, pero asume la posición de esclavo a todos los efectos, incluso en el comercio sexual, consentido o no. Situación que crea una paradoja en cuanto el ciudadano libre no puede ser sometido y siempre debe tener una actuación activa en el comercio sexual como premisa de gobierno, poder y estatus. La masculinidad en todo caso siempre debe ser activa.

[15] La forma primitiva de la venta romana es la *mancipatio* (de *manus* y *capere*: tomar con la mano), institución que consiste en un rito solemne y sacramental que permite realizar toda clase de contratos, como los de adquisición o transferencia del dominio. Esa *mancipatio* también es empleada para la venta de los hijos con la consecuente adquisición por parte del comprador del poder del *mancipium*, el cual no impide que el hijo vendido siga siendo jurídicamente libre, pero con la obligación de trabajar para la persona compradora. El *mancipium* tiene por sustento la organización plebeya de la familia romana, dentro de la cual, el *páter* es el dueño absoluto de todos los bienes y de todas las personas que de él dependen, a las cuales puede dar en venta, real o fingida. La venta es real es: 1) cuando el *páter* da en venta al hijo para la obtención de un lucro, y 2) cuando abandona noxalmente al hijo, lo cual tiene lugar en aquellos casos en que, siendo responsable de actos de éste, se deshace de esa responsabilidad entregándolo en *mancipium* a la persona lesionada. Por su parte, la venta es fingida: cuando el hijo es dado en adopción, o cuando se practica la emancipación. Por último, cabe destacar que el *mancipium* se diferencia de la esclavitud en que el sometido a ese poder mantiene la condición de hombre libre, aunque está obligado a trabajar para el comprador cuando el negocio es real.

En una edad temprana, la observancia de la rectitud en el ejercicio de la sexualidad corresponde al Derecho penal doméstico y se centra en la figura del *pater familias*. Este sistema de punición es un sistema complementario del Derecho penal respecto de los delitos ejecutados por las personas sometidas a la autoridad del jefe de la casa en cuestión o contra alguna persona dependiente de él, y siempre que los delitos cometidos no estén incluidos en el Derecho penal público. Es notorio como se trata con mayor severidad a la mujer romana que falta a la castidad que al hombre, a quien solo se le considera cómplice. Con este tipo de trato se puede comprender como se culpabiliza de antemano a la mujer y se exculpa indirectamente al hombre de la participación y responsabilidad en la comisión de un delito. Sólo se le puede exigir responsabilidades a este último cuando está sometido a la potestad de su padre, y únicamente, por parte de su propio tribunal doméstico (Mommsen, 1905: 153-160).

Al analizar la homosexualidad dentro de las clases de relaciones existentes para el Derecho romano, es necesario mencionar los tipos de matrimonios ilegítimos, imperfectos o menos legales que se dan en Roma atendiendo al criterio clasificatorio de la consideración jurídico legal de los que se unen ilícitamente, en el que se enmarca el matrimonio entre hombres, para distinguir entre: a) concubinato; b) el contubernio; c) la unión formada por patricios y plebeyos; d) el matrimonio *contra mandata*; e) el vínculo fuera del matrimonio con persona deportada o desterrada a una isla desierta u oasis; f) la relación surgida en el cumplimiento del servicio militar y g) el propio matrimonio homosexual (De Robertis, 1939: 45). Por su parte, Ghirardi (2005: 9) estudia y efectúa un completo listado de las relaciones extramaritales existentes en el Imperio, calificándolas de uniones sexuales, actos sexuales contra natura y relaciones carnales consentidas llevadas a cabo al margen del matrimonio legítimo. Este autor señala como prácticas sexuales frecuentes, el adulterio, el concubinato, las relaciones con prostitutas, la violación o el rapto, el acoso sexual, el incesto, el contubernio, el estupro o la violencia sexual, la homosexualidad o el estupro con otro hombre (relación sexual consentida entre dos varones sancionada tanto en la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* como en sentido económico en la *Lex Scantinia*).

Se cree que entre los años 146 y 126 a. C., se dicta la *Lex Scantinia* que regula las prácticas sexuales. No se conserva ningún texto, por lo que no es posible conocer las especificaciones de la ley y saber si prohíbe específicamente las relaciones homosexuales. Sin embargo, se conoce a través de fuentes, cartas y epístolas de juristas como Cicerón, Suetonio, Tertuliano, Prudencio, etc., al regular los comportamientos homosexuales de los *cives*. Esta ley castiga las relaciones homosexuales que son reprobables por las buenas costumbres y por su consideración de graves. Teniendo en cuenta el contexto social romano surgen dos supuestos sancionatorios: el primero consiste en la sanción del estupro que se lleva a cabo con mujer viuda o con un joven. Por lo tanto, el estupro puede ser *stuprum cum masculo* (pederastia) y *stuprum cum puer* (relación ilícita con muchacho de edad pueril: infancia y adolescencia). El segundo caso sancionable es el de los *molles* o compañeros sexuales pasivos. En una relación homosexual adulta se castiga al actor pasivo por su debilidad y fragilidad, pero, fundamentalmente, por su pasividad sexual. Siendo comparado con las mujeres y su sanción es doble: se le acusa de deshonestidad por ser débil y por ser sometido igual que

a las mujeres, se le considera indigno de ser ciudadano romano por no ser capaz de dominar. La sanción consiste en una pena pecuniaria, y aunque su cantidad no aparece en las fuentes se deduce que se trata de 10.000 sestercios (Lovisi, 1998: 275-284).

También, existen uniones que confirman relaciones basadas en el afecto e incluso en lo espiritual. Fruto de este tipo de uniones surge en Roma la institución del matrimonio homosexual (Boswell, 1996: 223, 1998: 94)[16]. Esta es una prueba más de la regulación legal de las relaciones homosexuales en Roma. La existencia de leyes reguladoras de aspectos tales como el régimen jurídico legal de las uniones homosexuales previsto como matrimonio homosexual. En Roma existen dos tipos de relaciones homosexuales: las uniones informales, típicas de las clases bajas; y, por otro lado, las uniones permanentes y exclusivas, propias de las clases altas y que acaban en matrimonios homosexuales (Martín Sánchez, 2011: 249). Esta es la primera vez en la historia que se habla formal y legalmente de "matrimonio homosexual". Una institución que se configura como el mismo vínculo existente en las relaciones heterosexuales. El rito del matrimonio homosexual consiste en una ceremonia nupcial regulada por la misma ley del matrimonio entre hombre y mujer. En los registros históricos solo aparecen matrimonios homosexuales entre varones. La situación de la mujer homosexual es bastante diferente. La sociedad romana es patriarcal y la mujer está relegada a un segundo plano, salvo si la mujer pertenece a la clase patricia. Por otro lado, a la mujer romana le está negado asumir cualquier posición activa en el comercio sexual, de lo contrario, es una vulneración grave del ordenamiento sexual romano. Por ende, la homosexualidad femenina está sometida a discriminación y en otros casos es completamente ignorada.

Llegados a este punto es importante comprender lo que esta sociedad entiende por la institución del matrimonio romano con plenos efectos jurídicos en contraposición de las uniones homosexuales que previamente reseñamos. La compilación Justiniana contiene las dos definiciones más importantes de la institución del matrimonio que lo definen como: a) las nupcias son unión del varón y de la hembra en un consorcio de vida, comunicación del derecho divino y humano (Modestino Digesto, 23,2,1) y b) como sostiene Justiniano en sus *Institutas* (1,9,1), el matrimonio es la unión entre hombre y mujer con la finalidad de formar una comunidad indisoluble. Por lo tanto, de estas definiciones podemos deducir que esta institución es la unión de dos personas de distinto sexo capaces, natural y jurídicamente, siendo una situación basada en la convivencia conyugal (*honor matrimonii*) y en la intención recíproca de los cónyuges de tenerse por marido y mujer (*affectio maritalis*) (Robleda, 1980: 42).

[16] En opinión de Boswell, puede afirmarse la existencia de este tipo de matrimonios en Roma, caracterizados por su estatus inferior. Sostiene la celebración de uniones del mismo sexo por parte de la propia Iglesia, durante la Edad Media. Para ello, se vale de manuscritos medievales y textos litúrgicos. Además, sustenta su teoría principalmente en la celebración de las denominadas ceremonias de "fraternidad ritual", cuyo significado sería "creación de un hermano", celebradas por la Iglesia para unir a dos hombres y conocidas por la generalidad de los historiadores; hasta ahora habían sido interpretadas como la unión fraternal de dos hombres sin connotación sexual alguna, mientras que Boswell las interpreta como uniones del mismo sexo. No obstante, este autor recibe duras críticas de otros autores, entre ellos Didier Eribon (2001: 197), en las que se le acusa de traducir los textos antiguos de forma tendenciosa.

En consecuencia, dos personas de igual género no pueden contraer *matrimonium instum* ya que están incapacitadas para ello (*incapacitas assumendi*) (Peña García, 2004: 229, 262, 480). Esta incapacitación parte de que en las relaciones homosexuales no hay un consentimiento recíproco de las partes para unirse maritalmente en un consorcio vitalicio (*consortium omnis vitae*), ya que este tipo de prácticas sexuales tiene un carácter sexual o esporádico. Además, en la mayoría de los casos, dichas relaciones extramaritales complementan un matrimonio legítimo existente; no se puede hablar de consensus continuado (o *affectio maritalis*) (elemento subjetivo exigido para el matrimonio romano clásico y como consentimiento inicial en el Derecho posclásico) debido a que no se manifiesta una voluntad mutua exteriorizada ni la intención de vivir honestamente de acuerdo a las buenas costumbres que exige el elemento objetivo del matrimonio (*honor matrimonii*). Por último, y de gran importancia, es que en este tipo de relaciones sexuales la intención de las uniones no es la procreación sino la satisfacción sexual. Por lo que existe una manifiesta incapacidad física para contraer matrimonio (*impotencia generandi*), ya que las dos personas poseen el mismo género y comparten los mismos órganos sexuales (Montero Cartelle, 1991: 219-221). Por lo tanto, la ausencia del *ius conubii* (derecho a casarse) entre las personas que realizan prácticas homosexuales es el requisito más claro de ilicitud de esta clase de relaciones en Roma. Entre estas personas no existe la capacidad jurídica necesaria porque no tienen reconocido el derecho a contraer matrimonio y porque no existe la intención recíproca de comportarse como marido y mujer; lo que configura un impedimento moral para contraer matrimonio por la antinaturalidad de la relación. De esta manera, el acto heterosexual se configura como el único acto sexual según *natura*.

En la época republicana las relaciones homosexuales son frecuentes siempre que se respeten los *mores maiorum* (costumbres de los ancestros) y es Augusto el que trata de limitar su libre ejercicio (García Valdés, 1981: 22-24). Es al final de la República cuando la homosexualidad masculina comienza a ser vista como una mala práctica que atenta contra los valores de la sociedad al tornar a los jóvenes femeninos, hipersensibles y delicados y también por ser prácticas contrarias a las costumbres de los antepasados.

Desde una perspectiva social y cultural, el papel o rol pasivo o sumiso es una amenaza a la masculinidad y a la estructura social, y ese papel está reservado a las mujeres y a los esclavos. Tanto en la Roma monárquica, como en la República y el Alto Imperio el valor fundamental es la familia ya que asegura la indemnidad del linaje y, además, es el hilo vertebrador de la sociedad romana. Sin embargo, las prácticas homosexuales siguen ejercitándose y se manifiesta una elevada proliferación de la bisexualidad (teniendo en cuenta que la orientación sexual del *cives* es de libre elección). Es así como en el año 19 a. C., en los albores del Principado romano, el emperador Augusto (firme defensor de la integridad familiar) decreta la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* con el objetivo de restaurar las bases morales del matrimonio y evitar los comportamientos escandalosos y las perversiones sexuales.

Esta ley asume el tratamiento punitivo de las ofensas a la honestidad (que separa de forma definitiva los delitos de *stuprum* y *adulterium)* y somete al procedimiento acusatorio y a pena de carácter criminal, no civil a las ofensas a la castidad, además de

incorporar las relaciones sexuales entre hombres como un caso de estupro. En este estatuto, de forma general, se sancionan las clases prohibidas de amor y, especialmente, el estupro cometido con persona del mismo sexo siendo castigadas con mayor severidad las relaciones homosexuales masculinas que las femeninas o lésbicas. Cuando se intenta tipificar estas conductas sexuales, se hace mediante elementos objetivos como son: la penetración, el coito, el semen, etc., a partir de la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* se extiende la represión a las mujeres, basada en este tipo de tipificación[17]. Sin embargo, esta extensión sobre las mujeres en base a los elementos del tipo es absurda, ya que por sentido común una mujer no cumple los requisitos del tipo.

Se determina en *constituciones* que se hagan espadones (castración del miembro viril) y que los que son acusados de este delito estén sujetos a la pena de la *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis*[18]. Quienes son condenados, son castrados y pierden todos sus bienes en beneficio del fisco; además, si son esclavos se los condena a muerte. Igual penalidad se aplica al médico que hace la operación y al que, espontáneamente, se presta a ser castrado, así como al que hace castrar por la fuerza a otro. También a quien entrega a un esclavo, sabiendo que van a castrarlo. Además, el culpado es multado con la pérdida de la mitad de sus bienes. Iguales penas se aplican a aquellos que hacen perder la virilidad a los hombres, que los hacen impotentes. Teniendo en cuenta que la virilidad y posición o rol activo del ciudadano libre en esta sociedad es fundamental (Mommsen, 1905: 153 y ss.).

Los castigos impuestos por la *Lex Scantinia* son insuficientes ante las prácticas homosexuales y ante una normal bisexualidad de la ciudadanía. Como consecuencia de la ineficacia de esta ley ante las conductas sexuales homosexuales más graves (pederastia y comportamiento sexuales pasivos y afeminados) y la continuación del ejercicio de este tipo de relaciones por parte de la ciudadanía, surge dentro de los edictos específicos de *iniura* (son aquellos actos contrarios a Derecho considerados como ataque a la persona física, en la etapa clásica existe la exigencia de la intencionalidad de causar daño físico, psíquico, por escrito o por palabra), con la intención de limitar dichas prácticas sexuales, el edicto de *Adtemptata Pudiciticia* (s. II d. C.) (Delapuerta Montoya, 1999:16). También, en algunas ocasiones los romanos permutan la pena de muerte por la de encierro de por vida (Mommsen: 1905: 361).

Desde el siglo II de nuestra era, marcado por el reinado de Marco Aurelio hasta el siglo VI, se produce una modificación importante de las estructuras políticas y económicas. Este cambio produce una transformación del lugar que la persona y el cuerpo ocupan en la comunidad. Es la época de la virginidad heroica y la renuncia sexual, es la era del matrimonio y de por sí de la procreación. Es así como el matrimonio puede considerarse como un escudo contra la concupiscencia y es el gran campo de batalla de la sexualidad. La iglesia medieval hereda una poderosa tradición patrística, la cual sostiene que la unión entre hombres y mujeres es poco más que una excusa para el pecado. El sexo antinatural o que proscribe la norma religiosa con la propia esposa, por propósitos de

[17] Esta tipificación se realiza sobre las singularidades sexuales del hombre.

[18] La ley, promulgada durante la dictadura de Lucio Cornelio Sila, fue conocida como **"***Lex Cornelia de sicariis et veneficis***"** (Ley Cornelia sobre apuñaladores y envenenadores).

placer o no reproductivos, es tan malo como puede ser el propio sexo. El matrimonio, según San Agustín, tiene solo tres beneficios: *proles, fides, sacramentum* (procreación y educación de los hijos; confianza, tanto sexual como en los deberes que les corresponde a los cónyuges; y carácter sagrado, referido a la indisolubilidad y a la naturaleza sacramental de ese vínculo). Por otro lado, *Voluptas*, la capacidad para el placer sexual y la incapacidad de controlar los deseos que son concupiscentes pesa duramente en esas nuevas comunidades cristianas, ya sean monásticas o seculares. Cuanto más placentero es el acto sexual, más pecaminoso es (Laqueur, 2007: 164). Importa moderar la sexualidad, mantener la castidad dentro del matrimonio y refinar el celibato entre los que hacen voto de renunciamiento.

Ya en el año 222 d. C. el emperador Alejandro Severo ordena que los hombres que se prostituyen paguen una tasa con destino a la restauración de monumentos, situación anteriormente prevista solo para las mujeres que ejercen la prostitución. Con el tiempo las actitudes institucionales con respecto a estos actos sexuales comienzan a cambiar negativamente, de manera notable. Al mismo tiempo, la influencia de los dioses paganos y sus principios comienzan a declinar y son reemplazados por la nueva religión monoteísta, el cristianismo. Es a partir del siglo IV cuando se imponen una serie de prohibiciones legales contra la práctica de matrimonios homosexuales y comienzan a ser criminalizados con dureza. Los emperadores llevan a cabo una política represiva tendente a frenar la expansión de la homosexualidad y bisexualidad entre adultos y *pueri*. Establecen la pena de muerte para la homosexualidad pasiva y, posteriormente, también para la homosexualidad activa. De esta manera, se intenta limitar y frenar el comportamiento homosexual y bisexual de la ciudadanía romana (comportamientos plenamente aceptados por dicha sociedad), ya que ni la *Lex Scantinia* ni las *leyes Augusteas* logran su objetivo.

La modificación ideológica, la redefinición de la sociedad y su sexualidad, comienza con el Concilio de Elvira, celebrado entre el año 300 y el año 324 en Hispania Baetica[19], se ordena que a los que cometan estupro con los muchachos, ni siquiera a las puertas de la muerte, se les suministre la comunión. Esa es la línea que sigue el edicto de Teodosio del 6 de agosto de 390, donde se afirma que "hará falta expiar entre las llamas vengadoras y en presencia del pueblo, como requiere la enormidad del crimen, a todos aquellos que se hayan entregado a la infamia de condenar el cuerpo viril […] a soportar prácticas sexuales reservadas a otro sexo". Es a partir del año 328 d. C. cuando los emperadores Constancio y Constante dictan una ley (que aparece en el Código Teodosiano[20] y datada el 27 de febrero de 380) en la cual, por primera vez, se dispone pena de muerte para el homosexual pasivo. La *Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum* menciona esa constitución:

[19] La Baetica o Bética es una de las provincias romanas de Hispania. Adopta su nombre del río Betis, en la actualidad el río Guadalquivir. Su capital es la Colonia Patricia Corduba, la actual ciudad de Córdoba. Posteriormente, en el período visigodo, la capitalidad cambia a Híspalis, la actual Sevilla.

[20] *Codex Theodosianus*. Ordenado a compilar por el emperador Teodosio por una constitución de diciembre de 435 d.c. Está integrado por 16 tomos que comprenden las constituciones desde tiempos de Constantino hasta Teodosio II. Gutiérrez Alviz y Armario (1982). *Diccionario de Derecho Romano.*

C. Th. 9.7.6: *"...No toleramos que la ciudad de Roma, madre de todas las virtudes, sea manchada por la contaminación de un afeminado pudor en el varón..."*.

"Por lo tanto, a todos aquellos que tengan la vergonzosa práctica de condenar su cuerpo varonil, colocado al modo de las mujeres, a la tolerancia del sexo de otro, y no tener nada distinto de las féminas... los entregará al castigo de las llamas, en presencia del pueblo...".

Así, el 4 de diciembre del año 342 d. C. los emperadores Constancio y Contante, a través de una Constitución en Milán, condenan la homosexualidad pasiva y también condenan a aquellos hombres homosexuales que pretendan casarse con una mujer. La pena impuesta es muerte en la hoguera y posterior decapitación. Posteriormente, en el año 380 con el Edicto de Tesalónica, decretado por el emperador Teodosio, se promulga que el cristianismo se convierta en la religión oficial del imperio. A partir de este momento la iglesia cristiana inicia un proceso de transformación de las antiguas mores romanas (ética sexual), consistente en solaparlas con su ideario de modalidad sexual

En el año 390 d J.C. los emperadores cristianos Valentiniano II, Teodosio I y Arcadio dictan una constitución dirigida a Orencio, vicario de la ciudad de Roma, por la que se condena al suplicio extremo de la muerte entre llamas de la hoguera, a quienes se entreguen a la infamia de condenar al cuerpo viril, transformado en cuerpo femenino, para soportar prácticas reservadas a este sexo y realizarlas en prostíbulos masculinos. Esta norma recoge la conducta perseguida en la Constitución del año 342, promulgada por Constancio y Constante, en la que se pone de manifiesto la nueva moralidad cristiana en materia familiar y sexual, que es aceptada tras los Edictos de Milán de los años 313 y 314, conocido como *La Tolerancia del Cristianismo*, en el que se establece la tolerancia religiosa, dando fin a las persecuciones padecidas por los cristianos. Estos edictos implican importantes consecuencias para el imperio, el reconocimiento oficial del cristianismo y, en consecuencia, la expansión e influencia de la iglesia.

Esta Constitución del año 390 pasa en primer lugar al Código Teodosiano, lo que generaliza a todo el Imperio la condena en la hoguera a aquellos que en el ejercicio de prácticas homosexuales se sitúan en la función pasiva del acto y posteriormente, pasa al Breviario de Alarico para el Reino visigodo. Según algunas normas estatutarias italianas del medioevo, los sodomitas son primero ahorcados y posteriormente, se quema su cuerpo inerte.

Hasta el siglo V d. C., la política imperial con relación a las prácticas sexuales consiste en respetar los principios de la ética sexual antigua condenando a los homosexuales pasivos, quedando los homosexuales activos impunes debido a la representación y significación de la posición activa (fuerza, dominio y virilidad). Con la llegada del emperador Justiniano la política cambia drásticamente, ya que, aunque la homosexualidad se practica de acuerdo con las normas de decoro antiguas, el objetivo fundamental del Imperio es erradicar estas prácticas por su condición de relaciones *contra natura* en clara ofensa de Dios, conformándose no solo en una sanción social sino también divina. Bajo el reinado del emperador bizantino Justiniano I (482-565 d. C.) se legisla contra lo que se considera lujuria o placeres sexuales antinaturales de tal

manera que los que incurren en dichas prácticas incitan al diablo, son culpables y deben confesar al patriarca y hacer penitencia.

Se decreta que cualquier forma de comportamiento homosexual es contraria a la naturaleza y fuera de la ley de todo el imperio de Oriente. Es Justiniano el primero en legislar contra la sodomía. El *Corpus Iuris Civilis*[21] recoge las constituciones que proscriben la sodomía, en concreto con las *Instituciones Justinianas* publicadas en el año 533 d. C., e impone pena de muerte a cualquier persona que manifiesta conducta homosexual, actuase de forma pasiva o activa por considerarse un pecado imperdonable e inmemorable que ofende al Señor más que ningún otro. Contemplando una doble sanción: pena de muerte impuesta por la sociedad y la pena divina al ser un crimen religioso castigado por deseo divino. Posteriormente, en una segunda constitución del año 559 d. C. se persiguen a todos aquellos que cometan actos lujuriosos *contra natura*, del tipo que sean. La Constitución del año 533 junto a la del año 141 y la del año 559, deja perfectamente sentado la conducta que se quiere perseguir, el bien que se pretende proteger y la sanción aplicable. Para la perfección del crimen existe una conducta sodomítica perfecta, siempre que se produzca eyaculación en vaso posterior, pues la penetración sin eyaculación no es suficiente para la perfección del delito. La sola penetración anal sin efusión de semen no constituiría una verdadera sodomía, si bien se trataría de un estupro cometido sobre el sujeto varón pasivo corrompido. Con independencia de que el varón activo que penetra al pasivo eyacule o no, voluntariamente o no, lo importante para la perfección de los delitos de esta especie, es la reiteración y la repetición del acto sodomítico cometido en fraude de ley, tal como es seguido en la práctica de los tribunales milaneses, napolitanos, sicilianos, alemanes, etc. Se considera una agravante si el delito es cometido con consanguíneos o entre parientes. Y para ser averiguado y corroborado el hecho se procede al trámite probatorio a través de la confesión. En este sentido, todas estas casuísticas están detalladamente explicadas en la obra del padre franciscano Ludovico María Sinistrati D`ameno, inquisidor romano y experto exorcista. Y, especialmente en su libro, *De Sodomia Tractatus* (1879).

En este documento se argumenta que se trata de algo diabólico contrario a la naturaleza, *contra natura*. Y, que pone en peligro la seguridad pública, porque "por causa de tales ofensas ocurren hambrunas, terremotos y pestes" como queda de manifiesto con la destrucción de Sodoma" (Brundage, 2000: 98). Pero las propuestas de este cuerpo normativo no obtienen mucho eco en el Imperio Bizantino. Ni entre los reinos germánicos de la Europa occidental. Pero, si en la Hispania Visigoda. El cristianismo es la religión dominante del Imperio Bizantino. Por lo tanto, sus ideales van impregnando

[21] El *Corpus Iuris Civilis* es una recopilación de constituciones imperiales y jurisprudencia romanas de 117 hasta 565 d.c. llevado a cabo entre los años 528 y 565 de nuestra era por Triboniano bajo la orden de Justiniano I, emperador del imperio romano de oriente compuesta por: • El primitivo *Codex Iustinianeus* de abril 529, modernizado por el *Codex repetitae praelectionis* del 29 diciembre 534, recopilación de constituciones imperiales que sustituye al anterior con fuerza de ley; *La Digesta sive pandectae*, es un resumen de la obra de los grandes jurisconsultos romanos, que comienza a regir el 533; *Las Institutas*, es un manual para estudiantes de Derecho, publicado en el 533; y, *Las Novellae constitutiones post Codicem* de 534 al 565, son las nuevas constituciones imperiales que actualizan todo el *Corpus Iuris Civilis*. Estas últimas están escritas mayormente en griego, y, el resto lo estaban en latín reflejando así la realidad lingüística del Imperio. Gutiérrez Alviz y Armario, Faustino (1976). *Diccionario de Derecho Romano*.

los valores con la propia ideología, conformando la cultura y la organización de la vida social del imperio. Es a partir de la prescripción del modo de usar ciertas prácticas y conductas sexuales, en particular la de los sodomitas, como se construye a lo largo del tiempo un concepto abstracto. Jordan (2002: 51) sostiene que: "es el resultado de largos procesos de refinación y condensación". Estos procesos hicieron casi inevitable que hubiera un término abstracto para esta clase particular de pecado, tan específicamente estigmatizado. Un proceso que refinó la lectura de la historia del Antiguo Testamento del castigo de Sodoma. […] Otro proceso, más difuso, pero no menos importante, tuvo que ver con el agrupamiento de un número de pecados bajo la antigua categoría romana de *Luxuria"*. Hoy entendemos que el verdadero pecado de Sodoma y Gomorra no son las prácticas sexuales inadecuadas. O, al menos, no es el principal pecado que provoca la ira de Dios. Lo que se pretende castigar es una cimentación político-social destinada a conformar la construcción social de la diferencia o de la otredad y basada en la falta de hospitalidad, solidaridad y empatía hacia los extranjeros, los bárbaros o los diferentes.

Por su parte, el XVI sínodo de Toledo en el año 694, establece que un sodomita debe ser excluido de todo contacto con los cristianos, azotado con varas, rapado ignominiosamente y desterrado. En relación con la homosexualidad femenina no se hallan reglas o normas específicas, ya que están muy ocultas en la sociedad; y, desde un punto de vista normativo, las mujeres homosexuales no pueden ser castigadas ya que no cumplen con los requisitos del tipo. Las normas jurídicas con relación a las prácticas homosexuales están relacionadas con el pasaje bíblico del Génesis 19, y solo castigan a los hombres. Las prácticas homosexuales femeninas no se encuentran específicamente, definidas en la norma. Sin embargo, estas son subsumibles al delito de sodomía, pero son tratadas como algo raro o atípico.

La mujer tiene la misión reproductora, es un recipiente, y tiene vedado el disfrute y placer sexual, siendo su gozo totalmente ignorado, lo que no impide que estas prácticas sean castigadas si se hacen públicas. Esas conductas supuestamente caen dentro del ámbito del delito de injurias. La consideración jurídico social de las prácticas sexuales lésbicas es la de depravaciones por ir *contra natura.* Califican este tipo de relaciones como uniones íntimas criminales por llevarse a cabo por dos mujeres y por vulnerar el ordenamiento sexual que está destinado a la procreación y a la educación de los hijos dentro de la institución de la familia. Si el fin de este tipo de relaciones no es la procreación y la finalidad de conformar una familia, el placer sexual también incumple las reglas propias del matrimonio romano legalmente conformado. Tanto para los esposos como para los familiares de las amantes, que ven perjudicado su buen nombre, o el de sus familias por el comportamiento escandaloso de sus mujeres y, ante una vulneración del ordenamiento sexual romano por este tipo de relaciones sexuales entre dos féminas, los ofendidos pueden ejercer la llamada acción de injurias.

Las mujeres no tienen libertad en sus relaciones con los hombres ya que les deben sumisión. Teniendo en cuenta que en Roma las formas sociales son muy importantes, existe una moral y buenas costumbres diferentes para el hombre y para la mujer. Así también, para la clase alta y para la clase baja. Donde la reputación, el buen nombre, y el prestigio del linaje debe mantenerse puro. Y, además, donde la castidad de la mujer

patricia, en teoría, es una garantía de una buena alianza política a través del matrimonio. Hasta la época republicana la homosexualidad activa es considerada un signo de virilidad, con la llegada del emperador Justiniano y el cristianismo la situación cambia de manera extrema ya que el castigo por las prácticas sexuales *contra natura* implica una doble sanción, la muerte impuesta por la sociedad y la sanción divina impuesta por Dios.

Es así como se cierra el ciclo de las represiones ante cualquier subversión del orden moral y religioso, que está exclusivamente centrado en las relaciones heterosexuales y la procreación. Es quizás, la primera vez, desde un punto de vista normativo, que se vinculan las prácticas homosexuales con el calificativo de actos contrarios a la naturaleza, lo que marca a través del tiempo la vinculación de esta conducta como pecado contra natura.

La mayoría de los romanos cristianos identifican los fines de la religión con los del Estado; y los ideales de la cristiandad son reducidos hasta coincidir con el etnocentrismo romano (Jones, 1971: 379-381). Probablemente, el Derecho romano en sus orígenes, como se suele afirmar de todos los derechos primitivos, se crea sobre la venganza. Sin embargo, a lo largo de su recorrido tienen especial importancia las penas pecuniarias, elementos que ponen en evidencia los intereses de la parte ofendida. Pero lo fundamental en el Derecho romano es la punición social, la pena oficial, autoritaria y aflictiva.

3. La Edad Media: Los años oscuros.

Caído el Imperio Romano, la Europa medieval y Bizancio heredan el concepto grecolatino de barbarie. A este término no se le atribuye tanto un significado cultural y de comportamiento como religioso. Se produce una identificación entre bárbaro y pagano. Este último, sin embargo, conserva los atributos de ferocidad, brutalidad y deslealtad que se asignan al bárbaro. De la misma manera que antes el mundo se divide entre *romanitas* y pueblos bárbaros, ahora la oposición se presenta entre la cristiandad y las regiones con sus pueblos bárbaros que la rodean[22].

Tras el Imperio Romano, la ideología cristiana irrumpe en la sociedad medieval. La estricta moral cristiana rige la vida social, donde el dogmatismo es una característica esencial (Bestard y Contreras, 1987: 70). Ahora no importa el linaje familiar, lo que importa es el resguardo de la fe. La iglesia instituye un nuevo código moral redefiniendo el significado de lo correcto y de lo incorrecto. De esta manera, muchas conductas y prácticas sexuales normalizadas o pasadas inadvertidas se convierten en pecado. Su doctrina parte de la escolástica Tomista que defiende la existencia de una ley eterna por la cual Dios gobierna el Universo y afecta también a todos los seres sobre la tierra. Por su parte, el hombre que está dotado de razón es capaz de descubrirla. Por lo tanto, la ley natural es aquella ley en la que participa el hombre a través de la razón y le permite discernir lo correcto y lo incorrecto, lo que puede y lo que no puede hacer. Es así como

[22] *Ibidem*, pp. 387-391.

la ley positiva (aquella formulada por el legislador) debe contener y reproducir la justicia contenida en la ley natural (aquella que procede de Dios). De esta manera, la justicia se vincula con la ley natural (ley superior) donde el derecho natural está por encima del derecho positivo.

La Edad Media no se caracteriza por un espíritu innovador, sino más bien recopilador de saberes antiguos, principalmente griegos y romanos. En esta época, existe un saber sexológico de inspiración médica, aunque fuertemente vinculado a los planteamientos filosóficos, siendo médicos y filósofos sus mejores exponentes. La Edad Media hereda la vieja idea de que entre los órganos genitales masculinos y femeninos existe una correspondencia inversa, de modo que los órganos femeninos son como un repliegue hacia el cuerpo femenino de los órganos masculinos. La idea se encuentra claramente enunciada en el *Canon de Avicena*[23] (Moreno Jiménez, 1990: 27). No se pueden concebir las ideas sobre sexualidad, en este momento histórico, sin tener como horizonte de comprensión el marco filosófico que proviene del aristotelismo y se impone incluso sobre las observaciones y apreciaciones médicas y clínicas.

En dos ocasiones San Pablo (I Cor 6, 9-10, I Tim I, 9-10) nos da una lista de los pecados ordenados según un orden jerárquico, denotando una concepción del mal en la que se unen y combinan el judaísmo y el helenismo de su tiempo y en la que aparecen las tendencias generales de lo que será la moral cristiana que ya está presente en la moral pagana. Y, el lugar que en ella ocupa la sexualidad es muy importante. En estos dos textos religiosos, los pecados se distribuyen en cinco categorías: los pecados contra Dios, los pecados contra la vida del hombre, contra su cuerpo, contra los bienes y las cosas y, por último, los pecados de la palabra. Entre los que pecan contra el cuerpo, se encuentran los pecadores de la carne (lo que hoy denominamos delitos sexuales). Y, en este último grupo, se encuentran: los que se prostituyen, los adúlteros y los *molles.* Los *molles* y las *mollities* (rol pasivo) son términos que operan un cambio importante, son expresiones peyorativas que se asocian a la pasividad. Bajo el término *mollities* se oculta el erotismo, el conjunto de prácticas que retrasan el coito, con el fin de disfrutar más intensamente de las relaciones sexuales durante más tiempo, se trata de la búsqueda del placer. Asimismo, San Pablo también menciona a los *masculorum concubitores*, los hombres que yacen con otros hombres. Los pecados sexuales ocupan una posición destacada, después del homicidio, y antes que los pecados contra la propiedad. Es así como se construye una moral sexual, relativa a los pecados del cuerpo, debido al uso, o al abuso, de las inclinaciones sexuales, que se denomina concupiscencia. Con el objetivo de transformar la bisexualidad de penetración preponderante durante el imperio romano, a una heterosexualidad de reproducción. Los tres pilares sobre los que las sociedades occidentales, desde el siglo II d.c., organizan su nuevo sistema sexual son: las actitudes ante la homosexualidad, el matrimonio y la *mollities* (Ariès, 1987: 67).

Agustín de Hipona, obispo y Padre de la Iglesia (354-430 d. C.), en sus *Confesiones* sienta las bases del futuro discurso hegemónico de la iglesia cristiana en materia de

[23] Avicena (980-1037) es el médico más afamado y reconocido de la edad de oro del islam, y descrito como el padre de la medicina moderna. El Canon de Avicena es un tratado filosófico y médico que se convierte en un texto obligado de las universidades medievales. Y se mantiene su uso hasta 1650.

sexualidad. Agustín de Hipona es un obispo converso, misógino y homófobo que ideológicamente, bebe del neoplatonismo, del maniqueísmo[24] (que es condescendiente con las relaciones homosexuales, aunque en clara oposición al disfrute sexual), y es influenciado por las cartas de Pablo de Tarso (5-10 d. C.- 58-64 d. C.) en relación con los placeres. Es así como después de aceptar el cristianismo, arremete duramente contra la presencia de la mujer en la Iglesia (ya que la considera inferior moral y ontológicamente) y condena severamente el pecado nefando (Deschner, 1993: 179).

Agustín de Hipona utiliza el concepto de Sodoma y Gomorra como el paradigma de todas las herejías e impiedades; y centra este sacrilegio en el pecado sodomítico de sus habitantes. Este Padre de la Iglesia utiliza por primera vez la relación entre Sodoma y Gomorra y el castigo contra la homosexualidad. Pero, no es hasta la Plena Edad Media en tiempos de Pedro Damián cuando esta relación se generaliza. Considera que el acto carnal entre hombres es contrario al orden natural de las cosas y, por ende, violenta la voluntad divina. Asimismo, condena cualquier tipo de relación no procreativa y considera que la relación entre dos personas del mismo sexo puede ser posible, siempre y cuando sea espiritual y no física.

Es a partir de las elaboraciones teóricas de Pablo de Tarso y Agustín de Hipona cuando en la Iglesia cristiana primitiva se impone el discurso hostil hacia el cuerpo y la sexualidad. Estos autores elaboran una ética sexual (cristiana) androcéntrica, homófoba y patriarcal caracterizada por el rechazo al placer y por proyectar una imagen negativa del cuerpo, especialmente de los genitales, que genera sentimientos de miedo, repulsión, vergüenza y, sobre todo, de culpabilidad. El placer sexual es identificado con el pecado al vulnerar la regla básica de la sexualidad cristiana, la reproducción. De esta manera, se fomenta y se impone la sexualidad reproductiva y se exalta la abstinencia sexual como la mayor de las virtudes morales.

Posteriormente, Casiano (360-435 d. C.), sacerdote y Padre de la Iglesia, en el sexto capítulo de las *Instituciones* explica que, de los vicios principales o espíritus del mal, la gula se empareja a la fornicación. Y se hace así por varias razones: porque se trata de dos vicios naturales, innatos en nosotros, y, por consiguiente, de los que nos es muy difícil deshacernos. La fornicación tiene, en relación con los otros pecados, un cierto privilegio ontológico que le confiere particular importancia ascética. Como la gula tiene sus raíces en el cuerpo, es difícil vencerla sin someterse a mortificaciones. Pero, la fornicación presenta una diferencia fundamental con la gula. Mientras la gula que está relacionada con la predisposición natural a los alimentos puede ser asumida con distanciamiento, sin pasión, sin necesidad de extirparla. Ya que, de lo contrario, negarla totalmente es un crimen, al aproximarnos a la muerte. Por el contrario, no existe límite en la lucha contra la fornicación, todo lo que induce a ella debe ser extirpado (como es necesario hacerlo con los vicios del alma: la avaricia y el orgullo). Debe ser destruido y se impone la mortificación radical que permite vivir al hombre en su cuerpo previniéndolo de las inclinaciones de la carne, faculta para vivir en castidad (Foucault, 1984: 33).

[24] Doctrina religiosa que tiene su origen en las ideas de Manes (siglo III d. C.). Se caracteriza por creer en la existencia de dos principios contrarios y eternos que luchan entre sí, el bien y el mal.

La iglesia cristiana parte de una premisa fundamental: considera que la función sexual es netamente reproductora. Por lo tanto, establece casamientos (matrimonios) conforme al sacramento que genera nacimientos dentro del seno familiar y aseguran el mantenimiento de la economía y la propagación de la nueva doctrina. Todo lo que se aparta de la ley de Dios es pecado y quienes quebrantan el modelo de sexualidad establecido por la iglesia ven comprometida la salvación de su alma. Las prácticas sexuales fuera de la ley de Dios implican la muerte espiritual. Es a partir de ese momento, que la homosexualidad pasa del anonimato a ser un objetivo de primer orden de la iglesia, la sociedad, las instituciones, el poder político y, más tarde, de la medicina. Al convertirse en enemigo natural de las instituciones decretadas por el poder religioso, la iglesia condena a la homosexualidad como pecado y se tipifica como crimen *contra natura* siendo perseguida y sancionada. Desde el Bajo Imperio, se instala una postura intolerante hacia la homosexualidad que progresivamente impregna al catolicismo. La homosexualidad es una sexualidad que no contempla la procreación, y, además, implica la pérdida de semen (inmundicia), oponiéndose de lleno al ideal estoico de la concepción.

En Europa occidental se gesta un modelo de sexualidad edificado a través de la Iglesia católica y sus pensadores y canonistas. Para la ética cristiana la sexualidad tiene una única finalidad que consiste en perpetuar el linaje humano, por lo tanto, el sexo conyugal es el único moralmente legítimo y, toda práctica que se aleje de este fin y contexto es moralmente reprobable. Por otro lado, y en cuanto al placer, para los padres de la Iglesia la salvación del alma y el placer sexual son incompatibles. Por estos motivos la sexualidad se convierte en algo pecaminoso, peligroso y delictivo. Se persigue la fornicación simple, la prostitución, el estupro, el amancebamiento, el incesto, el adulterio, la bigamia, la sodomía, el bestialismo, la violación, la masturbación o la contracepción. La masturbación femenina recibe una especial atención en sus detalles y formas. Las enfermedades venéreas están ampliamente extendidas, siendo endémicas[25]. Para evitar los peligros asociados a las actividades sexuales no permitidas la opción que se recomienda es la contención y la castidad.

El desarrollo del tema de la homosexualidad es más bien indirecto, se alude a él más que se trata. Algunos textos parecen indicar que los tratadistas consideran su origen debido más a la corrupción del alma, del gusto y las inclinaciones que a una razón corporal. El pecado sodomítico para la tradición cristiana está vinculado al pasaje del Génesis 19 de *La Biblia*, referente a la destrucción de Sodoma, ciudad duramente castigada (todas las calamidades) por la justicia divina, por los vicios abominables *contra natura* que allí se cometen por los hombres. Bajo la esfera de la teología católica, la destrucción de Sodoma es un dogma de fe. Así, si los hombres habitantes de Sodoma son responsables de tales atrocidades, también son culpables del delito de sodomía cualquier persona que incida en dichas prácticas. Esta premisa inicial se mantiene a lo

[25] La enfermedad venérea más extendida en la Edad Media es la blenorragia, seguida del linfogranuloma venéreo, como así también, la ceguera por falta de higiene en aquellos pacientes que padecen enfermedades venéreas. La sífilis no aparece hasta finales de la Edad Media y con el comienzo del Renacimiento (Castiglioni, 1948; Lewinshon, 1983).

largo de toda la historia en la construcción del delito de sodomía. Así lo teorizan juristas y teólogos, y así se vertebra también en la práctica de los tribunales.

En la Edad Media, existe una confusión conceptual entre lo que es pecado y lo que es delito. En un principio las cosas están acotadas. Los pecados pertenecen al fuero interno de la persona y afectan al orden espiritual. Por otro lado, los delitos pertenecen al fuero externo de la persona y afectan al orden temporal. Para el derecho canónico, el delito es la transgresión de la ley de Dios. Esta ley es sancionada y promulgada por la iglesia en orden a la moral cristiana. Por lo tanto, de manera creciente, la iglesia exige la responsabilidad penal del delincuente en el fuero externo, sin perjuicio de la penitencia que se le impusiera en el fuero interno en función del pecado que cometa. Existen solapamientos entre el poder religioso y el poder político que acentúan el amalgamiento entre lo que es pecado y lo que es delito. Todo lo que se aparta de la ley de Dios es pecado y, por ende, es delito. En este momento histórico, las leyes civiles que persiguen la sodomía son leyes penales mixtas, afectan al mismo tiempo al fuero interno de las personas (vinculado a la ley divina); y también afectan al fuero externo (ligado a la ley humana o positiva): son pecado y delito al mismo tiempo (Delumeau, 1983: 113-116; Tomás y Valiente, 1990: 110).

Los pecados de *lujuria* o desórdenes en materia sexual o de comportamientos indebidos se denominan "pecados públicos". Estos pecados son una grave ofensa a Dios y, de tolerarse, la sociedad es susceptible de padecer la ira de Dios. El peligro social radica en el castigo divino. Como en tiempos pasados, se cree que la ira de Dios destruyó las ciudades pecadoras de Sodoma y Gomorra; y aquellos que toleran prácticas sexuales indebidas atraen la ira de Dios a la comunidad en forma de enfermedades, pestes, terremotos, sequías, inundaciones, etc.

El derecho romano del siglo V está constituido por *leges* y *iura* (doctrina de juristas) agrupado en recopilaciones como la del *Codex Gregorianus*[26] o la del *Codex Hermogenianus*[27]. Pero, el texto jurídico más importante es el *Codex Theodosianus*[28] del año 438. Esta obra es una recopilación selectiva en 16 libros de las *leges* y *iura* más importantes, a las que los emperadores posteriores añaden disposiciones nuevas

[26] El Código Gregoriano es de una compilación de *leyes* privada. Incluye las recopilaciones desde el emperador Adriano hasta el 294 d. C. Fue compilado en la época de Diocleciano (291-292), por un Gregorio o Gregoriano desconocido y quizá en la ciudad de Nicomedia.

[27] El Código Hermogeniano (291-323) es una recopilación de leyes de carácter privado. Los compiladores extrajeron sus materiales de los archivos imperiales. El *Codex Hermogenianus* fue compilado en Oriente por Hermogeniano, autor de los *Libri sex iuris epitomarum*, usados en el Digesto por Justiniano.

[28] El *Codex Theodosianus* es una compilación de las leyes vigentes en el Derecho Romano durante el Bajo Imperio. Este cuerpo legal es de carácter oficial ya que es elaborado por iniciativa del Estado, más concretamente del Emperador que es el único legislador. Su redacción se inicia en 429 por orden de Teodosio II, bajo la dirección del Prefecto del Pretorio, Antíoco y se promulga en la parte oriental del imperio en 438 por el mismo Teodosio II, un año después se promulga en Occidente por orden del emperador Valentiniano III. Se estructura en 16 libros divididos en títulos dentro de los cuales aparecen las Constituciones Imperiales en orden cronológico. Los cinco primeros libros se refieren al derecho privado; el sexto, séptimo y octavo, al administrativo; el noveno al derecho penal; el décimo y undécimo al derecho fiscal; del duodécimo al decimoquinto, tratan del derecho comunal; y finalmente el decimosexto y último está dedicado al derecho canónico.

(*novelas*). Sin embargo, tras la caída de Roma y la desaparición de la cancillería imperial (órgano encargado de la elaboración de las leyes), el *Codex Theodosianus* pierde capacidad de actualización por parte de los emperadores, de modo que su progresivo desfase con la vida real produce; *a)* el auge de la vulgarización (provincialización) del derecho. Desaparecida la cancillería imperial de Roma, los centros o escuelas jurídicas de las provincias se convierten en entidades autónomas de interpretación del derecho, *b)* la necesidad de regular situaciones no previstas en el derecho romano se soluciona acudiendo al propio *Codex Theodosianus*, a veces interpretándolo forzadamente y, *c)* facilita a los monarcas germanos, ahora independientes del desaparecido imperio romano, a promulgar Códigos legislativos a imitación del emperador romano. A esto hay que añadir que, en España, también se recibe el derecho del Imperio romano de Oriente, concretamente la compilación de Justiniano (*Digesto* y *Código*), especialmente a partir de la conquista del sur de Hispania por el Imperio bizantino durante los años 544 a 562. Existe evidencia que el derecho romano sigue aplicándose en la monarquía visigoda a través de tres vías: 1ª, el derecho romano del *Codex Theodosianus*, y más tarde el *Breviario de Alarico*[29], se aplica a la población de origen romano (y también se aplica a los visigodos como derecho subsidiario). 2ª, su influencia es notoria en la labor legislativa de los monarcas visigodos que, en muchas ocasiones, incorporan a sus códigos preceptos sacados literalmente del derecho romano y 3º, la Iglesia católica (a través del derecho canónico) continúa rigiéndose o inspirándose directamente en el derecho romano.

Es importante comprender que a través de la iglesia y el feudalismo la sociedad medieval occidental está marcada por el hecho religioso y por una desigualdad determinada por la subordinación de las personas a su señor. Este sometimiento crea relaciones de poder y dependencia que, en sí mismas, implican desigualdad. Una parte importante del desarrollo del derecho canónico se basa en la discriminación por sexo. Y, también, se configura en una herramienta útil para mantener las relaciones de dominación y explotación económica de dicha sociedad. Las relaciones homosexuales están doblemente perseguidas por los Tribunales estatales y por el Tribunal de la Santa Inquisición. Este último, es un Tribunal que se encarga de perseguir a los homosexuales cuando se los relaciona con casos de herejía en su cruzada contra judíos y moriscos. También se sirven de herramientas jurídicas eficaces como *los decretales*[30] que (como regla canónica) fusiona el derecho romano con los principios rectores del cristianismo. Así mismo, durante este período histórico se armonizan las legislaciones de los reinos ante la gran diversidad de leyes. Y, además, se afianza la unidad político-económica y

[29] El Breviario de Alarico es un cuerpo legal visigodo, en el cual se recoge el Derecho romano vigente en el reino visigodo de Tolosa, que fue elaborado durante el reinado de Alarico II, promulgado el 2 de febrero de 506 en Aduris.

[30] Las Decretales Pontificias son las cartas de los papas, escritas entre los siglos IV al XV, por las que estos, imitando el estilo de la cancillería imperial, comunicaban sus decisiones referentes sobre todo a cuestiones disciplinares (Derecho canónico). Muchas de las decretales responden a las consultas elevadas por los obispos, clero o laicos notables al Papa, pero en otras la iniciativa corresponde al propio Pontífice. Tradicionalmente, se consideran como la más antiguas decretales aquellas dirigidas por el papa Siricio a Eumerio, metropolita de Tarragona, el año 384, y otra anterior del papa Julio I (337-352).

cultural ante las amenazas supuestas por la otredad, manifestadas en el rechazo de judíos y musulmanes.

La Alta Edad Media: Los reinos visigóticos y El *Liber Iudiciorum.*

Se trata de un tema mayúsculo que no alcanza todavía el imprescindible consenso científico debido, en parte, a la ausencia de documentación suficientemente representativa para conocer un período cronológico, los denominados siglos mudos, sobre los que se prolonga la sombra alargada del gigantesco *Liber Iudiciorum*[31].

Las sociedades germánicas se caracterizan por un componente guerrero importante de sus ciudadanos y en su concepción social es aceptable la existencia de relaciones entre el hombre guerrero con actitud activa y los jóvenes adolescentes. Estos pueblos germanos de Europa occidental no conocen ni regulan como delictivas las prácticas homosexuales. Sin embargo, a partir del asentamiento de Toledo, cuando se promulga la Constitución del año 390, a la cual nos hemos referido previamente, y es incorporada al Breviario de Alarico II, la sociedad visigoda adopta unas nuevas normas basadas en la sexualidad romana. La tesis tradicional de los expertos mantiene que los romanos se rigen por el Codex Theodosianus y Breviario de Alarico y a los visigodos solo se les aplica el Código de Eurico[32] y el Código de Leovigildo[33] hasta que el Liber Iudiciorum produce la unificación jurídica y jurisdiccional (Alvarado Planas, 2011: 116).

Es a partir del siglo V al VII cuando se endurece la misoginia. La indiferencia a la mujer y la presencia omnipresente del varón son comunes en el derecho sexual visigótico. Por lo que el *corpus* jurídico se concentra en un grupo de leyes unisexuales. El problema jurídico del sexo en la edad media no es el problema de la condición jurídica de la mujer en cuanto a su carácter marginal en un mundo de hombres[34]. Es un problema de posiciones antitéticas como la diferencia de las naturalezas (hombre/mujer), la insubordinación de los sexos a un mismo estado jurídico y el acto o las prácticas sexuales. Comparada con el hombre la mujer es considerada más ardiente y deseosa de la relación sexual, una criatura siempre preparada para la relación sexual. Sin embargo, sometida al poder del varón. En las relaciones sexuales, toda emisión fuera del vaso es

[31] El *liber Iudiciorum* es un texto fundamental de nuestra historia jurídica y es promulgado por Recesvinto en el año 654 y continuado por Ervigio. En sus doce libros y cincuenta y cuatro capítulos aporta un régimen jurídico unitario civil, penal y eclesiástico tanto para la población hispano romana como para la de origen godo. Reaparce con Fernando III en el Fuero de Córdoba en 1236 en su versión romance del fuero de Juzgo, el cual ejerce influencia en textos posteriores que unifican el derecho castellano como el Real Fuero de Alfonso X o el Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI.

[32] El Código de Eurico o Codex Euricianus es un cuerpos legal de Derecho visigodo consistente en una recopilación de leyes, ordenada por el rey visigodo Eurico anterior al año 480 en Tolosa. La obra es original del jurista Leo, consejero del rey.

[33] El Código de Leovivildo o Codex Revisus es un texto legal confeccionado por orden del rey Leovigildo (572-586) en cumplimiento de su encargo de confeccionar una revision del Código de Eurico.

[34] Véase: José Orlandis, Semblanzas visigodas (1992: 17): "Cuando se trata de hacer revivir el tiempo de los godos, viene de inmediato a la mente la imagen de un mundo poblado de varones, sean estos magnates o sayones, obispos o monjes. La mujer parece no tener cabida. O al menos capacidad de protagonismo en una época ruda y varonil, dominada por guerreros o eclesiásticos".

censurada; y, en general, toda relación sexual que imposibilite la concepción es prohibido por la moral, la filosofía y la medicina (Moreno Jiménez, 1990: 37).

El modelo sexual impulsado por la iglesia cristiana es el resultado de un largo proceso histórico. En los primeros siglos de la Edad Media la situación política y social es convulsa, se producen las invasiones bárbaras, el establecimiento de los reinos germánicos, etc.; y la iglesia todavía está limitada en su capacidad de disciplinar y armonizar a los fieles dentro de su modelo de sexualidad reproductiva.

Es durante el reinado de Chindasvinto (642-653) (probablemente en el año 654) cuando se promulga el *Liber Iudiciorum* (o *Lex Visigothorum)* (en adelante LV) que condena el sexo practicado entre varones LV 3,5,4 (*Concubitores masculorum*). Autores como John Boswell (1998: 265, 302) considera que, si bien los visigodos son de los pocos que arbitran la legislación antisodomítica (de cuya eficacia duda) intentan, con esta política, una unificación cristiana peninsular basada en la consideración de sodomitas y de judíos como chivos expiatorios. Sin embargo, otros autores, como Álvarez Cora (1997: 49) sostiene que la idea de los chivos expiatorios resulta forzada: "la rigidez y severidad de la ley en el castigo de la homosexualidad no implica que los homosexuales sean chivos expiatorios". Lo que entiende este autor es que la legislación visigótica sobre homosexualidad es una excepción formal frente a la permisividad germánica. Quizás, no pretenda reprimir la homosexualidad de forma tajante. La ley de Chindasvinto puede estar dirigida a atajar exclusivamente la prostitución masculina que no está regulada hasta entonces a diferencia de la prostitución femenina. Es necesario cerrar el círculo de la represión sobre una sexualidad marginal, furtiva, sórdida y desvergonzada, frente al desafío palmario, evidente y manifiesto del orden católico de las cosas.

La ley 4 de Chindasvinto de *masculorum stupris* (*stuprum* que las normas visigóticas conectan conceptualmente a otros delitos como el adulterio y la violación) castiga con pena de castración a los reos, además de ser recluidos, obligados a expiar su pecado y desterrados. El que infiere o sufre involuntariamente este deshonor no resulta reo del crimen si descubre el sacrilegio. Pero, si reincide, soporta la pena. Los *masculorum concubitores* son despojados de sus bienes y, los hijos reciben su patrimonio o en su defecto los herederos legítimos. A la cónyuge le corresponde la dote percibida y la integridad de sus bienes, con licencia para casarse de nuevo. Así también, es causa lícita para el divorcio promovido por la mujer si hay concubinato homosexual por parte del marido (LV 3,6,2, ley de Chindasvinto). La ley 4 del LV puede absorber los casos públicos como así también, los casos clandestinos de homosexualidad. Entre los casos públicos, también conoce de los casos de prostitución homosexual masculina que completa el paquete de medidas destinados a controlar y reprimir la prostitución heterosexual femenina (LV 3,4,17). Asimismo, entiende de casos de delito homosexual en concurso con otros delitos como el de violación. Así, como de los *concubitores*, de los *consentientes*, proxenetas de los travestidos y afeminados. Se ofrece la posibilidad de denuncia para evitar la pena al que infiere sin voluntad, ya que cabe la posibilidad que no participe en primer plano o no tenga conciencia del tráfico sexual, aunque sea descubierto en el hecho en sí. O, aquél que consuma viciado su consentimiento o, el que padece sin voluntad ya que puede ser víctima de una violación masculina o, el que es

engañado o no es consciente de la homosexualidad del trance. En estos casos la falta de colaboración activa en la denuncia y la reincidencia demuestran la afición culpable o propiciadora del escándalo público. La razón de la ley es fundamentalmente desterrar prácticas sexuales consideradas en ese tipo de sociedad como nefandas o abominables depravaciones.

Con posterioridad, el canon 3 del XVII Concilio de Toledo radicaliza la persecución de la homosexualidad. Con penas de destierro, azotes, decalvación[35], castración so pena de no recibir la comunión. El rey Égica (610-702) en el año 693 en consulta al Concilio de Toledo añade a los castigos cien latigazos y destierro vitalicio. Los obispos y presbíteros homosexuales son castigados con exilio perpetuo. Y, los homosexuales no pertenecientes al clero son igualmente enviados al exilio tras recibir cien latigazos y ser sometidos a la decalvación.

Tras las invasiones musulmanas del año 711 y, a partir del año 718, la legislación visigoda pierde autonomía, ya que aleja a los juristas de la cancillería regia, y el *Liber* pierde su capacidad de renovación o actualización. Los diferentes reinos cristianos se limitan a aplicarlo en la medida de sus posibilidades, y cuando no pueden, recurren a invocarlo de oídas o incluso a inventarse su redacción. Aunque los monarcas tratan de conservar y actuar bajo la tradición jurídica visigoda, comienzan a generar derecho sin sujeción a él. La invasión musulmana y las preocupaciones de la *Reconquista*[36] ponen a la homosexualidad después de siglos de persecución y castigo fuera de las prioridades del poder político-religioso. Si bien la iglesia persiste en la maldad del pecado de sodomía, constan muy pocas condenas por las autoridades eclesiales en relación con este pecado-delito. Se divide la actitud negativa frente a las relaciones homosexuales ante el surgimiento de otros peligros potenciales manifestados en la otredad.

Hincmarc arzobispo de Reims (806-882) es el primer teólogo del medioevo que teoriza sobre el lesbianismo y lo razona de la siguiente manera: “las mujeres no ponen carne contra carne en el sentido de que el órgano genital de una penetre el cuerpo de la otra, pues la naturaleza impide tal cosa, pero transforman el empleo del miembro en cuestión de una manera antinatural, pues se dicen que emplean instrumentos de operación diabólica para excitar el deseo. Así pues, pecan al cometer fornicación contra su propio cuerpo” (Boswell, 1996a: 85).

Por su parte, la cultura árabe trae consigo mayor tolerancia con respecto a las prácticas y conductas homosexuales, chocando de frente con la rigidez exacerbada de los cristianos. El Corán condena la homosexualidad, aunque de forma moderada, por ser un tipo de relación que no da origen a la procreación. Sin embargo, en aquella época los pueblos orientales son cultos y poseen una civilización muy avanzada en comparación con los

[35] Afeitar completamente la cabeza a una persona como castigo por un delito.

[36] En España se atribuye al concepto de *Reconquista* una relevancia fundamental en la explicación del período medieval peninsular. Se trata de un concepto (atribuido a los historiadores nacionalistas del siglo XIX) que, sirve para caracterizar el conjunto de dicho período ya que, según quienes lo defienden este concepto permite articular el desarrollo del proceso histórico que transcurre entre los siglos VIII y XV, desde la conquista musulmana de 711 hasta la de Granada por los Reyes Católicos en 1492 (Ayala, 2017: 127).

reinos visigóticos. Lo que les confiere una mayor tolerancia tanto religiosa como sexual. En las sociedades islámicas de este período histórico, las conductas homosexuales son practicadas y el desconocimiento de la normativa con respecto a la homosexualidad deja a las prohibiciones como papel mojado o como un simple formalismo.

Plena Edad Media: El avance de los reinos cristianos.

En Europa, a partir del siglo IX los cambios políticos económicos y sociales que implican las invasiones son superados y paulatinamente se consolida la familia nuclear monógama como unidad social básica. En términos generales, se acepta el cristianismo como religión en occidente y, también se admite la influencia de su ética y moralidad en materia sexual. Los ideales y valores cristianos se extienden a todas las clases sociales. Un paso más en el proceso de disciplina, armonización, obediencia y acatamiento a la doctrina religiosa cristiana. En relación con las normas en materia sexual esta evolución produce de la mano de los promotores de la reforma eclesial. Papas como León IX (1048-1054) y Gregorio VII (1073-1085), entre otros, impulsan el procedimiento de armonización religiosa y social, evolución que es prescrita y tutelada por el desarrollo del derecho canónico.

En el siglo XI la Europa medieval se embarca en una fase de criminalización y persecución de ciertos comportamientos, ideologías, grupos sociales y de algunos aspectos de la vida pública y privada que coincide con importantes cambios sociales y económicos ligados al feudalismo. Esta transformación exige una redefinición del significado y actualización de los valores sociales. Así también, demanda una reafirmación de la unidad social ante elementos disidentes o desviados que corrompen el *statu quo.* Esos disidentes y desviados son las víctimas de la estructura represora que se instaura, y se formaliza fundamentalmente contra herejes, judíos y leprosos (Moore, 1989: 95; Niremberg, 2001: 198). Este proceso de homogeneización y control social se hace a través del control y castigo de los pecados de lujuria (la fornicación, el adulterio, el sexo con personas no cristianas) y más especialmente de los tres vicios contra natura: el bestialismo-*bestialitas* (coito con otras especies), *sodomiticum* o coito con el mismo sexo; y *naturalis modus* (coito en el que el estilo natural y prescrito no es observado que implica el uso del órgano no adecuado, pérdida de semen, u otras prácticas bestiales y monstruosas). En este siglo y como parte del gran movimiento de reforma que sacude a la Iglesia, la masturbación alcanza un nuevo significado después de haber estado prácticamente en el olvido. El onanismo se convierte en un pecado contra natura porque es clasificado como debilidad criminal, junto a la sodomía o como una forma de sodomía. La sodomía propiamente dicha implica penas severas según las circunstancias, de entre diez y quince años; el sexo entre los muslos amerita noventa días a pan y agua; y la masturbación, diez días de una dieta similar (Laqueur, 2007: 177).

La primera colección canónica reformista es el *Decreto,* compilado por Ricardo de Worms (1000-1025), en el que se enumeran las penas por relaciones entre personas no casadas. Esta recopilación tiene el objetivo de comunicar que la lujuria es un pecado que requiere confesión y penitencia, y también que merece pena y sanción pública.

Una generación posterior, es Pedro Damián reformador y doctor de la iglesia, quién se muestra más combativo al escribir en el año 1050 el *Liber Gomorrhianus* donde expresa un ferviente ánimo reformador de la iglesia. Envía su obra al papa León IX y lo persuade para perseguir con fiereza este nuevo pecado, el de *sodomía*. El papa le agradece su esfuerzo, pero dice que la piedad divina se impone sobre la severidad apostólica, y que no retira ni destituye a ningún clérigo que cometa alguno de los pecados contra la naturaleza de su cargo y, todavía más importante, que hay una gran diferencia entre aquellos que se lanzan al sexo solitario o a la masturbación mutua, o que desperdician su semen en otras circunstancias, y aquellos que practican el coito anal. En el caso de los religiosos, si reconocen su culpa, pueden recuperar el puesto que tenían antes de la falta. Sin embargo, posteriormente, la definición de pecado contra natura de Pedro Damián no es tenida en cuenta en dos de las compilaciones más importantes del próximo siglo: la de Ives de Chartres y la de Graciano[37].

Con respecto a las costumbres licenciosas del clero (y también del resto de personas que se prestan a la práctica de conductas contra natura), en este texto lo relevante es que no es necesario que el pecado deba tener lugar entre personas del mismo sexo, sino que se refiere simplemente a cualquier conducta sexual que no esté en consonancia con la reproducción y que no esté prescrita específicamente, dentro de la institución del matrimonio.

Donde manifiesta:

"De repente, la Iglesia se encontró a sí misma formada por una inmensa multitud de hombres bautizados que mantenían las costumbres depravadas con que habían vivido lejos de la Fe. El «retroceso moral» dentro de la Iglesia fue terrible; ahora el enemigo estaba dentro, y, además, estaba bautizado. Pero no estaba, ni mucho menos, convertido. Entre los clérigos se empezó a hablar de pecados nuevos, como la simonía o el nicolaitismo, desconocidos hasta entonces o restringidos a personas particularmente perversas, que se hicieron, de la noche a la mañana, moneda común entre varones ordenados. Accedieron a las sagradas órdenes hombres incapaces de controlar su sexualidad, y esclavizados por prácticas depravadas y bestiales."

"Deseamos y ordenamos que aquellos que derramaron su semen con sus propias manos, o mutuamente se provocaron eyaculaciones con otra persona, así como quienes eyacularon entre las piernas de otro, pero no lo hicieron de forma habitual, ni practicaron esta aberración con muchos, si ponen freno a su lujuria, y reparan sus pecados con una digna penitencia, sean readmitidos a los mismos cargos en los cuales no hubieran podido permanecer si hubiesen persistido en su pecado. Pierdan toda esperanza de recuperar sus ministerios los demás, que durante tiempo prolongado consigo mismos, o con otros, o con muchos -aunque haya sido ocasionalmente se han manchado con cualquiera de estas dos formas de pecado, así como aquéllos que (horrible resulta el decirlo o el escucharlo) se han abrazado a las espaldas de otro hombre"

[37] *Ibidem*, p. 182.

"Ha arraigado entre nosotros cierto vicio sumamente asqueroso y repugnante. Si no se lo extirpa cuanto antes con mano dura, está claro que la espada de la cólera divina asestará sus golpes, de un momento a otro, para la perdición de muchos (…). ***El pecado contra natura*** *repta como un cangrejo hasta alcanzar a los sacerdotes. Y, en ocasiones, como una bestia cruel introducida en el rebaño de Cristo, se desenvuelve con tanta astucia, que más les valdría, a muchísimos, ser apresados por los guardias que, amparados en su estado religioso, ser arrojados con tanta facilidad al férreo yugo de la tiranía del diablo, especialmente cuando media escándalo de tantas personas (…).Y, a no ser que la Santa Sede intervenga cuanto antes con contundencia, cuando queramos poner freno a esta lujuria desenfrenada, ya no habrá quien la detenga"* (Fernández Rey Ballesteros, 2017: 3, las negritas son nuestras).

Pedro Damián considera que el deseo de un hombre por un hombre se extiende más allá de la enfermedad del alma, y que, en su caída, hace que un sexo ansíe al otro. Eso solo puede explicarse por una especie de locura. Cuando un hombre se precipita hacia otro para cometer impureza, no lo hace por un impulso natural de la carne, sino por el aguijoneo de un impulso diabólico[38].

Esta nueva legislación canónica establece la pena de muerte tanto para el autor activo como para el pasivo; salvo que este último haya sido forzado o fuera menor de catorce años, porque no sabe que aquello que está haciendo o hacen con él es tan grave. Por otro lado, se establece la misma pena para el bestialismo e incluye el sacrificio del animal sodomizado. En cuanto a las molicies esta normativa no se ocupa de ella, silencio que es significativo debido a la gravedad de las conductas. Así también, la ley establece que cualquiera puede denunciar la sodomía ante el juez y este posee la facultad de determinar si los acontecimientos son hechos probados.

La sociedad no manifiesta desmesurada oposición ya que el discurso homofóbico todavía no está totalmente generalizado. Ante una realidad donde el comportamiento sexual dista mucho de ser absolutamente disciplinado por los principios religiosos, es notorio la existencia de prostíbulos masculinos en Paris, Orleans y Chartres[39]. La coyuntura eclesial y civil no está en condiciones todavía de asumir un discurso discriminatorio y un rechazo generalizado contra la homosexualidad en toda la sociedad. Sin embargo, obras como el *Liber Gomorrhianus* y la actividad de canonistas y reformadores abren grietas en la tolerancia de las diferentes mentalidades de la época. Es a partir del año 1179 que el Papa Alejandro III convoca el Concilio de Letrán. Y, legisla sobre la sodomía reafirmando la postura de la iglesia de rechazo "de esa incontinencia *contra natura*", so pena de excomulgación a los laicos que la practicaran (Brundage, 2000: 262-263).

A finales del siglo XI y comienzo del siglo XII, se produce la reforma de la iglesia latina y como consecuencia la iglesia católica sufre una profunda transformación con el objetivo de recobrar el poder papal. Si bien se crean nuevas órdenes religiosas y movimientos eremíticos, también, se produce la separación de la iglesia griega de la iglesia latina. Aparecen problemas políticos surgidos en torno a las investiduras reales y

[38] *Ibidem*, p. 179.
[39] *Ibidem*, p. 205.

clericales por parte del poder papal, las cruzadas y la recuperación de los lugares santos en Jerusalén. Es en este contexto donde los teólogos y canonistas comienzan nuevamente a interesarse por la sodomía. Para los reformadores, las prácticas sexuales deben ser el fiel reflejo de la ortodoxia en materia doctrinal. El vocabulario del pecado sexual (pecados de lujuria) se vuelve más preciso. Y, todo lo que se aparte, es una grave amenaza contra la doctrina, contra la fe y sus dogmas. La tolerancia con esas prácticas está amenazada so pena de padecer graves tribulaciones a los hombres en forma de hambrunas, epidemias y terremotos. Al mismo tiempo, se produce la recuperación del derecho romano gracias al *Corpus Iuris Civilis*[40] lo que promueve una influencia notable del discurso conservador de Justiniano.

La concupiscencia y el apartamiento de la vía de Dios, en ningún lugar son tan evidentes como en los desórdenes del cuerpo, en las exigencias de los genitales y en sus más difusos deseos sexuales, se definen los parámetros de la preocupación cristiana. Y el nivel concreto que importa son aspectos de la sexualidad que amenazan el orden divino: incesto, concubinato, bestialismo, sodomía, fornicación o adulterio (Laqueur, 2007: 150).

Asimismo, el sínodo de Naplusa (1120), responsabiliza al modo de vida desenfrenado de los creyentes la existencia de catástrofes naturales y de los ataques de los sarracenos, exige que quien consienta libremente un acto homosexual (activo o pasivo) muera en la hoguera. En el siglo XII Graciano publica la *Concordia discordantium canonum* (1140). Tratado donde se concilian todas las obras canónicas. Y otorga herramientas para regular las conductas de los clérigos y de los fieles en relación con las conductas sexuales. Con esta obra Graciano revoluciona el Derecho canónico al darle coherencia y sentido de la que carece hasta entonces. Este libro estima que el impulso sexual es un defecto, una enfermedad del cuerpo y de la mente y considera que hay relaciones sexuales más horribles que otras, como la sodomía y otros actos antinaturales mucho peores que el adulterio y la fornicación, retomando las ideas de Pedro Damiano plasmadas en su obra *Liber Gomorrhianus* (1050) que atacan abiertamente a los sodomitas. Graciano distingue entre actividad sexual y sexo marital, en el que el sexo marital es sinónimo de sexo bueno y se deriva de la unión entre hombre y mujer casados, y sexo malo o placer sexual implica una actividad sexual apartada de la creación divina.

Se activa nuevamente la máquina represora contra los sodomitas. El cambio definitivo de actitud contra este grupo social se manifiesta en una dura sanción, la pena de muerte en la hoguera. Además, se calificarán tales conductas sexuales desviadas como actos contra natura. En el ámbito del derecho canónico, los sodomitas laicos que no perecen en la hoguera también reciben una serie de penas accesorias ligadas a la infamia que

---

[40] El *Corpus iuris civilis* es la más importante recopilación de Derecho romano y el texto jurídico más influyente de la historia. Este código se compila por orden del emperador Bizantino Justiniano (527-565). Es una recopilación de constituciones imperiales y jurisprudencia romana desde 117 a 565, compuesta por el *Codex repetitae praelectionis*, la *Digesta sive pandectae*, las *Institutas* y las *Novellas constitutiones*. Gracias a su existencia se puede conocer el contenido del antiguo derecho romano, siendo fundamental para los sistemas jurídicos modernos.

acompaña al delito. Estas son: incapacidad de testificar en juicio, incapacidad de recibir los beneficios eclesiásticos, excomunión de la sociedad cristiana y la prohibición de contraer matrimonio para el sodomita soltero, o la separación del lecho conyugal en el caso de que ya estuviera casado, debido al carácter adúltero del sodomita. En cuanto a la penalidad canónica del clérigo, son susceptibles de castigo el clérigo-sodomita si éste tuviere la condición de clérigo regular o secular, siendo la pena de reclusión y confinamiento en un monasterio para hacer penitencia. Es bastante notorio que la penalidad para estos casos, los clérigos, es sensiblemente inferior que la prevista para los sodomitas laicos.

La primera legislación castellana en el ámbito local por medio de los fueros otorgados a los centros urbanos que refieren tanto a las relaciones de adulterio como de sodomía, cuyo articulado se inspira en el *Fuero Juzgo*, de tradición visigótica, es el *Fuero de Cuenca* (1190). Este texto de corte clerical, fija la pena de muerte para los delitos de sodomía por medio del fuego como elemento purificador. El *Fuero de Cuenca* se extiende hasta finales del siglo XIII, con disposiciones similares para los delitos de sodomía y con pequeñas variaciones a los *Fueros de Béjar*, *Plasencia, Alcaraz*, *Alcázar*, *Alarcón*, *Úbeda*, *Huete* y *Soria.* Estos preceptos forales informan sobre la representación social de la masculinidad, de los códigos de comportamiento en los que se sustentan el honor, el buen nombre y la fama. Condición social indispensable que constituye la reputación social del hombre (Solórzano, 2012: 291).

A partir del siglo XIII se produce la recepción del derecho romano y la sistematización del derecho canónico realizada por los decretalistas. Situación que provoca un gran desarrollo del derecho real y municipal (fueros). Se debaten y regulan cuestiones sociales preocupantes para esa sociedad, entre ellas, las conductas sexuales. Asuntos que hasta el momento son potestad exclusiva de los decretalistas. Sin embargo, la Iglesia construye un armazón teórico para arrogarse el conocimiento de determinadas causas, consideradas criminales para los legos, pero que en el ámbito espiritual caen bajo la noción de pecado.

Tomás de Aquino en la *Summa Theologica* (escrita entre los años 1265-1274), se encarga de matizar y ampliar la moral sexual represora heredada de los planteamientos de los Padres de la Iglesia y los moralistas precedentes. El resultado de estas exposiciones por parte de la teología cristiana es la conformación de una política sexual de carácter coercitivo, castrante y culpabilizador dirigida al control social, al dominio de las almas y, también, al control de los cuerpos (como antaño afirmara Agustín de Hipona). De esta manera, se establecen las bases ideológicas de una ética sexual cristiana conservadora, patriarcal y autoritaria. Defiende e impone el matrimonio monógamo heterosexual, la familia nuclear, los vínculos matrimoniales indisolubles, etc.; y opone fuerte resistencia a cualquier disidencia que ponga en peligro la organización socio-sexual prescrita por el cristianismo. Asimismo, se imponen numerosas prohibiciones sexuales, entre las que sobresalen: el veto a cualquier disfrute sexual, la prohibición de la anticoncepción, de la libertad sexual, de la igualdad de los sexos, de la homosexualidad, etc. Ya que el ejercicio de las diversas formas de

sexualidades periféricas, son vistas como socialmente peligrosas, moralmente desviadas y religiosamente pecaminosas.

Es en la cuestión 154 de la segunda sección de la segunda parte de la *Suma Teológica* de Tomas de Aquino donde trata *de la lujuria*. Explica que la lujuria es un pecado grave por usar el placer venéreo contra la razón humana, la cual debe ser guiada por la voluntad divina. De esta manera, ciertas conductas se oponen al orden natural del acto venéreo apropiado a la especie humana. Siendo entonces, vicio contra la naturaleza. Este vicio se produce de cuatro formas: 1) *inmundicia o molicie* si se consigue polución sin coito; 2) *bestialidad*, si se realiza el coito con seres de otras especies; 3) *vicio sodomítico*, si se realiza el coito con el sexo no debido (varón con varón; mujer con mujer). Y, también, cuando no se observa el modo natural de hacer el coito empleando instrumentos o formas no debidas. En los vicios *contra natura* se pretende el placer venéreo sin intentar la procreación. En el caso del *vicio sodomítico*, es una conducta opuesta a la naturaleza, se injuria a Dios y, por ende, a la ley natural. No contribuye a la preservación de la vida humana ya que su objetivo no es la procreación sino el vicio-placer. No es necesario que el pecado deba tener lugar entre personas del mismo sexo, sino se refiere simplemente a cualquier conducta sexual que no esté dirigida a la reproducción y esté fuera del ámbito del matrimonio y sus normas específicas; y, singularmente, prescritas a ese contexto específico.

En este contexto, el legislador debe someterse y adaptarse a las disposiciones de la ley natural. Tomás de Aquino considera que cuando la ley positiva discrepa de la ley natural, ya no es justa y, es, además, una corrupción de la ley natural. De esta manera, el derecho positivo (o humano) no tiene fundamento en la voluntad del legislador. Tiene fundamento en un orden superior que ordena y prohíbe conductas a los hombres. Los hombres tienen conductas que se pueden definir como buenas o malas según se adhieran o aparten de la ley natural. Las inclinaciones naturales se asientan en Dios, son conductas naturales, buenas conductas. Es todo aquello que contribuye a la conservación de la vida humana, a la procreación y su perpetuidad, e impide su destrucción. Por el contrario, las conductas malas son aquellas manifestaciones antinaturales o contra naturales que atacan frontalmente a la ley natural de Dios. Como consecuencia de la íntima relación entre el orden espiritual y el terrenal, la legislación penal asume la postura de la iglesia sobre el pecado de lujuria. Lo que pone en evidencia la comunión de intereses entre Iglesia y Corona. Sin embargo, esta relación no siempre es pareja.

Es durante el reinado de Alfonso X el Sabio (1221-1284), en su labor de unificación legislativa del Reino de Castilla, cuando aparecen dos textos legales en los que se

intensifica el castigo a la homosexualidad: el *Fuero Real*[41] (1255) *y Las Partidas*[42] (1265).

La legislación se endurece en el *Fuero Real*, que recoge varias disposiciones del *Fuero Juzgo* y las amplía. A la castración dispuesta por el *Fuero Juzgo* se suma la pena de muerte del *Fuero de Cuenca*, aunque no por fuego sino por colgamiento, además de vergüenza pública por medio de la mutilación de los órganos sexuales. El *Fuero Real* se hace eco de la ofensa escolástica y se constituye en el primer texto del derecho civil castellano que califica la sodomía como acto contra natura.

En el siglo XIII, el sodomita se convierte en un peligro social y enemigo público. En un contexto de crisis demográfica, se considera que el sodomita puede ocasionar un grave daño social con su conducta desviada y antinatural. Por primera vez, en *Las Partidas,* se recoge la homosexualidad femenina. Sin embargo, no se considera tan grave como el pecado de los sodomitas varones, confirmando el pensamiento de la época con respecto a la mujer. La mujer ocupa un lugar secundario en una sociedad de hombres y su pecado incluso es menos relevante. *Las Partidas* en su título "sodomía" recoge la tradición bíblica en cuanto a los efectos que tiene esa conducta sexual.

En las *Partidas* (1265) se establece que la sodomía es un pecado de lujuria y, en consecuencia, los castigos (que son de carácter preventivo) deben ser en una ceremonia pública y sustentados por la pedagogía del terror (Tomás y Valiente, 1990: 33-35). Este precepto legal informa que la sodomía porta la infamia y el castigo de Dios, no solo para el pecador sino también para toda la comunidad donde se comete el pecado. Por esta razón, cualquier persona está legitimada para denunciar a quienes infrinjan la ley. Solo se exime del castigo a los menores de catorce años, ya que desconocen la gravedad del delito, o lo que fueran forzados en contra de su voluntad.

Las Partidas de Alfonso X El Sabio: Séptima Partida

Proemio del Título XXI se lee:

«De los que fazen pecado de luxuria contra naturam». Sodomitico dizen al pecado en que caen los omes yaziendo unos con otros contra natura, e costumbre natural. E porque de tal pecado nacen muchos males en la tierra, do se faze, e es cosa q[ue] pesa mucho a Dios con el [...] Queremos aquí dezir apartadamente deste [...] e quien lo puede acusar, e ante quien. Et que pena merescen los fazedores e los consentidores.

[41] Desde el inicio de su reinado, el monarca Alfonso X de Castilla manifiesta una clara tendencia a la homogeneización del derecho de los distintos territorios pertenecientes a la Corona de Castilla. Conforme a este propósito, el rey inicia en el año 1255 un nuevo proyecto, en el que en vez de servirse de otros textos forales en uso, adopta la decisión de dar vigencia a un nuevo fuero del cual él es el creador.

[42] Las *Siete Partidas* (o *Partidas*) es un cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del reino. Su nombre original es *Libro de las Leyes,* y hacia el siglo XIV recibe su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida. Esta obra se considera uno de los legados más importantes de Castilla a la historia del Derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Hispanoamérica (hasta el siglo XIX). Se la califica de *enciclopedia humanista,* pues trata temas filosóficos, morales y teológicos (de vertiente grecolatina), el propio texto confirma el carácter legislativo de la obra, al señalar en el prólogo que se dicta en vista de la confusión y abundancia normativa.

Lei I. Onde tomo este nome el pecado que dize sodomitico, e quantos males vienen del. Sodoma, e Gomorra fueron dos ciudades antiguas pobladad de muy male gente, e tanta fue la maldad de los omes que bivian en ellas q[ue] porq[ue] usavan aq[eu]l pecado q[ue] es contra natura, los aborrecio nuestro señor dios, de guisa que sumio ambas las ciudades con toda la gente que hi moraba [...] E de aq[ue]lla ciudad Sodoma, onde Dios fizo esta maravilla tomo este nombe este pecado, que llaman sodomitico [...] E debese guardar todo ome deste yerro, proque nacen del muchos males, e denuesta, e deffama así mismo el q[ue] lo faze [...] por tales yerros embia nuestro señor Dios sobre la tierra, hambre e pestilencia, e tormentos, e otros males muchos que non podria contar

Título XXI Lei II.

Quien pude acusar a los que sazen el pecado sodomitico, e ante quien, e que pena merecen aver los sacedores del, e los consentidores. Cada uno del pueblo puede acusar a los omes que hiziessen pecado contra natura, e este acusamiento puede ser hecho delante del judgador do hiziessen tal yerro. E si le fuere provado deve morir: también el que lo haze, como el que lo consiente [...] fueras ende, si alguno dellos lo oviere a hazer por fuerça, o fuesse menor de catorze años [...] non deve recebir pena, porque los que son forçados no son en culpa, otro si los menores non entienden que es tan gra[ve] yerro como es aquel que hazen. Esta misma pena deve aver todo ome, o toda muger, que yoguiere con bestia, deven de mas matar la bestia para amortiguar la remembrança del hecho.

Fuero Real, Libro IV, Titulo IX:

"De los sodomitas [...] Mandamos que cualesquiera que sean que tal pecado fagan que luego [...] ambos dos sean castigados ante todo el pueblo e despues a tercer día sean colgados por las piernas fasta que mueran"

El delito está conformado por tres niveles de ofensa: en primer lugar: la ofensa contra Dios; en segundo lugar: la ofensa social o la ofensa a la República: el daño común; y, finalmente, en tercer lugar: el daño personal o a su grupo familiar, la ofensa a la víctima. Esta situación puede comprobarse en las Partidas de Alfonso X el Sabio[43] donde se llama pecados los delitos o "yerros" de herejía, simonía, usura, perjurio, adulterio, incesto, estupro, sodomía y suicidio, y se habla en términos de pecados de *luxuria* donde predomina más la ofensa a Dios que a la moral o a la República. La ley civil medieval, además de proteger ciertos bienes jurídicos, protege la ley divina y eterna manifestada en la persecución de herejes y blasfemos. También, al identificarse tanto con la ley divina como con la ley natural, sanciona los comportamientos desviados en relación con las conductas sexuales. La sodomía es el comportamiento antinatural por excelencia, lo que supone una grave ofensa a Dios. Este tipo de leyes civiles son leyes mixtas porque afectan al fuero interno de la persona, vinculado a la ley divina, y al fuero externo, vinculado a la ley de los hombres o ley positiva; fundiéndose y configurándose en pecado y delito al mismo tiempo. Por lo tanto, se configura un sistema penal y

[43] Leyes de Partidas: P. I, 6 58; P. IV, 2 8; P. VII, 18, 1; P. VII, 19, passim P. VII, 21, proemio y leyes 1 y 2; P VII, 27, proemio y ley 1.

penitencial en que todas las penas están en manos de la autoridad, siendo un sistema de penas aflictivas. Se trata de lograr la mejora del reo a través del arrepentimiento. Es así como la perfección del sistema penitencial eclesiástico contribuye de manera importante al funcionamiento del gobierno y de la administración. Al lado del Estado funciona paralelo el Derecho penal de la iglesia, del que el Estado acude a sus disposiciones y se remite con frecuencia.

Desde la regulación por Partidas, la sodomía se convierte en el pecado por excelencia, el más abominable, el que es necesario extirpar de los reinos cristianos por ser contra natura, y por ofender al orden natural establecido por Dios. Si bien la extrema dureza de la legislación castellana no encuentra en los demás territorios de la Monarquía hispánica el mismo reflejo. Algunos, como es el caso del reino de Aragón, por la vía de la legalidad son rigurosos en el castigo de la sodomía. Es a partir del siglo XIII a través de los Fueros Reales cuando se realiza la primera conexión entre sodomía y herejía; conexión que luego se plasma en la equiparación entre sodomía y herejía en la legislación promulgada por los Reyes Católicos en fechas posteriores (Pragmática de 1497). En esta primera ocasión, Jaime I de Aragón (1208-1276) otorga los fueros para el Reino de Valencia, y, en ellos se equipara a herejes y sodomitas, al menos con la imposición de la pena en la hoguera.

La información sobre la contracepción se extiende a partir del siglo XIII. Los Penitenciales de la Alta Edad Media ya denuncian *los venenos de esterilidad* que, probablemente, tienen más de abortivos que de anticonceptivos. Y, a partir del siglo XIV, los manuales de moral se preocupan cada vez más del *pecado de Onán*, aludiendo con ello al coito interrumpido.

En cuanto a los vagabundos y mendigos, como así también a los menores de edad licenciosos, surge una de las instituciones más importantes, el *Padre de Huérfanos*. Esta organización se instaura en la ciudad de Valencia en 1337, por privilegio del rey Pedro II de España, y recoge niños abandonados, vagabundos y mendigos. La naturaleza jurídica del Padre de Huérfanos es administrativa, aunque más tarde se encuentra entre la jurisdicción civil y penal, no estableciendo claros límites a sus funciones (Boix, 1863: 84). Si bien esta organización comienza su actividad con un claro carácter asistencial, con el tiempo, adopta también funciones de carácter correccional. La institución ejerce la competencia de un Juez Penal y establece los castigos a mendigos, vagabundos y menores. De esta manera, esta institución imparte justicia entre sus detenidos, impone castigos de acuerdo con la edad de los infractores y procede, en su caso, al encierro en cárceles. En este sentido, Guallart y López de Goicochea (1942: 19-26) sostiene que el Padre de Huérfanos de Zaragoza tiene una verdadera función penal, ya que su función no es solo el cuidado de menores y vagabundos, sino también la sanción de las desobediencias e infracciones; a tales fines, el padre debe tener dos camas en su casa, y disponer de celdas o cepos en el hospital de Nuestra Señora de Gracia, pudiendo igualmente dar al mozo o moza azotes y otro castigo moderado y ponerlos en el cepo grande o pequeño.

Los Reyes Católicos Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, consideran que la persecución de la sodomía es una prioridad política, y en 1497 dictan *La Pragmática de*

Medina del Campo. Este precepto legal se apoya en los legisladores castellanos del siglo XIII e insiste en la tradición cristiana que sostiene que el pecado de la sodomía provoca la destrucción del género humano, además de la ira divina, guerras, pestes, etc.

Los Reyes Católicos se inspiran en el capítulo XXI de la "Setena Partida" del siglo XIII titulada: *«De los que fazen pecado de luxuria contra naturam».* La Pragmática de 1497 coincide con los puntos principales descritos en la Séptima Partida. El temor de Dios impulsa a los monarcas a redactar leyes contra la sodomía y promulgar penas todavía más severas. Los soberanos interpretan que las penas estipuladas para la sodomía en la Séptima Partida son insuficientes para extirpar el error abominable, el delito nefando contra natura y, por lo tanto, es necesario responder todavía más de él ante Dios. Además de la confiscación y de la pérdida de todos los bienes del autor del delito, la Pragmática confirma la pena de muerte para aquellos sodomitas convictos mayores de veinticinco años que promulga la Partida, consideran que es insuficiente e instituyen una nueva pena: la muerte por el fuego. Sólo el fuego, como el purificador natural de lo maligno puede proporcionar remedio para la sodomía, el vicio impronunciable y el abominable crimen contra la naturaleza. Este precepto confirma la doble naturaleza de las relaciones contra natura: pecado y delito, y, por ende, merecedor del máximo castigo. La sodomía, dada su doble naturaleza de delito y pecado afecta a todos los súbditos de la Corona, incluidos los de otras religiones, así también a los extranjeros, pues es un delito que mancha la tierra en la que se comete y daña a todos los que en ella habitan.

La Pragmática de 1497 agrava significativamente los discursos, las sentencias y penas decretadas contra los sospechosos de sodomía y propone que tanto "*la ley secular como la eclesiástica unieran sus fuerzas para castigar el crimen nefando, ese que no merece tener nombre, destructor del orden natural y por tanto punible por la justicia divina*".

Los Reyes Católicos establecen la relación entre nefando delito, herejía y delito de lesa majestad (Chiffoleau, 1991: 42; Pavan, 1986: 241). Según la Pragmática, la sodomía ataca el orden social existente u orden natural de las cosas, al abolir la diferencia entre los sexos destruye los linajes y las virtudes masculinas, lo que conlleva la perdida de la nobleza y de la hombría, valores relacionados con la concepción de la masculinidad en la Edad Media. Se establece un lazo de unión entre la conciencia religiosa, la autoridad de los reyes como intercesores y el bien común de la población. La Corona se reserva el castigo de este pecado-delito dada su gravedad, siendo la justicia regia la única que tiene jurisdicción sobre dicho delito, a excepción si la infracción es cometida por personas eclesiásticas. De esta manera, los monarcas se convierten en garantes del bien común con amplias prerrogativas y poder en la represión y castigo del pecado-delito nefando (Carrasco, 1989: 54). La lucha contra el delito inefable pasa a formar parte del argumento de legitimación del buen gobierno de las élites urbanas y de la monarquía. Es así como los Reyes Católicos se erigen en defensores del orden social y divino, defendido tanto por la Iglesia como por el Estado.

Otra de las novedades de la Pragmática de los Reyes Católicos en relación con la legislación anterior es que no específica ni define con exactitud en que consiste el delito de sodomía. En consecuencia, dentro de la categoría de pecado sodomítico se agrupan

tanto las relaciones sexuales como las conductas sexuales entre hombres, mujeres; así también, los abrazos, los besos, aunque no se realice el acto sexual propiamente dicho. Por lo tanto, se produce un salto cualitativo importante en la persecución de las conductas desviadas de la norma sexual de la época. En la primera legislación del siglo XIII que persigue la sodomía, esta se circunscribe a la persecución de las relaciones entre varones; para posteriormente, en esta legislación de finales del Medioevo (Pragmática) incluir a la mujer y el papel de los reyes como garantes del bien común.

La Pragmática requiere la aplicación de la tortura sistemática para cualquier hombre acusado del pecado nefando, incluyendo a la nobleza y el clero. Sin embargo, durante el reinado de los Reyes Católicos, los tribunales administran justicia de manera diferente a los nobles y a los subalternos; los nobles disfrutan de privilegios tales como procesos especialmente llevados y, por lo general, se ven exentos de la tortura salvo en los casos que combinan sodomía y herejía. Los Reyes católicos elevan la sodomía de tal manera que corresponda en severidad a la herejía y la traición. La asociación de la sodomía y la homosexualidad con carácter general al delito de herejía se realiza en función del bien jurídico que se pretende proteger, que es la ortodoxia cristiana (incluidos en esta los principios de la ortodoxia sexual cristiana). Por su parte, los heréticos rechazan la ortodoxia cristiana y los dogmas sexuales de la fe cristiana. Tanto sodomitas como herejes coinciden en el rechazo de los dogmas sexuales de la fe cristiana, violando la ley natural con voluntad objetiva y consciente el orden establecido por Dios y, ello les condena siendo un grave peligro para la propia ortodoxia y el *statu quo*. De esta manera, se constata un proceso que implica la herejización de la sodomía.

A finales del siglo XV la percepción del delito contra la moral sexual cambia de sentido. Hasta ese momento este tipo de delitos son tratados con discreción. Sin embargo, los legisladores transforman las transgresiones individuales en crímenes contra la colectividad y deben ser castigados públicamente (Muchembled, 1992: 70). Los legisladores entienden que toda práctica sexual "antinatural "es un atentado contra la colectividad. Es así como La Pragmática de 1497 castiga la sexualidad desviada, los comportamientos y prácticas sensuales debido a su potencial peligrosidad para la comunidad.

Si bien la Pragmática de los Reyes Católicos inaugura una nueva etapa de represión de la sodomía, esto no es totalmente cierto ya que existen casos de sodomía juzgados por los alcaldes de las villas y ciudades, por ejemplo, de la Chancillería de Valladolid, desde 1486. El primer juicio documentado se produce años antes, en Murcia en 1408, cuando es apresado Alfonso Fernández Cardador, tras ser acusado de haber cometido adulterio con un mozo[44]. En la mayoría de los casos con anterioridad a la Pragmática de 1497, los acusados son declarados inocentes ante la dificultad para demostrar la comisión de este tipo de delito. Esta infracción suele cometerse de noche y en lugares apartados. Debido a estas razones, los legisladores insisten en la necesidad de una normativa que endurezca la técnica del derecho procesal penal, introduciendo las facilidades

[44] Archivo Municipal de Murcia. Libro de Actas concejiles, fol. 275rº. Disponible en: https://www.archivodemurcia.es/Archivo-Fondos-digitalizados-Presentacion

acusatorias y probatorias. Con el objetivo de condenar con más facilidad a los acusados de tal abominable pecado.

Las penas tratan de ser ejemplarizantes como lo atestigua la investigación de Solórzano (2012), a lo largo del año de 1514, tal es el caso de un extranjero que cometiera el delito de sodomía, Agustín Corso, genovés, maestre de una nave que llega a San Sebastián y que es acusado de sodomía con Antoneto su paje de navío. Corso es apresado y en el juicio se declara inocente. Sin embargo, se procede a aplicarle el tormento de fuego y acaba reconociendo que besa y abraza a Antoneto, y niega haber mantenido relaciones carnales. A pesar de ello, su confesión y las pruebas de los testigos exculpándole no son suficientes para evitar la condena por sodomía. Finalmente, castigado a pena de muerte en la hoguera. Por lo que se ordena que se confisquen los bienes del reo y que se lo lleven por las calles de la villa a voz de pregonero hasta una de las puertas de la ciudad donde solían aplicarse las penas y allí fuera extramuros quemado con las llamas vivas de fuego hasta tanto que naturalmente muera[45]. El lugar de ejecución siempre suele ser un sitio transitado para dar la máxima publicidad al espectáculo del castigo.

La acusación de sodomía no sólo afecta a los hombres, sino también a las mujeres, lo que rebate en cierta manera la impunidad del comportamiento lésbico en la Edad Media (Murray, 1996: 191; Helmut, 2000: 41). El 21 de julio del año 1503, los alcaldes de la Chancillería de Valladolid dictan sentencia en un pleito sostenido contra dos vecinas de San Sebastián, acusadas de mantener sodomía femenina. El alcalde ordena que se le diera tormento de agua a las acusadas con la finalidad e obtener una confesión de culpabilidad. Sin embargo, las acusadas se declaran inocentes. Finalmente, el alcalde dicta sentencia en la que reconoce no poseer pruebas del pecado nefando. Pero ante la gravedad del delito, las declara culpables con el objetivo de que las penas sean ejemplarizantes, ya que del delito se derivan inmensas penalidades y enfermedades para la villa. El alcalde declara el destierro para las acusadas y el pago de las costas del pleito. Posteriormente, Catalina una de las acusadas apela la primera instancia ante el tribunal de la Chancillería de Valladolid, quien ante la falta de pruebas la absuelve y exige reintegrársele su íntegra fama. Este es el primer testimonio que se conserva sobre la condena de las relaciones lésbicas en la Corona de Castilla[46].

El carácter ejemplarizante de las condenas, a través de los castigos corporales y capitales en público, influye decisivamente en el cambio de las costumbres de la sociedad urbana medieval castellana. Las penas por sodomía no pueden ser conmutadas por ninguna otra, por lo que una vez los acusados son condenados les espera decisivamente la muerte. La acusación del delito de sodomía fuera cierta o no se convierte en un arma política importante de las élites urbanas, ya que implica la infamia del acusado (Boone, 1996: 135). En este sentido, el Derecho reconoce dos tipos de infamia: la infamia de hecho, propia de la comisión de actos infames contrarios a la moral dominante, tales como la prostitución, la prevaricación, el oficio de los actores y los actos contra natura; y, por otro lado: la infamia de derecho, que se deriva de una

[45] Archivo de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid. Reales Ejecutorias, c 125/21; 1498, 08, 17.
[46] Archivo de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid, Reales Ejecutorias, c. 181-39; 1503, 08, 21. Disponible en: http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/description/184149

decisión judicial, que mancilla legalmente al condenado por cometer adulterio, sodomía, robos, rapiñas, injurias etc. Las penas que infaman a un sujeto son: la muerte en la hoguera o por colgamiento, las galeras perpetuas y la flagelación (Bowman, 2003: 95). La infamia significa la muerte social del condenado, alcanzando también a los familiares del procesado. Por lo que un convicto por sodomía quedaba humillado socialmente tanto él como su familia, además de confiscarles todos sus bienes muebles e inmuebles. Por lo que están abocados a la marginalidad social y la miseria (Gauvard, 1993: 5).

A finales de la Edad Media, la represión de la sodomía implica juzgar y castigar con penas máximas a las personas que osan vulnerar el ordenamiento sexual, siendo la caza de sodomitas parte de la vida cotidiana de los centros urbanos castellanos.

El Humanismo renacentista.

En el siglo XV, período de transición entre la Edad Media y la Edad Moderna, se produce una fusión entre arte y morfología que aúna el interés por la anatomía y por su expresión artística. A pesar de la llegada del *humanismo*, la iglesia continúa dictando el comportamiento sexual, solo destinado a la procreación. En su afán de combatir la *Reforma Protestante, la Contrarreforma*, basada en las directrices del Concilio de Trento (1545-1563), apuesta por un control social más férreo, donde la sexualidad es una variable clave. La normalidad sexual está definida por las relaciones entre hombre y mujer, desposados por el ritual de matrimonio cristiano, con el fin de tener hijos y practicando la postura autorizada. La postura natural es: la mujer debajo, pasiva y sometida. En este escenario, la Inquisición castiga duramente los comportamientos sexuales *contra natura,* aquellas prácticas sexuales no destinadas a la procreación como: bestialismo, homosexualidad y masturbación (Deschner, 1993: 270).

Los delitos contra la moral sexual aparecen referidos en la legislación bajo la denominación de pecados. Ocupándose de erradicar los denominados pecados públicos, aquellos relacionados con la sexualidad, como la prostitución, el amancebamiento, el adulterio, y la sodomía. Como consecuencia de la crisis del feudalismo y la aparición del Estado Moderno, la intolerancia se ceba con aquellos grupos, individuos y comportamientos que ponen en riesgo la estabilidad social y los estándares morales cristianos (ortodoxia). Por ende, es necesario excluir a los marginados y a los perseguidos (vagabundos, ociosos y falsos pobres). Desde finales del siglo XV, los agentes de la unificación política y religiosa (fusión institucional) y de la homogeneización del Estado, colaboran estrechamente en su labor de perseguir a las minorías sociales, las heterodoxias y la disidencia.

En 1532, las Reglas Penales del emperador Carlos V, *Constitutio Criminalis Carolina*, disponen la pena de muerte para los masturbadores (*coitus interruptus*), para los que tienen relaciones sexuales con personas del mismo sexo y para aquellos que utilizan anticonceptivos. La génesis de la *Lex Carolina* (normas civiles y penales) corresponde a una época donde los órganos legislativos del imperio del siglo XVI promulgan algunos ordenamientos de policía, en caso de necesidades sociales. De esta manera, se crea Derecho nuevo, Derecho penal, aunque no sea su sentido originario. Este texto legal es

considerado el primer Código penal sistemático de la modernidad temprana europea. Esta recopilación tipifica como delito ciertas conductas (asesinato, homicidio, blasfemia, robo, brujería, sodomía, incesto, incendios provocados, etc.) permitiendo que los magistrados recurran al uso de los tormentos para lograr la confesión de los acusados mediante la tortura (en especial, la ordalía o prueba judicial) que se generalizan en todos los procesos por herejía. Las condenas incluyen las penas corporales (flagelación) como la pena de muerte, castigada con la hoguera, la horca, el desmembramiento, etc. La *Lex Carolina* implica la implantación del Derecho Romano en el mundo germánico, con una idea cercana al humanismo, sin embargo, las penas siguen siendo crueles; pero, a principios del siglo XVI las penas son proporcionales a la gravedad de los hechos. También, se desarrolla el concepto de culpabilidad, la reparación de los daños causados, la aplicación judicial de la analogía y el origen normativo de los actuales Institutos de Medicina Legal al establecer que los médicos deben intervenir como peritos en aquellos procesos judiciales donde se requiera su presencia y su conocimiento profesional para aclarar las circunstancias de cada caso (Marquardt, 2017: 15).

En la España del siglo XVI, el estudio de las intersexualidades es otra de las preocupaciones de esta sociedad. La obra de Juan Sánchez Valdés y Sánchez de Rivera, que lleva el título de *Sobre la conversión de hombres en mujeres y, al contrario*, es un ejemplo de ello. En este texto aparece la cuestión de si es posible que un hermafrodita pueda casarse sucesivamente con personas de sexo diferente. De igual forma sigue presente la higiene sexual, vista desde la perspectiva de las formas correctas de proceder en las relaciones sexuales. En la obra de Francisco Núñez de Coria *Tratado del uso de las mujeres y como sea dañoso y provechoso* (1586) se expone el tema. Blas Álvarez Miraval en su libro titulado *La salud del cuerpo y del alma*, dedica varios capítulos a la higiene en las relaciones sexuales y explica que los cuerpos de los lujuriosos con su concupiscencia arden y se calientan y, acabada la concupiscencia, hieden como sentinas de navío.

En 1586, el papa Sixto V (1521-1590) decreta la pena de muerte para una larga lista de crímenes sexuales. Se establece como común denominador de aquellas sociedades la continua sospecha sobre la sexualidad en el matrimonio y la impureza de los cuerpos desnudos (Laqueur, 2007: 199). Oliva del Sabuco en su obra *Nueva Filosofía de la Naturaleza del hombre* (1587), expone que la lujuria es el vicio más perjudicial que puede tener el hombre, porque en ella pierde su humedad radical.

Estas políticas de caracterización, estigmatización y exclusión de gran parte de la población contribuyen decisivamente a la configuración posterior de dos características estructurales de la sociedad española. Por un lado, a la dualización de la sociedad en "castas" de incluidos frente a excluidos, y, de españoles "ortodoxos" frente a "heterodoxos" (dualización que reaparece en el siglo XIX y que sedimenta de forma radical en la guerra civil española de 1936). Y, por otro lado, esta dualización persistente y tenaz mezcla criterios lingüísticos, étnicos, religiosos, fenotípicos-raciales, sexuales etc., para establecer una frontera entre lo auténtico y lo falso, entre lo católico-

castellano “propio” y el “otro” morisco o sefaradí, o entre los buenos cristianos o los “afrancesados”, es decir, entre “nosotros” y el “ellos” (Gunther Dietz, 2008: 11-46).

5. La monarquía Absoluta Siglos XVI- XVII-XVIII.

En España, con la toma de Granada en 1492, se produce una política de homogeneización cultural y religiosa que tiene severas consecuencias en las minorías sociales. El hecho religioso es el factor determinante a la hora de conformar la sociedad, siendo el común denominador en el proceso de armonización social. Esta circunstancia determina, por sí misma, relaciones de explotación y discriminación donde se desvalora al diferente, al extranjero, al no cristiano. El desarrollo del comercio, fruto del descubrimiento de América, supone cambios importantes en la estructura de la sociedad, en la producción económica y en las formas de ejercer el poder. Estas condiciones determinan la aparición del Estado moderno. La centralización política, la unificación territorial y el fortalecimiento del poder crean el caldo de cultivo para la aparición de un nuevo modelo productivo: el *capitalismo*. La transición del feudalismo al capitalismo genera importantes desigualdades; y, es el poder absoluto representado por las monarquías absolutas la herramienta que ayuda a la consolidación del nuevo modelo.

Ante un desarrollo económico incipiente es necesaria mayor seguridad jurídica. Por consiguiente, se recurre al Derecho romano. Este es un derecho privado individualista y patriarcal que, poco a poco, permea las relaciones sociales en todas sus dimensiones. La concepción del derecho romano privatista y desigualitario condiciona la *res publica* de este nuevo mundo capitalista y, también, en las argumentaciones que justifican el poder del Estado absoluto. La nueva sociedad sigue estructurada como la sociedad feudal. Pero, con una floreciente burguesía que lentamente reclama igualdad. El objetivo de esta sociedad es la defensa del orden existente basado en el poder masculino. Los estereotipos y prejuicios recibidos de la antigüedad, más los que se crean con el factor religioso, sientan las bases de la estratificación social y, por ende, de la discriminación; donde también se incide en un discurso en el que se sostiene que el pecado nefando es traído desde fuera por los forasteros. Por su parte, el hombre blanco, cristiano y europeo es el actor principal de este proceso. Y, es a partir de este período histórico donde se legisla nuevamente y se persigue de manera más dura a la sodomía.

En esta época se produce una relación simbiótica y connivente entre Iglesia y Estado; lo que determina la existencia de una doble jurisdicción, de manera que muchas de las veces las jurisdicciones y funciones de estos tribunales se solapan. Estos juzgados son los tribunales estatales y el Tribunal de la Inquisición. Ambos tienen jurisdicciones comunes en algunos temas, como es el caso de la homosexualidad. El más grave de los pecados del universo de la lujuria es el pecado contra natura, llamado también pecado nefando (del que no se puede hablar), crimen atroz o crimen *atrocisimus* (Tomas y Valiente, 2001: 110). Ya que no se trata del acto sexual en sí, sino que se trata de una ofensa directa a Dios. Se ataca el orden natural de las cosas que está destinado a la procreación y que además permite la continuidad de la creación. En el ámbito específico

del pecado contra natura se encuentran las relaciones sexuales no procreadoras entre personas del mismo sexo. Sin embargo, este pecado-delito posee una órbita más amplia de acción que implica otras prácticas sexuales que conllevan accesos carnales que no están relacionados con el coito natural y la procreación. Pero sí están relacionados con la búsqueda del placer tales como las *molicies*, *el onanismo* y la *bestialidad.* Por lo tanto, la sodomía esta penalizada con severidad en ambas jurisdicciones, siendo la jurisdicción más dura, la eclesiástica.

Por lo que cuenta el Padre León (1544-1632)[47], jesuita visitador de la cárcel de Sevilla, la amenaza de quemar a un sodomita es suficiente razón para que la familia administre un veneno parecido a un engrudo a su propio pariente, una forma de eutanasia obligada de la edad moderna.

En cuanto a la técnica del Derecho penal y procesal (porque no son disociables) del Antiguo Régimen, cuando se quiere agravar la persecución de un delito, se agrava la pena y se introducen una serie de mecanismos complementarios que son las facilidades acusatorias y las facilidades probatorias. En consecuencia, por lo que respecta a los requisitos evidenciales o de prueba, estos son muy relajados; la confiscación de bienes y el empleo de la tortura también figuran de forma destacada en la instrucción de casos de sodomía. Al ser calificado el delito como atrocísimo, aunque la prueba no sea plena y no pruebe la comisión del delito de sodomía, es suficiente para probar el delito en cuestión[48]. En cuanto a los indicios claros de que se produce el delito sodomítico, estos son: para la versión masculina, la fractura del ano y para la versión femenina, la existencia de algún vestigio sexual comprobados por matronas. En cuanto al valor de la declaración del sodomita, para un sector de la doctrina, no tiene ningún valor ya que es considerada solo una opinión. Dado que la prueba plena no puede sustentarse sobre un único testimonio, y menos, cuando dicho testimonio proviene de la otra parte del delito, la parte pasiva, cómplice del delito y, también infame. Otro sector de la doctrina considera que la declaración o confesión del acusado incluso mediante tortura debe ser atendida como suficiente para considerarla como prueba plena, sustentando esta posición en el principio que vincula el delito al pecado, y la confesión a la expiación de la culpa. Debido a la atrocidad del delito, se exigen y aceptan pruebas no válidas para otro tipo de procesos, tales como el testimonio de inhábiles (relajando la exigencia probatoria). Por lo tanto, al ser un delito de difícil probanza, se considera válida cualquier tipo de confesión, incluso la sacramental; desaparecen también las incapacidades para testificar, pudiendo hacerlo los propios autores del delito, los testigos inhábiles (como reseñamos) e incluso a través de pruebas dudosamente indiciarias fruto de la tortura y del tormento que arrancan una confesión, y con esta considerar que el delito está consumado y reconocido por el autor.

[47] El Padre Pedro de León (1544-1632) es un jesuita de las primeras promociones sevillanas. Ejerce su ministerio en la Cárcel pública de Sevilla desde 1578 hasta 1616, entre otros destinos. Allí asiste a los presos, intercede por ellos y los confiesa antes de morir. Al fin de su vida, en 1616, ya jubilado, con 72 años y por orden de sus superiores, escribe su memoria pastoral. Descubierta en 1981, constituye un documento de valor excepcional para conocer la Cárcel Real de Sevilla de su época, descrita por quien tan bien conocía las instalaciones y sus inquilinos.

[48] *Ibidem*, p. 116.

En cuanto al coito de mujer con mujer esta pragmática no castiga dicho encuentro sexual. Aunque es un pecado grave es una forma atenuada de pecado nefando contra natura; pero, este nunca es comparable con el vicio sodomítico de varón con varón. Quedando al arbitrio del juez la pena a imponer.

La Inquisición Española: El Tribunal del Santo Oficio.

Fruto de la intolerancia religiosa nace en Languedoc (Francia en 1184) la Inquisición medieval o romana para combatir la herejía de cátaros y albigenses en el seno de la propia iglesia católica. Sin embargo, es a finales del siglo XV (las inquisiciones medievales de los principales reinos cristianos entran en declive) cuando el Tribunal del Santo Oficio es creado en la Península Ibérica a través de la bula papal de 1 de noviembre de 1478 del Papa Sixto IV (*Exigit sincerae devotionis*). Ante el problema de los conversos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón solicitan al Papa que les autorice a nombrar inquisidores en sus reinos. En dicha bula, el Papa estipula que los inquisidores deben ser dos o tres sacerdotes de más de cuarenta años y concede a los reyes la prerrogativa del nombramiento y también de la destitución.

La vida del hombre en el Antiguo Régimen está marcada por un rotundo y claro sentido de la religiosidad, esta a su vez, está vigilada desde el punto de vista de la ortodoxia y pureza de la fe, por la ineludible y constante presencia del Tribunal del Santo Oficio (Penafiel Ramón, 1996: 293). La esencia de la actividad inquisitorial reside en la represión de los disidentes, por lo que, junto a la inquisición religiosa, también cabría hablar extensivamente de una inquisición política, o de cualquier otra aplicada a vigilar y castigar en los diversos sectores de la actividad social a quienes no se ajustan al modelo de creencias y conducta social previamente establecido. La notoriedad de la Inquisición española se explica por su entronque con el aparato político, por la estatalización de la represión religiosa, por su prolongada duración y, por coincidir con un momento histórico donde los reyes católicos reinan un vasto imperio y la Inquisición desempeña un papel de notable influencia y poder (Escudero, 1985: 2). Es así como la Inquisición se convierte en una herramienta y Tribunal de la Monarquía, dirigida por la Suprema y perfectamente organizada tanto en la Península Ibérica como en los nuevos territorios de América a través de los tribunales de distrito o tribunales menores que, a su vez, controlan todos los sectores de la actividad social.

A partir de ese momento la Justicia del Rey y la Justicia de los Obispos se reparten la tarea de perseguir la herejía, las desviaciones, la inmoralidad, los excesos en materia sexual y condenar a muerte a los practicantes del abominable crimen de sodomía. Sin embargo, esta es una época en la que la licencia y la inmoralidad vienen a constituir en algo común en las vidas de las personas; y, los frecuentes ataques y reconvenciones de la Iglesia son en torno a la perentoria necesidad de mantener el *statu quo* y de prescribir una moral menos relajada (Peñafiel Ramón, 1996: 295).

En la Corona de Aragón donde hay una primera pragmática, en enero de 1505 Fernando el Católico atribuye el conocimiento de los casos de sodomía a la Inquisición. Por su parte, el Consejo de la Inquisición de la Suprema, en Valladolid en 1509 exonera a este

Tribunal de dichas competencias en materia de sodomía establecidas por el monarca para los territorios de la Corona de Aragón, excepto en casos de herejía. Finalmente, en 1524 el Papa Clemente VII autoriza a la Santa Inquisición para hacerse cargo de los procesos sobre el pecado *nefando*: "lo que no debe ser nombrado" en el Reino de Aragón. Por su parte, en la Corona de Castilla, la jurisdicción sobre la sodomía permanece en manos de la justicia ordinaria. Habitualmente, la persecución de un sodomita por parte de la Santa Inquisición en la Corona de Castilla es por motivos heréticos no sodomíticos. Si el sodomita declara que aquello que realiza no es pecado, se le persigue por hereje, derecho real en mano. En el caso de la Corona de Aragón, la sodomía es perseguida por los tribunales del Santo Oficio de Valencia, Zaragoza y Barcelona. Siendo Valencia jurisdicción del santo oficio y perseguidora del delito de sodomía la que destaca por su crueldad, severidad y barbarie. Un siglo después, Felipe IV, en las cortes de Zaragoza de 1646 extiende el conocimiento del delito de pecado nefando tanto a la justicia inquisitorial, como eclesiástica, pero también secular. De esta manera, la Inquisición que es un órgano de naturaleza eclesiástica se integra en el aparato estatal, siendo competente para el conocimiento y la represión penal de la sodomía. Posteriormente, en 1532 Carlos I ordena a los Corregidores que tengan especial cuidado en castigar los pecados públicos. La expresión "pecados públicos" alude a los llamados desórdenes públicos entre hombres y mujeres.

En Valencia entre el año 1540 y el año 1700, en ciento sesenta años se persiguen aproximadamente 380 procesados por sodomía. En Zaragoza hay aproximadamente 791 procesos, más del doble que en los territorios de la jurisdicción de Valencia y, en Barcelona 453 encausados. Es notorio que la mayor cantidad de acusados en Valencia son extranjeros, aunque también los hay valencianos, nobles y también son frecuentes este tipo de pecados en el clero. En términos generales, la persecución de la sodomía a manos de la Inquisición es una persecución atroz, entre los años 1566 y 1775 son quemados 37 sodomitas. Estos hechos se producen en plena Contrarreforma, en el Barroco. A partir de 1630 no se quema más a los sodomitas en Valencia por parte del Tribunal del Santo Oficio, solo se les condena a galeras, azotes o destierro[49]. Sin embargo, otros autores disienten en cuento al número de víctimas ya que consideran que la Inquisición no llega a ejecutar a un dos por ciento de los acusados que caen en sus manos. Finalmente, la actividad pujante de la Inquisición de los siglos XVI y XVII, es reemplazada en el siglo XVIII por la guarda de las estructuras ideológicas y políticas del Antiguo Régimen, impidiendo en su caso, la propaganda de los revolucionarios franceses, para desaparecer finalmente en 1920, suprimida por los liberales (Escudero, 1985: 24, 38).

En el siglo XVI, el descenso de la población en toda Europa a causa de la *Peste Negra* es un motivo de peso para que la iglesia endurezca su postura condenatoria respecto a las prácticas sexuales no procreativas. A finales del siglo XVI, todavía queda otra vuelta de tuerca en el proceso de represión. El concepto de sodomía agrupa toda la serie de prácticas sexuales consideradas "contra natura". Pero, paulatinamente se amplía a nuevas prácticas denominadas: *molicies* (masturbaciones) y *bestialidad* (lo que hoy podemos denominar zoofilia). Se diferencia, por un lado, la sodomía imperfecta, consistente en una práctica con la persona adecuada (el sexo opuesto) pero fuera del

[49] *Ibidem*, p. 125.

vaso natural. Y, por otro lado, la sodomía perfecta, en la que participan dos personas del mismo sexo, fundamentalmente varones, ya que el papel subordinado de la mujer convierte su género en menos relevante a la hora de vigilar el cumplimiento de la normativa de la sexualidad. Carrasco (1986: 204) afirma que la sodomía va en contra de la jerarquía social establecida, y en ese contexto, es claramente destructora de linajes y aniquiladora de las virtudes masculinas. Desde Roma, la bula papal *Cum primum* prescribe en 1566 la entrega al Estado de todos los homosexuales, lo que comporta, indefectiblemente, la pena capital.

Posteriormente, en 1598, Felipe II emite otra pragmática y opta por no agravar más las penas impuestas por sodomía, pero relaja los requerimientos de evidencia necesarios para la instrucción y sentencia de tales casos. Esta situación es debido a que con la legislación anterior existe el problema de la prueba que por su ineficiencia hace escapar a muchos "culpables de la hoguera". Por lo tanto, con esta normativa cualquiera puede denunciar a un sodomita ante el juez, siendo condenados a muerte quien comete el pecado como quien lo consiente. Salvo los menores de catorce años. De la misma manera que Isabel y Fernando antes que él, Felipe II también desea extirpar el abominable y nefando pecado contra la naturaleza sin permitir a los sodomitas la posibilidad de evitar la persecución por la falta de requisitos evidenciales o debido a que los testimonios no concuerden entre sí. Para Felipe II un testigo basta para garantizar la condena de un sodomita. Incluso, si los testimonios de dos o tres testigos no concuerdan entre sí, y, aunque uno de ellos haya participado en el acto.

En el Libro XII, Titulo XXX (ley 2. tít. 221, lib. 8 R) puede leerse:

"Por muy justas causas al servicio de Dios [...] y a la buena execucion de nuestra Real Justicia, y deseando extirpar de estos reynos el abominable y nefando pecado contra naturam, y que los que lo cometieren, sean castigados [...] sin que se puedan evadir ni excusar de la pena establecida por Derecho, leyes y Pragmáticas destos reynos de no estar suficiente probado el dicho delito por no concurrir en el averiguaciones de testigos contestes por ser de tan gran torpeza y abominacion, y de su naturaleza de muy dificultosa probanza; mandamos, que en nuestro Consejo se tratase y confiriese sobre el remedio juridico que se podia proveer, para que los que lo cometiesen fuesen castigados, aunque el dicho delito no fuese probado con testigos, sino por otras formas establecidas y aprobadas en Derecho, de las quales puediese resultar bastante probanza para poderse imponer en el la pena ordinaria [...] mandamos, que probandose el pecado por tres testigos singulares mayores aunque cada uno dellos deponga de acto particular y diferente, o por quatro, aunque sean participes del delito, o padezcan otras cualesquier tachas que no sean de enemistad capital, o por los tres destos, aunque padezcan tachas, y hayan sido ansimismo participantes [...] se tenga por bastante probanza; y por ella se juzguen [...] de la misma manera que si fuera probado con testigos contestes, que depongan de un mismo hecho"

En los siglos XVI y XVII la mentalidad teologista permanece, aunque con menos intensidad y el delito más perseguido continúa siendo el delito de sodomía. Es un crimen cometido contra el orden natural, el nefando pecado contra natura. Estamos ante un contexto social donde el placer sexual no tiene cabida, ya que su búsqueda sin procreación lleva indefectiblemente a lo abominable, a lo nefando y, en consecuencia, a la muerte. Sin embargo, se equipara a la sodomía, únicamente, con las prácticas

sexuales con personas del mismo sexo, dejando a un lado la sodomía imperfecta. El Estado absoluto protege la fe cristiana y hace suya la persecución de quienes atenten contra ella. Por su parte, la iglesia se sirve del brazo secular para obtener sus objetivos políticos y religiosos. Junto a la calificación de delito se le une la calificación de pecado; y ambas variables delito y pecado, más que realidades paralelas, son realidades convergentes que se complementan. Es por esta razón que es el delito más aborrecido por la sociedad. Tal rechazo tiene este delito en la sociedad que se lo denomina vulgarmente "el pecado". De este pecado se deriva para el autor del delito no solo la pérdida de sus bienes y del honor, sino que lo coloca en la autoría y responsabilidad (culpabilidad) de males mayores tales como pestes, pestilencias, terremotos, etc. para la sociedad que lo consiente. Y, por su parte, la facilidad acusatoria coloca al acusado en una situación de indefensión importante. Así también, es notorio que durante toda esta etapa histórica en la normativa existente el delito o pecado contra natura está referido exclusiva y continuamente a varones. De esta manera, se establece tácitamente que la sodomía es una práctica particular, representativa y característica de los hombres, ignorando otras realidades. Ya en el siglo XVIII, el Fuero Real contempla un endurecimiento de la pena de muerte en la horca para ciertos delitos como el de sodomía, en el cual a los sodomitas se les condena a morir ahorcados por los pies. La habitual cuerda al cuello en la que la muerte se produce por asfixia o por fractura del cuello, es sustituida por el colgamiento del sujeto en posición invertida, es decir por los pies, quedando el reo boca abajo. De este modo la muerte resulta más cruel, dolorosa y lenta, tardando en morir de dos a tres días con la finalidad de ser recordatorio del delito y del castigo. No obstante, es importante tener en cuenta que, en la plenitud de Antiguo Régimen, la práctica penal principal de la época es que los sodomitas sean condenados a morir en la hoguera (Martínez Díez, 1988: 438-439).

Una obra importante de este período histórico es la obra de Giovanni Benedetto Sinibaldi *Geneatropie* (1642), este libro tiene el carácter de una recopilación o compendio de cuanto sobre el sexo se escribe en ese momento. Cuando aborda la homosexualidad la considera no como una enfermedad, sino como un vicio que merece el látigo y la cárcel. El mismo tratamiento que merece la relación sexual con muchachos.

La obra que finalmente estigmatiza la masturbación como un vicio peligroso es el libro de Tissot *Onanismo: un tratado sobre los trastornos producidos por la masturbación*, aparecido en Lausana en 1758[50]. El argumento central de Tissot es que toda actividad sexual es peligrosa porque atrae la sangre sobre el cerebro, desnutre los nervios y los hace más vulnerables a las lesiones, en consecuencia, propicia la locura. A lo largo de este siglo, se desarrolla un discurso en torno a la masturbación que se presenta a sí mismo como científico (Szasz, 1970: 15) y, pasa de la consideración de la Edad Media como vicio moralmente reprobable a vicio peligroso.

Lenta y gradualmente los fundamentos del Derecho penal se modifican y se reforman. Se pasa del teocentrismo a la racionalización del *ius puniendi.* Así, se establecen otros criterios punitivos tales como el daño social que es consecuencia del hecho delictivo, o la conmiseración para el condenado debido a su situación social y específica. De esta

[50] El término masturbación proviene del latín *manustupration* o estupración manual, que indica profanar con las manos.

manera, se distancian las ideas de delito y pecado, se abandona la ofensa o pecado contra Dios para ser reemplazado por el daño social directo que implica la comisión de un delito. Poco a poco se pierde la carga teológica del delito y se reemplaza por un derecho más humano, benigno y tolerante y, se atenúa la carga condenatoria de los delitos. Dando paso a una moral laica e ilustrada donde la tolerancia otorga una nueva comprensión y lectura de la realidad que establece o pretende establecer nuevos hitos en torno a la convivencia y la racionalidad.

Capítulo II: El siglo XIX: Del pecado a la enfermedad.

La *Ilustración* cuestiona y la *Revolución Francesa* destruye las legitimidades del control social del Antiguo Régimen, allanando el camino hacia el Estado liberal. Es así como el siglo XIX es la consecuencia inesperada pero real de la Ilustración donde la razón se convierte en ciencia positiva y el ser humano deja de ser objeto de la filosofía para convertirse en objeto de análisis de la ciencia. España entra en el siglo XIX anclada en los moldes del Antiguo Régimen. El poder continúa en manos de una monarquía absoluta que defiende los intereses agrarios de la nobleza. Junto a esta, una pujante burguesía intenta abrirse paso y reclama más poder; aunque la nobleza junto a la iglesia todavía detenta la mayor parte del poder económico y dominan el espacio político. A comienzos de este siglo, la legislación penal española está contenida en la Novísima Recopilación y, supletoriamente, en las Partidas. Estos cuerpos legales están constituidos por normas provenientes de la Edad Media y leyes más modernas, pero caracterizadas por la gran severidad y dureza de las penas. En los países del entorno comienza a aplicarse un derecho penal humanitario, que representa una completa ruptura con la bárbara legislación criminal anterior (Cuello Calón, 1943: 140; Jiménez de Asúa, 1964: 752). Por su parte, el derecho penal europeo cambia y se modifica, fruto de las transformaciones económicas, políticas y sociales, y acomete, entre otras tareas, la misión de redefinir el sistema judicial y penológico sobre otros parámetros. Pacheco (1888: 51-52)[51] califica la legislación penal anterior a la promulgación de los códigos del siglo XIX, como "una normativa en la que nada es digno de respeto, nada es digno de conservación".

Progresivamente, la influencia religiosa en la vida social es cada vez menor. Ya no hay una noción clara y estática de lo que es delito. Más bien es una creencia compleja pero indeterminada. Poco a poco se produce una secularización que cambia el Derecho penal. Se deja de lado el discurso religioso para interpretarlo como falta de orden. La separación entre delito y pecado implica que la ofensa humana a Dios que también daña a la sociedad ya no sirve para graduar la importancia del delito. Hasta entonces, todo delito implica ofensas que concurren en Dios, la república y en la víctima. El delito es ofensa pública y la sociedad venga el delito y el daño sufrido con la pena. Por lo tanto, a medida que la defensa activa y punitiva de la fe decae como tarea estatal, se separan las categorías delito-pecado y se calibra el delito en relación con el daño social producido. El daño social asume protagonismo para convertirse en el siglo XVIII en categoría de criterio único para la determinación de si una acción es o no delictiva, y de esa manera medir su gravedad y, en consecuencia, su pena.

La caída del Antiguo Régimen conlleva la despenalización de la homosexualidad. Pero sigue el estigma social que implica. Este escenario social está regido por una construcción social de la realidad a través de las variables del relato religioso. Por lo tanto, el modelo de la sodomía cambia lenta y gradualmente, aunque persisten estereotipos, prejuicios y creencias en torno a este fenómeno social. Se produce una crisis de legitimidad religiosa para el control social, que gradualmente la Medicina se encarga de reemplazar. La clave para comprender esta nueva situación es el cambio del

[51] Obra consultada en los Fondos Digitales de la Universidad Complutense de Madrid

concepto y significado del delito-pecado a la desviación social, donde la disidencia sexual es una enfermedad y está a cargo de la Medicina. La lenta secularización social consecuencia de las nuevas ideas de la Revolución Francesa, sustituye el concepto y la práctica caritativa por el principio de justicia y su aplicación social; lo que se traduce en la conciencia colectiva y en los textos legislativos, transfiriendo la obligación de la acción benéfica a la sociedad, y más concretamente al Estado. Las funciones asistenciales, que la iglesia deja de atender, son asumidas por el Estado[52].

Con la consolidación del capitalismo, el patriarcado se institucionaliza. Y, a medida que la burguesía adquiere riquezas y poder, y de forma clara desde finales del siglo anterior, se desarrolla una de las tendencias que se inicia en la Contrarreforma y coexiste con los modelos cortesanos de vida: los procesos de individualización. La privacidad y la institución familiar adquieren dimensiones relevantes e irrumpen en la escena social nuevos especialistas que concurren con los moralistas en el campo de la buena educación. La sociedad burguesa debido a la creciente división social del trabajo, de la fuerte urbanización y de las nuevas formas de interacción social, exige de los ciudadanos un mayor grado de disciplina y autocontrol. La nueva clase social en ascenso elabora fórmulas para legitimar sus propios estilos de vida en oposición a la nobleza cortesana del siglo anterior y al pueblo ignorante y pobre. Los criterios en que se basan los buenos modales y costumbres siguen siendo de carácter moral, pero a los tratados de los moralistas se suman las obras de filósofos, de médicos e higienistas (Varela y Álvarez Uría, 1989: 149).

El pensamiento ilustrado preconiza la igualdad para todos. Sin embargo, los iguales son todos los hombres blancos, europeos, dotados de razón, capacidad de razonamiento y propietarios. Este sujeto de derecho europeo y universal es el sujeto jurídico que se expresa en el derecho. Idea poderosa que mueve el centro de gravedad del pensamiento: del azar a la razón del hombre. Por su parte, el determinismo biológico es la herramienta con que cuenta el hombre ilustrado para establecer una estructura de discriminación basada en el estatus de inferioridad; los hombres que no son iguales son inferiores y, todo lo que no sea hombre es inferior de igual manera.

El 15 de julio de 1805 se publica la Novíssima Recopilación. Esta es una compilación de Derecho castellano realizada por el relator de la Cancillería de Granada Juan de la Reguera y Valdelomar por orden del rey Carlos IV (1788-1808). Se trata de una actualización de la Nueva Recopilación que recoge en un cuerpo legal el conjunto de las leyes, ordenanzas, pragmáticas, autos acordados y el resto de las disposiciones vigentes en el momento de su publicación. Se divide en doce libros que refleja una mayor especialización y desarrollo del Derecho público. Las principales normas penales contra

[52] Es sustancial entender que en 1798 se produce la desamortización de los patrimonios de los establecimientos eclesiásticos asistenciales a instancias de Godoy, decretada por Carlos IV seis meses después de que Godoy perdiera el poder. El objetivo de la desamortización es hacer frente al déficit y endeudamiento de la Hacienda Real, consecuencia, del gran endeudamiento que produce la Guerra de Convención (1793-1795) que mantiene España con Francia. Y, también, los gastos producidos por la guerra iniciada con Gran Bretaña fruto del bloqueo de las colonias españolas de América de donde provienen la mayor cantidad de recursos económicos. Los bienes desamortizados pertenecen a los colegios mayores de los jesuitas; y con esta desamortización se liquida la sexta parte de los bienes rurales de la iglesia, quedando desmantelada, prácticamente, su red benéfica.

el pecado nefando continúan siendo las normas asistemáticas medievales y renacentistas que se ven reflejadas en esta nueva colección de normas en el Libro XII, Título 30, de la sodomía y la bestialidad. Cuya Ley I es la Pragmática de los Reyes Católicos de Medina del Campo de 1497. La Ley II es la Pragmática de Felipe II de 1598. Y la Ley III es la de Felipe V de 1704 contra Militares reos del delito de bestialidad.

En 1808 se suprime definitivamente el Tribunal de la Inquisición. Y, en consecuencia, por primera vez, el delito de sodomía deja de ser perseguido al mismo tiempo, por ambas jurisdicciones: los tribunales civiles y los tribunales eclesiásticos. Sin embargo, se continúa castigando a los homosexuales por escándalo público o faltas contra la moral y las buenas costumbres (herencia de la ideología cristiana dominante en la sociedad). Esta ideología permanece y permea los ordenamientos jurídicos y la práctica judicial. Es a partir de las leyes napoleónicas y la codificación cuando se acaba con la pena de muerte para los sodomitas. Al mismo tiempo, la sociedad abandona los valores cristianos en beneficio de una mayor laicidad, lo que favorece una mirada menos rígida y dura con el desviado social; sin embargo, no exenta de discriminación. La *Ilustración* instaura nuevas instancias de control social representadas por la ciencia y por la medicina como brazos ejecutores. La mayoría de los códigos napoleónicos consideran la sexualidad como una actividad privada, solo sancionable si se realiza con violencia o con publicidad (delito de escándalo público). Tras la Revolución Francesa las disidencias sociales se taxonomizan en el Código penal francés.

Hasta este momento el pecado de sodomía se equipara al pecado de *lesa majestatis*. Si bien es una noción religiosa, comienza a ser un concepto difuso que no puede reducirse estrictamente a lo que hoy consideramos relaciones homosexuales. Estas actividades o conductas sexuales implican actividades contrarias a la naturaleza y al mandato bíblico de la reproducción, concepciones que persisten y aún tardarán años en ser abandonadas, si es que se abandonan. La Medicina incorpora la concepción clerical de la homosexualidad. Es así como la homosexualidad se convierte en una enfermedad tras cuyo examen clínico se puede hacer un diagnóstico. Este diagnóstico se apoya en dos evidencias: una física, la de los estigmas del vicio, que se encuentran en todos los descarriados; y otra moral, la de una tendencia congénita hacia el vicio que entraña un peligro de contaminación para los demás.

Al igual que en el pasado, en el mundo del siglo XIX las disidencias sexuales también son perseguidas. Se produce una traslación del sodomita al perverso que es análoga a la traslación del endemoniado al loco. Y lo que genéricamente se denomina sodomía se convierte en perversión sexual. Por lo tanto, es la medicina la actividad que se encarga de regularla. El homosexual del siglo XIX es un anormal y un perverso. Esta primera etapa de la formación de la homosexualidad se realiza bajo el signo del afeminamiento (anomalía física que hace del homosexual un hombre anormal y afeminado). Y el homosexual víctima de una anomalía no es responsable de ella. En consecuencia, el homosexual es siempre sospechoso, expuesto más que ninguno al pecado, debe ser encerrado como una mujer o vigilado como un niño y siempre expuesto a la desconfianza de la sociedad (Aries, 1987a: 109).

En Europa la sodomía existe y es castigada duramente. Delito de tradición secular que conforma el grupo de los Delitos contra la honestidad. Esta práctica sexual es concebida

como el resultado de un deseo de la carne al que puede sucumbir cualquier mortal y no como un acto cometido por un tipo específico de individuo, "el homosexual". La clasificación de los tipos sexuales no llega hasta finales del siglo XIX, cuando el capitalismo y el desarrollo urbano hacen posible la existencia de individuos como unidad productiva y reproductiva más allá de la esfera de la familia tradicional (Vance, 1989: 21).

1. La patologización del crimen.

Desde fines del siglo XVIII, la Medicina legal institucionaliza la colaboración entre jueces y facultativos. Estos, auxilian a los jueces en los casos que se presentan y asesoran en la elaboración de los códigos legislativos. La ley y la Medicina se convierten así, en el primer tercio del siglo XIX, en dos tecnologías cruciales y complementarias de la emergente gubernamentalidad liberal (Martínez Pérez, 1990: 119). Existe un amplio consenso historiográfico en convenir que la patologización del crimen es un proceso estrechamente ligado al nacimiento de la psiquiatría como disciplina científica a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX (Renneville, 2003: 107). Su campo de acción es la locura (que no es considerada una enfermedad, sino más bien un desorden del espíritu). Los primeros psiquiatras se denominan alienistas o frenópatas y su tarea esencial consiste en medicalizar la locura convirtiéndola en una enfermedad como el resto de las dolencias. Para ello, los alienistas combaten el concepto popular de locura (que consiste en la pérdida de la razón y que se manifiesta por un delirio fácilmente perceptible y reconocible), y lo suplantan por un sistema de clasificaciones nosográficas, y de descripciones de síntomas que amplia notablemente el concepto de locura y cuya comprensión requiere la pericia del experto, en este caso, el alienista.

La incorporación de la locura en el campo de estudio de la Medicina implica, sorprendentemente, su alejamiento de esta; y, además, conlleva su conversión en una prestación de carácter especial, definida por sus aspectos represivos de defensa social. La práctica médica está orientada más al servicio del ejercicio del poder sobre el enfermo (con la finalidad de reconducirlo y transformarlo para normalizarlo) que a la investigación científica y a la curación de la enfermedad. Es así como la psiquiatría además de institucionalizarse como una rama de la Medicina se convierte también en una especialidad de la protección social (higiene pública). Esta tensión tiene como consecuencia una doble codificación de la locura, por un lado, como especialidad médica se codifica la locura como una enfermedad; y, por otro lado, como rama de la protección social, la higiene pública, la psiquiatría codifica la locura como un peligro (Foucault, 2007: 39).

En este contexto, se imprime el interés de la psiquiatría por el crimen y por el criminal. Este interés por el crimen y por la figura del criminal deriva en tres problemas fundamentales: 1) la progresiva medicalización del criminal implica asimismo, el desplazamiento del foco de interés desde el crimen cometido y las penas correspondientes, hacia el estudio de la personalidad del individuo y, en consecuencia, al planteamiento de la terapéutica correspondiente a cada caso; 2) la patologización del criminal produce el desencuentro entre juristas y médicos en torno a diferencias sustanciales de presupuestos teóricos que fundamentan los saberes enfrentados y 3) los

desarrollos teóricos de la psiquiatría constituyen un elemento esencial en la progresiva concepción de un modelo médico del crimen, cuyos momentos más fértiles son aquellos en los que las dos codificaciones de la locura (enfermedad, peligro) están efectivamente ajustadas, o cuando existe un cuerpo de conceptos que permite constituir la locura como enfermedad y además, permite percibirla como peligro. En este sentido, los dos grandes paradigmas decimonónicos que consiguen aunar ambas vertientes son la monomanía y el degeneracionismo (Foucault, 2007: 112).

Durante la primera mitad del siglo XIX las disidencias sexuales escapan al control médico, ya que constituyen un problema de orden público. La Medicina legal se interesa por las desviaciones sexuales bajo el nombre genérico de atentados contra las costumbres. Dentro de esta categoría social entran todos los actos, hechos o gestos que atenten contra la moral, ya sea por su publicidad, por su violencia, sobre personas que se hallan cohibidas en sus fuerzas físicas y desprovistas de libertad moral, base esencial de la moral pública y privada (Legrand du Sauille, 1889: 359)[53]. Y los principales atentados contra la moral de este momento de la historia son: la violación, el estupro, el exhibicionismo y la pederastia; siendo a su vez delitos de escándalo público, delitos contra la honestidad o contra el pudor. La anomalía que se denuncia es la del sexo y la de su ambigüedad: el hombre afeminado o la mujer con órganos sexuales masculinos, el andrógino.

La Medicina se configura en un saber capacitado y legitimado para construir la justicia social. Diversos autores y tratados médicos lo certifican, entre los que podemos mencionar a Hipólito Belloc. Este autor, en su obra *Curso de Medicina Legal*, ya habla de medicina política como sinónimo de medicina legal. También, este autor defiende que el médico tiene por fin curar al enfermo; pero el objetivo de sus conocimientos no debe limitarse solo a esta actividad, debe igualmente, dedicarse a los intereses generales de la sociedad (Belloc, 1819: 1)[54]. La Medicina extiende su influencia con el objetivo de integrarse, con relativa autonomía, en el interior del aparato del Estado burgués. Su expansión se hace posible, gracias al establecimiento de un compromiso tácito con el poder político: la Medicina se compromete a conjurar los peligros sociales mediante la aplicación de la Higiene Pública, que se traduce en la introducción de instancias de supervisión y de control en la revisión y tratamiento de los enfermos, la imposición de una disciplina hospitalaria, la aceptación del modelo carcelario para la custodia de los locos, rabiosos y otros enfermos, la inspección de los hábitos de vida de las poblaciones marginales, la inculcación de los valores de la burguesía y la ayuda a jueces y magistrados en el descubrimiento de los delitos. La Medicina se reorganiza y, fundamentalmente, opera en dos frentes: uno popular, cuyo objetivo es medicalizar y, otro más distinguido desde las Academias, Ateneos, etc., con el objetivo de influir en la alta política (Álvarez Uría, 1983: 89, 93).

Paulatinamente, desde la primera mitad del siglo XIX, los jueces requieren a los médicos para efectuar peritajes sobre el estado de salud mental de los acusados, sobre todo, en casos de envenenamientos, agresiones y homicidios cometidos por presuntos locos. Este tipo de peritajes ante los tribunales de justicia son una pieza esencial en el proceso de patologización del criminal y de criminalización del loco. El peritaje médico

[53] Obra consultada en el Fondo Antiguo de la Universidad de Sevilla
[54] Obra consultada Fondos Biblioteca Nacional.

consiste, en términos generales, en determinar la presencia de tóxicos en los cadáveres, y si el acusado está en posesión de sus facultades mentales (Huertas, 1988: 33). Si bien la presencia del experto médico es ocasional, sus pretensiones de mayor presencia, influencia y autoridad en el control de las disidencias sociales-sexuales le acarrea a la Medicina tensiones con el Derecho. Aunque, la Medicina inicia un proceso de ajuste con el Derecho en el que difíciles diálogos teóricos entre médicos y juristas parecen llegar a un acuerdo entre ambos saberes (Peset, 1983: 82).

Hacia 1820 surge un nuevo e importante discurso de manos de la psiquiatría para el control de las disidencias. Esquirol (1772-1840) en su obra: *Notas sobre la monomanía homicida* (1827) establece la noción de monomanía, siendo la aportación más importante de la psiquiatría de la primera mitad el siglo XIX. En una monomanía el enajenado conserva el uso de la razón, y no delira más que sobre un círculo muy limitado de ideas, sintiendo, pensando y actuando en los demás órdenes de la vida, como lo hacía antes de sufrir la enfermedad. Se trata de una especie de locura parcial que no tiene por qué cursar con una alteración de la inteligencia. Sin embargo, pronto abogados y jueces se dan cuenta que este concepto establecido por los alienistas desgasta los cimientos de la justicia penal ya que permite escapar al culpable del peso de la ley.

Entre 1830 y 1928 se constata una coincidencia importante entre las actitudes médicas y jurídicas con respecto a las prácticas sexuales desviadas de la norma y, especialmente, respecto de las prácticas homosexuales. Surge la necesidad de un derecho despenalizador, más humanitario, descrimininalizador de las conductas homosexuales frente a una postura médica que considera las causas congénitas como el origen de la desviación. Hasta 1928 no se registra en España ese fenómeno característico de países como Alemania y Gran Bretaña: el divorcio entre un derecho penalizador de la conducta homosexual entre adultos y una medicina que, postulando la condición congénita del agente, defiende la necesidad de descriminalizarla (Vázquez García-Cleminson, 2011: 32).

El Código penal de 1822 y las sucesivas reformas y nuevas legislaciones de 1848, 1850, y 1870 no califican como delito el trato carnal entre individuos del mismo sexo. Desaparece el tipo penal que castiga la homosexualidad o existe una penalización de las prácticas homosexuales que favorece, como en el resto de Europa, la formación de un discurso médico contrario a estas medidas[55]; aunque, los Códigos Militares mantienen la penalización de la homosexualidad. Esta orientación liberal, consecuencia de los principios y valores napoleónicos, se esmera en diferenciar la penalidad del Antiguo Régimen con el nuevo orden. El delito del pecado, los crímenes públicos de los vicios privados, los actos sodomíticos como el amancebamiento y la prostitución no son competencia de la ley mientras no traspasen la frontera de lo privado, situación que permanece hasta la dictadura de Primo de Rivera y el Código Penal de 1928.

Entre el final del trienio liberal y en el Código Penal de 1848 (una versión modificada del Código Penal de 1822) existe una fase de criminalización. En este recorrido, entran en juego actores fundamentales en el tratamiento y posterior legislación y judicialización de los actos de sodomía: los médicos forenses. El sector médico recibe el

[55] *Ibidem*, p. 33.

encargo de dictar el informe forense en relación con los delitos de sodomía, castigados con pena de garrote. Esta categoría es un instrumento jurídico heredado del Antiguo Régimen y plasmado en el *corpus* de la *Novísima Recopilación,* como lo certifica Mata (1844: 48)[56]. Por su parte, el jurista De Tapia (1829: 167)[57] en su obra *Tratado del Juicio Criminal* define la sodomía como delito execrable. Así también, en el mismo tratado equipara la bestialidad con el acto o práctica sexual entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, todavía se sitúa en el ámbito de las conductas contra natura, estas desviaciones afectan al mismo tiempo al orden de las relaciones sociales y al orden divino fijado por la Providencia, aunque con menor incidencia que en el siglo anterior.

La mayoría de las publicaciones medicolegales de la época coinciden en la definición de los conceptos y se caracterizan por un ánimo prohibicionista. Ejemplos importantes son las obras de P. M. Peiró (1841): *Elementos de Medicina y Cirugía Legal;* de Pedro Mata (1846): *Vademecum de Medicina y Cirugía Legal;* y de Mateo Orfila (1847): *Tratado de Medicina Legal*. En todas estas obras declaran los autores forenses sus escrúpulos morales por abordar estos temas ante tan repugnante realidad. Y consideran tanto la sodomía como la pederastia términos sinónimos y equiparables. Desde el punto de vista jurídico este tipo de prácticas sexuales aparecen incluidos en los delitos contra la honestidad, junto al estupro, la violación, el rapto y el adulterio (Carnicer, 1969: 273)[58]. Este sujeto o individuo surge dentro de la dicotomía heterosexualidad – homosexualidad. Y, donde la norma heterosexista impone el silencio y la privacidad a prácticas y conductas que se apartan de la "normalidad" binaria.

Los médicos forenses no asignan al sodomita ninguna personalidad específica, siguiendo la pauta del siglo XVIII, le adscriben un talante moral. Este transgresor es un libertino, producto de una imaginación desarreglada y del libertinaje más escandaloso (Orfila, 1847: 459)[59]. Producto de criaturas depravadas, abominable aberración de la voluptuosidad, inmunda crápula y placeres hediondos. Mata (1811-1877) uno de los médicos más prestigiosos de esta época, define este tipo de relaciones como: concúbito de hombre con hombre o de mujer con mujer y relaciona su presencia en el varón con la forzada homosocialidad prescrita en ciertas instituciones tales como los cuarteles, las cárceles, los presidios y en los buques, donde es muy frecuente la pederastia (Mata, 1844: 33 y 70). Asimismo, Mateo Orfila (1787-1853) catedrático de Medicina Legal en la Universidad de París establece una conexión entre sodomía y la relación sexual con niños que se comete por lo general con niños a quienes se emponzoña la vida. Ante este escenario, filántropos e higienistas ven en el crimen y en la locura la manifestación de la enfermedad mental, y al igual que el niño, el criminal y el loco deben ser tutelados.

En España a partir de 1846 se plantea de manera sistemática el problema de la locura y, especialmente, a través de una institución: el manicomio modelo. Administración, Policía y Medicina se ocupan del tema desde diferentes perspectivas influenciados por los alienistas franceses. La cárcel es una institución complementaria del manicomio y

[56] Obra consultado en el Fondo Digital de la Universitat de Barcelona

[57] Obra consultado en los Fondos Digitales Universidad Complutense de Madrid

[58]En esta época se sigue todavía aferrado al viejo concepto de pecado nefando. Se considera que la perversión de la amatividad, esto es, de la facultad sexual, se ubica en el cerebelo, donde se produce exceso de estupro y mil especies de demencia a causa de los vicios y de la perversión.

[59] Consultado en la Biblioteca Digital Hispánica de la Biblioteca Nacional de España: http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000013315&page=1

ambas concurren en la defensa del *statu quo*. En esta perspectiva, y en el contexto político de la época el loco no puede ser castigado porque carece de responsabilidad, pero a la vez, es peligroso para él mismo y para la sociedad. Es por estas razones, la Medicina opta por el aislamiento o encierro terapéutico. A diferencia de Francia, en España nunca es sometida una ley al Parlamento sobre los alienados. Pero el estatuto del loco es regulado y definido por Reales Decretos y Órdenes ministeriales, asimismo, por leyes de Beneficencia y Sanidad. Al menos dos grandes ramas se asientan sobre esta ciencia de la locura: la Higiene Pública y la Medicina Legal. En consecuencia, la Medicina mental se configura en un poder social y político a la vez que un poder y tecnología, susceptible de ser aplicado a las personas que subviertan el orden social. Y, la sexualidad ocupa un lugar importante en el origen de la locura, se considera que es un factor importante en el comienzo de las enfermedades mentales. Y en la política sanitaria y médica de preservación, las mujeres y los niños son objeto especial atención. Antes de 1900, durante las últimas décadas del siglo XIX, las categorías alienistas para comprender las desviaciones sexuales todavía son las categorías que resisten en el escenario español (Álvarez Peláez, 1988: 184).

El deber del médico legista se limita a señalar las huellas físicas que permiten identificar, bajo requerimiento judicial, la presencia de un acto sodomítico. Ante esta situación, la víctima siempre es sometida a una escrupulosa observación médica. La víctima es cosificada, se convierte en un objeto de la ciencia y permanece en clara situación de indefensión. Los doctores subrayan la dificultad de emitir un dictamen ya que muchas de las señales de un atentado sodomítico pueden ser el efecto de otra clase de afecciones relacionadas con el recto; configurándose una importante precariedad diagnóstica. Por su parte, el *partenaire* activo, se encuentra libre de toda inspección, convirtiendo al sujeto pasivo en objeto de sospecha. Como antaño, los sodomitas pasivos, y solo ellos, por un lado, portan las huellas indelebles de su condición manifiesta de inferioridad y, por otro lado, son los vectores de la enfermedad, pestes y desgracias.

Posteriormente, el Código Penal de 1848, retomando los principios del Código Penal de 1822, elimina la sodomía del cuerpo penal de delitos contra la honestidad. Asimismo, en la misma línea se emplaza en este código, y, posteriormente, el Código Penal de 1870. Sin embargo, tanto los médicos legales como los juristas interpretan este cambio como una caución lingüística y no como un indicio de tolerancia a las relaciones sexuales en privado. La expresión "abusos deshonestos", introducida en el artículo 364 CP y en el último párrafo del 366 del código de 1848 (correspondientes al art. 454 y último párrafo del 458 del código de 1870) debe ser interpretada como una referencia a la sodomía. Romero Gil abogado y diputado a Cortes, en su ajuste del manual forense de Briand, Casper y Bouis a la legislación española expresa: "al emplearse en este párrafo por la ley, lo mismo que en el artículo 454 CP "el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo", etc.: las palabras, demasiado genéricas, abuso y abusar, ha querido sin duda referirse a un delito no mencionado expresamente por respeto a las costumbres. Aludían al delito de sodomía, acto conocido en la ciencia médica con el nombre griego de "pederastia" (Briand, Bouis, Casper, 1872: 112)[60]. Así también lo certifica Pedro Mata en su obra *Tratado de Medicina y Cirugía Legal* (1874: 378)[61]: "en el art. 454 del Código penal hemos visto que se castigan los abusos deshonestos cometidos en

[60] Obra consultado en los Fondos Digitales de la Universitat de Barcelona

cualquier persona del uno u otro sexo, además de reconocer la ley como delitos contra la honestidad: el adulterio, la violación, el estupro, la corrupción de menores y el rapto, hay lo que se ha llamado pederastia y onanismo; es decir, todo otro acto, ora sea un concúbito efectuado por vías no naturales, ora suplementos de la cópula llevados a efecto con las diferentes formas que la lujuria sugiere a los lascivos". De esta manera, se propicia la intervención penal si se verifica una unión sexual entre personas del mismo sexo, salvo que se trate de personas adultas mayores de veintitrés años, en privado y sin mediar engaño.

La interpretación literal de abusos deshonestos como actos sodomíticos propicia la actuación de los médicos forenses dando forma a un saber completo sobre las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Los tratadistas españoles se remiten a dos de los mayores especialistas europeos en el campo de la medicina jurídica: Ambrosio Tardieu (1818-1879) agregado de la Facultad de Medicina de París y Johannes Casper de la Universidad de Berlín (1796-1864). Ambos publican sus tratados sobre pederastia, teniendo gran influencia sobre los facultativos españoles que reemplazan, progresivamente, en sus trabajos a partir de 1850, los conceptos de sodomía o actos *contra natura* por el término pederastia.

No se conoce traducción castellana del *Tratado de Medicina Legal* redactado por Casper, ni de su importante artículo, publicado en 1852, sobre la pederastia. Sin embargo, el *Manual Completo de Medicina Legal y Toxicología* de 1872 recoge las ideas del forense alemán. En 1857, Ambrosio Tardieu publica su *Estudio médico legal sobre los delitos contra la honestidad*[62]*,* traducida al castellano en 1863 por los médicos forenses López Bustamante y Juan de Querejazu. Es el primer intento serio de apropiación de las disidencias sexuales por parte del saber médico. Obra de gran influencia y éxito en juristas y el colectivo médico español ya que descubre al médico legista español el mundo de las sociedades de pederastas[63]. En ella explica detalladamente las características de este colectivo en términos anatómicos, pero también en términos sociológicos (traza el perfil social y anatómico): "El carácter de los pederastas, y sobre todo de aquellos que, por pasión o por cálculo, buscan y atraen a los hombres, se pinta a menudo en su exterior, en su traje, en sus maneras y en sus gustos, que, en cierto modo, reflejan la perversión antinatural de sus inclinaciones sexuales […]. Cabellos rizados, tez llena de afeites, cuello escotado, talle apretado de manera que resalten las formas; dedos, orejas, pecho, cargados de joyas, exhalando toda persona el olor de los más penetrantes perfumes, y en la mano un pañuelo, flores o alguna labor de aguja, tal es la fisonomía extraña, repugnante y con razón sospechosa que denuncia a los pederastas". Apoyándose en las categorías ideadas por Heinrich Kaan[64] (1816-1893) califica a estas personas como perversos morales y recalca la frecuente implicación de los pederastas en crímenes gravísimos. Asimismo, establece una conexión entre pederastia, costumbres afeminadas y hábitos sexuales pasivos. Por otro lado, destruye ciertos prejuicios, por ejemplo: la idea común de que el estado de matrimonio y la pederastia son mutuamente exclusivos o también, ciertos tópicos sobre las relaciones

[61] Consultado en la Biblioteca Digital Hispánica de la Biblioteca Nacional de España: http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000084896&page=1

[62] Obra consultado Universitat de Barcelona. Facultat de Dret.

[63] La obra de Tardieu se divide en tres partes. La primera trata sobre los ultrajes públicos contra el pudor, la segunda sobre la violación y los atentados contra el pudor, y la última sobre la pederastia.

[64] Médico ruso del siglo XIX conocido por sus contribuciones a la sexología temprana.

sexuales entre los hábitos de la posición sexual activa o pasiva, etc. (Tardieu, 1857: 114). Tardieu se detiene y desarrolla datos anatómicos como el tamaño y características específicas del tamaño del pene. Este dato es revelador ya que antaño las pruebas periciales se realizan en sujetos pasivos sexualmente (sea víctima o pederasta pasivo) y consisten en el examen del esfínter, la disposición infudibuliforme del ano y la localización de chancros sifilíticos, entre otras pruebas; y, en este momento, es el miembro viril donde parece que se buscan las huellas de los hábitos activos[65]. En este punto exactamente Tardieu disiente con Casper, ya que este último considera que la ausencia de vestigios es la situación más frecuente. Esta obra es descriptiva, aunque, no explica las causas de las disidencias sexuales. Posteriormente, es tarea de la redefinición evolucionista de la teoría de la degeneración de Magnan, que junto a la teoría de las perversiones definen esas causas. Es así, que a finales del siglo XIX los vicios o perversiones morales denominados por Tardieu están caracterizados como enfermedades.

En este libro, por primera vez, la medicina afronta la tarea de pensar en términos anatómicos y sociológicos los límites de este colectivo social. Estas aproximaciones teóricas se desarrollan a partir de las teorías del hermafroditismo físico, cuyos planteamientos sostienen que estos sujetos están dotados de caracteres primarios, secundarios o terciarios que corresponden al sexo opuesto. Calificándolos como pseudohermafroditas más que como hermafroditas en sentido estricto. Es una época en la que el viejo modelo de sexo único entra en declive: ahora se comienza a pensar que existen dos sexos diferentes, el masculino y el femenino, con características esencialmente distintas (Laqueur, 1990: 25-62). Posteriormente, pero de forma lenta y gradual, estas posturas son alimentadas por los círculos psiquiátricos con el nuevo concepto de hermafroditismo psíquico. Este individuo, el hermafrodita psíquico, sin presentar necesariamente la combinación de rasgos físicos de ambos sexos, presenta rasgos psíquicos propios del sexo opuesto al que posee. Estos rasgos se materializan en los gustos, la apariencia, la voz, las inclinaciones sexuales, etc. Los textos medicolegales sobre el hermafroditismo sirven para explicar la pederastia y los actos sexuales no procreadores en general. Estos relatos están asociados a explicaciones somáticas y hormonales que, a su vez, explican las consecuencias de la discordancia entre cuerpo, sexo y actividad sexual.

Ni el Código Penal de 1848 ni el Código Penal de 1870 hacen mención expresa a que el culpable y la víctima puedan ser del mismo sexo. Siempre se habla de mujeres y de doncellas. A la altura del código de 1848 la sodomía provoca las intervenciones medicolegales y hacia 1870, la pederastia activa o pasiva es problematizada. Estas conductas no se inscriben todavía en el espacio de enfermedad mental, sino el campo de las conductas delictivas. En ambos códigos, los capítulos relativos a la violación y abusos deshonestos, por un lado, el estupro y corrupción de menores por otro, añaden un artículo[66] y un párrafo[67] que abren una lectura relacionada con los atentados pederásticos. Esta interpretación que identifica abusos deshonestos con sodomía,

[65] *Ibidem*, p. 140.

[66] El art. 555 del Código Penal de 1848 es el siguiente: "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior (donde se describen los requisitos del delito de violación), será castigado, según la gravedad del hecho, con la pena de prisión menor o la correccional". El código Penal de 1870 mantiene la misma redacción (art. 454 en este caso) pero altera las penas impuestas (prisión correccional en grados medio y máximo).

pederastia o tocamientos masturbatorios, se impone desde 1870 entre juristas y médicos legales. Permite la persecución de adultos varones que mantengan relaciones sexuales con menores de 12 años en el capítulo referido a la violación y abusos deshonestos. También, se contempla la posibilidad de sancionar a los que tengan relaciones con muchachos mayores de doce años y menores de 23 siempre que se dé una circunstancia análoga a la del estupro. Esto es, de abuso deshonesto mediante engaño logrado por persona que ejerza ascendiente educativo o guarda como el sacerdote y el maestro.

Es en las décadas centrales del siglo XIX cuando los frenópatas españoles, influenciados por los alienistas franceses alcanzan sus objetivos utilizando el diagnóstico de monomanía (Martínez Pérez, 1991: 633). Pedro Mata (1811-1877), Antonio Pujadas (1811-1881) y Emilio Pi y Molist (184-1892), logran que en 1855 prospere el diagnóstico de monomanía en el caso Fiol, librando al acusado del patíbulo.

2. De la alienación a la degeneración

En la década de 1880 la psiquiatría española adopta el degeneracionismo como modelo explicativo del crimen, abandonando el de monomanía (Plumed, Rey, 2002: 31). Su aceptación es simultánea a la incorporación de las teorías lombrosianas, dando lugar a una amalgama de ideas en la que resulta difícil distinguir lo que proviene específicamente de cada una de ellas (Campos y Martínez Huertas, 2013: 309). El hecho de que la vía principal de penetración del degeneracionismo y de la Antropología criminal son, al menos en un primer momento, los peritajes psiquiátricos llevados a cabo por José María Esquerdo y su círculo de colaboradores en una serie de casos de gran impacto social, marca una clara deriva del alienismo hacia la identificación del loco con el criminal (Huertas, 2004: 17). Ambas doctrinas tienen una importancia fundamental en la construcción de una de las primeras imágenes del sujeto peligroso de la España decimonónica, superando la importancia que tiene antaño la monomanía (Huertas, Martínez Pérez, 1993: 459).

Los desarrollos académicos sobre la "pederastia" tardan más de cuarenta años en llegar a España. Criminólogos españoles como Bernaldo de Quirós y Llanas Aguilaniedo, exponentes de las teorías degeneracionistas[68], ensalzan la repugnancia que los españoles tienen por las prácticas sexuales que se apartan de la norma: "En Madrid y en toda España no encontraría seguramente el uranista Symonds aquel pueblo complaciente que en Londres encontraba y, que, al parecer, no sentía por las prácticas unisexuales mayor ni menor repugnancia que por los heterosexuales. La opinión es aquí decididamente

[67] Se trata de un párrafo añadido al final del artículo 556 del Código Penal de 1848, referido al estupro y corrupción de menores: "Cualquier otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias (cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de educación o guarda de la estuprada), será castigado con prisión correccional. El Código Penal de 1870 mantiene idéntica redacción (art. 458 en este caso), pero estipula prisión correccional en grados mínimo y medio".

[68] La teoría degeneracionista de Morel es explicada en el *Tratado de degeneración de la especie humana* en 1857. La teoría de la degeneración es un marco explicativo amplio que pretende dar explicación a la enfermedad mental, en el cual, desaparecen las barreras taxativas entre alienación y degeneraciones menores definidas como desvíos físicos o morales. Esta teoría y su autor es de máxima importancia ya que significa y representa la salida de la psiquiatría del asilo para dedicarse a la gestión completa del espacio social o de la sociedad en su conjunto.

hostil al uranismo[69]; si bien de algún tiempo a esta parte en efecto, y, sin duda, un contagio del mal va haciéndose más complaciente. Hace algún tiempo, como todos recordarán, fue perseguida y medio muerta por lapidación una pobre mujer calva, a quien la enfurecida turba popular tomó por un uranista disfrazado. El suceso ocurrió en pleno día en calle tan céntrica como la de Fuencarral (Bernaldo de Quirós y Llanas Aguilaniedo, 1901: 283)[70].

Una cuestión fundamental que marca todos los modelos teóricos de criminalidad es la preocupación de la psiquiatría por la existencia de locuras parciales. Estas, en sus distintas formas, juegan un papel importante tanto en la vinculación entre locura y crimen como en la definición psiquiátrica de la peligrosidad, y, por ende, en la práctica jurídica y, también a la hora de administrar justicia. Los psiquiatras degeneracionistas introducen el debate sobre el libre albedrío y la irresponsabilidad de los enfermos mentales que cometen actos contra la sociedad. Por otra parte, los intereses profesionales y las estrategias de legitimación de la nueva psiquiatría tienen un papel preponderante en la gestación de las vinculaciones entre locura, crimen y peligrosidad; la presencia de los peritos en los tribunales de Justicia es sustancial en ese sentido. En esa lucha de saberes y poderes entre la psiquiatría y el aparato institucional legal no siempre se produce una conexión óptima entre las propuestas psiquiátricas y las legislaciones, y su aplicación. La historiografía demuestra que no siempre las leyes se hacen a imagen y semejanza de las reivindicaciones psiquiátricas.

En la nueva psiquiatría (desde la época de Morel, Magnan y Lombroso) es en la que se encuadra la teoría de las perversiones sexuales, y se configura en Europa especialmente en Francia y Alemania alrededor de los años 1850-1870 rompiendo con las antiguas categorías del alienismo para explicar las desviaciones sexuales. En esta nueva psiquiatría la clave de la anomalía se sitúa en el instinto. Uno de los dominios preferentes del nuevo discurso de la psiquiatría es el de la psicopatología sexual, y donde la conducta sexual se identifica con la manifestación de un instinto. Esta disciplina considera que la evolución psicológica normal de los individuos consiste en la progresiva subordinación del instinto sexual a la reproducción. Esta subordinación implica al mismo tiempo someter el impulso sexual a un control importante de la voluntad de los sujetos. En consecuencia, la anormalidad sexual consiste en un desequilibrio por el que las funciones cerebrales superiores (asociadas a lo voluntario), se subordinan a las funciones inferiores (asociadas al imperio de lo involuntario). Y toda anormalidad es vista como una detención o regresión evolutiva a una etapa más primitiva de desarrollo.

Esta disciplina se ocupa de la identificación, clasificación y explicación de las distintas perturbaciones del instinto sexual. Sin embargo, la preocupación fundamental de esta disciplina no es la cura de los enfermos mentales, sino la detección de los anormales: aquellos sujetos que transgreden alguna norma social que, sin perder la lucidez mental, se les puede atribuir una subordinación de la voluntad a las tendencias instintivas. El problema de la responsabilidad es reemplazado por la interrogación acerca del grado de peligrosidad (Foucault, 1981: 403). La elaboración teórica de la psiquiatría permite

[69] Homosexualidad masculina.

[70] Consultado en los Fondos Digitales de la Diputación de Huesca: https://issuu.com/diputacionprovincialdehuesca/docs/la_mala_vida_madrid

unificar la captación médica de las conductas sexuales, superando las disparidades entre las conceptualizaciones de la medicina mental, la higiene y la medicina legal; todas las desviaciones sexuales, desde la masturbación hasta la violación homicida, pasan a engrosar el campo de las anomalías del instinto sexual (Garrido y Escuín, 1888: 158)[71].

La segunda mitad del siglo XIX se caracteriza por un escenario marcado por la crisis económica, por la miseria y por el hacinamiento y, el honrado ciudadano burgués lo combate con el retorno de los valores morales. En ese contexto, el criminal se convierte en una actor social central. La defensa que esgrime la sociedad no solo consiste en dictaminar medidas jurídicas, sino también, en justificar de la manera más científica posible, la génesis de la criminalidad ocultando sistemáticamente la evidente repercusión de los nuevos cambios sociales sobre la delincuencia (Peset, 1983: 183).

En 1857 es propuesta la teoría de la degeneración de Morel, y se configura como la respuesta que da la psiquiatría y la medicina legal a las necesidades de orden social indispensables para mantener la hegemonía del poder en manos de la burguesía. Su tesis fundamental sostiene que los trastornos mentales y cualquier anomalía del comportamiento humano son expresión de la constitución anormal del organismo de los sujetos que las presentan, siendo esta constitución anormal transmisible hereditariamente y sujeta a una evolución decadente. En este *corpus* teórico el degenerado por antonomasia es el enfermo mental, aunque, también son tildados de degenerados tres formas de peligrosidad social perfectamente definidas: los alcohólicos, los criminales y los artistas caracterizados por ser amorales y licenciosos. Con la adopción del degeneracionismo como paradigma de la psiquiatría, la identificación entre locura y crimen se hace más evidente, resultando difícil marcar las diferencias entre ambos conceptos. El concepto de degeneración es utilizado como un elemento de tránsito entre la genética y la conducta de los individuos.

Sus postulados contribuyen al proceso de biologización del crimen, cimentando la idea de peligrosidad de determinados individuos. Esta doctrina se configura en una herramienta decisiva para comprender la locura como un anomalía constitucional ligada a alteraciones morfológicas. La favorable recepción que recibe la teoría de Morel entre los alienistas es debido a que sus postulados ofrecen una fácil solución a los problemas planteados por la enfermedad mental. Morel remite el proceso patológico a un sustrato físico (la anormal configuración corporal) proporcionando claves aparentemente objetivas para el diagnóstico de las enfermedades mentales. La importancia y significación que esta teoría concede al signo físico resulta muy útil a la Medicina legal. De un lado, permite caracterizar a los irresponsables en materia penal de una manera más próxima a las exigencias científicas de esa época; y, por otro lado, los médicos legistas utilizan la teoría de Morel para situar a los criminales (que en muchos de los casos son asimilados a los alienados) dentro del espacio o del ámbito de los degenerados. Estas posibilidades para la práctica pericial de los médicos (que ofrece la teoría de la degeneración frente a otras teorías previas) rápidamente son tenidas en cuenta en el ejercicio de la profesión.

[71] Consultado en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: http://fama2.us.es/fde//ocr/2006/carcelOElManicomio.pdf

En consecuencia, se sugieren políticas de defensa social basadas en la prevención del crimen, que posteriormente, tienen su traducción en la legislación de los códigos penales y en diferentes legislaciones promulgadas para regular la criminalidad. Es así, como la teoría de la degeneración proporciona a los saberes psiquiátricos y medicolegales una cobertura de objetividad que las hace incontestables y más sólidas que otros postulados teóricos. Sin embargo, lo que en un principio parece un avance social y una mayor y mejor consideración hacia el delincuente enfermo (ya que el médico puede librarle de la cárcel o del patíbulo), se convierte en un mecanismo de defensa social que tiene su culminación en la incorporación al campo de la Medicina legal de los principios y métodos de esta doctrina, fuertemente influida por el degeneracionismo francés y que cristaliza en la Antropología lombrosiana (Renneville, 2003: 113). Por su parte, los psiquiatras españoles reconocen las ventajas que muestra la doctrina de la degeneración en la práctica forense. Las actuaciones de los psiquiatras como peritos a la hora de resolver problemas derivados de las tareas de administración de Justicia se convierten en un medio fundamental para la divulgación del modelo médico de criminalidad que defienden y, por ende, también para la difusión de las ideas degeneracionistas.

Un común denominador de la literatura de divulgación médico legal, es la asociación de la aberración sexual con la desviación de género, más que con la desviación en la conducta sexual. El invertido (imagen especular del sodomita activo) es ante todo alguien que transgrede los límites entre lo femenino y lo masculino. Aquellos cuerpos y prácticas sexuales que no se ajustan a las morfologías, a las conductas de género, masculinas y femeninas preestablecidas. De esta manera, se desarrolla un nuevo modelo psiquiátrico de sexualidad, condenatorio y basado en el concepto de la perversión sexual. Así también, la asociación entre el secretismo y sordidez de los clubes de pederastas y la vida de las organizaciones clandestinas es un tópico reiterado que puede encontrarse en la literatura médica y criminológica del siglo XIX.

Si bien Casper y Tardieu son los autores más influyentes en el ámbito español y problematizan la pederastia activa y pasiva, no como una enfermedad mental sino en el campo de las conductas delictivas. Progresivamente, su influencia se desvanece en beneficio de un nuevo tipo de razonamiento: se pasa del estilo y análisis anatómico a un estilo psiquiátrico para que esta androginia se interiorice y se convierta en un psiquismo peculiar, en un hermafroditismo del alma (Davidson, 1987:16). Dando lugar a una nueva familia de conceptos tales como: uranismo acuñado por Ulrichs en 1864, homosexualidad por Benkert en 1869, impulso sexual contrario por Westphal en 1870 e inversión del sentido genésico estampado por Charcot y Magnan en 1882.

Es a partir de 1870 cuando surge la homosexualidad[72] como categoría médica, y, por ende, con una identidad determinada y, más sólida como ser y como colectivo desviado de la norma sexual. Anteriormente, se habla de prácticas sodomitas, con el discurso

[72] Antes de 1970 no existe la palabra homosexualidad. En 1869 aparece un panfleto de Kart María Kertbeny dirigido al ministro alemán de justicia a modo de carta pública en el contexto de la elaboración del nuevo Código Penal de la Federación del Norte de Alemania. En dicho momento, la idea de la atracción sexual de algunas personas por otras de su mismo sexo es una idea novedosa, ya que no existe hasta ese instante una clasificación para los diferentes actores sexuales. Sino que existe una clasificación por los actos. Este nuevo concepto, el de homosexualidad, sirve para reprimir científica y médicamente por más de un siglo (Mondimore, 1998: 21).

médico surgen especies y subespecies de homosexualidad y perversiones (taxonomías). Y, en consecuencia, surge la necesidad de un mayor control social que al mismo tiempo disciplina, subordina, pero también, estigmatiza y margina a estos colectivos. El homosexual se define como un caso de desarrollo detenido digno de tratamiento; en suma, una aberración de la norma heterosexual (Spargo, 2004: 27). En palabras de Foucault (1987: 57): "el sodomita era un relapso, el homosexual es ahora una especie". En este contexto, tras la Constitución de 1869 se redacta el Código Penal de 1870, resultado de la revolución liberal-democrática que representa la materialización de los principios propios del Derecho penal liberal: legalismo, individualismo y humanitarismo. Y, es desde 1870 cuando se establece un nuevo concepto de la mano de Morel, detractor de la noción de monomanía, el concepto que se impone es el de *degeneración*; donde vicio y exceso son causa de la locura. Niños, prostitutas, homosexuales, anarquistas, epilépticos, y anormales en general, son la gran familia de degenerados que permiten instituir la higiene mental de las poblaciones que pretende hacer de la sociedad un gigantesco manicomio en el que los psiquiatras gobiernan a su antojo gracias a la coartada que les proporciona la ciencia (Álvarez-Uría, 1983: 221).

En 1885 Magnan publica *Les dégénérés,* firmado también por Legrain. En esta obra Magnan desarrolla la teoría de la degeneración de Morel. Sin embargo, las divergencias son notables. Magnan modifica sustancialmente el concepto moreliano de degeneración al introducir en su razonamiento la idea evolucionista de la lucha por la vida. Y, de esta manera, desplaza los conceptos místico-religiosos presentes en la obra de Morel (Huertas, 1987: 50). Considera que el degenerado en su calidad de enfermo mental puede y debe ser considerado como un elemento peligroso contaminador de la limpia y pulcra sociedad burguesa, contra el que es lícito poner en marcha los mecanismos suficientes que aseguren la defensa de la sociedad. En 1886 Richard Von Kraft-Ebing, padre de la sexología contemporánea, publica *Psicopatología sexual: Un estudio clínico forense,* realiza la síntesis de los conocimientos médico-psiquiátricos en torno a las perversiones sexuales al aplicar la teoría de la degeneración a la etiología de las perversiones, teniendo una influencia notable en las primeras décadas del nuevo siglo en la psiquiatría forense[73].

Esta es una obra que aborda de forma sistemática la conducta sexual. Sin embargo, como explica en su introducción, esta no es una obra cuyo objetivo es la comprensión de la conducta sexual, sino que es la exposición sistemática de las desviaciones perversas de la sexualidad. El modelo teórico que expone es el propuesto por Morel y Magnan, es decir, la teoría de la degeneración como factor etiológico de las perversiones sexuales. Los desórdenes psiquiátricos los divide en psiconeurosis, en los cuales el desorden se desarrolla en un cerebro normal, y las degeneraciones psíquicas que se originan a partir de un cerebro dañado por la carga hereditaria y por circunstancias ambientales desfavorables. Las perversiones sexuales pertenecen a este segundo grupo. La homosexualidad la denomina instinto de antipatía sexual. Junto al caso de homosexuales, presenta los casos de travestis, y transexuales; y este autor asume que estos tres tipos de personas e identidades sexuales y de género son etapas

[73] Este autor define las perversiones como una degeneración psíquica, y las clasifica según el fin: sadismo, masoquismo, y exhibicionismo; y según el objeto las clasifica en: homosexualidad, pedofilia, gerontofilia y zoofilia. Lo importante de la obra de este autor es la síntesis que efectúa de las ideas de los diferentes autores de fines de siglo XIX. Ideas que sirven posteriormente para definir a las perversiones científica y popularmente en el siglo XX.

sucesivas dentro de la categoría general de *Instinto de antipatía sexual,* o diversas formas de homosexualidad. Según este autor el onanismo puede desembocar en homosexualidad; pero la abstinencia forzosa de compañeros sexuales del mismo sexo puede empujar a los homosexuales al onanismo, lo cual es una mala solución y poco saludable a los problemas enfrentados por sus pacientes. Algunos creen que su homosexualidad los mantiene alejados de la tanto, o más peligrosa práctica de la masturbación, otros creen que la masturbación y un excesivo deseo homosexual juntos llevan a la neurastenia (Laqueur, 2007: 317).

El valor de esta obra radica en que Kraft -Ebing es el primer autor que presenta una clasificación comprehensiva de los trastornos de la conducta sexual, y expone cuanto se sabe hasta el momento sobre el tema. Por su parte, y con una clara oposición a la teoría de la degeneración, Magnus Hirschfeld (1868-1935) propone *la teoría de la intersexualidad*, reconociendo en ella un importante lugar a la endocrinología. Este autor llega a la conclusión que la homosexualidad, el travestismo y el transexualismo son el resultado de la presencia de diferentes combinaciones de hormonas sexuales.

En 1889 el médico barcelonés Ignacio Valentí y Vivó publica su obra *Tratado de Antropología Médica y Jurídica*[74], una de las primeras obras de medicina forense que incorpora las últimas teorías en torno a las perversiones sexuales. Este autor hace valer las nociones de la nueva psiquiatría (degeneración, herencia mórbida, anomalía órgano-dinámica, enfermedad cerebro-medular, aginesia, disgenesia, síndrome) asociando, incluso, la proliferación de aberraciones sexuales con el declive de la civilización, la cual está amenazada de retroceso por el peligro que representa la brutalidad carnal (1889: 414; citado por Moreno-Vázquez García, 1997: 220). Este autor considera que las anomalías sexuales derivan de las desviaciones patológicas hereditarias o adquiridas; y se separa así del determinismo lombrosiano dando cabida a estigmas que son el resultado de la adaptación a un entorno mórbido (Vázquez y Cleminson, 2011: 49). Distingue la anormalidad sexual de la monstruosidad sexual (negación de aptitud absoluta, relativa, generadora por aberración de órganos e imposibilidad completa heredada de funciones, tanto para la cópula como para la fecundación). Por último, este autor no presenta un estilo neutro y poco distanciado típico de la psicopatología de las perversiones, sino que presenta una cierta mezcolanza de conceptos, preserva en su obra los esquemas y conceptos extemporáneos como el de abominación y el pecado *contra natura* (Valentí y Vivó: 1889: 393, 409).

El peritaje psiquiátrico se convierte en una de las principales tareas del médico legista y, a su vez, en método de divulgación científica sobre la disciplina. Este decide si el inculpado está en su sano juicio en el momento de la comisión de los hechos. Ya que, siendo un comportamiento sexual ilegal, contrario a las leyes, el problema es saber si se trata de un acto responsable o de una necedad. Además, estos autores completan el examen de la víctima o inspección del recto en los hábitos pasivos de pederastia, con el examen del pene en el pederasta activo. Y reconocen y afirman la vinculación entre estas prácticas y la criminalidad violenta. “El problema más delicado y espinoso consiste en averiguar si el pederasta activo adolece de ese vicio o si, por uno de esos momentos desgraciados que tiene el hombre, se ha dado por excepción a este acto; y si el *pático* o andrógino es tal, es un ser degradado con esa prostitución, o bien es una

[74] Obra consultado en la col·lecció Medicina Històrica del Dipòsit Digital **de** la Universitat **de** Barcelona

pobre víctima que por primera vez se ve atacada de esa suerte" (Mata, 1844: 488-490)[75]. Otro concepto importante que permite mirar y actuar de un nuevo modo sobre la comunidad de pederastas es la identificación tomada de Tardieu entre *pederastia pasiva* y *afeminamiento*. La separación entre activo y pasivo ya no sirve para determinar el rol sexual de las relaciones sexuales, sino que implica una distinción que crea diferentes tipos de personas. Los pederastas pasivos, son aquellos que les caracteriza su aspecto femenino. Esta nueva etiqueta permite efectuar una separación entre inocentes (aquellos que por debilidad ocasional penetran analmente a otro) y, por otro lado, los culpables (aquellos que están dotados de una inclinación femenina y una inclinación pederasta pasiva, además, de una fisonomía especial).

La sociedad española de la Restauración de la monarquía borbónica es el contexto sociopolítico de la irrupción de las nuevas teorías de la criminalidad que, posteriormente, contribuyen a la construcción de una nueva imagen del criminal. Un dato importante para comprender el impacto de las nuevas teorías de la criminalidad son las controversias sobre el positivismo científico y el evolucionismo, tanto en la Academia como en la opinión pública. Los sectores más conservadores de la sociedad apoyados por la Iglesia católica y por el régimen de la Restauración borbónica muestran un fuerte rechazo a las nuevas teorías y corrientes científicas, llegando a expulsar a docentes universitarios por defender y divulgar dichas teorías. Dentro del grupo de los defensores del degeneracionismo, del lombrosianismo y, posteriormente, de la sociología criminal se encuentran liberales progresistas en clara oposición al conservadurismo imperante.

Es en la década de 1880 cuando los alienistas españoles comienzan su ofensiva en los tribunales esgrimiendo el degeneracionismo como principal argumento para certificar la locura de los imputados por crímenes terribles. Los postulados degeneracionistas insisten en la relación entre herencia biológica, estigmas físicos y psíquicos con la locura, como medio para dictaminar la naturaleza enferma del procesado, eximiéndole de responsabilidad penal, y así reclamar la reclusión del criminal-loco en un manicomio. También es en esta década cuando las teorías de Cesare Lombroso sobre el *criminal nato* comienzan a ser conocidas en España y a ser utilizadas tanto por médicos como por criminólogos para caracterizar al criminal y patologizarlo. En 1882 durante el gobierno de Sagasta (1849-1903), se instauran los juicios orales y públicos. Los psiquiatras aprovechan este escenario para dar a conocer sus teorías médicas ante la opinión pública y reivindicándose como únicos expertos capacitados para distinguir, diagnosticar, y tratar al loco criminal y al criminal loco. La concurrencia de los postulados del degeneracionismo y los postulados del lombrosianismo suministran interpretaciones biologicistas y deterministas del criminal. De esta manera, y paulatinamente, se produce una fuerte vinculación entre locura y crimen que da paso a la identificación del criminal con el loco.

A este grupo pertenecen Jaime Vera (1859-1918), Luis Simarro (1851-1921) y José María Escuder quienes también participan en peritajes e informan sobre la locura de los procesados, argumentando la vinculación entre locura, criminalidad y conformación anormal orgánica. Escuder destaca sobre el resto en la defensa de estos postulados y en

[75] Consultado en la Biblioteca Virtual del Patrimonio Bibliográfico: https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=449729

sus informes sobre los casos Morillo, Galeote, Hillairaud. Estos documentos son un ejemplo de utilización escolástica y dogmática de los postulados degeneracionistas y de las teorías lombrosianas y, además, constituyen un elaborado ataque al Derecho penal clásico. Si bien en sus escritos Escuder menciona a Morel y no a Lombroso, es probable que ya conociera la obra del italiano. En sus obras coexisten los conceptos del degeneracionismo, la asimilación del invertido a un andrógino, en la línea de Tardieu y, asimismo, la vieja retórica de los vicios contranaturales. El nuevo repertorio de categorías psiquiátricas del degeneracionismo incorporadas a partir de la década de 1880, no implica la desaparición de los antiguos instrumentos teóricos. Conceptos que remiten a la sodomía, a los actos contranaturales y a la división entre actividad y pasividad sexual no llegan a extinguirse. Prueba de ello es el *Curso de Clínica General o Canon perpetuo de la práctica Médica* (publicado en 1894) de José de Letamendi[76] en contraposición al discurso positivista imperante, combina motivos conceptuales muy dispares e, incluso, anteriores. Este académico, catedrático de Patología General y Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Madrid, explica que entre los homoerastas se establece: por una parte, una división entre los que lo son de natural y se orientan invariablemente hacia los de su mismo sexo y, por otra parte, los pasionales y los ocasionales que pueden variar esta orientación, constituyendo esto un hecho atávico secundario del hermafroditismo psíquico[77]. Aunque concuerda con la moderna noción de inversión como hermafroditismo psíquico, alejada de la ambigüedad anatómica, señala que la homoerastia en los varones puede ir acompañada de un físico y un exterior viriles y, que la viriginidad (homoerastia femenina), puede encontrarse en mujeres de apariencia y modales enteramente femeninos[78]. El planteamiento de Letamendi guarda concordancia con la tesis del invertido, como varón con alma de mujer, concepción propia de la segunda mitad del siglo XIX. Letamendi reconoce en esta desviación de género (homoerastia) un tipo de personalidad innato y especial. Todas las aberraciones eróticas descansan en una transgresión de los límites entre los géneros, ya que subyace en ellas una regresión a la indiferenciación sexual, un retorno al hermafroditismo originario (Vázquez, Cleminson, 2011: 55). Letamendi intenta conjugar las herramientas conceptuales de la Medicina y de la Antropología, aunque lo hace a través de conceptos antiguos. Por otro lado, aunque distingue entre homoerastia y pederastia hace las distinciones entre activo y pasivo.

Las nuevas herramientas de la psicopatología modifican el legado del pensamiento anterior, aunque no dan al traste con él; el proceso de medicalización de la sodomía resignifica antiguos conceptos. Sin embargo, este proceso de resignificación no impide lentamente el cambio de las mentalidades. Teniendo en cuenta que esta transformación no es lineal, ni vertical, ya que los conceptos si bien emanan de las autoridades médicas, su asimilación e incorporación depende de factores institucionales, externos al discurso médico a los que este grupo profesional debe amoldarse para lograr su difusión y objetivos (Butler, 1997: 163). Situación que pone en entredicho la tradicional historia lineal de la homosexualidad que se apoya en cierta lectura de Foucault, en la que se establece una secuencia lineal y unitaria de configuraciones. Según esta narrativa el discurso sobre los actos sodomíticos es reemplazado por un discurso referido a la subjetividad homosexual (Halperin, 2000: 89-92). Los trabajos de Chauncey (1989)

[76] Obra consultada en el Depósito digital de la Universitat de Barcelona. Colección Medicina Histórica.
[77] *Ibidem*, p. 126.
[78] *Ibidem*, p. 127.

"sobre la inversión sexual a la homosexualidad" ponen en evidencia esta posición, al descubrir un nuevo actor intermedio entre el sodomita y el homosexual, el invertido; cuya personalidad está caracterizada por la desviación de género más que por la orientación sexual (desviación en el objeto de elección sexual), característica propia del homosexual. Esta aportación afina la secuencia foucaultiana, aunque, al mismo tiempo, es presa del prejuicio lineal[79].

La Antropología criminal se convierte en el cambio de siglo en un saber próspero y poderoso orientado al conocimiento y gobierno de la criminalidad en las grandes urbes. Esta disciplina se transforma en una respuesta firme y radical del pensamiento positivista al problema de la delincuencia. Los estudios del médico italiano Cesare Lombroso, se enmarcan en el positivismo de la época donde reclama la vigencia de las teorías evolucionistas y, en particular, las conclusiones de Virchow[80] (1821-1902) sobre la regresión de las especies. Las investigaciones de Lombroso afianzan un concepto teórico-experimental basado en la existencia en el individuo de signos o rasgos morfológicos de criminalidad. Estos rasgos o signos atávicos permiten definir al delincuente desde su morfología. De esta manera, se establece un método eficiente, preciso y rápido en lugar de la valoración larga e imprecisa de antaño. Este proceso es avalado por un cientificismo utilitarista y dudoso, cuya metodología está caracterizada por su ambigüedad; lo que posibilita su aplicación de manera indiscriminada, incluso, a otras cuestiones escasamente o nada relacionadas con la criminalidad. La recepción de estas ideas en España cae sobre el médico y político Rafael Salillas (1854-1923). Los tres grandes nombres de la Antropología criminal española son: Pedro Dorado (1861-1919), Rafael Salillas y Bernaldo de Quirós (1853-1959). La escasa y oscura labor que sobre Antropología criminal tiene lugar en España a finales del siglo XIX, está definida por dos actitudes opuestas: primero, surge una posición crítica hacia la Antropología criminal, que se concreta en los trabajos de juristas como Félix de Aramburu (1848-1913), Dorado Montero, Bernaldo de Quirós y Concepción Arenal (1820-1893); y, segundo, la tarea institucionalizadora de Rafael Salillas (Galera Gómez, 1986: 83-84).

Pedro Dorado Montero, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca y Rafael Salillas, médico de instituciones penales, son los máximos divulgadores de las teorías lombrosianas. Dorado insiste en la reforma del delincuente más que en su castigo y considera que las aportaciones de la medicina y de la psiquiatría deben incorporarse a los estudios penales. Como estrategia plantea la profundización del correccionalismo y la rehabilitación de los criminales. Dorado considera que el delincuente es un enfermo del alma, un sujeto con deterioro de la moral, y propone que las cárceles se conviertan en clínicas del alma donde se aplique la terapia adecuada. Es así como la idea de pena desaparece y es sustituida por la idea de protección, tutela y tratamiento. La sociedad no tiene derecho a eliminar a los degenerados, sino que tiene la obligación de educarlos y protegerlos ya que los delitos estarían creados por la sociedad.

[79] *Ibidem*, p. 52.

[80] Médico prusiano considerado el padre de la patología moderna y fundador de la medicina social. Es antagonista de la teoría darwiniana y duda de su fiabilidad. Argumenta que no hay suficientes evidencias científicas para justificar su aceptación total. Según su criterio, el hombre de Neardental encontrado en 1865 no es un hombre primitivo, sino que es un hombre deforme, por la forma de su cráneo, raquítico y artrítico y por la forma de sus huesos. La antropología criminal recoge las ideas evolucionistas de Darwin, y más exactamente los postulados de Virchow sobre regresión evolutiva que establecen que existe la posibilidad de manifestación en los individuos de una evolución hacia formas primitivas.

A partir de 1890 Salillas marca distancia con el lombrosianismo y elabora su propia teoría que desarrolla en sus libros: *El lenguaje* (publicado en 1896) y *El delincuente español: Hampa* (publicado en 1898). Frente a los factores endógenos e individuales que predominan en la teoría de Lombroso, Salillas opone en *Hampa* la deficiencia en la base nutritiva como la principal causa de degeneración y de las conductas delictivas. Esta carencia la relaciona con la pobreza y, en consecuencia, con el contexto social. En este sentido, el delincuente es consecuencia de una deficiencia nutricional sufrida durante la infancia que provocaría el estado de degeneración orgánica que se traduce en su aspecto morfológico y en un comportamiento específico. Salillas no comparte aspectos esenciales del lombrosianismo como atavismo, degeneración o epilepsia, le da una orientación nueva al integrarlos en un cuerpo teórico nuevo. Salillas en su obra *El delincuente español: Hampa* (1898:14)[81] señala que no se emplea como punto de partida ni el concepto de degeneración, ni el de atavismo, ni el de epilepsia, ni el de histeria, ni explica lo fundamental de los hechos por detenciones del desarrollo y, sin embargo, todas esas cosas llegan a tener su entronque con el asunto fundamental de su estudio (Campos Martín, 2007: 94-96). Finalmente, en 1901 publica el compendio de toda su obra antropológica: *La teoría básica bio-sociológica*. Esta obra es más que un tratado antropológico, es un tratado sociológico resultado de la comparación entre el organigrama estructural y funcional del cuerpo humano y su analogía con el organigrama social.

Junto a su teoría criminológica, la hipótesis central de la actividad científica de Salillas son los planteamientos referentes al origen de la Antropología criminal. Mantiene que la literatura picaresca recoge el comportamiento de la sociedad criminal de la época, y en especial del delincuente, siendo el germen de la noción antropológica del delincuente y del origen de la Antropología criminal. Asimismo, en este tipo de obras no solo se presentan descripciones detalladas de tipo antropológico, sino también, el comportamiento judicial, el establecimiento de las penas, la jerga de los delincuentes, etc. La teoría criminológica de Rafael Salillas está cimentada sobre el concepto de pobreza; y se dirige a consideraciones sobre la fisiología de la nutrición y la influencia del medio en la población humana, originando la *teoría nutritiva de la delincuencia*. Esta es una teoría sobre la nutrición donde se entrecruzan conceptos como nomadismo y sedentarismo, como así también, evolución, degeneración, atavismo, herencia. Esta teoría se aleja de las posiciones ideológicas tradicionales de la Antropología criminal, ya que está dirigida más a una vertiente más sociológica que morfológica, pero sin abandonar la definición de delincuente propia de la escuela italiana. El concepto de degeneración[82] tiene aquí un significado diferenciado del tradicional propuesto por la escuela lombrosiana. Frente a la consideración clásica de degeneración como un desorden genético que conduce a la extinción de la especie en el curso de pocas generaciones, se ofrece un concepto de alteración del desarrollo basado en una insuficiencia nutritiva que tiene como causa los influjos alimentarios y las condiciones

[81] Consultado en la Biblioteca Virtual de Andalucía: http://www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1008925

[82] El concepto de degeneración tiene una sinonimia diferente a lo largo de la historia. Naturalistas como Buffon y Blumenbach (s. XVIII y XIX) utilizan este término como sinónimo de variación de especie. Morel, posteriormente, lo aplica a la medicina, dándole un significado diferente; la degeneración es definida por Morel como una enfermedad hereditaria, capaz de eliminar una especie en pocas generaciones. Este concepto de degeneración arraiga fuertemente en las teorías de Darwin y el positivismo de Compte, concepto asumido por la Antropología criminal.

nutritivas del medio. Rafael Salillas es el principal difusor de la Antropología criminal en España y su obra de referencia es: *El delincuente español: Hampa* (publicado en 1898); sin embargo, su pensamiento antropológico discurre entre el positivismo y la sociología. Su postura evidencia un ánimo reformador encaminado a dotar a la criminología de una base científica adecuada.

A partir de la década de 1890 se instaura un ambiente sociocultural pesimista, marcado por el sentimiento de decadencia como consecuencia de la pérdida de la guerra hispano-norteamericana y, por ende, la pérdida de Cuba en 1898, como así también, de Puerto Rico y Filipinas, como posesiones coloniales de ultramar. Es así como el degeneracionismo se convierte en la herramienta idónea para diagnosticar los males que se abaten sobre la sociedad española de finales de siglo XIX y comienzos del siglo XX; y, además, se transforma en el sustrato del discurso del movimiento regeneracionista que impregna la sociedad española de comienzos de siglo XX.

En España, en relación con la prostitución masculina, no existe un entramado jurídico a escala nacional que formalice su criminalización. Sin embargo, existen elementos jurídicos elásticos como las leyes del escándalo público u ordenanzas locales contra la prostitución, la mendicidad, la infancia, vagos, marginados, etc., tales como las de Cádiz de 1889[83], el Reglamento de Madrid sobre prostitución de 1865 (Guereña, 1999: 119), Reglamento de Gerona de 1854 (Clara, 1981: 96-98), Reglamento de Sevilla de 1859 (Vázquez García, 1991: 153-192), Reglamento de Barcelona de 1863 (Sereñana y Partagás, 1881: 99) o, posteriormente, la ley de mendicidad de 1903 (Santos, 2012: 227), etc. Disposiciones en las que se brega por la defensa del orden público y se relaciona el delito con las poblaciones marginadas, la de los vagos, mendigos y maleantes y su mala vida, como factor de desorden permanente. Conceptos importantes que maneja la criminología a principios del siglo XX. Estas disposiciones conforman un potente recurso para la intervención de las autoridades dentro de las campañas contra el vicio y sus manifestaciones más escandalosas, más que con la prostitución en sí misma (aunque las enfermedades venéreas son un tema prioritario para los higienistas). Donde la preocupación es derivada de la prostitución de menores (negocio muy extendido) y, en términos generales, de la protección de la infancia.

Durante todo el siglo XIX se produce una paulatina secularización donde, poco a poco, se separa de manera práctica la ley de la religión. Por ende, se produce la separación entre los conceptos de delito y pecado, entendido anteriormente como una sola cosa, como un concepto amalgamado. Al no considerarse la homosexualidad como una conducta abominable, aunque todavía se considere en esta época pecado. El paso trascendental es la destipificación de esta conducta como delito, se produce una traslación del delito a la desviación social. Ahora, se la califica como vicio, enfermedad, desviación de la naturaleza humana y enfermedad mental. De esta manera, el proceso de disciplinamiento social que efectúa antaño la iglesia lo recoge la psiquiatría. Esta disciplina se encarga del tratamiento y rehabilitación de los homosexuales como

[83] Esta reglamentación incluía la presencia de un artículo que prohibía expresamente la presencia de los invertidos en los burdeles. Esta norma parece haber coincidido con la presencia generalizada de varones homosexuales en esos establecimientos, dedicados no sólo a tareas generales de servicio, sino a atender la demanda sexual de los clientes (Moreno Mengíbar, Andrés; Vázquez García, Francisco, 1999:177).

enfermos mentales (García, 1981: 117)[84]. La enfermedad funciona como un dispositivo de control social. En este caso, se acusa a los homosexuales o desviados sociales como causa del mal por no adecuación al *statu quo*, por incumplimiento de ciertas normas sociales relacionadas con el ejercicio y la práctica de la sexualidad y el género normativo.

Las nuevas ideas y avances científicos son percibidas por la Iglesia Católica como un ataque frontal porque le arrebatan parte importante de su poder, basado en la condena o absolución del comportamiento moral. Las teorías expuestas, cuestionan la base de dos sacramentos importantes para el papel social de la Iglesia, como son el matrimonio y el bautismo. Ya que es el Estado el actor que interviene en su regulación y ejecución. Ante el desafío del mundo moderno, la Iglesia prepara el Concilio Vaticano I (1869-1870) en el que deja claro, que, por encima de las conclusiones científicas, están las verdades reveladas por Dios. Y articula, una vez más, su defensa basada en la *doctrina Tomista* condenando toda forma de análisis del comportamiento que se aparte de los actos naturales y de los actos contra natura. A partir de este momento, quien siga los principios naturales puestos por Dios, y se comporta moralmente, es apreciado conforme a ello en la otra vida; por el contrario, quienes se aparten del camino recto y se comporten de forma antinatural (como los invertidos) son juzgados en la vida después de la muerte, pero juzgados y condenados en el presente por la Iglesia, las costumbres y la ley.

3. Del degenerado al peligroso social.

En la Europa del siglo XIX, la homosexualidad emerge como identidad socio sexual perversa. E indirectamente, refuerza las teorías biologicistas o esencialistas en boga en este período histórico. Las relaciones "normales" han de ser relaciones heterosexuales. Es a finales del siglo XIX cuando se acuña por primera vez en el lenguaje médico la palabra heterosexualidad. Ya que esta no existe previamente. Surge a partir de la delimitación del sujeto patologizado e inverso sexualmente, denominándolo homosexual. Por lo tanto, se configura como un hecho institucional consecuencia de una circunstancia histórica. Es a partir de este momento, cuando la heterosexualidad surge como

En 1894, Vicente Ots y Esquerdo (1842-1912) publica un folleto titulado "La locura ante los tribunales"[85], en el que atribuye las discrepancias entre juristas y psiquiatras a los excesos de la doctrina radical representada por Esquerdo, que defiende un concepto demasiado amplio de los trastornos psicopáticos y de la eximente de responsabilidad penal (Ots y Esquerdo, 1894:19). Ots considera que la noción lombrosiana del criminal nato perjudica la aceptación del degeneracionismo en los tribunales. En su opinion, la especie humana al sufrir degeneración recorre dos caminos divergentes: la degeneración vesánica que termina en el manicomio; y, la degeneración criminal que acaba en el presidio[86]. En consecuencia, la responsabilidad penal de ambas degeneraciones es distinta. El loco es un enfermo que obra por impulsos morbosos, por determinaciones

[84] Este autor señala que uno de los médicos especialistas en la materia defensores del tratamiento de los homosexuales como enfermos es el alemán Friedrich, quien condena la homosexualidad asimilándola a un "estado vicioso y enfermizo".

[85] Obra consultada en el Campus Clinic de la Universitat de Barcelona

[86] *Ibidem*, p, 11.

patológicas y produce el mal como consecuencia de su estado insano, por lo que debe ser considerado irresponsable. Sin embargo, el criminal es un ser depravado, cuyas malas acciones son consecuencia de sus morbosos tendencias instintivas. En ese sentido, el criminal es responsable de todas sus acciones delictivas, por ser estas el resultado de una educación perniciosa[87]. La propuesta de este autor consiste en buscar un pacto entre magistrados y psiquiatras para acabar con el conflicto. Para lograrlo, propone que se acepte la doctrina de la responsabilidad atenuada, que defiende la responsabilidad de los enfermos mentales cuando sus actos criminales se cometen fuera de la esfera de la patología mental[88].

Ante un contexto sociopolítico convulso existe una clara tendencia a la patologización de la protesta social con el objetivo de minimizar su importancia. De esta manera, se busca atribuir la responsabilidad de las revueltas sociales a los líderes o grupos de anormales y desviados sociales, descalificando los comportamientos e ideas políticas que ponen en entredicho el orden social del momento. Así, se evita enfrentar los problemas sociales desde una posición política y buscar soluciones adecuadas (Campos Marín, 2013: 23).

La transición del siglo XIX al siglo XX marca la redefinición de la defensa social frente al crimen y la locura. Los debates del pasado sobre la responsabilidad y la irresponsabilidad del criminal loco o degenerado como elementos para basar las penas, las discusiones sobre la existencia o no del libre albedrío, dan paso a la idea de la potencial peligrosidad social que los desviados sociales suponen para la sociedad y, a los medios que se disponen para detectarlos antes de la comisión de un delito. Ya que, de lo contrario, un número elevado de delincuentes podrían beneficiarse de informes psiquiátricos-forenses que demostraran mediante diagnóstico la existencia de un trastorno mental; implicando la responsabilidad atenuada de los reos. Y, en consecuencia, una pena de encierro en prisión se ve acortada en su duración. Esta línea de razonamiento se encuadra en los esfuerzos de médicos y juristas lombrosianos para influir y efectuar una profunda reforma de los códigos penales conducente a sustituir el concepto de *responsabilidad* por el de *peligrosidad social*. De esta manera, conocer el grado de libertad moral con el que se comporta un individuo al transgredir una norma ya no es lo importante; lo importante para la seguridad de la comunidad social es establecer la peligrosidad del sujeto. Así, se puede constituir una adecuada defensa social que pasa por caracterizar al delincuente tanto somáticamente como psíquicamente, y también, a través de los mismos procedimientos descubrir a aquellos sujetos sospechosos de atentar con el orden establecido.

También a fínales de este siglo, las campañas emprendidas por higienistas, psiquiatras y pedagogos contra la iniciación pederástica colegial tienen una especial influencia e importancia en la futura legislación. Se recuerda sus obligaciones en relación con la educación y las buenas costumbres a las familias adineradas que abandonan a sus hijos al quehacer de los colegios internados. Ya que los higienistas y reformadores sociales consideran que allí se forman a unas élites licenciosas y corrompidas. Existe una preocupación por la inversión del género asociada al derrumbe de lo nacional (Guerra de Cuba, despegue del movimiento feminista, anarquismo, difusión de la sexología,

[87] *Ibidem*, p. 12.
[88] *Ibidem*, p. 50.

etc.) y la infancia en peligro. Y esta caída se expresa siempre en una sola dirección: el problema es siempre el de la pérdida de masculinidad en los varones, no el de la masculinización de la mujer, el supuesto auge de la impotencia sexual y de las aberraciones genésicas, en particular la inversión y el homosexualismo, configuran los quebrantos de la nación, cuya metáfora es la masculinidad.

Por otro lado, y en relación con las familias de extracción popular, la cuestión es la del absoluto abandono, la pobreza, la ignorancia, la violencia y la del insano entorno doméstico en el que se crían los hijos de clase obrera. En ambos casos, el reformador social pretende convertir a la familia y su entorno en un instrumento civilizador (Boltanski, 1974: 119). Aquí, es donde se concentran las obsesiones higienistas sobre la infancia peligrosa y en peligro. Surge el problema del golfo y de las familias degeneradas que es causa del surgimiento del tribunal tutelar de menores (Huertas, 1988: 301; Álvarez Uría, 1983: 253). En España, la transición del siglo XIX al siglo XX se caracteriza por la obsesión por la decadencia, el declive de la virilidad y la crisis nacional.

Es sustancial interpretar que, en esta etapa histórica, la sexualidad no es abordada como un campo natural del ser humano. La sexualidad emerge como un campo específico y autónomo de las sociedades de fines del siglo XIX. Donde la medicina se configura como un poderoso complejo de poderes y saberes capaz de incidir sobre los cuerpos y mentes individuales y de las poblaciones, disciplinando y regulando sus vidas (Sibila, 2005: 229). La antigua represión impulsada a través de la religiosidad, poco a poco, es suplantada por un discurso médico cuyo objetivo (como antaño es el discurso de la religión) es la disciplinariedad y la normalización de la población.

La psiquiatría se ve inmersa en un proceso de revisión de la institución manicomial, fomentado por la higiene mental. Esta corriente promueve la aparición de servicios abiertos y la creación de dispensarios de higiene mental, como elementos de la prevención de la enfermedad mental. Solo los enfermos crónicos y peligrosos deben ser recluidos en los servicios cerrados. El interés de la psiquiatría se centra en la potencialidad de la peligrosidad de los individuos; concepto no médico y extremadamente difícil de definir, aunque más relacionado con las políticas de defensa social, que con los tratamientos clínicos. En consecuencia, uno de sus principales objetivos es defender medidas de prevención de la criminalidad consistentes en la adopción de medidas predelictuales contra determinados individuos. Así, sus objetivos convergen con los intereses de la judicatura, y también, con los intereses de los gobiernos en funciones. La ambigüedad del concepto de peligrosidad que defiende la psiquiatría le coloca ante un doble desafío. Por un lado, deben averiguar y demostrar científicamente qué individuos son susceptibles de actuar de manera criminal, y prever su peligrosidad, obligando a esta disciplina, a ofrecer algún tipo de tecnología de prevención. Y, por otro lado, están obligados como tecnología de prevención a ofrecer las medidas terapéuticas, de seguridad y de aislamiento a aplicar a los individuos peligrosos considerados enfermos. Por consiguiente, sus propuestas consisten fundamentalmente en instaurar un reconocimiento psicológico de toda la población para conocer la peligrosidad potencial y así poder prevenirla. También, proponen la creación de manicomios judiciales donde recluir a los criminales que adolezcan de enfermedades mentales y sean susceptibles de encierro permanente y, por último, sugieren cambiar los

códigos penales, introduciendo medidas preventivas de la criminalidad. Este proceso de revisión produce una mayor tecnificación de los peritajes psiquiátricos. Y, al mismo tiempo, la endocrinología y el psicoanálisis irrumpen con fuerza como nuevas técnicas para definir la peligrosidad de los individuos.

El control y absorción de la miseria, el vicio y el crimen es una constante que proviene desde el final de la Edad Media. El siglo XIX se caracteriza por unas profundas transformaciones políticas y económicas que implican la industrialización y la consolidación del sistema liberal, contexto en el que la vinculación entre miseria, vicio y crimen se hace más estrecha. Los relatos y propuestas contra la miseria, como mal que azota la sociedad, son fundamentalmente propuestas moralizadoras. Este relato moralizador es reforzado por el degeneracionismo que contribuye a biologizar los problemas sociales, excluyendo cualquier posible explicación socioeconómica y, además, criminalizando a pobres y desviados sociales. Así, surge una literatura desde la psiquiatría, la criminología, el Derecho y el higienismo que estigmatiza a los pobres y, al mismo tiempo, asocia la pobreza con la peligrosidad en el imaginario social.

"El transito del dominio del control social en torno a la sexualidad finaliza y la Medicina sustituye formal y prácticamente a la religión, el perverso reemplaza al sodomita, y el enfermo al pecador. En adelante, las disidencias sexuales son además de pecado y delito, atentados contra el pudor, un problema de salud. El modelo de normalidad sexual definido por la Medicina a lo largo del siglo XIX es un modelo sexual heterosexual, reproductivo y moral. Es heterosexual porque es un modelo que prescribe y solo acepta las relaciones sexuales entre personas de diferente sexo; reproductivo porque condena toda práctica sexual que no tenga por objeto la reproducción, y, moral porque utiliza argumentos presuntamente científicos para condenar las disidencias sexuales" (Guasch, 1993: 111). El siglo XIX es el siglo donde la Medicina asegura que la homosexualidad además de ser pecado e inmoral es un trastorno psicológico, una desviación social, y, en definitiva, una enfermedad, y como tal, debe ser tratada para su cura. Este proceso es lo que se denomina medicalización de la homosexualidad (Alventosa del Río, 2008: 38).

Asimismo, nuevas investigaciones y producciones científicas progresistas aportan conocimiento a la incipiente Psicología sexual. Este proceso a diferencia de las aproximaciones científicas anteriores se realiza bajo una concepción naturalista y racional, e intenta explicar la conducta sexual humana alejada de la estigmatización propia de la rígida moral de la Inglaterra victoriana. En 1897, Havelock Ellis (1859-1939), medico de profesión, progresista y reformador social publica *Estudios en la Psicología del sexo*. La primera parte de los estudios está dedicada a la homosexualidad y, de todas las desviaciones, Ellis considera que es la más próxima a la conducta sexual normal, por cuanto supone una relación personal, estrecha e intima, sobre la base de una relación emocional y personal. Es el camino más rápido para comprender y comprobar que las perversions no son sino variantes de la sexualidad. Ellis es quien populariza el término de inversión sexual para referirse a la conducta homosexual, intentando expresar con el término que no es otra cosa que el giro del instinto sexual al mismo sexo del sujeto. Su postura sobre la homosexualidad se basa esencialmente en la constitución originaria bisexual del ser humano (idea que se remonta a los griegos) y, además, demuestra la relatividad de las formas de conducta sexual. Si la homosexualidad no es

un problema médico, carece de sentido hablar de cura o terapia (Guasch, 1993: 111). En cuanto a la homosexualidad femenina, su enfoque es diferente al de la homosexualidad masculina. Ellis considera que en las mujeres homosexuales hay una tendencia a desarrollar conductas viriles, típicamente masculinas. Y considera que el uso del consolador en ellas es bastante común. El trabajo de Ellis tiene una gran influencia en la obra posterior de Sigmund Freud.

Capítulo III: El siglo XX: Del moralismo al higienismo.

El siglo XIX y el siglo XX son más bien la edad de la multiplicación: una dispersión de las sexualidades, un refuerzo de sus formas disparatadas, una implantación múltiple de perversiones. Nuestra época es la iniciadora de las heterogeneidades sexuales (Foucault, 1977: 49). Teniendo en cuenta a Kremer Merietti y su analítica del poder (1985: 233), a diferencia de posiciones previas (alianza entre poder y sexualidad de Foucault), el poder no se ejerce anulando la sexualidad, sino engarzándose en ella y creando mecanismos complejos de excitación e incitación. El poder se dirige a la sexualidad no verticalmente aplastándola, sino horizontalmente vertebrándola, normalizándola y controlándola. La mejor manera de hacerlo es hacer de su conocimiento y ejercicio, una ciencia disciplinada y positivizada.

Llegados al siglo XX, la condición denigrante y ofensiva de la homosexualidad y de cualquier disidencia sexual es una constante a lo largo de la historia. Desde el Código de Justiniano, pasando por los años oscuros de la Edad Media, estas actividades sexuales son referidas como el crimen abominable que no debe ser nombrado. Posteriormente, en los siglos XVI y XVII es un pecado-delito dentro de los relativos a la moral sexual. Más tarde, es una enfermedad y anomalía psiquiátrica y, en todas las épocas casi siempre es delito. Siglos de prohibiciones y sanciones influyen en la persistencia de un profundo prejuicio homofóbico, además de un largo calvario de penurias, sufrimiento, vejaciones de la dignidad y conculcaciones de derechos de muchas personas. Koppelman (1997: 1661) sostiene que la estigmatización del homosexual está estrechamente relacionada con la supuesta desviación de su rol social juzgado tradicionalmente como apropiado para las personas de su sexo. El centro del reproche social está basado en el estereotipo de la inversión de los géneros. En términos generales, y a los ojos de la normalidad heteropatriarcal, el varón homosexual adopta una posición de mujer o femenina y la mujer homosexual o lesbiana asume una de hombre o masculina. Ni la sociedad española ni el Derecho de la época conciben una realidad socio-sexual diferente al binarismo institucionalizado. Por tanto, es impensable que se comprendan otras realidades tales como la transexualidad, travestismo, transgenerismo, etc. Ya que, en su caso, se les considera genéricamente como homosexual u homosexualismo.

A comienzos del siglo XX, la Criminología fija su atención en el análisis de la pequeña delincuencia y de la vida maleante en las grandes urbes. Para una sociedad burguesa donde los principios morales todavía tienen un peso importante, la existencia de este tipo de delincuencia es inquietante y amedrentadora debido a su dificultad de neutralización y por su potencialidad en el desequilibrio del *statu quo*. Por su parte, la psiquiatría critica el modelo asistencial heredado del siglo XIX y reclama una profunda reforma cuyos objetivos principales son la remedicalización de la locura, el tratamiento médico del alienado y su reinserción social. La reforma propuesta se dirige a la creación de un dispositivo asistencial que tiene como base la profilaxis y la higiene mental, además, del acercamiento de la población a las instituciones terapéuticas. En función de los principios humanitarios propuestos, se ofrece una atención en libertad del enfermo mental (Espino, 1980:59).

Estas ideas son canalizadas por diferentes vías a partir de 1910. En 1911 se crea en Cataluña la *Sociedad de Psiquiatría y Neurología de Barcelona*, que tiene un papel notable como movimiento corporativo y foro de discusión de las reformas psiquiátricas propuestas. En la misma época, bajo el impulso de la *Mancomunidad de Cataluña* un grupo de psiquiatras, entre ellos, Martí i Juliá (1861-1917) y Juan Alzina i Melis (1883-1979), establecen las pautas de la reforma psiquiátrica en Cataluña, que marcan el debate en la década de 1920 y, posteriormente, influyen en las reformas emprendidas por el Estado durante la II República (Comelles, 1988: 110).

A principios de siglo surgen los estudios sobre *la mala vida* (Maristany, 1998: 35). En España, los trabajos más importantes que muestran las casuísticas de anormalidad y desequilibrio social son *La mala vida en Madrid* (1901) de Constancio Bernaldo de Quirós y José María Llanas de Aguilaniedo y *La mala vida en Barcelona* (1912) de Max-Bembo. Durante todo el siglo XX existe una continuidad en la visión de la pobreza, la vagancia y la peligrosidad indistintamente del régimen político, siendo una constante la vinculación entre delito y anormalidad. Si bien se plantean políticas públicas en relación con la higiene mental, supuestamente científicas, las políticas represivas están marcadas por la acientificidad. Según Foucault, las tesis degeneracionistas hacen innecesario la oposición entre el crimen monstruoso y la pequeña criminalidad, estableciendo una continuidad en el que todo el territorio de las infracciones queda bajo la mirada científica permitiendo relacionar al menor de los criminales con un peligro patológico para la sociedad y para la especie humana en su conjunto (Foucault, 1990: 251-252).

Mientras que en los Estados Unidos de Norteamérica las teorías organicistas de la sexualidad entran en declive (y la idea del hermafrodita psíquico se impone a la idea del hermafrodita físico, a medida que se consolidan las explicaciones mentales) (Chauncey, 1989: 87), en España, la comunidad académica médica reactiva la teoría física del hermafroditismo, al evocar el poder de las secreciones internas como determinantes de la expresión sexual. La figura de mayor reconocimiento e influencia social, médico y legal es el doctor Gregorio Marañón. Este académico está interesado en la ciencia del hermafroditismo, y desarrolla su *teoría de la intersexualidad* (la cual parte de la base biologicista del hermafroditismo físico) e incorpora aspectos de las teorías psiquiátricas de patología sexual que cubren una gran variedad de estados sexuales: desde las mujeres virilizadas hasta la homosexualidad masculina propiamente dicha. Si bien el resto de la comunidad médica todavía está interesada y centrada en las diferencias anatómicas de los sexos, para Marañón la endocrinología y la histología se convierten en un recurso explicativo importante para aclarar la desviación de género y también para clarificar la homosexualidad. Esta situación permite, indirectamente, la discusión sobre la sexualidad entre personas del mismo sexo en el campo de la Anatomía Patológica, superando las concepciones del hermafroditismo físico y psíquico y dando paso a una nueva instancia: la intersexualidad. Elemento axial para, posteriormente, comprender y teorizar la homosexualidad de la España del siglo XX.

En el campo jurídico, contrario a los cambios provenientes de la Psiquiatría y de la Criminología se producen cambios proclives a considerar la defensa social y la

peligrosidad predelictual como bases del Derecho penal. Mientras que la escuela penal clásica defiende la idea del castigo equitativo y retributivo, la Antropología criminal impone lentamente la idea de la aplicación de castigos personalizados en función de la naturaleza del criminal y el concepto de las sentencias indeterminadas.

En el siglo XIX se deroga la criminalización de la homosexualidad (Código penal de 1822) y los siguientes códigos penales continúan con esta tradición. Sin embargo, algunos autores entre ellos Pérez Cánovas (1996: 13) sostienen que el amplio y arbitrario criterio del escándalo público o las faltas contra la moral y las buenas costumbres penalizadas por los sucesivos códigos penales, permiten que los jueces y Magistrados, imbuidos por la ideología dominante sobre la homosexualidad, relacionen constantemente estos comportamientos con actos inmorales, enviando a homosexuales a la cárcel aunque en la tipificación de tales figuras delictivas no se haga alusión directa a las relaciones homosexuales. Aunque el castigo de la homosexualidad no está penalizado de forma directa en los códigos penales, si lo está en los códigos militares del ejército y la marina de guerra, es decir, en el Código penal del Ejército de 1884 y en el de la Marina de Guerra de 1888. Solo en el Código penal de 1928 bajo la dictadura de Miguel Primo de Rivera se vuelve a tipificar la homosexualidad como delito y está vigente cuatro años, desde 1928 a 1932. Posteriormente, el tratamiento de la homosexualidad como delito está supeditado a la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, reformada en 1954; y en el tardofranquismo a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

En el caso de la Unión Soviética, desde los tiempos de Lenin, la psiquiatría rusa estudia la cuestión de la homosexualidad y establece sistemáticamente tratamientos para curar a los homosexuales. Esta es la perspectiva que se aplica en España después de la Guerra Civil, en 1939. La homosexualidad es ilegal durante el franquismo, aunque las prácticas homosexuales no dan cuerpo a un tipo legal específico. Estas personas viven en un miedo constante ya que se utilizan unos tipos penales que protegen bienes públicos tales como la moral o la salud pública para perseguir a estas personas.

Fruto de las consecuencias de la Guerra Civil se instaura en España una dictadura caracterizada fundamentalmente por la ideología nacionalcatólica. Aunque en el Estado español la situación socio política es complicada en cuanto a la protección de los derechos y libertades civiles, a nivel mundial, se producen ciertos hechos que influencian las legislaciones penales en cuanto al nacimiento y evolución de los delitos de discriminación. Este proceso se realiza en diferentes fases y épocas del siglo XX. Es a partir de la segunda guerra mundial cuando surgen movimientos reivindicatorios en torno a los Derechos Humanos. Se puede considerar este momento de la historia como un punto de inflexión en la lucha por los derechos de las minorías sociales y sexuales. Pero es importante no olvidar que estos momentos aperturistas también van acompañados de fuertes movimientos represivos y contrarios.

La reflexión de la comunidad internacional en torno a la barbarie de la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto auspician la aprobación de diversos textos legales internacionales de Derechos Humanos, como la Carta internacional de Derechos

Humanos, promulgada en 1948,[89] y también, la Convención Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa (CEDH) de 1950. Esta normativa internacional se configura como el punto de partida de lo que posteriormente son las legislaciones penales europeas antidiscriminatorias. La fuerte y violenta carga histórica determina la orientación de la tutela penal en la selección de las conductas discriminatorias, las motivaciones y las causas de discriminación típica. Es así, como inicialmente se orientan contra comportamientos racistas y, posteriormente, se incorporan las conductas xenófobas. En esta evolución, es de suma importancia el proceso de tipificación penal de las conductas discriminatorias racistas expuestas en la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) aprobada por Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Ninguno de estos tratados reconoce expresamente en sus disposiciones la orientación sexual ni la identidad de género como causas de discriminación. Sin embargo, es a lo largo del tiempo como los órganos encargados de la interpretación y de su aplicación, las incluyen *a posteriori* como motivos de discriminación a través de una interpretación extensiva.

En cuanto a la sexualidad femenina, en el pasado la religión niega la sexualidad femenina. Por su parte, la Psiquiatría la juzga en términos masculinos definiendo la mujer frígida[90]. La Sexología modifica y redefine este discurso y reconoce el deseo sexual femenino[91]. Sin embargo, este reconocimiento se realiza desde la perspectiva masculina que pretende igualar el deseo sexual femenino al masculino. De la sexualidad pasiva de la mujer se pasa a una sexualidad femenina activa y masculinizada que debe reproducir los esquemas culturales atribuidos a la sexualidad masculina. Fundamentalmente, estos rasgos culturales atribuyen al varón una disposición constante a mantener (quizás consumir) relaciones sexuales[92].

Durante todo el siglo XX, con independencia del régimen político vigente, existe una continuidad en la percepción de la peligrosidad, vinculándola a la pobreza, al crimen y a la anormalidad. Las dos variables más importantes que marcan la concepción de normalidad-anormalidad son: el trabajo y la sexualidad. Sin embargo, prevalece el

---

[89] La Carta Internacional de Derechos Humanos es como se conoce habitualmente al conjunto de textos formados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con sus dos Protocolos Facultativos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con su Protocolo Facultativo, ambos aprobados en 1966 (Landa Gorostiza, 1999: 57-99).

[90] Las obligaciones sexuales que prevé la psiquiatría de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX para la mujer casada, son similares a las que preveía el Derecho Canónico medieval. En la Edad Media los varones pueden exigir a sus esposas el cumplimiento del débito matrimonial. Pero los textos eclesiásticos imponen al marido la obligación de darse cuenta del deseo de la esposa, porque ella no debe manifestarlo abiertamente (Aries, 1989: 185)

[91] Hasta no hace mucho tiempo las mujeres pasaban por ser menos sexuales que los varones. Después de la Segunda Guerra Mundial y los años posteriores se empiezan a considerar legítimas las necesidades sexuales de las mujeres (Masters, Johnson y Kolodny, 1987: 472).

[92] Anorgasmia es la disfunción sexual de las mujeres que tienen dificultad para llegar al orgasmo. El orgasmo femenino se convierte, de esta manera, en obligatorio. A diferencia del orgasmo masculino, no es evidente y puede ser fingido. Por lo tanto, la Sexología se encarga de corregir la invisibilidad del orgasmo y lo controla en términos sexológicos, científicos. Es necesario que la mujer disfrute del placer tanto y del mismo modo como el hombre. Sin embargo, la medida de este placer se efectúa desde la perspectiva masculina: en términos de orgasmos.

trabajo, determinando la pertenencia al mundo marginal, lo que implica una patologización y persecución de todos aquellos comportamientos o conductas que atenten contra la utilidad laboral y el orden social establecido. La psiquiatría es la disciplina encargada de patologizar y construir un discurso estigmatizador sobre dichos comportamientos considerados peligrosos, desviados, anormales o asociales. Además, de etiquetarlos a través del discurso y de los diagnósticos clínicos. Durante el franquismo la función de la psiquiatría se amplía de manera importante constituyéndose en un arma sustancial de la represión política y del control social, al incluir entre los sujetos peligrosos y anormales a los enemigos políticos. De esta manera, se confirma nuevamente la tendencia histórica de la Psiquiatría, y de la Criminología de patologizar los movimientos políticos contrarios al *statu quo*. También, para lograr el control social deseado, el régimen cuenta con la inestimable ayuda de la Iglesia Católica, cuya alianza con la psiquiatría y el derecho producen de manera tácita y soslayada, una fuerte penetración de los valores morales de la religión en el mundo de la ciencia, del derecho y de toda la sociedad, que tienen su correlato en un discurso radical y estigmatizador de "la anormalidad social". Es a finales de este siglo, cuando la transición política de la dictadura a un nuevo régimen democrático trae nuevos aires de cambio político y social. Lo que posibilita la despenalización de conductas sexuales antaño penadas y fuertemente reprimidas como la homosexualidad. Así también el ingreso de España en la Unión Europea posibilita un afianzamiento de la protección de los Derechos Humanos y una defensa continua y creciente del derecho a no ser discriminado.

1. La mala vida y la Ley de Mendicidad de 1903.

A finales del siglo XIX, la Criminología italiana introduce un nuevo objeto de estudio "*la mala vita*". El concepto se exporta a España e incluso, da el salto a Latinoamérica para regresar al viejo continente reelaborado. Este concepto surge en torno a las preocupaciones que las nuevas formas de delincuencia suscitan en las élites gobernantes, en un momento en el que el crecimiento de las urbes es exponencial. Este desarrollo urbano también se caracteriza por la falta de infraestructuras, por los desequilibrios económicos y, por ende, por la inestabilidad y el peligro social que acarrean. En este contexto, es donde grandes bolsas de pobreza generan resquemor ante la imposibilidad de controlar la vida maleante que producen. Estos estudios sobre la vida marginal intentan comprender y catalogar a los individuos peligrosos y patológicos con el objetivo de disciplinarlos. Se parte de ciertas premisas comunes que tienen que ver con el concepto del *buen ciudadano burgués* que representa el orden, la limpieza, la honestidad, el trabajo etc.; en definitiva, valores que representan la "normalidad". En contraposición, se sitúan los malvivientes calificados como desviados sociales y cuyas conductas son vistas como inmorales, subversivas y peligrosas; además, de simbolizar el desorden y la anormalidad.

En 1901 aparece publicada *La mala vida en Madrid*, obra de referencia de Bernaldo de Quirós y Llanas Aguilaniedo. Esta obra se caracteriza por la combinación del degeneracionismo y la Criminología positivista que pretende explicar y analizar las vidas del estrato de población marcado por la desviación de sus conductas, la

anormalidad psíquica y la proximidad al delito. Su objeto de estudio son aquellas clases sociales marginales como prostitutas, homosexuales, mendigos, vagabundos, estafadores, golfos, gitanos, etc. Se trata de analizar y catalogar a una población considerada peligrosa y patológica por sus comportamientos desviados, con el objetivo de reconducirla, normalizarla y gobernarla. Este tipo de planteamientos lleva a naturalizar el crimen y los comportamientos desviados a partir de criterios claramente económicos y sociales. En este sentido, la falta de trabajo y la miseria son utilizados como elementos decisivos para establecer la frontera entre normalidad y anormalidad. Por ende, la falta de trabajo es criminalizada y patologizada. Así, se convierte (dada la gran pobreza existente) a una gran cantidad de personas en sospechosas de comportamientos antisociales y peligrosos.

La importancia de este tipo de estudios reside en que ensancha el campo de peligrosidad social y ahonda en la idea de la profilaxis del delito y de la necesidad de imponer sentencias indeterminadas. En consecuencia, este tipo de trabajos tienen una especial importancia ya que, años después, por ejemplo, influyen en la elaboración de la *Ley de Vagos y Maleantes* (Campos Marín, 2013: 24).

"*La mala vida estaba, por tanto, compuesta por individuos que se caracterizaban por la anomia o falta de ley y gobernante, de disciplina interior y exterior y por la miseria. Estos individuos, fruto principalmente de la degeneración social, habitaban en los suburbios y barrios pobres de la gran ciudad, desarrollando un estilo de vida próximo a la criminalidad, caracterizado por el rechazo al trabajo y el parasitismo"* (Bernaldo de Quirós; Llanas Aguilaniedo, 1901: 9).

En esta obra se categorizan por primera vez las heterodoxias del sexo y del género. Se clasifica a los desviados como: invertidos puros, con tendencia irresistible a comportarse como individuos del sexo contrario; pseudoinvertidos, unisexuales, que a pesar de serlo manifiestamente desempeñan el acto sexual en el papel propio de su sexo; los unisexuales dimorfos u homosexuales de bodas dobles, según las circunstancias; y los polisexuales, individuos que presentan combinadas la unisexualidad en una o varias de sus formas con la heterosexualidad o amor al sexo contrario[93]. Entre estas categorías están lo que hoy denominamos el hombre gay que prefiere un rol sexual activo, pasivo o ambos, y los bisexuales. También, el tribadismo que hoy conocemos como lesbianismo.

Por su parte, el discurso de la psiquiatría se presenta como un relato más depurado que el discurso del siglo anterior, menos condenatorio. Su apertura del campo de las anormalidades (en la escuela, en el trabajo, en el hogar, en los hospitales, en los regimientos etc.) la configura en una tecnología de la *biopolítica*. Se convierte en una herramienta tecnológica que supera los límites de los hospicios y aspira a regular todo lo social.

Asimismo, en agosto de 1903 se produce un hecho destacable que es la promulgación de la Ley de Mendicidad que responsabiliza a los padres del comportamiento de sus hijos. Esta ley prevé la guardia y custodia de los niños abandonados, huérfanos o hijos de padres pobres en los asilos de beneficencia o la entrega a las sociedades e

[93] *Ibidem*, p. 248-251.

instituciones particulares dedicadas a la protección de la infancia. A principios del siglo XX, el problema de la infancia abandonada es uno de los problemas más visibles del mundo urbano. Y también es uno de los más inquietantes para la burguesía urbana por el desorden social potencial y real que representa y las consecuencias sociales que provoca. Para esta sociedad, la mendicidad se convierte en el germen de la delincuencia. Es así como la mendicidad infantil se convierte en un tema de interés para los reformadores sociales. Estos, denuncian como los niños son utilizados por sus padres para explotar la caridad pública, y también como a veces son alquilados para el mismo fin. Exigen al Estado medidas en relación con este tema y solicitan que se retire la *patria potestad* a los padres que no cumplan con sus obligaciones. Los reformadores sociales, higienistas y juristas denuncian como la patria potestad se convierte en un obstáculo para proteger a los niños de los malos tratos, la explotación y el abandono del que son objeto por sus padres.

Es así como vagancia y mendicidad no solo afectan al menor de edad desprotegido, sino que dicha combinación supone una amenaza para la sociedad de principios de siglo. Al mismo tiempo, la prensa nacional se hace eco del problema de la mendicidad infantil y de cómo erradicarla al mismo tiempo que se debate y aprueba la Ley de Mendicidad. Entre las propuestas de erradicación de la mendicidad sobresale la de Salillas, publicado en 1903, en su artículo del Heraldo de Madrid “Las tres cuestiones”. En este artículo propone crear asociaciones que tengan por objeto: 1) organizar la tutela de la juventud abandonada, rebelde o desatendida; 2) buscar los medios para disminuir la pobreza. Unos de estos medios es la cooperación. Hay otros muchos aún sin el aumento de la producción del país y 3) Crear modos de reprimir la mendicidad y la organización de la caridad para que sea verdaderamente útil, aunando esfuerzos de todas las sociedades caritativas, que actualmente desperdician por su falta de plan, grandes sumas. Asimismo, Bernaldo de Quirós (1903), en el mismo periódico, y en su artículo “Mendigos y vagabundos”, propone que, para acabar con esta lacra, es necesario tomar medidas a semejanza de las iniciativas de algunas ciudades europeas como Londres o Paris. Estas ciudades tienen programas de prevención social para evitar la formación de golfos, mendigos y vagabundos. Y si esta solución no da resultados propone la fundación de establecimientos benéficos para su regeneración.

La ley sobre la mendicidad de 1903 es la respuesta que da el Estado ante los niños habitualmente dedicados a la mendicidad o abandonados por sus padres. Esta ley es redactada por la Comisión de Reformas Sociales que tiene el objetivo de perseguir y prohibir la mendicidad a los menores de 16 años e integrar a la sociedad a la infancia situada moral y físicamente en peligro para ellos mismos y para la sociedad. En el debate parlamentario existen dos posturas: la primera que consiste en la no injerencia del Estado en los asuntos familiares; y la segunda: la exigencia de la intervención del Estado ante asuntos de interés público y social como es la pobreza y la mendicidad. Esta norma responsabiliza a los padres del comportamiento de sus hijos imponiendo multas y estableciendo una gradación para la pérdida de la patria potestad.

La infancia se configura en una etapa vital distinta de la vida adulta que debe protegerse y preservar del mundo adulto y de los peligros de la calle y el trabajo. Y la preocupación

por la infancia abandonada surge al mismo tiempo que aumenta la delincuencia y la mendicidad. Esta situación de riesgo social hace necesaria y legitima la intervención del Estado y de los reformadores sociales para rescatar al niño de la negligencia de sus padres; pero, por otro lado, por el interés social y político de la infancia como bien púbico que repercute en el Estado en relación con el orden social y como inversión que supone la infancia como fundamento del futuro de la nación Y, por último, por el bien del niño.

El Estado legisla en ese sentido prohibiendo el trabajo infantil e imponiendo la escolarización obligatoria, contribuyendo a la separación del peligro de la calle y a la preservación de la infancia. Aunque supone una injerencia importante del Estado en la autoridad paterna. Finalmente, esta ley se decanta por la inhabilitación en lugar de la pérdida de la patria potestad. Ante una situación donde el Estado no cuenta con las infraestructuras necesarias para atender a los niños. La ley de Mendicidad no tiene la menor eficacia. Sin embargo, esta norma no se cumple porque el Estado no cuenta con los establecimientos suficientes para atender las necesidades de estos niños que dispone la ley; y tampoco se cumplen las leyes de prohibición del trabajo infantil. La pobreza imperante de las familias hace necesario el salario que el niño trabajador aporta. Es necesario el paso de un par de décadas para que las familias obreras prescindan de los ingresos del trabajo infantil, y puedan estos niños ser escolarizados. Poco a poco el niño deja de ser un factor de producción económica para ser valorado más como un integrante valioso de la familia.

En el proceso de transición entre el siglo XIX y el siglo XX, J. Maxwell (1914: 78-100-107-262) juez sustituto de Paris publica *El crimen y la sociedad*, donde explica que las degeneraciones son enfermedades y causa del delito. Este autor hace una clasificación de degenerados superiores, medios e inferiores. Los superiores son desequilibrados como los místicos y excéntricos, los medios son trastornados expuestos a obsesiones como los parricidas, regicidas, etc., y finalmente, los inferiores, aquellos que son idiotas e imbéciles autores frecuentes de atentados sexuales. El carácter dominante de su criminalidad es la impulsividad donde destacan las inversiones sexuales u homosexuales que comprenden el uranismo, el safismo y el tribadismo. En este tipo de criminalidad de los locos, existe una tendencia constante al homicidio y son tan peligrosos como el resto de los criminales. Sin embargo, no se les castiga como al resto, sino que se les encierra de manera que no puedan hacer daño. Por lo tanto, son locos irresponsables o responsables en una forma atenuada.

Peligrosidad social, defensa social y prevención del delito.

En España, las discusiones sobre peligrosidad social de los individuos marcan los debates criminológicos y psiquiátricos del primer tercio del siglo XX, de la mano del movimiento de higiene mental. Desde esta perspectiva, la Psiquiatría, en estrecha colaboración con el Derecho y la Criminología tienen un papel activo en la catalogación de los comportamientos sociales desviados, creando categorías psiquiátricas como la anormalidad que influyen notablemente en la configuración del sujeto peligroso. En este

sentido, dos son los ejes principales sobre los que se cimenta la peligrosidad de los sujetos: el trabajo y la sexualidad (Foucault, 1981: 260). Este es un contexto marcado por transformaciones discursivas de la psiquiatría y de propuestas asistenciales regidas por los principios de la higiene mental y la modernización del país.

En 1920 aparece la obra de Eugenio Mesonero Romanos *La vida sexual normal y psicopatológica* (125-136-145). En ella dentro del capítulo de las psicopatologías sexuales, expone las diversas aberraciones del instinto sexual entre las que se encuentran las perversiones e inversiones, a las que se refiere como un escabroso asunto. Las perversiones están compuestas por el onanismo, el fetichismo, el exhibicionismo, el sadismo, el masoquismo, la necrofilia, la bestialidad y el incesto. Por su parte, las inversiones están integradas por la pederastia, el safismo y el tribadismo. Este autor considera que la inversión sexual, el uranismo u homosexualidad es una perversión del instinto que implica una tendencia homosexual irresistible donde solo el sexo semejante despierta el orgasmo venéreo. La persona que padece esta anomalía psicopática congénita tiene las tendencias sexuales del sexo contrario al suyo, por lo que tiene el carácter y los gustos de las personas del sexo opuesto[94]. Es la inversión del instinto que causa la afeminación en el hombre y la masculinización de la mujer. Asimismo, considera que los invertidos por vicio son aquellos que surgen en los presidios, colegios, etc., y abundan en las ciudades. Por otro lado, el autor explica que a diferencia de los invertidos denominados andróginos que suelen ser pasivos, están los pederastas que adoptan ambos roles. Por último, caracteriza el safismo como la depravación del sentido genésico que impulsa a ciertas mujeres a buscar intimidad con otras mujeres, o inclinación amorosa de la mujer con otra mujer[95]. Sin embargo, en este aspecto hace referencia al tribadismo donde la mujer siente atracción por otra mujer *marimacho* con la que se entrega a prácticas lúbricas.

Luis Jiménez de Asúa publica en 1922 la obra *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*[96]. En esta obra, Jiménez de Asúa trata el estado peligroso, concepto creado por la escuela penal positivista y que todavía en ese momento no está introducido en España. La peligrosidad se concibe como el estado subjetivo que permite formular un pronóstico sobre las posibles actividades antijurídicas de quien se encuentra en dicho estado; y se exterioriza a través de la conducta del sujeto que se encuentra en ese estado peligroso. Esta conducta y el síntoma de esta pueden ser o no un hecho delictivo, por lo que existen dos tipos de peligrosidad: predelictual y posdelictual. La peligrosidad predelictual estaría integrada por aquellas personas que, no habiendo cometido ningún delito, realizan una serie de conductas manifiestamente antisociales. Y, la peligrosidad posdelictual estaría compuesta por aquellos que ya han cometido algún hecho delictivo previamente (Fairén, 1975: 39).

Jiménez de Asúa explica en su obra el cambio de interés de las escuelas penales del acto delictivo a la importancia del delincuente. Ya que considera que no debe penarse al acto delictivo, sino debe castigarse al autor. Es la escuela de la Defensa Social la que apunta

[94] *Ibidem*, p. 162.
[95] *Ibidem*, p. 197.
[96] Obra consultada en la Biblioteca Virtual del Patrimonio Bibliográfico

dicho interés por el sujeto delincuente. Autores norteamericanos también afirman que el delincuente debe ser encarcelado, no por lo que hizo, sino por lo que es (Jiménez de Asúa, 1920: 9)[97]. Lenta pero gradualmente se abandona el antiguo criterio de responsabilidad e intencionalidad de los hechos cometidos que postula del Derecho penal clásico. Y se sustituye por el concepto del estado peligroso. También este nuevo término sustituye los términos de imputabilidad moral y de libre albedrío, propios de la escuela clásica. Jiménez de Asúa en sus formulaciones teóricas se abstiene de discutir el concepto de *libre albedrío* y también la voluntad del sujeto. De esta manera, solo se aprecia la delincuencia en el peligro que el delincuente supone en ese estado peligroso (la peligrosidad que el delincuente representa para la sociedad).

Desde que se comprueba el estado peligroso del individuo, surge la necesidad de defensa de la sociedad. A partir de ese momento, se deben fijar las medidas correspondientes para neutralizar dicha peligrosidad social. En este proceso de defensa social se tiene en cuenta la condición de sujeto peligroso y, a su vez, se individualiza su tratamiento. A diferencia de las penas clásicas donde se busca la represión del delincuente, con la utilización de las medidas asegurativas para la prevención del delito, se busca una prevención del delito para evitar futuras conductas lesivas. Si se acepta la fórmula del estado peligroso, la pena es reemplazada por una medida de seguridad, y esta no consiste en una venganza, ni en una expiación, ni tan siquiera una medida correccional, es una medida que aplica un sentido intimidatorio, correctivo e inocuizador, una pena adaptada al carácter y naturaleza del agente. El delincuente debe estar sometido a tratamiento hasta que cese su estado de peligrosidad y no deberá alargarse más de lo que reclame su peligrosidad. Por lo tanto, debe sustituirse la sentencia definida, por la sentencia indeterminada. Y, en este contexto, los jueces del sistema penal son médicos sociales que actúan con prudencia y honradez alcanzando al máximo su competencia científica. En este sentido, el clásico principio *nulla pena sine lege*, queda vulnerado debido a la indeterminación de la sentencia y a la concepción del estado peligroso (Jiménez de Asúa, 1922: 16).

En 1926 se funda la *Asociación Española de Neuropsiquiatría* y en 1928 *La Liga de Higiene Mental* con el objetivo de impulsar las reformas del sistema asistencial, las reformas institucionales y también legales que precisa la psiquiatría española. Una de las ideas principales en la que se fundamenta la reforma psiquiátrica es la curabilidad de los enfermos mentales y la medicalización de la locura. La psiquiatría es plenamente consciente del temor que produce en la sociedad la enfermedad mental y, asimismo, de la necesidad de una terapéutica más humanitaria. Por lo tanto, la peligrosidad del enfermo mental y la necesidad de promulgar un Código penal acorde con las nuevas corrientes científicas son los principales temas de discusión.

Los psiquiatras tienen grandes dificultades teóricas y prácticas para definir científicamente la enfermedad mental y recurren a conceptos sociales y administrativos como la *peligrosidad social*. De esta manera, establece quien es un enfermo mental y quien no lo es, y consideran que todos los alienados deben ser internados, y que los alienados que no intenten cometer un delito deben permanecer en libertad y conservar

[97] Obra consultado en la Biblioteca Virtual del Patrimonio Bibliográfico

sus derechos de ciudadano, pues el hecho de ser alienado no es motivo suficiente para internarle. Así, los enfermos no peligrosos deben ser atendidos fuera del manicomio. Estas ideas redefinen el concepto de peligrosidad social del enfermo mental, limitándolo a la comisión del delito.

Las propuestas de defensa social se producen en relación con la reivindicación de un sistema asistencial psiquiátrico basado en la profilaxis e higiene mental (tratamiento moral), a diferencia del siglo XIX que está basado en el encierro manicomial (y que supone un fracaso debido a la falta de medicalización de los pacientes y la creación de una imagen negativa de la psiquiatría). La mayoría de las propuestas consisten en diagnosticar y tratar precozmente los trastornos mentales en servicios asistenciales abiertos y dispensarios de higiene mental. Con estas nuevas propuestas, los prejuicios contra la locura y la psiquiatría deben desaparecer, ya que no implican encierro y poseen, teóricamente, un carácter científico. Sin embargo, la peligrosidad del enfermo mental es erigida por los propios reformistas como una barrera infranqueable. La libertad del enfermo para acudir o no a los servicios libres y abiertos, y seguir las prescripciones médicas sin mediar otras instancias administrativas, tiene su límite en la peligrosidad social del enfermo.

La conceptualización psiquiátrica de la peligrosidad social confluye especialmente, durante la Segunda República (1931-1939) con una nueva conceptualización jurídica y penitenciaria de esta y con una gran preocupación de los gobiernos republicanos por el mantenimiento del orden público. Es así como la República desarrolla legislativamente las propuestas debatidas anteriormente por la psiquiatría, y pone en marcha una reforma asistencial de gran calado como parte de su proyecto modernizador.

El 3 de julio de 1931, el gobierno deroga la legislación que regula el internamiento de los enfermos mentales vigente desde el año 1885 (ley que regula por primera vez el ingreso de dementes y, en relación con las garantías del enfermo mental, dicta expediente judicial ante una posible reclusión definitiva), y la sustituye por un decreto acorde con las reivindicaciones de los psiquiatras. Esta nueva legislación está compuesta por numerosas medidas cuyo objetivo es crear un entramado administrativo que garantice el funcionamiento de las reformas y asegure la asistencia y reincorporación social de los enfermos psiquiátricos dados de alta, creándose los servicios abiertos y los dispensarios de higiene mental. Sin embargo, en este nuevo decreto se establece el ingreso de los enfermos mentales en instituciones manicomiales sin garantías ni control judicial alguno, permitiendo internamientos indefinidos sin revisión. De lo que se deduce, que con este nuevo decreto es posible el internamiento en hospitales y manicomios sin existir declaración judicial de incapacitación; siendo este decreto un instrumento que somete el ingreso del interno a un mero control administrativo. Además, abre la puerta a que en numerosos casos se convierta en una incapacitación *de facto*, y al mismo tiempo, de encierro o prisión, a la que se llega sin intervención judicial.

Desde 1918 Gregorio Marañón expone las principales tesis de su teoría endocrinológica de la sexualidad, acerca del funcionamiento de las secreciones internas. Es una teoría que combina aspectos somáticos como los gonadales del hermafroditismo, con una

discusión sobre los instintos sexuales. El uso del concepto hermafrodita para Marañón, le permite plantear ciertas explicaciones para diversos fenómenos sexuales (homosexualidad, lesbianismo, bisexualidad, etc.). Estas manifestaciones sexuales son agrupadas en un concepto que denomina *intersexualidad*. Teoría que elabora y publica en 1930 con el título *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*. Este planteamiento permite asimismo que se articule una defensa medicolegal de los estados "intersexuales" a partir de la década de 1920. Es innegable que Gregorio Marañón defiende un tratamiento más humanitario de los homosexuales y desviados sociales, su aproximación a estos temas implica un enorme progreso en la comprensión de las anomalías del instinto. Gregorio Marañón influye de manera importante no solo a la comunidad académica, sino al propio parlamento a la hora de confeccionar leyes, en su condición de diputado a Cortes[98].

Si bien la obra de Gregorio Marañón es muy extensa, es digno de mencionar las dos creaciones donde se expresan las principales ideas del endocrinólogo acerca de la intersexualidad entre 1928 y 1930. La primera obra es: *Nuevas ideas sobre el problema de la intersexualidad y sobre la cronología de los sexos (1928)*[99], donde el autor descarta el prejuicio común que considera que ambos sexos son fenómenos discretos y separados. Afirma que los seres humanos contienen un grado variable de características de ambos sexos en un mismo cuerpo. Además, sostiene que las gónadas o glándulas sexuales conforman un órgano indiferenciado bisexual (lo que significa que puede desarrollarse en la línea de un sexo u otro, pues contiene a ambos en su interior) y virtualmente hermafrodita. La acción de las glándulas determina si el organismo es masculino o femenino. No es que un sexo se desarrolle y el otro desparezca, lo que ocurre es que uno se hipertrofia y el otro se atrofia. Con independencia de la morfología y de la fisiología masculina o femenina hay una serie de signos o caracteres masculinos o femeninos del otro sexo que se mantienen según una escala de masculinidad y feminidad (Marañón, 1928: 24). Así, ambos sexos permanecen en una persona a lo largo de toda su vida mezclados según dosis distintas y no en proporción inmutable. Estos sexos continúan en cambio y evolución constante. Este concepto le permite a Marañón en 1929 desarrollar y publicar una obra fundamental titulada "*Los estados intersexuales en la especie humana"*[100]. Para este autor, los dos sexos (Marañón se refiere a ellos como sexualidades) no siguen los mismos estadios de desarrollo. El correcto desarrollo del individuo se dirige a la masculinidad, dejando atrás la feminidad y viceversa. Cada varón atraviesa un periodo de feminidad y la mujer de masculinidad. Este periodo de

[98] Marañón influye de manera importante en las nuevas conceptualizaciones, que pasan a ser más fluidas, sobre la sexualidad y el género. Autores variopintos lo ponen de relieve: Rodríguez, Hildegart (1931). *El problema sexual tratado de una mujer española*. Madrid. Morata; San de Velilla, Antonio (1932). *Sodoma y Lesbos modernos: Pederastas y Safistas, estudiados en la clínica, en los libros y en la historia*. Barcelona. Carlos Ametller. Marañón es asociado con la cuestión sexual en general, incluso en foros como las Cortes Españolas, donde ejerce la función pública y una gran influencia con ideas progresistas para la época, como diputado a Cortes. Durante el primer bienio de la República. Sobre este tema véase: Caravilla del Barrio, Mauricio (1956). *Sodomitas*. Madrid. Editorial Nos. En esta obra publicada en plena dictadura militar del General Franco. La obra de Marañón es difamada ante su progresismo inusitado.

[99] Obra consultada en la *Revista de Occidente*: www.ortegaygasset.edu

[100] Obra consultada en el Centre de Recursos para l´aprenentatge i la investigación de la Universitat de Barcelona. CRAI-Biblioteca Lletras.

crisis es distinto para cada sexo. El grado en que cada persona supera la crisis determina su éxito como una persona que es predominantemente varón o hembra y heterosexual. Cuando este proceso evolutivo fracasa, el resultado es un estado intersexual. Marañón se apropia de conceptos freudianos para elaborar tipos caracterológicos más acordes con los roles sexuales tradicionales.

En 1927 Manuel Ruiz Maya (1888-1935), uno de los más destacados teóricos de la peligrosidad predelictual desde el punto de vista psiquiátrico, publica el influyente *Manual de psiquiatría penal y civil* (1931)[101], y presenta en la Segunda Reunión Anual de la AEN[102] un trabajo titulado "La peligrosidad de los alienados en sus aspectos teórico y práctico", en el que afirma que, desde un punto de vista psiquiátrico, la peligrosidad se confunde con el concepto de enfermedad mental. Este autor entiende que la peligrosidad reside más en la potencialidad de cometer actos peligrosos que en su comisión. Además, señala que la peligrosidad no puede limitarse a la contravención potencial o efectiva de las normas jurídicas, sino que debe extenderse a cuanto pueda vulnerar la totalidad de las normas habituales de la vida, aquellas normas morales aceptadas mayoritariamente por la sociedad (Ruiz Maya, 1931: 236). De este modo, la peligrosidad no se reduce a la comisión de delitos estipulados por la ley, sino que se extiende a la vulneración de la moral pública, no sujeta sino a la reglamentación tácita del hábito o de la costumbre, y a cuanto la constituye o la informa. Estas infracciones tildadas como paralegales son más importantes que las delictivas y precisan de los mecanismos de prevención del delito. La verdadera finalidad del Derecho debe ser evitar la delincuencia, insistiendo en que, para lograrlo, la acción jurídica tiene que desbordar el estrecho campo de la acción penal para lanzarse en el fértil terreno de la higiene social y más concretamente en el terreno de la profilaxis delictiva (Mira y López, 1932: 236)[103]. El objetivo de esta actitud científica es descalificar y minusvalorar cualquier comportamiento o idea subversiva que atente contra el orden social burgués, elevando dichas conductas a la categoría de enfermedad mental.

El concepto de *peligrosidad predelictual* y la prevención sitúa a la psiquiatría frente al reto de implementar alguna tecnología que permita averiguar científicamente quienes son los individuos peligrosos. Aunque se intenta establecer los parámetros de la peligrosidad potencial de manera científica (Campos, 2007: 24), los psiquiatras optan por estudiar la peligrosidad de los enfermos mentales, y también, estudiar la peligrosidad de los individuos normales, con reacciones caracterológicas violentas, porque los psiquiatras consideran que este es un problema de carácter psicológico-psiquiátrico que nadie salvo ellos está en condiciones de juzgar (Lafora, 1929: 386). Este es un contexto marcado por la higiene y la profilaxis mental como eje de actuación de la psiquiatría, que extiende y justifica su acción en la sociedad, proponiendo investigar y controlar científicamente a los ciudadanos. La exploración de la potencial peligrosidad de los ciudadanos constituye el núcleo del programa de higiene mental que defienden los psiquiatras. En este escenario, la normalidad se convierte en sospechosa,

[101] Obra consultada Campus Clinic de la Universitat de Barcelona

[102] Asociación Española de Neuropsiquiatría

[103] Obra consultado en: https://es.scribd.com/doc/159650464/Manual-de-Psicologia-Juridica-Mira-y-Lopez

teniendo que aportar pruebas en un tribunal de especialistas en patología (Castel, 1980: 193-194).

Conscientes de la imposibilidad de estudiar a toda la población, los psiquiatras defienden la implantación del reconocimiento psicofísico de todos los delincuentes como medida de defensa social que permita diferenciar a los criminales enfermos de los criminales normales y poder actuar en consecuencia. Un ejemplo de esta situación la ofrece Saforcada y Torras (1930: 453) cuando afirma que: "el examen profundo de los delincuentes no alienados es fundamental para determinar su grado de peligrosidad y corregibilidad y, de esta manera, conocer de manera amplia el tipo biológico de su personalidad y los factores etiológicos que motivan su reacción antisocial".

Se pasa de un Derecho penal represivo a un Derecho penal preventivo. Se trata de un sistema que aboga por la Defensa Social consciente y tutelar de los intereses de la ciudadanía y que también protege a los criminales. El interés de las autoridades es proteger a la sociedad del crimen vigilando y cuidando los intereses de esta y, también, prevenir el crimen en el propio delincuente con unas medidas de seguridad adaptadas a cada caso concreto.

El Código penal de 1928.

Durante la dictadura del General Primo de Rivera, caracterizada por el uso extrajudicial de la fuerza y el empleo de la censura[104], se promulga el Código penal de 1928 que pone fin al Código penal de 1848, y que con las reformas de 1850 y 1870 rige hasta ese momento[105]. Este nuevo código es redactado por García Goyena, Eugenio Cuello Calón, Galo Ponte y Quintiliano Saldaña. La orientación del nuevo Código Penal es político-criminal y humanitaria. En cuanto a lo primero, tiene en cuenta para las correcciones las críticas doctrinales, o añade planteamientos novedosos en materia de enfermedad mental. Y, en cuanto a lo segundo, en relación con las sanciones criminales, se suprime la pena de muerte y se reafirma el sistema penitenciario progresivo. Este Código Penal es redactado después de una prolongada experiencia de legislación protectora de la infancia y de pánicos suscitados por la profanación sexual de niños (promiscuidad, sexual e incesto en las familias de clase trabajadora, prostitución de menores, trata de blancas, heredosífilis, pornografía, etc.) (Vázquez y Cleminson, 2011: 137).

Es código es mucho más represivo que el anterior e incorpora el principio de defensa social que endurece la sanción en el comportamiento de un individuo peligroso, antes de cometer cualquier delito. También, incorpora la dualidad en el sistema penal. Por un lado, la pena como medio de castigo al delincuente que comete un delito, y, por otro lado, una medida de seguridad para aquel individuo potencialmente peligroso, que puede cometer en un futuro próximo, una acción que atente contra la sociedad (Martín, 2007: 545).

[104] La Real Orden de 24 de mayo de 1924 pone en manos de las Autoridades militares las cuestiones de la prensa periódica.
[105] Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, por el que se publica el Código Penal

Para el Derecho penal clásico, la peligrosidad de una persona sea enferma mental o no, se establece a partir del acto criminal, de la ruptura del pacto social, y es sancionado con las leyes. Es así como la potencialidad en la comisión de un delito choca con las concepciones jurídicas de la época. Esta idea proviene de los postulados defendidos por la escuela positivista italiana y de su interés por localizar al individuo anormal, fijar su grado de peligrosidad social y establecer los mecanismos de defensa necesarios (Cobo del Rosal, 2013: 582). Esta idea influye en los penalistas y legisladores de la época y, un ejemplo de ello es lo que sostiene Ruiz Maya (1928: 67) que: "como motivo de peligrosidad social del enfermo mental, cabe la posibilidad de que actuase en política con sus falsas concepciones de la vida, arrastrando a masas más o menos extensas a revueltas, motines y revoluciones, a actitudes contrarias a la conveniencia general". Estas concepciones tienen una importante utilidad para las élites, ya que sirven para minimizar la importancia de las protestas originadas por el descontento social atribuyéndolas a un colectivo de desviados sociales, y también sirven para descalificar a aquellos que ponen en duda la organización social, elevando los cuestionamientos e ideas libertarias a la categoría de enfermedades y, en consecuencia, al estado de peligrosidad social.

En este texto legal se tipifica nuevamente la homosexualidad como delito, conminándola con inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años, y hace una referencia a las prácticas homosexuales dentro de la sección sobre *Crímenes contra la moral y escándalo público* art. 616 CP 1928. Situación que no sucede desde la abolición de la sodomía cuando es despenalizada con la desaparición de la Inquisición. Este código penal recoge algunos de los postulados de la psiquiatría y de la criminología sobre peligrosidad social. Sin embargo, es fuertemente criticado porque no introduce ninguno de los planteamientos de los psiquiatras sobre la prevención del delito, y tampoco, sobre las medidas de seguridad que consideran que deben aplicarse a los sujetos potencialmente peligrosos. La reforma da mayor flexibilidad a las interpretaciones de los casos de locura, aunque no introduce, como hemos mencionado, totalmente las reivindicaciones pretendidas por los psiquiatras.

El art. 97 CP establece que cuando se decrete el internamiento de un irresponsable en un manicomio judicial o particular, no podrá salir del mismo sin previo informe de sanidad, lo acuerde así el Tribunal, pudiendo decretarse por éste de nuevo su internamiento, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de la familia del enfermo, si hubiese dado motivo a ello por la realización de actos que evidencien el peligro social. Este artículo pone a disposición del Tribunal, la puesta o no en libertad de un sujeto que se encuentra internado en un manicomio en base a un concepto tan vago como es el de peligrosidad social, que no define. De esta manera, un individuo, sin ningún tipo de garantías puede ser recluido en un centro psiquiátrico por realizar actos que se alejen de lo socialmente establecido.

En este Código se contempla la sanción específica de las relaciones homosexuales. En los artículos 616 CP (escándalo público) y 69 CP (por las condiciones del infractor) se regula el escándalo público por actos cometidos contra el pudor y por personas del mismo sexo y se castiga con pena de dos a doce años de cárcel, y multas de mil a diez

mil pesetas e inhabilitación para la función pública durante un período de seis a doce años. Este Código penal utiliza una terminología psiquiátrica viciosa, fruto de la ignorancia que los juristas tienen en ese momento de la psiquiatría. Por ejemplo: el art. 8, caracterizado por su fuerte ambigüedad, establece que el imbécil y el loco están exentos de responsabilidad, a no ser que actúen en un intervalo de razón. Pero, el aspecto del código que realmente preocupa es la falta de soluciones ante las reacciones antisociales de los individuos, que estando en los aledaños de la locura, no acusan trastornos ostensibles de bastante relieve para que puedan considerarse como alienados.

En relación con los menores infractores, se aboga por una mayor individualización de las penas, y se desea fomentar la jurisdicción de los Tribunales de menores. Lo más relevante es la relegación al olvido del criterio de discernimiento (Ventas Sastre, 1999: 97), que tradicionalmente es un concepto axial de la legislación penal española para los menores delincuentes. Este concepto se sustituye por el criterio de inimputabilidad penal, basado en un criterio biológico. A partir de este momento, en materia penal, los jóvenes son aquellos comprendidos entre dieciséis y dieciocho años y los menores de edad, menores de dieciséis años. Y, estos últimos, sometidos estrictamente bajo la jurisdicción tutelar-social (Cuello Calón, 1971: 464).

Estos sujetos alienados constituyen un grave peligro para la sociedad, quedando impunes ante la ley. La solución que se propone es la aplicación de la doctrina de la *Defensa social*, por la que los individuos considerados anormales psíquicos deben ser colocados, despojándoles de su responsabilidad (relativizando o negando a veces el libre albedrío), donde no provoquen daño alguno. A diferencia del delincuente en el Derecho penal clásico que actúa bajo su responsabilidad moral, eligiendo libre y racionalmente su actitud y conducta ante la ley. Solo se admite como eximente de la responsabilidad criminal la enajenación completa, la pérdida total de las facultades mentales (intelictivas y volitivas). De esta manera, la justicia cede la tutela del criminal a la psiquiatría. Se configura un sistema penal basado en la responsabilidad moral del delincuente. Así, la psiquiatría se arroga la potestad de aportar las pruebas que determinen la responsabilidad o irresponsabilidad del criminal. Los psiquiatras reclaman una mayor presencia social en el tratamiento de la enfermedad mental y la desviación social. No reclaman la pena sino el tratamiento del anormal como fórmula de protección de la sociedad, desplazando la atención del crimen al criminal, y de la responsabilidad penal a la responsabilidad social.

El Código penal de 1928 lejos de suavizar el conflicto entre juristas y psiquiatras acrecienta las diferencias existentes. Posteriormente, estas reclamaciones por parte del colectivo psiquiátrico son implementadas en la futura *Ley de Vagos y Maleantes* de 1933. Este Código no llega a ponerse en práctica y es anulado por el Gobierno de la República el 15 de abril de 1931. Hasta la promulgación de un nuevo código se restituye el Código penal de 1870, adaptándolo a la legalidad republicana. Es así como la psiquiatría ofrece un poderoso arsenal a los estados burgueses para salvaguardar su orden social y es aprovechado sin remilgos por los nacientes estados fascistas de la época (Álvarez y Huertas, 1987: 30-32). En este sentido, Quintiliano Saldaña (1925: 42-

43)[106] a pesar de ser un firme partidario de contar con el auxilio de los psiquiatras como expertos en los juicios, afirma que: "se muestra escéptico hacia la práctica cotidiana de los peritos y los acusa de violentar habitualmente las pruebas, provocando el rechazo y la desconfianza judicial".

En el caso del individuo invertido, este carece de responsabilidad por su estado, es un enfermo. La sociedad intenta prevenir la proliferación de homosexuales, invertidos y desviados sociales. Esta época se trata de una coyuntura caracterizada por la visibilidad del hedonismo en Madrid, por la experimentación sexual, los nuevos estilos de vida y la presencia identificable del homosexual en las calles de la capital: los homosexuales se muestran explícitamente, algo que no se ve desde los bailes de los travestidos comunes a finales del siglo XIX. Por otro lado, se advierte en este período un pánico al contagio pederástico entre los colegiales. Se intensifica la campaña para perseguir la inversión sexual en las grandes ciudades, y se puede considerar que las innovaciones del Código Penal de 1928 en materia sexual (castigo del homosexualismo y penalización detallada de la corrupción sexual de los menores) deriva de esta preocupación. Los reformadores sexuales (abogados como Jiménez de Asúa, médicos como Marañón y escritores como Hernández-Catá) llegan a colisionar con el punto de vista defendido por la iglesia católica española. Pero, en general, la moral científica se limita a estigmatizar como enfermedad o anomalía lo que hasta entonces es considerado como un vicio o un pecado[107].

La propuesta primorriverista tiene el respaldo de los psiquiatras, el desarrollo de las ciencias sexuales de aquel momento y la importancia del ideal de masculinidad en un régimen represivo que utiliza la sexualidad también para propagar sus puntos de vista (Aresti, 2010: 121). En la literatura académica se establece una relación directa entre homosexualidad y delincuencia. Sin embargo, los textos médicos-legales consideran que esa relación es difícil de demostrar dada la falta de trasfondo legal que permita condenar la mayoría de los actos sexuales entre varones. Por otro lado, si bien a finales del siglo XIX tienen lugar una serie de actos pederastas notorios contra niños, es en este Código penal donde se encuentra un vasto desarrollo y consideración al delito de corrupción de menores. Especialmente, en su variante homosexual y cuando los implicados son maestros, sacerdotes o encargados de educar a la juventud (Antón Oneca, 1970: 229).

Este Código penal recoge fundamentalmente dos tipos delictivos: 1) el delito de abusos deshonestos y 2) el delito de escándalo público. En estos supuestos no depende de que la conducta delictiva sea una conducta homosexual. Sin embargo, si las conductas son homosexuales las penas se agravan considerablemente con respecto a las conductas heterosexuales. La homosexualidad está tipificada como agravante a través del artículo 69 CP. Esta situación solo es vigente cuatro años, ya que el Código Penal de 1932 deroga estos preceptos y hace desaparecer definitivamente la tipificación penal de la homosexualidad. Esta despenalización no impide la asociación de dichas conductas con

[106] Obra consultada en la Biblioteca virtual Miguel de Cervantes

[107] En Francia y en Italia a principios del siglo XX, el discurso laico mantiene en general una actitud semejante en materia de moral social Véase: Boltanski, Luc (1974). *Puericultura y Moral de Clase*. Barcelona. Laia, p. 23.

el escándalo público y el delito deshonesto. Desaparece la distinción con la heterosexualidad, pero se mantiene la tipificación de delitos sexuales, por lo que la aplicación de los tipos penales (con mayor o menor dureza) depende de quién interprete la ley. El artículo 616 CP, dentro del apartado de escándalo público sanciona el homosexualismo adulto[108]. Además, castiga también los abusos deshonestos sobre otra persona del mismo sexo y se condena con más severidad (se duplica la pena) que los perpetrados sobre persona del sexo opuesto: de dos a doce años de prisión en el primer caso y, de seis meses a tres años en el segundo.

En este nuevo Código penal se amplían las agravantes por las condiciones del infractor art. 67 CP que normaliza en los tribunales la apreciación de peligrosidad y predisposición a la delincuencia por observar muy mala conducta, llevar una vida depravada, ser pendenciero e incurrir con frecuencia en embriaguez. Este código recoge en sus circunstancias agravantes dos tipologías: "por las circunstancias de la infracción" y "por las condiciones del infractor". Y es en este último apartado donde se establece la condición de vagancia como circunstancia agravante del hecho. Es en el Código penal de 1870 donde se incluye, en las circunstancias agravantes de la responsabilidad, el hecho de ser "vago el culpable". En este nuevo código, se hace una especial mención a esta circunstancia en el art. 67 y se describen las circunstancias personales del infractor que suponen mayor gravedad[109]. El hecho de que el código de 1928 haga una especial mención a los conceptos de *peligro y defensa social*, hace destacable la extrema severidad con la que se promulgan estas leyes, propias de una dictadura, y que no se ven reflejadas en el anterior Código penal de 1870 (Martín, 2007: 551).

El discurso médico comienza a valorar por primera vez la posibilidad de que la práctica sexual preferida de una persona (y así también el género) no tenga más relación que la que se interprete culturalmente. De esta manera, se abre el lento camino, tímido y gradual al reconocimiento de la orientación sexual del deseo. Sin embargo, en términos generales, la mirada de la ciencia no cambia en relación con las sexualidades diversas. Las cuestiones de género (lo que debe hacer un hombre y lo que debe hacer una mujer) todavía son obligaciones inalterables. Se produce un pausado, progresivo pero firme tránsito de la psiquiatría a la endocrinología como campo del saber que entiende de estos menesteres. La explicación de las prácticas sexuales que se apartan de la norma está relacionada con la hiperproducción hormonal. Se entiende que los hombres que mantienen relaciones sexuales con otros hombres y las mujeres que mantienen

[108] Art. 616: "El que, habitualmente o con escándalo, cometiere actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo serán castigados con multa de 1000 a 10.000 pesetas e inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años (Real Decreto ley de 8 de septiembre, Código Penal de 1928.)

[109] 23ª Código Penal de 1970: "De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal: ser vago el culpable. Se entiende por vago el que no posee bienes o rentas, ni ejerce habitualmente profesión, arte u oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo". Art. 67.1 CP 1928: "Agravantes. Por las condiciones del infractor: La vida depravada anterior del delincuente, en la familia o en la sociedad; ser conocido como provocador o pendenciero o llevar habitualmente armas sin licencia. 5ª. La ociosidad y la vagancia, que existen cuando el infractor no ejerce habitualmente profesión, arte u oficio, no tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de trabajo y subsistencia.

relaciones sexuales con otras mujeres, se debe a que estas personas tienen más hormonas del otro sexo que del propio.

Es a través de esta premisa inicial que se procede a tratar de reparar el problema médico que implica este desorden hormonal. Gregorio Marañón es uno de los pioneros y, a pesar de lo que hoy sabemos, es el primero que defiende que el homosexual no es culpable de sus actos y, sostiene que: "el invertido es, pues, tan responsable de su anormalidad como pudiera serlo el diabético de la glucosuria" (Ugarte Pérez, 2004: 9). Sin embargo, este planteamiento (en principio liberal) se pervierte para convertirse en un paternalismo médico condescendiente que ve en los desviados sociales a seres enfermos y perversos susceptibles de lástima y compasión. Alberto Campos, tratadista de la época, en *Las aberraciones del sexo,* publicado en 1932, sostiene que las personas que se entregan a este vicio por codicia o por perversión son merecedoras de cualquier castigo; pero las víctimas por naturaleza de esta aberración son dignas no de indulgencia, pero sí de una especie de entristecida compasión.

Ante las propuestas de la ciencia, y para orientar la postura de los católicos, el Papa Pío XI, dicta su encíclica *Casti connubi*, del 31 de diciembre de 1930. Menciona las leyes canónicas que impiden casarse a determinadas personas y señala el camino que los católicos deben seguir frente a esas prohibiciones. En relación con el tema de la homosexualidad, la Iglesia, remitiéndose a las cartas del apóstol Pablo, considera que ésta es una cuestión de elección personal, de concupiscencia del corazón[110]. La Iglesia no acepta la orientación sexual hacia personas del mismo sexo. Solo distingue entre comportamientos que afectan en su dignidad y que tienen repercusiones para los demás. Algunos de estos comportamientos son aceptables como el celibato y las relaciones sexuales dentro del matrimonio y, otros, son condenables como la homosexualidad y el placer no reproductivo. Tiempo después del Concilio Vaticano I, la Iglesia muestra atisbos de comprender que puede existir algo más que una mala conducta, una inclinación interior, a los ojos de su doctrina. Al mismo tiempo, pide la renuncia a esos comportamientos ya que los sigue considerando pecaminosos y una inclinación objetivamente desordenada (Ratzinger, 1997: 28)[111].

Las menciones del Código penal no reflejan la represión real que sufren los marginados sociales. Esta represión está amparada desde hace tiempo en las atribuciones que los estatutos provinciales confieren al gobernador civil para reprimir los actos contrarios a la religión, a la moral, o a la decencia pública imponiendo multas o, en defecto de pago, ordenando el arresto supletorio del blasfemo, inmoral o indecente (arts. 81.3 y 82.6, Ley de 21 de octubre de 1868). Esta competencia gubernativa de carácter discrecional procede de la legislación municipal del moderantismo y es transitoriamente cancelada por los sucesivos regímenes provinciales de 1870 y 1877, para luego aparecer nuevamente en la legislación provincial de 1882. Emerge ya con la fórmula clásica del arresto sustitutorio de quince días por impago de multas impuestas por actos contrarios

[110] Carta a los Romanos 1, 24-28. También, 1 Corintios 6,9 y 1 Timoteo 1,10.

[111] Esta tibia apertura acerca a la Iglesia a una contradicción: si existe una inclinación de la persona, entonces esta se encuentra en su naturaleza, que ha sido creada por Dios y, por tanto, los motivos para condenarla se difuminan. Sería criticable que los heterosexuales realizasen actos homosexuales, pero no que los practiquen los homosexuales, porque ello derivaría de su forma de ser y sentir.

a la moral o a la decencia pública (art. 22, Ley de 29 de agosto de 1882). Es esta práctica gubernativa está bastante extendida, y es lo que intenta atajar la futura Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Esta ley es la norma que hace aflorar al ámbito judicial toda una realidad de incertidumbre jurídica y administración policial del castigo.

2. La Segunda República (1931-1939). El Código Penal de 1932.

Proclamada la Segunda República, el Gobierno Provisional deroga el Código Penal de 1928, con lo que se vuelve al Código Penal de 1870. Y, tomando a este como base y punto de partida se procede a la elaboración del nuevo Código penal. En su elaboración se encuentran como principales autores, los penalistas Jiménez de Asúa y Antón Oneca.

La culpabilidad tiene en cuenta la motivación del delincuente a la hora de cometer el hecho delictivo, es decir, el dolo. Se establece, por tanto, la calidad moral y social del motivo que tiene el delincuente, para determinar la condición peligrosa del mismo. Otra vez, la peligrosidad del sujeto pasa a ser el centro de la dogmática penal. El régimen jurídico penal de la homosexualidad en este Código penal está relacionado con el tipo indeterminado de escándalo público art. 433.1 CP 1932, ya que este texto legal no contempla la homosexualidad como tal. Y, respecto al régimen jurídico del menor delincuente, se suprimen las etapas de edad, y el joven una vez pasada su adolescencia, es responsable penalmente a partir de los dieciséis años. Por debajo de esta edad el menor está exento de responsabilidad penal, y se le somete al tratamiento específico educativo que deja atrás las concepciones represoras del Derecho penal (Cuello Calón, 1933: 89). En la práctica, la situación institucional de los delincuentes menores no cambia demasiado, se establece el mandato de enviarles a instituciones de protección. Sin embargo, no se efectúa la debida separación en las instituciones de los menores delincuentes del resto.

Este Código penal se caracteriza por una orientación humanitaria, se apuesta por la corriente reformadora del correccionalismo y los criterios preventivo-especiales, estableciendo el régimen progresivo para las penas de arresto mayor y menor. También, se manifiesta en la supresión de la pena de muerte, en la disminución del número de agravantes y en instituciones como la condena y la libertad condicionales (Del Rosal Blasco, 1994: 1043).

El tratamiento penal de la vagancia marca una cierta continuidad y similitud tanto el Código penal de 1928 como en el Código penal de 1932, hasta la promulgación de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, ley que se configura como complemento penal del Código Penal.

La ley de Vagos y Maleantes de 1933.

La primera de las leyes de policía en España es *La ley de vagos y maleantes* que es aprobada en agosto de 1933 bajo la administración republicana. Esta ley es conocida popularmente como “La Gandula”, y está dirigida contra “los rufianes, vagabundos,

nómadas, ebrios, proxenetas, mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, extranjeros que quebrantan una orden de expulsión del territorio nacional y otros elementos considerados antisociales". Esta es una ley que trata de evitar la comisión futura de los delitos, y es la norma que instaura en España la lucha preventiva contra el delito mediante la imposición de medidas de seguridad, tanto predelictuales como postdelictuales. De esta manera, se otorga al gobierno republicano un arma poderosa y eficaz para luchar contra la elevada tasa de delitos existente en la España de los años 30 del siglo XX. En este sentido, Alcalá Zamora Castillo (1934: 203) afirma que: "el correccionalismo humanista pone en manos del defensismo retribucionista una poderosa herramienta de control y represión".

Muchos de estos delitos se basan en atentados contra la religión o la moral, y para ello los estatutos provinciales otorgan a los gobernadores la capacidad de reprimir las conductas delictivas mediante la imposición de multas o de arrestos sustitutorios de 15 días (art. 22, Ley Provincial de 29 de agosto de 1882) (Martín, 2009: 924). Esta nueva norma surge como posible solución ante el gran número de arrestos que se realizan por parte del ámbito ejecutivo y que derivan en la privación de derechos de los sujetos. Se produce un encierro indiscriminado, sin previo enjuiciamiento de los sujetos marginales. Y, se pretende llevar la situación al ámbito penal con las garantías que significa, ya que este tipo de conductas y situaciones provoca una gran preocupación social.

El trasfondo de la elaboración de la ley está vinculado con una larga discusión en el seno de la psiquiatría en las décadas de 1920 y 1930 sobre la peligrosidad potencial del enfermo mental en el marco del movimiento de la higiene mental. Esta legislación tiene un complejo proceso de elaboración. Apremiado el Gobierno republicano por los efectos de la amnistía, presenta ante las Cortes un proyecto de urgencia sin la previa intervención del organismo técnico consultivo, la Comisión Jurídica Asesora. En el proyecto están incluidos entre los estados peligrosos las contravenciones habituales al orden, moral o decencia públicas, y la responsabilidad por delitos contra la Constitución y el orden público, por infracciones de escándalo público o por cualquier otro crimen penado en las leyes especiales. Alegando la nítida diferencia entre una ley preventiva de carácter político y utilidad gubernativa y otra de naturaleza científica y biológica, Jiménez de Asúa y su grupo parlamentario vetan el proyecto[112]. Es así como Manuel Azaña (presidente del Gobierno) encarga a los penalistas Luis Jiménez de Asúa, y a Mariano Ruiz Funes de Acción Republicana, la nueva redacción del proyecto de ley. Luis Jiménez de Asúa, además de militar en el Partido Socialista Obrero Español desde 1931, pertenece a la denominada ala moderada y es elegido para elaborar la Constitución Republicana y también participa en la redacción del Código Penal de 1932.

En el nuevo proyecto, las disposiciones son sustituidas por otras más claras y precisas que aluden a la comisión reiterada de faltas policiales y a la declaración expresa sobre la peligrosidad del agente realizada por el Tribunal sentenciador. La veloz discusión parlamentaria se salda con importantes retoques auspiciados por el magistrado Javier

[112] *Ibidem*, p. 927.

Elola. Se incluye entre los individuos peligrosos a los mendigos profesionales y de quienes promoviesen la embriaguez habitual, y se sustituye la mención a las faltas policiales por otra a las contravenciones penales, o sea, a todas las faltas del código, no sólo las policiales. Se amplían los límites de encierro de uno a tres años. Y para la declaración judicial de peligrosidad de los responsables criminales se realiza un intento de categorización.

El resultado es una norma que incorpora la doctrina y regula los estados de peligrosidad y su principal novedad es que introduce la peligrosidad predelictual y propone las medidas que deben tomarse contra el sujeto peligroso que, según Jiménez de Asúa, significa la vehemente presunción de que una determinada persona quebranta la ley penal[113]. Esta ley encaja con la doctrina de la redención de penas por el trabajo ya que se preconiza la necesidad del dolor como camino de la redención, y consagra al trabajo como el eje de la reeducación y de la resocialización de los peligrosos.

La ley de Vagos y Maleantes etiqueta como peligrosos a los individuos que no viven de su trabajo, y establece (como es usual), la relación entre trabajo-normalidad y sin trabajo-peligrosidad, como principal indicador de normalidad social. Las medidas de seguridad que deben aplicarse al sujeto peligroso consisten esencialmente en el encierro del individuo en establecimientos correctivos o curativos en relación con su estado de peligrosidad; en fijar su pertenencia al territorio, obligándole a demostrar un domicilio fijo, y someterse a vigilancia a indicaciones de los delegados asignados por la autoridad. La ley deja al criterio del juez la duración de la imposición de la medida de seguridad dentro de un límite establecido, consagrando la flexibilización de la pena (Campos Martín, 2013: 3). En este precepto se valora la existencia de un comportamiento potencialmente peligroso, aunque el individuo no llegue a cometer ninguna actividad contraria a las normas. Es una ley que no sanciona delitos, sino que intenta evitar la comisión futura de los mismos. Por lo tanto, no incluye penas, sino medidas de alejamiento, asilamiento, control y retención de los individuos supuestamente peligrosos hasta que se determine que se acaba su peligrosidad. La aprobación de normas que persiguen comportamientos individuales supone un control sesgado que recae sobre las clases populares. Por eso, el objetivo último de la creación de delitos sin víctima es penalizar y, por lo tanto, poner fuera de la ley a una minoría o a una subcultura con escasa capacidad de resistencia a las decisiones de un gobierno (Lamo de Espinosa, 1989: 29-31).

Los delitos sin víctima introducen una paradoja en el sistema legal porque vuelven problemático el trabajo del fiscal ante un tribunal. Son situaciones donde ningún ciudadano es perjudicado por la conducta de otro, ni lo es la comunidad. Al producirse esta situación de no perjuicio en los derechos de cualquier persona o propiedad, es el acusado el perjudicado por la aplicación de los preceptos del Código penal. Como sucede específicamente, con esta ley y con la futura Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970. Al mismo tiempo, esta legislación trata a los ciudadanos como niños indicándoles la forma correcta de comportarse, por ejemplo, en el campo

[113] *Ibidem*, p. 33.

moral, y de no seguir dichas indicaciones se producen lesionados (Ugarte Pérez, 2008: 27).

Se pretende evitar la comisión de delitos, aplicando al sujeto peligroso medidas de seguridad que consigan un giro en su actitud a través de la reeducación. El propósito de la norma es corregir el índice de peligrosidad y prevenir delitos futuros con la adaptación y la inocuización del desviado, procurando con ello defender a la sociedad y convertir al peligroso en un elemento útil para la sociedad, con la disciplina del trabajo. La ley consta de medidas de vigilancia y privación de libertad en aras de la preservación de la paz social y su finalidad es preventiva. Intenta proteger la salud moral del país que es la fuente de las buenas costumbres que caracteriza a este Estado (organización social y moral cristiana). Es así, que esta norma es utilizada discrecional y arbitrariamente no solo para la represión de las personas sin recursos, sino también para la represión política en general. También depende de la labor interpretativa del juez que dicta las sentencias pues algunos consideran, por ejemplo, a los homosexuales como "rufianes". Ello lleva al gobierno a especificar el concepto de rufián como: *""traficantes con la ajena honestidad para satisfacer la lujuria de otros, ya se ejercite respecto de hombres o de mujeres" o "perversión de menores y el fomento de la prostitución contraviniendo los preceptos gubernativos y sanitarios al efecto".* En este contexto, los homosexuales son considerados peligrosos sociales, y se considera que la homosexualidad es una causa de impedimento para ejercer la enseñanza. Y también está penado en el ámbito militar según el Código de Justicia Militar de 1945 (con penas de prisión y separación del servicio castrense).

Esta norma distingue entre la peligrosidad sin delito y la peligrosidad criminal. En esta última, comprende la reincidencia y la peligrosidad expresamente declarada por el tribunal sentenciador. La peligrosidad sin delito incluye a vagos habituales, rufianes y proxenetas, mendigos profesionales, explotadores de juegos prohibidos, ebrios y toxicómanos habituales y a todos aquellos que observen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada por trato asiduo con delincuentes y maleantes por la comisión reiterada de contravenciones penales art. 2.

La mayoría de los sujetos catalogados como vagos y maleantes coinciden con los estudiados por la literatura criminológica de la "mala vida", entre ellos, los vagos habituales, los rufianes, las prostitutas, los proxenetas, los homosexuales, etc. También, contempla otras categorías de peligrosidad sin delito como son la imposibilidad de justificar el domicilio, la ocultación de la verdadera identidad, la posesión de documentos de identidad falsos, el quebrantamiento de una orden de expulsión del territorio nacional por los extranjeros, la no justificación de la posesión de dinero o bienes a requerimiento de las autoridades, así como la explotación de juegos prohibidos y la provisión de bebidas alcohólicas a menores de 14 años. También, se considera como caso de peligrosidad predelictual mantener trato asiduo o frecuentar sitios donde se reúnan maleantes.

Exceptuando a los toxicómanos que se les impone aislamiento curativo en las Casas de Templanza, por tiempo indeterminado, a todos los restantes se las aplica como medida de seguridad, el internamiento en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola por

tiempo indeterminado hasta tres años, prohibición de residir en un lugar determinado, obligación de declarar su domicilio y sumisión a la vigilancia de delegados, que tienen carácter tutelar y proteccionista. El procedimiento habilitado al efecto cuenta, en su aspecto garantista, con los trámites de audiencia, prueba y alegaciones concedidos al presunto peligroso; y en la parte defensista, con el peso de la presencia policial, y, sobre todo, con su carácter inquisitivo, dado que coinciden en un mismo juez la instrucción y la resolución de la causa. El cambio con respecto al procedimiento anterior sujeto a la ley provincial consiste en lo siguiente: de arrestar directamente al sujeto por quincenas, las autoridades policiales ponen al presunto peligroso a disposición del juez de vagos facilitando, al mismo tiempo, los antecedentes del sujeto y realizando las correspondientes acusaciones; en consecuencia, el juez después de verificar por un forense la capacidad física del procesado, y una vez oído al fiscal, emite sentencia sobre la base de los hechos probados, principalmente, por la autoridad policial. Por su parte, la Medicina se postula como pieza indispensable a la hora de determinar dada su competencia las pruebas inculpatorias del alcoholismo, toxicomanía, corrupción de menores, etc. No obstante, su participación en al ámbito procesal es ínfima. Su intervención de concentra sobre todo en la legitimación científica del encerramiento de los individuos por su sola peligrosidad.

En esta ley, no se contempla la homosexualidad, tampoco como circunstancia para tener en cuenta en los delitos de abusos deshonestos, escándalo público y contra la honestidad. La Ley de Vagos y Maleantes del período republicano, es considerada, como reseñamos, fruto del trabajo del jurista Luis Jiménez de Asúa quien, al cabo de un año de la promulgación de la ley, publica *Ley de Vagos y Maleantes: Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito* (1934), donde define su propósito al elaborar el texto legal: "Esta ley de defensa social biológica no es un atentado al liberalismo. No supone que en la pugna entre Derecho penal liberal y autoritario que se libra en Alemania tomemos partido por el tono de la dictadura, condenando el régimen que abolió la pena de muerte e hizo más benignas las penas" (Jiménez de Asúa, 1934:15). También, el jurista advierte que la mala aplicación de la ley puede pasar de una pretendida defensa del orden público a convertirse en un instrumento político en manos de los jueces[114].

En cuanto a la prostitución masculina en Barcelona, la investigación de Huard (2014: 173-187), y especialmente, su trabajo en los Archivos Centrales de los Juzgados de la Ciudad de Barcelona nos aporta una valiosa información. Este autor explica que esta ocupación se concentra principalmente en las Atracciones Apolo, sitas en la calle Conde de Asalto, cerca del Paral-lel y de las Ramblas. Este parque de atracciones, inaugurado en 1935, y sus inmediaciones son un lugar donde resulta fácil encontrar muchos jóvenes bujarrones tanto de día como de noche, que se hacen tocar allí o acompañan a sus clientes a su domicilio o a Montjuic para llevar a cabo prácticas viciosas[115]. La policía está en estos sitios para vigilar la moralidad del lugar. Cuando se trata de menores, los peligrosos sociales no son los bujarrones, sino los clientes. Las autoridades consideran

[114] *Ibidem*, p. 64.

[115] Arxiu Central dels Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de vagos y maleantes, Barcelona, expedientes de peligrosidad núms. 2, 1962 y 317, 1960.

que hay un peligro de contagio de la perversión debido a los contactos sexuales entre homosexuales y jóvenes. Si bien algunos bujarrones jóvenes son condenados; la policía de concentra en los actos deshonestos de los adultos con menores. A estos, se les castiga entre cinco meses y un año de internamiento especial por abusos deshonestos con niños menores de doce años[116]. La duración del internamiento depende de la edad del menor. Un hombre de treinta y seis años es condenado a un internamiento de reeducación de cuatro a seis meses por relaciones carnales con un menor de dieciséis años en su domicilio[117]. La propuesta de actos deshonestos por carta a un menor también es duramente castigada a una pena de internamiento especial de dos meses a un año[118]. Por tocamientos a los órganos genitales de un menor de quince años en un cine, un hombre de treinta y cuatro años es condenado a dos días de arresto y 30 pesetas de multa[119]. En las ciudades de provincia las condenas por los mismos delitos son más largas, así lo atestiguan diversos expedientes de peligrosidad; por ejemplo, en Gerona se condena entre seis meses y tres años de reeducación por abusos deshonestos reiterados con un menor de diez años[120]. Y, entre diez meses y tres años por abusos deshonestos con varios menores, más una prohibición de visitar establecimientos públicos durante tres años entre otras medidas de seguridad[121].

Ante su incorrecta aplicación, y ante un incumplimiento de las condiciones mínimas para su adecuado funcionamiento (ya que se aplica sin tener pruebas suficientes de la certera peligrosidad del agente e, incluso, se hace una interpretación extensiva que a todos los efectos conculca los derechos del sujeto en cuestión, la norma adquiere un tinte defensivo del orden público), Jiménez de Asúa solicita, extemporáneamente, la suspensión de la aplicación de la norma. De esta manera, las bases para la represión de la peligrosidad social durante la dictadura posterior, el franquismo, ya están firmemente asentadas.

Si bien la intención de Jiménez de Asúa no es atentar contra el liberalismo ni contra el progresismo, sino que pretende acabar con las malas prácticas de la policía al margen del derecho, como el mismo lo declara (Jiménez de Asúa, 1934: 64). La ley de Vagos y Maleantes rápidamente es utilizada como instrumento de represión generalizada contra militantes de partidos políticos molestos, endureciéndose su aplicación tras los hechos revolucionarios de octubre de 1934, asimismo, contra toda la población, especialmente, aquella población marginal. Además, en noviembre de 1935, a instancias de la mayoría derechista de la CEDA[122], se incluye un nuevo supuesto de peligrosidad sin delito: el de

[116] Arxiu Central dels Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de vagos y maleantes, Barcelona, expediente de peligrosidad núm. 488, 1959.
[117] Arxiu Central del Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de peligrosidad y rehabilitación social, Barcelona, expediente de peligrosidad núm. 237, 1973.
[118] Arxiu Central dels Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de peligrosidad y rehabilitación social, Barcelona, expediente de peligrosidad núm. 290, 1957.
[119] Arxiu Central dels Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de peligrosidad y rehabilitación social, Barcelona, expediente de peligrosidad núm. 528, 1960.
[120] Arxiu Central dels Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de peligrosidad y rehabilitación social, Barcelona, expediente de peligrosidad núm. 107, 1973.
[121] Arxiu Central del Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de peligrosidad y rehabilitación social, Barcelona, expediente de peligrosidad núm. 64, 1974.
[122] Confederación Española de Derechas Autónomas.

propaganda y actividades sociales que inciten reiteradamente a la ejecución de delitos de terrorismo, de atraco y los que públicamente glorifiquen o enaztelcan la comisión de delitos[123].

3. La dictadura franquista.

El golpe de Estado de 1936 es presentado como una cruzada, cuyo objetivo es el restablecimiento de la esencia de la hispanidad autentica y verdadera. Por lo tanto, las políticas culturales y educativas republicanas son uno de los primeros blancos de los procedimientos de purificación y recatolización de la dictadura franquista (Gervilla Castillo, 1990: 15). El rígido control ideológico y moral de la sociedad se convierte en la tecnología que sustenta el sistema y, además, se configura en garante de su perdurabilidad. Por ende, salirse de las vías políticas y sociales definidas por el régimen como normales implica graves consecuencias.

Tras la Guerra Civil Española, la dictadura franquista, no es indiferente a las relaciones homosexuales, e inaugura una nueva etapa represiva. La ideología imperante es prácticamente intocable hasta el tardofranquismo, es decir, cuando el régimen se acerca a su fin. En la primera etapa del régimen, se considera a los homosexuales como peligrosos sociales y, después, se los asocia al delito de escándalo público. Como hemos reseñado anteriormente, la homosexualidad no está tipificada penalmente, aunque está presente en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 reformada en 1954 y se mantiene hasta 1970, siendo la aplicación de estas leyes firme y contundente.

El sometimiento del régimen a los imperativos morales del catolicísimo afecta de manera importante ciertos aspectos de las instituciones sociales y de la vida de la ciudadanía, tales como el concepto de matrimonio, la prohibición del divorcio o la concepción de la homosexualidad (Olmeda, 2004: 33). Así, son valorados como delitos aquellas conductas que atenten contra la seguridad del Estado, los actos considerados atentatorios contra la religión católica, como así también, las blasfemias, las invocaciones irrespetuosas o las prédicas de otra religión. Aunque este sometimiento no le cuesta demasiado al régimen de aceptar, ya que forma parte de la propia cultura y parte de su visión del mundo (Ugarte, 2004: 8).

Durante los años siguientes a la victoria y en la posguerra, el régimen no presta gran atención a la homosexualidad, delegando en la iglesia católica el control de los comportamientos inmorales (Bastida, 1986: 185). El régimen presume de una intachable moral católica y de la inexistencia de personas homosexuales en el país. Además, considera, en todo caso, que este "problema" está erradicado con el fin de la etapa republicana y que esta condición solo continúa vigente en sociedades enfermas por el comunismo. Sin embargo, la persecución de la homosexualidad cobra relevancia a partir de la década de 1950, cuando la oposición política finalmente es aplastada, ejecutada y eliminada. La elevación práctica de los principios de la moral católica a norma de Estado proporciona a la administración la facultad de regular los aspectos más privados

[123] Ministerio de Justicia. Decreto. *Gaceta de Madrid*, nº 332, 28 de noviembre de 1935, p. 1715.

e íntimos de la vida familiar de las personas. Estos aspectos personales se engloban en el epígrafe de "honestidad y buenas costumbres". Cajón de sastre que sirve al régimen para reprimir a todos aquellos que osan transgredir el rígido código moral de esta sociedad dictatorial.

El contexto social está marcado por una fuerte crisis económica fruto de la Guerra Civil, situación que dura hasta la década de 1950. Por lo tanto, se produce un deterioro importante de las condiciones de vida y el aumento de la pobreza, que tiene su correlato en el incremento de la delincuencia. En consecuencia, el régimen se encuentra a nivel práctico con la tarea de reconstruir un país devastado y a nivel ideológico, con la tarea de contrarrestar los efectos sociales e institucionales de la República. El régimen se dedica a redefinir los códigos morales en España, que considera corrompidos por los dictados subversivos, pervertidos e inmorales de los republicanos. Este es el escenario de miseria idóneo para redefinir la peligrosidad social y la política penitenciaria con el objetivo fundamental de reprimir a la población desviada ideológicamente del fascismo vencedor. En este sentido, la represión del régimen (que tiene vocación resocializadora, en teoría), no pretende reeducar, sino quebrar la voluntad y la ideología de los detenidos-vencidos. En consecuencia, se asume un sistema de control y vigilancia férreo, que se convierte en un sistema eficiente y eficaz de autocontrol y autovigilancia que impide cualquier posible manifestación de disidencia desde la más leve desobediencia hasta la más remota y difícil oposición o resistencia.

La condición patológica de la homosexualidad es asumida por la psiquiatría oficial del régimen franquista y sirve de herramienta conceptual para justificar la represión aplicada y para adaptar las exigencias morales del nacionalcatolicismo. Asimismo, las teorías psiquiátricas sirven para condenar penalmente las transgresiones sexuales e identitarias, identificándolas como enfermizas y peligrosas. En este proceso, la literatura jurídica se une con la literatura médica (psiquiátrica), y de sus conclusiones deriva la penalización legal y el consiguiente tratamiento médico en penitenciaría para la supuesta rehabilitación o cura de la homosexualidad (Mora Gaspar, 2016: 12). La homosexualidad masculina es considerada como opuesto absoluto de la construcción del ideal franquista del hombre viril y, además, es construida como categoría de identidad patológica que debe ser separada de la sociedad, en cuanto contaminante, contagiosa y perjudicial para el bien común (Mora Gaspar, 2019: 175).

La dictadura de Franco expone un claro reflejo de la concepción de las categorías de género y sexualidad típica del esquema binario heteropatriarcal en el que uno de los términos está en posición de superioridad. Y hace de la estricta definición y contención de las dicotomías masculino/femenino y heterosexual/homosexual un elemento axial de sus programas políticos e ideológicos. La construcción social de la masculinidad española está tradicionalmente vinculada a los estereotipos del macho y del machismo, cuyo origen heterosexista se encuentra en mitos de la cultura popular. El franquismo recupera la idea de masculinidad viril en oposición absoluta a lo femenino, y la enarbola como síntesis fundacional de su identidad. La existencia de la masculinidad normativa es precisamente la ocultación y el rechazo de lo femenino o el afeminamiento (Blackmore y Hutcheson, 1999: 3). Así, el régimen dictatorial está determinado por un

binarismo sexual absolutista donde feminidad y masculinidad, aparte de ser extremos opuestos, deben estar perfectamente delimitados y manifestados en cuerpos coherentes con las funciones sociales predeterminadas en la distribución social. El franquismo como régimen político se desarrolla sobre una estructura de base misógina donde las mujeres quedan relegadas a complemento del varón y el espectro de lo femenino implica una degradación (Olmeda 2004: 34).

En este contexto represivo y misógino, la mujer es considerada el sujeto pasivo por excelencia y debe estar sometida a la autoridad masculina y su deseo sexual, como así también supeditada a las funciones de género asignadas[124]. El hombre representa la autoridad máxima como jefe de familia y la mujer y los hijos se ven subordinados a él. Este régimen considera superflua la educación más allá de la enseñanza primara para las mujeres. Busca tanto en las mujeres como en la población la formación de súbditos resignados, respetuosos del orden y la jerarquía social. En contraste con la legislación igualitarista de la España republicana y gracias a las nuevas legislaciones impuestas por el gobierno del caudillo, se proclama en todo el territorio nacional un discurso de reclusión de la mujer en el ámbito del hogar, de sumisión frente a los padres primero y luego frente al marido, de alejamiento del trabajo extradoméstico y de los foros de vida pública. Siendo el trabajo femenino y su independencia económica, un peligro para la institución y la jerarquía familiar, afectando directamente a la dignidad y a la masculinidad del propio marido. Se restablece la pena y delito de adulterio, y se equipara a delitos que implican la muerte o el asesinato; asignando penas severas cuando el adulterio es cometido por una mujer. Al mismo tiempo, reforzando la posición ventajosa del hombre en el ámbito doméstico. Se produce una importante desigualdad jurídica en detrimento de la mujer (Rodrigo Paredes, 2019: 889).

Es así, que la represión característica de la posguerra se ceba con el género femenino, provocando que la prostitución se convierta en la única salida económica viable para todas aquellas mujeres que se ven obligadas a convertirse de la noche a la mañana, en las denominadas *Mujeres Caídas.* El meretricio se convierte de nuevo, pese a la ideología ultraconservadora del régimen, en una actividad permitida y reglamentada, aboliendo en 1941 el decreto republicano de 1935, mediante el cual se deroga la prostitución reglamentada. La vuelta a la legalización se mantiene en vigor hasta 1956 año en el que la prostitución vuelve de nuevo, a la ilegalidad más absoluta (Onandia Ruiz, 2019: 733).

A partir de 1944, la reforma del Código penal intensifica el control y tipifica los delitos cometidos en el ámbito familiar que previamente son regulados por normas específicas. El Patronato de protección de la mujer[125]se encarga de la vigilancia y control de las

[124] El Código de 1889 hace referencia a este aspecto: el art. 22 establece que la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido; la mujer debe obedecer al marido art. 57; la mujer está obligada a seguir al marido dondequiera que fije su residencia art. 58; el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal art. 59; el marido es el representante de su mujer. Esta no puede sin su licencia o poder, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse art. 61.

[125] El Patronato de Protección a la mujer es una institución pública de España creada en 1941 y encuadrada en el MInisterio de Justicia. Durante el período franquuista, esta institución dispone de centro de internamiento de caracter cerrado y regentado generalmente por órdenes religioses que tienen la potestad de encerrar a mujeres jóvenes caídas o en riesgo de caer en la mala vida. Las jóvenes ingresan en

prostitutas y de los locales de prostitución. Y, a través de su organización, efectúa un control provincial de la moral, denunciando cines, piscinas, locales etc. que contravengan las rígidas ideas de la moral católica.

Los estudios sobre represión durante la Guerra Civil, hasta las últimas décadas, hacen diferenciaciones respecto a la represión sufrida por las mujeres y por los varones basadas en una forma particular de violencia: las ejecuciones. Se parte de que, al ser el número de mujeres ejecutadas menor que el de los varones, estas, sufren modalidades menos cruentas de represión (Ginard y Ferón, 2013: 25). Pero, se puede hablar de violencias sexuadas: los cuerpos masculinos reciben un especial tipo de violencia en un espacio no mixto como el campo de concentración de prisioneros de guerra y los Batallones de Trabajo, lugares que, además, reafirman la marcada división sexual del trabajo existente en el régimen. En el caso de los cuerpos femeninos: estas violencias están ancladas en determinados discursos y representaciones e identidades de lo que es o debiera ser femenino. En este sentido, Joly (2008: 89) sostiene que es necesario conceptualizar los procesos de represión desde una perspectiva antropológica-historiográfica, aplicando el género como categoría analítica como un determinante en los procesos de juicio y castigo. Los castigos a los que se somete a la mujer están enfocados al ataque de la feminidad/anti-feminidad. Se las castiga por sobrepasar los límites de género que impone la sociedad. La salida de la esfera de la domesticidad y su actuación en la esfera pública debe ser castigada con especial encono. No sucede lo mismo con los varones, a quienes se les juzga más con un rasero moral, oponiendo los valores/antivalores de la España católica y de los soldados de la patria (Romero Reina, 2018: 666).

La violencia que se ejerce sobre los cuerpos sexualizados masculinos no presenta este carácter público, o por lo menos no es tan evidente como en el caso de las mujeres, que son paseadas por el pueblo desnudas o semidesnudas después de ser rapadas y de la ingesta de aceite de ricino (rituales de humillación muy típicos de la España rural); despojándolas de su identidad de género, deshumanizándolas, y excluyéndolas de la nueva comunidad nacional. En los varones, la represión se da en el interior de un espacio no mixto como es el campo de concentración, y el carácter ejemplarizante de los castigos está dirigido a los mismos presos. La cotidianidad concentracionaria se convierte en un laboratorio para que los prisioneros de la Guerra Civil conociesen, en primera persona, los resultados de haber traicionado a la verdadera España (Rodrigo, 2007: 146). Y donde la exclusión es ya el castigo que permite la aniquilación física y psicológica y la parálisis provocada por el terror de la violencia (Joly, 2008: 97).

Del sometimiento absoluto de la voluntad, se pasa a la reeducación, recatolización y desmarxistización. La historia de los campos de concentración franquistas termina en 1947, no así las Colonias Penitenciarias o los Destacamentos Penales, en donde se persigue la misma función social que en los campos de concentración (Romero Reina, 2019: 671). La exclusión y las prácticas punitivas que sufren sirven para cimentar un

estos centos llevadas por redadas de polícía en prostíbulos, por conducta inmoral, denuncias familiares y particulares a petición de las autoridades civiles y religioses colaboradoras o a solicitud de la propia interesada. El Patronato se estructura en una Junta Nacional cuya presidenta de honor es la esposa de Franco, Carmen Polo, y en cincuenta juntas de carácter provincial.

nuevo ordenamiento social, del cual es necesario extirpar a los elementos enfermos, pero que aprovecha la reeducación y la fuerza del trabajo de los prisioneros.

Hay que esperar hasta la década de los 50 del siglo XX, para ver una evolución legislativa del régimen, si bien no se equiparan los derechos de ambos sexos, permite una flexibilidad normativa en diferentes ámbitos. Con la reforma del Código Civil en 1958 y la aprobación de la Ley sobre los Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la mujer en 1961, se aportan cambios, leves, pero no desdeñables ya que generan una ligera evolución de los derechos de la mujer, tanto a nivel jurídico como en su papel de esposa y madre. Y permite el acceso a diversas profesiones que hasta el momento están vedadas (Rodrigo Paredes, 2019: 899).

El control que ejerce el régimen sobre las disidencias sexuales implica una función de segregación de géneros que tiene como objetivo mantener las rígidas dicotomías de género. El régimen impone el silencio y realiza su control de la sociedad a través de la Iglesia, la Sección femenina y el aparato estatal. Ante esta situación, Mosse (1999: 42-43) considera que: "el miedo por esta degeneración (disidencias sexuales) y su posible violación de los espacios de camaradería entre hombres, unido a la clara fijación del fascismo con la violencia masculina y su glorificación de la guerra y el conflicto, esta coyuntura demanda la creación de enemigos internos, especialmente, cuando no existen enemigo claros en el exterior".

Peligrosidad Social, Psiquiatría y franquismo.

La disidencia política y social no es combatida por parte del régimen solo con la tipificación de delitos en leyes excepcionales y la intervención militar. Para ejecutar la represión a los enemigos de la dictadura contribuyen también propuestas normativas clásicas del positivismo primero, y del defensismo expiacionista después, aquellas que abogan por el establecimiento de un derecho penal preventivo basado, en la peligrosidad de los agentes, y apreciada por arbitrio judicial y materializado en la imposición de medidas de seguridad con fines reeducativos o directamente segregacionistas (Martín, 2009: 919). Se trata de una estrategia punitiva que tiene el objetivo de desposeer de derechos ciudadanos a determinadas personas por su condición, por su modo de vida o ideología.

La peligrosidad social es redefinida y reinterpretada por este nuevo régimen político y, en esta tarea (amen de diferentes colectivos sociales y agentes), destacan nuevamente por su influencia, el derecho, la psiquiatría y la Iglesia Católica. El concepto y aplicación de los criterios de peligrosidad se amplían notablemente, en relación con los estrechos criterios de normalidad impuestos por el régimen. De esta manera, ante cualquier potencial intento de conductas subversivas atentatorias del orden social, se asimila al enemigo político al desorden y a los comportamientos anormales. Como señalan algunos estudios, las diferencias entre la represión política y la delincuencia común no son diáfanas, pues en buena medida los grupos sociales pobres y marginales del primer franquismo, lo son también por su calidad de derrotados de guerra. De hecho, la fiscalización de la vida de las personas por parte de los tribunales de justicia muestra una relación existente entre delincuencia común de posguerra y su punición, y la

represión política, es un contexto social caracterizado por la miseria y el control social (Mir, 2005: 69).

Por su parte, los psiquiatras franquistas ponen a disposición del régimen una gran cantidad de argumentaciones de corte psicobiológico que les legitima para salir de los límites de la propia disciplina y entrar en el campo social con el objetivo de imponer la normalidad franquista a todos los órdenes de la vida. Durante la dictadura el valor moral del trabajo adquiere una especial relevancia por sus connotaciones religiosas y redentoras del individuo. Salvador Cayuela (2009:284) explica que los psiquiatras tienen una labor relevante en el proceso de normalización social en la dictadura franquista, al ofrecer una colección importante de dispositivos biopolíticos con el objetivo de conformar al nuevo sujeto, el *homo patiens*. Este sujeto se caracteriza por ser un sujeto resignado, un sujeto que soporta las privaciones y que vive estoicamente en el sufrimiento. Ese *homo patiens* conduce a la aceptación de las desigualdades sociales naturalmente establecidas y al saber estar ante las adversidades.

La psiquiatría reduce la sexualidad a unas cuantas consideraciones en torno al instinto sexual y sus perversiones. Retoma el discurso médico decimonónico y se adapta a las exigencias, en materia de moral, del nacionalcatolicismo más que a los conocimientos científicos de la época (Adam y Martínez, 2008: 109). La psiquiatría de los primeros años del franquismo soslaya la homosexualidad, la aborda de manera tangencial, más para condenarla que para estudiarla y sitúa al homosexual más cerca del delincuente que del enfermo. Por su parte, la medicina legal, al contrario, dedica a la homosexualidad un tratamiento mucho más amplio, no obstante, la reduce al campo criminal, incluyéndola entre las perversiones o desviaciones del instinto sexual, junto a las violaciones, el estupro, los atentados contra la moral y las buenas costumbres. Es así que, aunque la psiquiatría se consolida como disciplina académica, la mayor parte de los contenidos relacionados con la psicopatología de las perversiones se mantienen en el campo de la medicina legal y forense. Lo que no impide que entre la medicina legal y la psiquiatría se produzcan amplios solapamientos.

El contexto político dictatorial tiene su correlato en la psiquiatría afectando la praxis asistencial además de la concepción de peligrosidad social. Comienza por suprimir las reformas republicanas y proclama la construcción de una psiquiatría nacional evocando la supuesta tradición asistencial española y católica de los siglos XV y XVII. Así, las instituciones y las asociaciones profesionales creadas durante la República son suprimidas y desmanteladas, creando un nuevo marco institucional y profesional y, además, vinculando el ejercicio de la psiquiatría a la creación de cátedras universitarias. La higiene mental republicana es suplantada por una higiene racial que identifica la decadencia española con las políticas republicanas y las ideologías que la sustentan. La psiquiatría se pone al servicio de un proyecto regenerador y armonizador bajo la tutela de la moral cristiana y supeditado a un concepto racial de corte espiritual personificado por la *Hispanidad*. Utilizando la retórica de la ciencia se pretende desprestigiar al enemigo político y vincular su ideología con la enfermedad mental y la personalidad anormal.

Los dos exponentes más destacados de la psiquiatría española durante la dictadura franquista son Antonio Vallejo Nágera y Juan José López Ibor. Antonio Vallejo Nájera (1889-1960) es militar, médico y primer catedrático numerario de psiquiatría. Desde sus orígenes está ligado al pensamiento falangista. En 1929 es designado por las autoridades e instituciones de la dictadura de Primo de Rivera, como director del Psiquiátrico Militar de San José de Cienpozuelos. Poco después, proclamada la II República, accede al cargo de profesor de Psiquiatría de la Academia de Sanidad Militar. Durante la Guerra Civil, escribe profusamente sobre degeneración de la raza española. Afecto al nazismo y al franquismo, en 1947 gana la cátedra de Psiquiatría de la Universidad Complutense de Madrid. Es sin duda, uno de los psiquiatras oficiales del régimen, de arraigadas creencias católicas ejerce una notable influencia en las políticas aplicadas no solo con la población LGTBI, sino también, contra el opositor político al que considera inferior mental y fruto de una cultura deficiente y marxista. Vallejo Nájera está fuertemente influenciado por las ideas del psiquiatra Ernst Krestschmer (1888-1964), quien establece una serie de relaciones entre el temperamento y la constitución corporal. La utilización heterodoxa de la biotipología de Krestschmer, les sirve a sus fines políticos, para relacionar directamente la constitución física de los revolucionarios y marxistas con su personalidad patológica.

En sus escritos, Vallejo Nágera tiene la tendencia de ignorar la homosexualidad, y las referencias más extensas a esta perversión las hace en su *Tratado de Psiquiatría* (1944). Incluye a la homosexualidad en dos capítulos del tratado. En primer lugar, en el capítulo titulado "Trastornos del instinto sexual", en el que el autor retrotrae la homosexualidad al campo de la perversión de los instintos, y la sitúa en terreno de la medicina decimonónica, obviando todos los cambios ocurridos en la sexología de las décadas precedentes (Cleminson, Vázquez García, 2000: 171). El otro capítulo donde se encuentran referencias a la homosexualidad es el de las "psicopatías".

En términos generales, Vallejo Nájera considera que los invertidos pertenecen habitualmente al numeroso grupo de deficientes mentales, tarados psíquicos y o psicópatas (Vallejo Nágera, 1941: 63)[126]. A lo largo de su extensa obra, existe un común denominador: repite la idea de que los partidarios de la democracia son dementes. Este autor sostiene que el problema reside en que la modernidad con sus ideas disolventes libera las tendencias psicopáticas de las masas, pero, además, los líderes revolucionarios (como demuestran los casos de Francia, Rusia, y de la revolución marxista española) padecen todo tipo de patologías mentales (Vallejo Nágera, 1939: 194)[127]. Si bien Vallejo Nágera en su obra determina que los homosexuales son dementes psicópatas (enfermos mentales), ni en el *Tratado de Psiquiatría*, ni tampoco en las *Lecciones de Psiquiatría* no indica cual es el tratamiento adecuado que debe aplicarse a los psicópatas homosexuales. Vallejo Nájera no ofrece ninguna alternativa terapéutica, y, al contrario que Marañón, que se opone a la penalización de la homosexualidad, remite a los juristas para el tratamiento de estos delincuentes. La postura de este autor sobre el tema es criminalizadora como la mayoría de los tratados de la época y, además, supone una regresión en comparación con ideas mucho más progresistas y, curiosamente, más

[126] Obra consultada Biblioteca Nacional de España
[127] Obra consultada en *Semana Médica Española* a través de Dialnet

antiguas, como las de Marañón. Es así como esta criminalización implica el internamiento indiscriminado de los homosexuales en los manicomios o en las cárceles y la aplicación de unos tratamientos inhumanos.

Por su parte, Juan López Ibor (1906-1991) reconocido psiquiatra y académico del régimen con una excelente formación de posgrado de medicina legal y de neuropsiquiatría en Suiza, Francia y Alemania. Es nombrado director del Centro Neurológico Militar en 1938 que se crea en Valladolid y, después, en 1943 es designado jefe del Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital General de Madrid. Junto a Vallejo Nágera funda la Sociedad Española de Psiquiatría. Mas tarde, obtiene la cátedra de Medicina Legal y Toxicología en la Universidad de Santiago de Compostela, Valencia y Salamanca, y en 1966 por traslado obtiene la cátedra en la Universidad Complutense de Madrid (Central) como sucesor de Vallejo Nágera. En 1942 es designado vocal del Consejo Superior de Investigaciones Científicas que se crea por ley de 24 de noviembre de 1939 (Claret Miranda, 2006: 58).

Al igual que Vallejo Nágera, López Ibor recurre al instinto sexual equiparándolo a la sexualidad. En sus obras no aparecen referencias de posturas alternativas como es la de Marañón, ni otras autoridades reconocidas en el campo de la sexología. López Ibor apenas presta atención a la homosexualidad y considera que es un asunto de la Medicina y Psiquiatría legal. No remite a los perversos homosexuales al derecho como postula Vallejo Nágera, sino a la medicina y psiquiatría.

En la década de los años sesenta de este siglo López Ibor (1968: 568) afirma lo siguiente: "*Los homosexuales deben ser considerados más como enfermos que como delincuentes. Debe la ley no obstante protegerse especialmente del proselitismo que puedan desarrollar en colegios, cuarteles, asociaciones deportivas, etc*.".

Lo más significativo en su postura frente a la homosexualidad es la falta de una agresividad abierta frente a este fenómeno social, a diferencia de tiempos y autores precedentes. Y como base de sus investigaciones se apoya en su sólida formación y en el *informe Kinsey*, lo que produce que asuma sus resultados y consecuencias, aunque descalifica sus conclusiones. Sin embargo, es un hombre de su tiempo y López Ibor reconoce que, en ciertas regiones geográficas y especialmente climáticas, tales como las riberas del Mediterráneo […] esta perversión es más frecuente (Adam y Martínez Vidal, 2004: 65). Además, considera que, si hay mayoría de tendencias homosexuales, la ley que reprime la homosexualidad es injusta[128]. Y duda que sea posible una curación de esta desviación sexual y aprecia que los homosexuales deben ser considerados más como enfermos que como delincuentes. En la década de los años sesenta del siglo XX, López Ibor es el presidente de la asociación Psiquiátrica mundial. En 1968 se publica en Estados Unidos de Norteamérica la segunda edición del *Diagnostical and Statistical Manual for Mental Disorders* (DSM-II). Esta publicación provoca un enfrentamiento entre los partidarios de la liberación homosexual y los miembros de la *American Psychiatric Association* (APA). Se inicia así una inflexión decisiva en el proceso de desclasificación del diagnóstico clínico de la homosexualidad[129].

[128] *Ibidem*, p. 64.
[129] *Ibidem*, p. 127.

A diferencia de Vallejo Nágera, López Ibor recomienda la psicoterapia antropológica como método de tratamiento que ofrece posibilidades de ayuda en determinadas circunstancias[130]. Sin embargo, esta postura más humana y descriminalizadora es imposible, inviable y censurable mientras dura el régimen. En su obra *Lecciones de psicología médica*, pregunta, López Ibor, qué es lo que se debe considerar normal o anormal en la vida sexual, y admite que el médico no puede dar una respuesta científica sobre el tema. No se aprende en ninguna parte lo que debe considerarse una conducta sexual normal o estándar. Para explicar esta sexualidad estándar recurre al *Informe Kinsey,* pero como hemos reseñado previamente, lo descalifica continuamente a través de una lectura muy particular y poco rigurosa (López Ibor, 1968a: 85). Aborda el tema de la homosexualidad basándose en dicho informe con una traducción poco fiable y con muchos errores. López Ibor interpreta a su modo las propuestas de cambios científicos, sociales y legislativos como consecuencia de dicho informe. En esta lectura interesada del trabajo de Kinsey, López Ibor omite una de las más trascendentales conclusiones del autor norteamericano, exactamente, la que se rebate la condición patológica de la conducta homosexual: Kinsey sostiene que es difícil mantener el argumento de que las relaciones psicosexuales entre individuos del mismo sexo sean raras y, por tanto, anómalas o antinaturales, o que constituyan en sí mismas evidencias de neurosis o incluso de psicosis (Kinsey, 1948: 659).

En su obra *El libro de la vida sexual* (1968b: 567), López Ibor siguiendo el esquema binario hegemónico, asimila y confunde los roles de género (masculino/femenino) con la orientación sexual (homosexual/heterosexual) y con la identidad sexual (hombre/mujer), dentro de lo que él denomina la interpretación antropológica de la homosexualidad. En cuanto a las prácticas homosexuales, describe las siguientes: masturbación mutua, coito anal e *inter fémora*, etc., pero señala que la succión bucal del pene, unilateral o recíproca es muy frecuente (Adam Donat, 2004: 132). En esta obra distingue entre homosexualidad masculina y femenina, y recurre a Freud para sus argumentaciones.

Antonio Vallejo Nágera y Juan López Ibor están interesados en encontrar el gen rojo y son partícipes de la patologización de la disidencia con estudios sobre los represaliados. Estudian el origen del marxismo, la homosexualidad y la intersexualidad. Asimismo, experimentan y escriben sobre los usos de la lobotomía, las terapias de modificación de conducta asistida por electroshock y la castración terapéutica con fines eugenésicos (Preciado, 2008: 29).

Tanto Vallejo Nágera como otros psiquiatras de la dictadura explican que los individuos marcados por la inferioridad mental tienen aspiraciones, deseos e intereses superiores a sus disponibilidades y, al no lograrlos, brotan en los bajos fondos de su psiquismo complejos afectivos (rencor, perversión, venganza) que movilizan fuerzas dinámicas instintivas y tienen su efecto en la conducta antisocial (Vallejo Nágera, 1937: 43; Marco Merenciano, 1958: 94). Por su parte, el psiquiatra Valentín Pérez Argilés, Catedrático de Medicina Legal y de Psiquiatría de la Universidad de Zaragoza, en su discurso inaugural del curso académico de 1958 de esa universidad, y sobre la homosexualidad

[130] *Ibidem*, p. 68.

expresa: la esencia del peligro social del invertido radica en su contagiosidad. Es así, que para los psiquiatras más eminentes del régimen la homosexualidad es una enfermedad, representada por la perversión sexual cuya peligrosidad radica en el carácter contagioso de su condición. Esta visión depravada de la homosexualidad conduce al régimen a reforzar las políticas homófobas y represoras dirigidas por el sustento religioso como guía moral y ética.

Estas ideas sobre anormalidad y peligrosidad social de los enemigos políticos y de los enemigos en general del régimen, no son una mera retórica cientificista, ya que impregnan el discurso psiquiátrico en todos sus ámbitos. Este saber se configura en una tecnología capaz de reprimir, controlar, asimilar y normalizar al diferente, a cualquier precio, incluso, pagando con la vida. La idea de la asimilación de los desafectos del régimen a la peligrosidad social permanece durante mucho tiempo. La subordinación del discurso científico al discurso político y moral resulta muy llamativa por el escaso disimulo con que se produce. Es importante comprender que no solo la psiquiatría, sino que todas las ramas del saber se ponen a disposición de la construcción de la *Nueva España* como proyecto totalitario. En este proceso, la Medicina legal y la Psiquiatría tienen un papel y una responsabilidad notable, al suministrar al discurso oficial de la dictadura de una cobertura y argumentación científica que resulta útil para revestir de una cierta modernidad y, de argumentos y razonamientos al *corpus* doctrinal del régimen, basado en una mezcolanza de fascismo y ultracatolicismo (Campos Marín, 2016: 19). Los médicos (psiquiatras) conquistan un territorio que, pertenece previamente a juristas y moralistas hasta lograr el dominio social y cultural que les permite implantar, gestionar y mantener un discurso público sobre homosexualidad desde la pretendida objetividad e imparcialidad de la ciencia (Adam Donat, 2008a: 110). Sin embargo, y al mismo tiempo, los médicos no solo desde las instituciones docentes y asistenciales, sino también de la literatura de divulgación, además de construir y etiquetar esta enfermedad, la homosexualidad; colaboran, indirectamente, en la construcción identitaria del homosexual moderno.

Esta concepción del disidente como enfermo mental peligroso es recogida explícitamente por la legislación positiva, en particular por la reforma de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, aprobada por el bienio conservador de la II República. Para frenar los abusos del derecho de libre emisión de ideas, e incluye en los estados peligrosos la apología y la propaganda de los delitos de terrorismo o de atraco sancionándolos con el internamiento en un establecimiento de custodia, el destierro y la sumisión a la vigilancia de la autoridad.

El amparo de la Iglesia es el sustrato moral sobre el que se mantiene el régimen. El punto álgido de connivencia con la Iglesia Católica se produce en la firma del Concordato de 1953, en el que se convierte en la religión oficial de la nación española y goza de la protección del Estado. El informe del Ministerio Fiscal del año 1967 pone en evidencia este extremo al referirse a los principios que informan el ordenamiento jurídico español, declarando que en ellos hay una supremacía de los valores morales que tiene su indudable arranque en el acatamiento de la Ley de Dios según la doctrina de la religión cristiana, que inspiran su legislación. El segundo punto de la Ley de Principios

Fundamentales de 1958[131] dice: "*La nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica y Romana única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación*".

Si bien durante las décadas de 1940 y 1950 se afianza el discurso sobre peligrosidad social, como así también, el reforzamiento ideológico del régimen, poco a poco a partir de las década de 1960 y 1970 debido a múltiples causas (como la erosión lógica del régimen dictatorial debido a la influencia de los países limítrofes, de nuevas ideas, a la afluencia turística, a una mayor laicidad de la sociedad, etc.), comienza a perder fuerza, pero no exenta de represión policial ante un potencial derrumbe del régimen autoritario. En 1970 se deroga la ley de Vagos y Maleantes y es sustituida por la Ley de Peligrosidad Social.

La psiquiatría del franquismo comparte características con el régimen, es simple, personalista y arbitraria. Estos atributos se manifiestan en el abordaje de la homosexualidad: es una prioridad mantenerla invisible, regresar a modelos médicos previos que la criminalizan, ignorar a autores de prestigio, manipular los resultados de los trabajos científicos reconocidos (Informe Kinsey) y, por último, desdeñar cualquier intento de desmedicalización (Adam Donat, 2004: 135).

Los médicos y psiquiatras no se limitan a un simple cambio de etiquetas, transformando al pecador (sodomita) en un enfermo (homosexual); más bien se trata de una metamorfosis de la realidad social y psicológica, en gran parte por obra de la medicina, que transforma un tipo determinado de conducta sexual en una condición o manera de ser (Hansen, 1990: 107). La marginalización social, la opresión política y la persecución jurídica son las medidas habituales aplicadas a las personas homosexuales y disidentes sexuales desde la Edad Media, y esta situación permanece hasta el final de la dictadura franquista. Si bien los niveles de opresión cambian según el período histórico, lo notable es que incluso en los regímenes políticos más permisivos con las disidencias de la heterosexualidad normativa y obligatoria como es la República, la opresión persiste y la situación dista de ser justa y ecuánime. La percepción de las disidencias sexuales durante el régimen de Franco produce una mezcla entre patología, vicio, pecado y perversión que hace que su aproximación jurídica produzca una importante inseguridad jurídica. La concepción patológica de las disidencias sexuales implica la idea de capacidad de contagio; además, de ser conductas moralmente inaceptables porque contravienen el heterosexismo hegemónico, además de ser peligrosas por su nivel de contagiosidad y, al mismo tiempo, susceptibles de serles aplicadas medidas de seguridad en aras de la protección y defensa de la sociedad.

Los asociales.

En los años cuarenta del siglo XX, al igual que los países vecinos, la tasa de natalidad sufre un declive, lo que conduce a una crisis de la demografía. La Administración de la

[131] Decreto 779/1967, de 20 de abril, por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino.

dictadura del General Franco considera que la Segunda República, el declive de la tasa de natalidad, el control de los nacimientos, el neomalthusianismo, el matrimonio civil, la relajación de las normas sexuales, el aborto y el derecho de voto para las mujeres son los causantes de la decadencia moral del país. Por lo tanto, el gobierno abole todos esos derechos. En este escenario, y ante un declive importante de la natalidad, las políticas tendentes a incrementarla son el objetivo de la Administración. La mujer se reconsidera con relación a sus capacidades reproductoras y se la redefine como "esposa y ángel del hogar". El género femenino queda, por tanto, relegado a lo largo de estos años a un estricto segundo plano marcado inevitablemente, por las diferencias congénitas entre el hombre y la mujer (Ortiz Heras, 2005: 172).

Durante los primeros años del franquismo no se realiza ninguna modificación legal tendente a tipificar la homosexualidad como delito, sino que el régimen asume el Código penal republicano sin modificaciones algunas. Algunos autores consideran que esta situación es una cuestión de prioridades. En cuanto la eliminación de opositores políticos alcanza sus metas y el franquismo logra el visto bueno de los Estados Unidos de América, gracias a su valor estratégico para las bases militares, comienza a poner orden en otros campos, como el sexual (Arnalte, 2004: 101). De esta manera, conseguidos durante los años cuarenta el control ideológico y la exterminación de las disidencias políticas, mediante ejecuciones, encarcelamiento, tortura y exilio (Preston, 2015: 601), no es casual que en la década de los cincuenta se plantee el régimen el control de las disidencias sexuales. Este es un contexto en el que la sexualidad se convierte en un arma política.

Dentro del grupo de los enemigos del orden público, podemos destacar dos grandes grupos: los enemigos políticos que se concretan fundamentalmente en los republicanos, pero también, en sindicalistas y comunistas (Termes: 1976: 205); por otro lado, los marginados sociales, el enemigo parasitario: vagos y maleantes. Aquellas personas incapaces de socializarse con arreglo a los patrones morales y de conducta ortodoxos.

Se trata de un estado de excepción permanente que envuelve la disidencia política y social. Su justificación es lo que Michel Foucault denomina gubernamentalidad liberal. Una biopolítica que reconoce como muy sagrados los derechos fundamentales, pero coloca sobre ellos el derecho de defensa de la sociedad en su conjunto ejercido por el Estado, porque la defensa del interés social procede del propio derecho de la vida, derecho supremo y clave para resolver el grado de intervención del Estado como poder preventivo y represivo (Martín, 2009: 899).

El régimen redefine la españolidad y lo social español mediante posiciones antitéticas y absolutas. De esta manera, define como patológico todo lo que considera antiespañol, y las disidencias sociales entre las que sobresalen las sexuales por su potencialidad subversiva del orden social, no son una excepción. El homosexual o invertido (que en el lenguaje hegemónico y la lógica reduccionista dictatorial son términos que engloban diversas experiencias del espectro del género y de la orientación sexual), es objetivo de las políticas represivas tanto en el primer franquismo asociado a un carácter más ideológico invertido-marxista, como en el tardofranquismo, asociado a las buenas

costumbres y el escándalo público. El homosexual es un enemigo del régimen de carácter social.

Para la Iglesia Católica la sexualidad está vinculada indefectiblemente a la reproducción. Por lo tanto, la homosexualidad es una conducta considerada como antinatural, cerrada al don de la vida y pecaminosa. Esta perspectiva es la que la Iglesia impone a la sociedad mediante los amplios y estructurales mecanismos de influencia, control y adoctrinamiento social como son: la educación oficial y el control de la censura (entre otros). De esta manera, insuflan una concepción profundamente patriarcal y heterosexista. Así, el régimen adopta algunas medidas para reforzar los roles de género y el binarismo sexual.

En 1938, durante la guerra civil, se aprueba una ley de subsidio familiar[132], otorga préstamos a los recién casados y a las familias numerosas, además de premios a la natalidad. Se aprueba una ley del aborto en enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y contra la propaganda anticoncepcionista. A partir de este momento, se considera al aborto como un crimen contra la integridad de la raza (y también anunciar o vender anticonceptivos). Sin embargo, la prostitución deja de ser una figura delictiva. En el mismo año se crea el Patronato de la mujer para controlar la moralidad femenina. Su misión es impedir la explotación, sexual de las mujeres, apartarlas del vicio y educarlas con arreglo a las enseñanzas de la religión católica[133]. Se fomenta el arrepentimiento y la recristianización. La reorganización del Patronato de Protección de la Mujer, dentro del Ministerio de Justicia, ocurre por Decreto de 6 de noviembre de 1941. Y, también en ese mismo año, se crean las prisiones especiales para la regeneración y reforma de mujeres extraviadas ante la agudización del problema de la inmoralidad en aquellos momentos. En 1948 se crea la Obra de Protección de Menores. En esta Obra se vigila con insistencia y determinación la desnudez y la exhibición impropia de cualquier parte del cuerpo que pueda dar lugar a pecaminosas intenciones (Fontana y Villares, 2010: 112). Se controla la vestimenta a utilizar en las playas y las piscinas. Se separa por sexos en las playas y se impone un cierto tipo de bañador por sexo. Además, se generaliza el uso del albornoz después del baño para que no queden expuestas innecesariamente diversas partes del cuerpo.

En consecuencia, se instala una oleada remoralizadora donde el franquismo identifica la identidad nacional con el catolicismo. Las autoridades ponen en el centro de su represión a los males de la sociedad que deben ser restaurados y regenerados. La prostitución, la delincuencia juvenil, la baja natalidad, la homosexualidad y el comunismo son los enemigos por batir. Las políticas públicas, entre las que se encuentra la legislativa, se encaminan a curar dichas prácticas fomentando la procreación y la familia como únicos objetivos de la sexualidad. Se polarizan los roles sexuales según el sexo, ajustándolos a una complementariedad perfecta entre hombre y mujer. Toda sexualidad heterodoxa es contraria a las buenas costumbres. La figura del menor ocupa

[132] Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, modificado por Ley Orgánica de 10 de enero de 1967.
[133] Decreto del 6 de noviembre de 1941, art. 4, en Zalba, Marcelino (1942*). La prostitución ante la moral y el derecho. Política del nuevo estado español.* Madrid. Rendición. Pág. 73.

un lugar preeminente en esta arremetida contra la diversidad sexual. Es la figura que debe ser protegida de la corrupción del mundo del vicio.

Ante esta posición, cualquier disidencia que ponga en duda los rígidos códigos heterosexistas es objeto de una inflexible represión. Este control proviene de las instituciones del Estado, de la ciencia y de la Iglesia Católica. Pero también la Justicia, como institución del Estado, ejerce control social y es la institución que más instrumentos de reprobación tiene con importantes implicaciones en las vidas de las personas afectadas. La pérdida de libertad, la condena al destierro y la visibilización de la orientación sexual en una sociedad vastamente homófoba, son ejemplos de ello. Se aplican diferentes sistemas de control social entre los que se puede resaltar el sistema penal y, dentro de sus instituciones, el Ministerio Fiscal. Este en el ejercicio de sus funciones, a través de la Fiscalía se afana por garantizar el cumplimiento y la estricta aplicación de la normativa creada por el sistema penal para reprimir las disidencias sexuales y mantener el orden social.

Bajo el régimen las disidencias sexuales y de género son amparadas bajo el paraguas terminológico de *homosexualismo*, sin que se distinga entre identidades de género u orientaciones sexuales. Solo esporádicamente se habla de lesbianismo y menos aún de bisexualidad. Tampoco se habla de travestismo, no porque no existiera, sino porque se les adjudica un cierto grado de homosexualidad. El término *transexual* aparece por primera vez en los expedientes policiales de la década de 1970 (Osborne, 2012: 166). El desarrollo y generalización del uso de los términos correspondientes a la identidades de género y orientaciones sexuales es bastante posterior a este período histórico razón por la que hacer una comparación o tratar de identificar las identidades de género u orientaciones sexuales es una equivocación, ya que, en la mayoría de los casos, ni los funcionarios, ni las personas en cuestión son conscientes de las diferencias y significados de los términos que refieren a la disidencia sexual.

La Ley de Vagos y Maleantes nace el 4 de agosto de 1933 con el objetivo de aplicar medidas de seguridad y prevención a sujetos en los que se aprecie una peligrosidad predelictual. Es así como nace una ley que pretende localizar y clasificar a los agentes peligrosos de la sociedad y aplicarles diversas medidas de control, seguridad y prevención dirigidas contra aquellos sectores marginales que practican actividades ilegales o moralmente reprobables y, las cuales, en un principio no están tipificadas como delitos (Heredia, 2009: 110). A partir de la década de 1940 los jueces especiales de vagos y maleantes comienzan a aplicar la ley a las desviaciones sexuales; y en este proceso, los jueces utilizan las múltiples ambigüedades de la ley. En este sentido, un homosexual puede ingresar en prisión por manifestar una conducta tendente al delito, por reunirse con maleantes, también por reincidente, y en el caso de que sea castigado al menos dos veces a través de lo establecido en el código penal. El comportamiento desviado del sujeto le convierte en un ser peligroso, y, por lo tanto, el Estado tiene la obligación de separarlo de la sociedad[134].

[134] *Ibidem*, p. 113.

Por su parte la Medicina y, especialmente, la Psiquiatría expresa su dominio a través del conocimiento, pero también, tiene el poder de determinar el estado de normalidad y anormalidad. El estado normal está encarnado por el buen padre de familia, laborioso, responsable, devoto, planificado y volcado en el cumplimiento de los fines productivos, es decir, por el hombre que cumple con una norma de término medio que prescribe el trabajo jerárquico y la práctica religiosa como medios de integración y socialización; y que, por tanto, proscribe a los inadaptados, a los que reclaman el derecho a la pereza y hasta aquellos inestables, artistas de todo género, que recorren mundo (Martín, 2009: 932).

En el caso de los marginados sociales, entre ellos prostitutas, vagos, homosexuales etc., son perseguidos y reprimidos por la Policía, por la Guardia Civil y por la sociedad en su conjunto, ya que es usual y fomentada la delación. Se ponen a disposición de las personas mecanismos anónimos para denunciar a los desviados sociales, entre ellos los invertidos, en cartas anónimas al Jefe Superior de Policía, al Gobernador Civil de la Provincia o al propio General Francisco Franco.

El Código penal de 1944.

El final de la Guerra Civil da lugar a una legislación penal especial, autoritaria y acorde a las nuevas condiciones políticas. La reforma del Código penal de 1932 se retrasa hasta 1944, promulgándose un nuevo Código penal acorde a las tendencias del nuevo Derecho penal autoritario en auge en Europa. Los principios informadores de la reforma penal son el principio de defensa nacional frente al marginal, por el que la pena preserva de la amenaza y del peligro criminal; la protección de las ideas políticas, religiosas y sociales; la restauración de la tradición española; y la adopción del criterio de subjetividad frente al criterio formal, se atiende a los preceptos de la norma penal más en relación a los autores del delito, predominando en el Código penal las conexiones concretas a la acción delictiva del autor (Rosal, 1947: 3 y ss.). El castigo se concibe como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar y normalizar coactivamente la personalidad del delincuente, con el argumento que redunda en su beneficio y, también en beneficio de la sociedad, como concibe la redención de las penas por el trabajo.

En este texto legal, denotan claramente dos conceptos fundamentales que están relacionados con la potencialidad de subversión del orden social establecido. Estos conceptos son el de *peligrosidad social* y el de *adelantamiento de la punibilidad*. En consecuencia, el Estado adopta estrategias represivas para defenderse, etiquetando como peligrosos sociales a los sujetos que atenten contra el orden social. Esta peligrosidad social se centra en la criminalidad política compuesta por separatistas, anarquistas, comunistas, etc.; y, por otro lado, la marginalidad social, compuesta por vagos, mendigos, prostitutas, homosexuales, etc. De esta manera, se establece el adelantamiento de la punibilidad de los hechos preparatorios de igual manera que los hechos consumados con una clara tendencia a la supresión de las garantías procesales y a un endurecimiento del régimen penitenciario.

Se restablece la pena de muerte, como así también se aplican penas más severas y una mayor protección al Estado, la familia y a los intereses sociales. La adecuación del Código penal vigente a unos presupuestos tradicionales provoca la promulgación de diversas disposiciones penales en defensa de la familia como base del orden social; de la honestidad de la mujer; y de la concepción y la integridad de la infancia en una sociedad cristiana y un Estado católico. Este Código penal sufre diversas reformas a lo largo de los años, llegándose a publicar un texto revisado en 1963 y otro refundido en 1973.

La codificación penal fija una mayor severidad punitiva al establecer que la sanción de cada delito comprendiese tres grados (mínimo, medio y máximo), además de incorporarse la pena de muerte y la pérdida de la nacionalidad española. Se acentúa la acción punitiva preventiva al contemplar de manera ordinaria la conspiración y la proposición, añadiendo la provocación. Se incluye como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal el haber obrado por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, mientras que se agrava en el caso de delinquir en lugar sagrado. El Código Penal refundido sanciona los delitos contra la religión católica (arts. 205 a 212), entre ellos la blasfemia (art. 239); condena las huelgas obreras como sedición (art. 222.3); las calumnias contra el Movimiento Nacional encarnado en FET y de las Jons[135], y los insultos contra sus héroes, sus caídos, sus banderas y emblemas (art. 242); la propaganda ilegal incluyendo la propagación de rumores (art. 251-253), además de incorporarse los delitos procedentes de leyes anteriores.

El artículo 165 bis del Código penal franquista de 1944, suspendido por Decreto ley de 1 de abril de 1977, estipula: "serán castigados con pena de arresto mayor y una multa de 10.000 a 100.000 pesetas los que infringen, con impresos, las limitaciones impuestas por las leyes a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información mediante publicación de informaciones falsas o informaciones peligrosas para la moral o las buenas costumbres (Domingo Loren, 1977: 25). Se produce el control de la opinión pública a través de la intervención penal y continúa con la represión de la apología (art. 268) limitada a los delitos políticos, pero abarca todos los medios de divulgación sin excepción.

El artículo 166 del Código penal considera que las reuniones y las manifestaciones son ilícitas y el artículo 172 CP considera también ilícitas las asociaciones contrarias a la moral pública o a las buenas costumbres (Fluviá, 1978: 149). El artículo 431 regula el escándalo público, precepto importante en la persecución de las conductas y comportamientos que atenten contra el pudor y, en general, en su lucha contra las desviaciones sociales y sexuales. El artículo en su inciso primero establece que:

Incurrirán en las penas de arresto mayor, multa de 1000 a 5000 pesetas e inhabilitación especial los que de cualquier modo ofendas al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia.

Por su parte, el artículo 432 CP del mismo Código castiga la exposición o la proclamación de las doctrinas contrarias a la moral pública, la venta, la distribución y la exhibición de pornografía entre los menores de dieciséis años y los disminuidos

[135] La Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional

psíquicos, con una multa de 10.000 a 100.000 pesetas. Además, el art. 112 del Reglamento de los Servicios de Prisiones estipula que los actos contrarios a la moral y las buenas costumbres cometidos por los reclusos son faltas muy graves.

La penalización se escuda en medidas de seguridad que aspiran a ser garantía colectiva de la paz social y mecanismo corrector de personas que han caído a lo más bajo de la catadura moral. De esta manera, se convierten en un serio peligro para la vida cotidiana y ordenada de la comunidad. El régimen jurídico penal de la homosexualidad continúa al igual que el Código penal anterior (1932) relacionado al tipo indeterminado de escándalo público art. 431.1 CP 1944, que sirve para sancionar la sodomía. Este artículo tipifica la ofensa de cualquier tipo, al pudor o las buenas costumbres, con un hecho que cause grave escándalo o tenga trascendencia, sancionándole con arresto mayor, multa[136] e inhabilitación especial. Si la víctima es menor de 21 años, por tanto, menor de edad, se agrava la pena de prisión, que pasa a su grado máximo.

Para castigar la actividad homosexual es necesario la demostración cumplida de la existencia de los dos requisitos básicos para determinar la conducta antisocial: que la conducta sea inmoral y, además, que sea reprobable y recurrente, imponiéndose en consecuencia las medidas de seguridad independientemente de que los hechos puedan o no constituir una infracción penal. Geoffroy Huard (2014: 33) explica que: "Los homosexuales condenados bajo el franquismo en Barcelona pertenecían todos a clases populares, pues la homosexualidad estaba condenada si tenía alguna relación con la delincuencia, la vagancia o la prostitución. Los homosexuales de las clases medias y acomodadas que tenían un trabajo honesto y que podían justificar sus ingresos no tenían nada que temer de la justicia". Todas las sentencias de los juzgados de vagos y maleantes y las de los juzgados de peligrosidad social condenan a los chaperos por vagancia y homosexualidad, porque no tienen trabajo lícito para subvenir a sus necesidades de manera honesta y sana[137].

Con respecto a la jurisprudencia hay evidencia de sentencias condenatorias con rasgos homófobos. La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1947, desestima el recurso presentado por condenados por este delito, para el Tribunal los sujetos son sujetos activos, autores del ilícito cuando un amigo de ellos les descubre realizando actos de homosexualidad, dándose los requisitos de publicidad y difusión de aquellos actos, provocando un escándalo al ser conocido el repugnante caso que subleva a toda conciencia honesta, ofende al pudor y a las buenas costumbres y es objeto de unánime condenación. También el Tribunal hace alusión a manifestaciones como bochornosos sucesos, actos contra natura. Asimismo, en la sentencia de 15 de octubre de 1951, el Tribunal desestima dos recursos, el primero por quebrantamiento de forma[138], ya que la defensa sostiene que no se expresa en la sentencia recurrida la

[136] En 1977 la multa es de 10000 a 50000 pesetas. (Ugarte Pérez, 2008: 92)

[137] Este tipo de formulación era muy frecuente en los archivos judiciales. Arxiu Central dels jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de vagos y maleantes, expediente de peligrosidad núm. 142. 1957. Geoffroy Huard (2014: 34).

[138] El recurso de casación por quebrantamiento de forma ante el Tribunal Supremo se basa, entre otras causas, en que la sentencia recurrida no exprese con claridad los hechos que se consideran probados, o existe una clara contradicción entre los mismos, o que ciertos conceptos cuyo carácter jurídico da lugar a

relación de hechos probados, que estos se contradicen y además se usan conceptos jurídicos que predeterminan el fallo judicial condenatorio, dando a estos el valor de hechos probados. En relación con esta última cuestión, el Tribunal determina que la calificación de los reos (homosexuales) como proxenetas o invertidos peligrosos, ambos términos sinónimos, es acorde a derecho y no predetermina la decisión judicial, ya que esta condición y definición está reconocida en sentencias con arreglo a la Ley de Vagos y Maleantes. De esta manera, se manifiesta la aplicación de una doble penalidad, se castiga dos veces por los mismos hechos, en este caso aplicando la Ley de Vagos y Maleantes y el Código penal. El segundo recurso que el Tribunal inadmite está basado en casación por infracción de la ley[139]. El alto Tribunal no acepta los argumentos de la defensa, que alega inexistencia de escándalo público y falta de apreciación de la concurrencia de una eximente incompleta por enajenación mental. El Tribunal considera que se aprecia un gran escándalo público con trascendencia entre los vecinos y no aprecia eximente.

En el caso de los adultos, la homosexualidad tiene que ser un problema inherente al individuo o a su familia, para hacer de él una víctima y un culpable. No puede ser un problema social. Se configura como un problema psicológico o educativo. Algunos individuos son enfermos y por eso es necesario curarlos, es decir, excluirlos. El orden dominante neutraliza así los efectos políticos de la exclusión gracias a la supuesta neutralidad de la medicina. El homosexual está encerrado en una enfermedad de la cual no se puede curar solo y cuyas opiniones al respecto solo son el síntoma de su enfermedad (Eribon, 2001: 213-234).

Pérez de Petinto (1950: 217-218) considera que, del estudio de algunos individuos a los que se aplica la Ley de Vagos y Maleantes, se deduce que son irreformables, pero indica que en la mayoría de los casos queda una íntima duda, y en algunos casi parece más que posible la reforma. En este sentido, Eduardo Martínez (1950: 250) expone la importancia que tiene el trabajo como herramienta de reeducación y de prevención del delito: "el hábito puede modificar la tendencia instintiva, desposeyéndola de sus cualidades más repugnantes, sublimándola, para convertirla en supremo impulso altruista". Esta posición permite proclamar que la profilaxis de la delincuencia tiene dos campos de acción: 1) la rehabilitación-corrección-cura del delincuente y 2) en función de su temibilidad, la neutralización de su posible daño a la sociedad[140].

En 1951 el jurista José María Codón y el psiquiatra Ignacio López Saiz publican el libro *Psiquiatría Jurídica Penal y Civil,* y en la edición de 1954, destacan que la mayoría de los psicópatas no encajan dentro de los conceptos penales, en alusión a las dificultades que existen en el Código penal de 1944 para los casos de individuos peligrosos. Sin embargo, consideran que la Ley de Vagos y Maleantes es una excelente herramienta tanto para el campo jurídico como para el psiquiátrico. Estiman que esta ley (que introduce el concepto de peligrosidad), es fundamental en el estudio del delincuente y

una predeterminación del fallo son aceptados como hechos probados.

[139] El recurso de casación por infracción de la ley ante el Tribunal Supremo tiene uno de sus fundamentos en la infracción de un precepto penal sustantivo o de una norma jurídica de idéntico carácter que tiene que ser respetada en la aplicación de la ley penal, y ello a la vista de los hechos probados.

[140] *Ibidem*, p. 51.

toma medidas de tipo policial defensivo ante una amenaza, aunque no se cometa ningún hecho delictivo (Codón, López, 1954: 394-395). Estos autores elogian las posibilidades que la ley ofrece en cuanto al tratamiento jurídico y psiquiátrico de los psicópatas y delincuentes, el encierro preventivo por tiempo indeterminado de estos individuos en establecimientos adecuados, y en establecimientos de custodia y prevención para someterlos a medidas de reeducación y resocialización. Siendo la ley un instrumento eficaz de la defensa social y de la reinserción del delincuente. En este mismo sentido, Saforcada (1953: 31) se muestra firme partidario de la ley porque sustituye el criterio punitivo para tratar la vagancia, por un tratamiento reformador previo reconocimiento médico-psicológico, en establecimientos de trabajo, colonias agrícolas, casa de templanza, etc.

Por su parte, la sentencia de 7 de febrero de 1955 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, condena a un hombre de 39 años, soltero, agente de policía, de buena conducta, sin antecedentes penales y con instrucción. En agosto de 1951, el procesado lleva un par de veces a su domicilio, a un menor de edad de 13 años, con el que practica el coito homosexual, enseñándole dibujos pornográficos que, posteriormente, el niño enseña a su madre. Cumpliéndose el requisito legal de trascendencia. Aquí la magistratura hace un símil y construye una identificación entre coito anal y coito homosexual.

Para entender este contexto es importante ser consciente del discurso hegemónico que avala la normalidad franquista. En 1956 Mauricio Carlavilla, policía de profesión, publica con el seudónimo de Mauricio Karl la obra: *Sodomitas: homosexuales políticos, científicos, criminales, espías, etc*. Esta es una obra que explica la historia de la homosexualidad y el comunismo desde la Antigua Grecia hasta Karl Marx y Friedrich Engels. Este autor de manera capciosa y prejuiciosa ataca a personalidades de la cultura (y en su opinión) por ser o por favorecer la supuesta causa comunista-homosexual. En su introducción presenta a los homosexuales como enemigos de la Iglesia Católica y del Estado franquista, y considera que comparten ideales y objetivos con los comunistas, los masones y los protestantes. Justifica la elaboración del libro porque es una llamada de atención sobre los peligros que el homosexual acarrea a la Patria, a la sociedad y, especialmente, a la familia.

La legislación penal del nuevo Estado franquista controla la realidad social de la posguerra a través de un proceso de criminalización, selecciona ciertos comportamientos y categorías de personas, tachadas como marginales y las transforma en criminales. La respuesta a través de la institución judicial para contrarrestar la alarma social se produce a través de la aplicación del Código Penal refundido de 1944, y mediante la reforma de la administración de la justicia municipal. De esta manera, la pobreza y la marginalidad es tratada penalmente como generadora de comportamiento antisocial y desorden moral.

La Ley de Vagos y Maleantes de 1954.

La persecución legal contra la homosexualidad bajo la dictadura del General Franco se plasma en 1954, fecha en la que se modifica la republicana Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Si bien la homosexualidad no se incorpora en la versión de la ley de 1933, ya que la ley no la penaliza explícitamente, la intolerancia social y la represión contra los homosexuales se manifiesta usualmente en forma de maltratos, vejaciones y detenciones arbitrarias por parte de la policía o de grupos falangistas. Los discursos hostiles y homófobos dominan el pensamiento de las élites del régimen.

La Ley de Vagos y Maleantes de 1954 surge como respuesta a la problemática de aquellos homosexuales que no cometen ningún delito, pero cuyas conductas se subsumen a la casuística de escándalo público, de abusos deshonestos, de corrupción de menores o que sean descubiertos *in faganti.* Todos ellos delitos presentes en el Código penal de 1944. Ante esta situación, el régimen dictatorial decide incluir a los homosexuales en la ley como peligrosos sociales susceptibles de serles aplicadas medidas de seguridad en aras de la protección de la sociedad. Por lo tanto, en la versión de 1954 de esta ley se modifican los artículos 2º y 6º de la ley, que incluye a los homosexuales en la categoría de peligrosos sociales. El preámbulo justifica los cambios señalando que:

La producción de hechos que ofenden la sana moral de nuestro país por el agravio que causan al tradicional acervo de buenas costumbres, fielmente mantenido en la sociedad española, justifican la adopción de medidas para evitar su difusión[141].

El legislador insiste en que esta ley no es una norma penal, sino de seguridad y que su objetivo es preventivo y reformador, pues aspira a corregir a aquellos sujetos que caen al más bajo nivel moral. Incluye a los homosexuales en su artículo segundo junto a los rufianes y proxenetas, señalando que deben ser internados en establecimientos agrícolas con absoluta separación de los demás internos. Pero la reforma de 1954 da un giro de tuerca más en su ánimo opresivo, ya que la defensa social deriva fácilmente en defensa política (Martín, 2009: 929), al incluir como susceptibles de ser considerados peligrosos a los que de cualquier manera perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública. Por lo tanto, las consecuencias para los homosexuales son un empeoramiento de su situación frente a la legislación anterior. La ley considera al homosexual peligroso *per se* y le somete a vigilancia pública para proteger la sociedad de un vicio merecedor de la más absoluta repulsa (Olmeda, 2004: 100). Ni la ley ni el Reglamento del 13 de mayo de 1971, dictado para su aplicación describen la peligrosidad. En cambio, queda claro que, en caso de un solo acto homosexual cometido, no debe haber condena. Es necesaria una cierta costumbre en los actos homosexuales, que revela la perversión sexual generadora de una conducta antisocial[142]. Asimismo, queda claro que lo que define a una persona homosexual como peligrosa es

[141] Ley de 4 de mayo de 1948 por la que se modifica el artículo segundo de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933. Boletín Oficial del Estado, nº. 126, de 05/05/1948, p. 1712. Ley del 15 de julio por la que se modifican los artículos 2º y 6º de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto. Boletín Oficial del Estado, 17 de julio de 1954, nº 198, p. 4862.

[142] Juicio de 22 de diciembre de 1971 de la audiencia territorial citado por Victoriano Domingo Loren, *ibid*., p. 48.

la realización de actos de homosexualidad, de donde se deduce que la realización de un solo hecho de esta naturaleza no determina por sí mismo un estado peligroso[143].

El debate parlamentario de esta ley demuestra que los legisladores no están a favor del endurecimiento de la ley, proponiendo limitar la aplicación de la ley solo en casos de escándalo público[144]. Esta ley no trata de redefinir la homosexualidad, sino la de denotar el peligro social que los acusados (homosexuales) suponen para la sociedad. Esta norma es una respuesta represora del sistema jurídico ante el supuesto aumento del homosexualismo en la sociedad española en la década de 1960 y ante la oleada liberalizadora que recorre Europa.

Los arts. 2 y 6 de la ley establecen que los perversos sexuales deben ser protegidos, reformados y devueltos a la sociedad una vez corregidos. Así también, hay que evitar su difusión para evitar el agravio a las buenas costumbres mantenidas en la nación. Además, el art. 6 explica que las medidas que se aplican son: 1) internado en instituciones especiales, y, en todo caso, separados de los demás por tiempo indeterminado que no podrá exceder los tres años, 2) prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar en su domicilio y 3) sumisión a la vigilancia de los delegados.

Posteriormente, la Ley de Jefatura del Estado de 24 de abril de 1958[145] crea los Juzgados Especiales de Vagos y Maleantes de Madrid y Barcelona, además de establecer la plantilla que los órganos jurisdiccionales precisan para su funcionamiento (magistrados, fiscales, secretarios, oficiales, auxiliares y alguaciles).

La jurisprudencia emanada de la Sala Especial de Apelaciones y Revisiones, competente para estos recursos en casos de expedientes seguidos por la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes, delimita el amplio campo de acción que la norma legal se otorga, estableciendo dos requisitos indispensables: 1) relación sexual efectiva, fuera la que fuera, en cualquiera de sus manifestaciones, entre personas del mismo sexo (felación, masturbación, caricias, etc.; y 2) que la misma se haya concretado en diferentes actos, no siendo relevante para la Ley de Vagos y Maleantes una única relación sexual (Sabater, 1962: 217-218). El art. 10 de la ley establece las convocatorias para las plazas de Jueces Especiales de esta norma. Y reconoce la competencia de los Jueces de Instrucción, o de los que de forma especial se designen para estas funciones. Los jueces de la ley de Vagos y Maleantes extienden su competencia a más de una provincia.

En esta ley se utilizan eufemismos como “contrarios a la moral pública”, “contrarios a las buenas costumbres”, “abusos indecentes”, “corrupción de menores” o “escándalo público”. Es así, que las conductas homosexuales quedan relegadas a manifestaciones de escándalo público. El art. 431 CP de 1944 tipifica el escándalo público que se configura en un arma formidable de control social y represión política mediante el cual tanto la judicatura como las fuerzas de seguridad reprimen el desarrollo público de las

[143] *Ibidem*, p. 48.
[144] *Ibidem*, p. 45.
[145] BOE de 25 de abril de 1958.

prácticas homosexuales y, también, otras manifestaciones sociales molestas al régimen. Se incluye a las personas homosexuales, pero no por sus prácticas, sino porque se considera que estas personas son más propensas a cometer delitos. El papel desempeñado por la psiquiatría en este terreno oscila entre la invisibilización y su consideración como delito, enfermedad o desviación, propugnando su corrección (Adam y Martínez Vidal, 2008: 119). La ley no castiga la homosexualidad o los actos homosexuales como tales. Se tiene que probar cierta peligrosidad para la sociedad o un estado antisocial. Es así como cada juez aprecia la peligrosidad de manera personal y arbitraria.

Por su parte, es llamativa la continuidad en la situación de indefinición de peligrosidad social y del estado de peligrosidad. Los legisladores no incluyen una definición jurídica de la peligrosidad social y se limitan a señalar quienes son los potencialmente peligrosos y, en consecuencia, articular las medidas de seguridad que deben aplicarse. Medidas que recogen la idea de las sentencias indeterminadas o al menos flexibles al establecer un tiempo mínimo y máximo de cumplimiento a criterio del juez, dependiendo del comportamiento y rehabilitación del sujeto. Aunque, la duración máxima de la medida de internamiento es de tres años. Si bien se pone a disposición de los presos, teóricamente, la condición de ganarse honradamente la vida, dándoles la adecuada formación en diferentes actividades laborales, actividades agrícolas, industriales etc., la realidad es totalmente distinta, los internos son sometidos a trabajos forzados o, en muchos de los casos, a trabajos en condiciones de esclavitud (Olmeda, 2004: 22).

Por otro lado, la influencia de los dictámenes médicos en la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes es relativa y obedece a la casuística específica de cada expediente. Se configuran como un elemento más que confluye en las apreciaciones policiales y jurídico-administrativas en la toma de decisión del juez, excepto en los casos de alcoholismo y homosexualidad, en los que el médico los asocia a alguna psicopatología y, por ende, tiene mayor peso su decisión. Aunque los médicos tienen un protagonismo limitado, aparentemente en el plano procesal, en ocasiones, su influencia es determinante a la hora de decidir un posible encierro; con las consecuencias que ello implica en los relatos biográficos de los procesados. Esta importancia del colectivo médico también está relacionada con la responsabilidad de este grupo profesional en la propagación de un determinado discurso científico claramente estigmatizador e inculpatorio que permea la sociedad. Por su parte, el investigado tiene derecho a ser defendido contratando a un abogado, sin embargo, el perfil de estas personas suele estar asociado a la pobreza y a la marginalidad. En consecuencia, esta defensa se produce de oficio y con escaso éxito.

Esta norma crea tres tipos de establecimientos de internamiento: los establecimientos de trabajo o colonias agrícolas donde el procesado puede permanecer por tiempo indeterminado; los establecimientos de custodia, donde los ingresados pueden estar por tiempo indeterminado; y las casas de templanza (que tienen un carácter curativo) donde los ingresados también pueden permanecer por un tiempo indeterminado. De lo que se deduce que la permanencia del ingresado en todas estas instituciones tiene la lamentable

consecuencia del potencial encierro indeterminado. En el caso de los homosexuales, las medidas de seguridad consisten en el ingreso en instituciones especiales, y en todo caso, aislados del resto (sumándole una pena adicional de aislamiento dada su extrema peligrosidad), y entendiendo que este tipo de sujetos pueden actuar peligrosamente, influenciar y quizás contagiar su enfermedad a otros reclusos.

A comienzos de 1954 se acondiciona el aeródromo de Tefia (Fuerteventura) como Colonia agrícola para el tratamiento de vagos y maleantes[146], y funciona desde 1954 a 1966. Este establecimiento se caracteriza por la dureza de la vida de sus internados y por estar especializado en el tratamiento de homosexuales. Se habilitan módulos especiales de la cárcel Modelo de Barcelona, de la de Valencia y de la cárcel de Carabanchel en Madrid para el ingreso de presos homosexuales. Es también notable que se habilitan dos cárceles específicas: la de Badajoz para homosexuales pasivos y la de Huelva para homosexuales activos[147]. Sin bien se producen las quejas constantes de los psiquiatras por la falta de establecimientos para el internamiento de los individuos como fruto de la herencia republicana, esta situación se mantiene como una constante toda la dictadura y se confirma nuevamente en el preámbulo de la Ley de Peligrosidad Social de 1970. Durante los casi cuarenta años de vigencia de esta ley no existen establecimientos suficientes y adecuados para proceder al internamiento y tampoco es acorde a los principios jurídicos y científicos que la inspiran. Es por este motivo, que los encartados cumplen las medidas de internamiento en prisiones y no en los establecimientos específicos para su regeneración. Lo que provoca un desorden institucional en el que la situación usual y general es la mezcla de los diferentes reclusos, internos y presos, en prisiones.

La aplicación de las medidas de seguridad de la Ley de Vagos y Maleantes resulta prácticamente nula debido a la falta de inclusión en las partidas presupuestarias necesarias para esos objetivos. Las personas declaradas peligrosas ingresan, en la mayor parte de los casos, en prisiones comunes, como la Modelo de Barcelona, que durante la década de los años cincuenta y sesenta del presente siglo funciona como centro de detención de preventivos y, en gran medida, de marginados y de peligrosos sociales de Barcelona y su área metropolitana. Esta ley presenta grandes defectos e inconvenientes, como la confusión entre peligrosidad social y peligrosidad criminal, la indeterminación legal y la escasa definición de los diferentes estados peligrosos, complicando la situación, la inexistente asignación de los profesionales y de los centros que la aplicación de dicha ley requiere (Barreiro, 1996: 47).

Esta época es la que coincide con la llegada de turistas a las zonas costeras del país. Las autoridades policiales y judiciales elevan quejas relativas a la aparición de nuevas conductas antisociales asociadas a la presencia visible de homosexuales en las playas, discotecas, urinarios públicos o determinadas manifestaciones festivas. Por ejemplo: “El fiscal de Las Palmas de Gran Canaria advierte del aumento alarmante de las prácticas homosexuales al que contribuye principalmente una especial y degenerada clase de

[146] Orden de 15 de enero de 1954 por la que se crea una Colonia Agrícola para el tratamiento de Vagos y Maleantes en Tefia de la isla de Fuerteventura. Boletín Oficial del Estado 30/01/1954, nº 30, p. 540.
[147] Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre modificación de determinados artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956

turistas extranjeros, mientras que el fiscal de Valencia constata la extensión de estas prácticas desde hace varios años tanto en la zona capital como en las zonas costeras" (Monferrer, 2004: 183). En 1953 se firma el Concordato con la Santa Sede en el que se consagra legalmente la confesionalidad del Estado y se otorgan importantes privilegios a la Iglesia Católica, entre ellos el control de la censura. La inclusión de la homosexualidad en 1954 en la ley parece coincidir con un renovado esfuerzo de la dictadura por controlar y castigar las conductas sexuales no encaminadas a la reproducción en un escenario sujeto a grandes transformaciones sociales, fruto de la salida de la grave crisis económica y de la finalización del aislamiento internacional, entre otras.

En relación con la prostitución homosexual, cuando los policías sospechan de algunos vagos que observan en las calles, les siguen discretamente hasta la pensión donde van y les detienen *in fraganti* por relación homosexual tarificada[148]. La prostitución es ante todo un modo de vida visible asociado a la vagancia y a la delincuencia. Todas las sentencias de Vagos y Maleantes y las de los juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación social condenan a los chaperos por vagancia y homosexualidad, porque no tienen trabajo lícito para subvenir a sus necesidades de manera honesta y sana[149]. Los chaperos quedan fichados por la policía son solo por bujarrones, sino también por ser conocidos descuideros[150].

El estudio de los expedientes de Vagos y maleantes conservados en el Archivo Multijurisdiccional de Cataluña permite establecer que la ley de Vagos y Maleantes se aplica de manera férrea para reprimir la disidencia política y social, y fundamentalmente, la pobreza; aquellos segmentos de población con dificultades de inserción laboral. También, a los individuos que se desvían de la moralidad y de las buenas costumbres consideradas como la norma a seguir. En este sentido, un individuo considerado vago o maleante es susceptible de una investigación administrativa y policial dirigida a demostrar si el encausado trabaja o no. Un expediente se abre a partir de una denuncia de una instancia administrativa lo que provoca la intervención de las instituciones encargadas a este efecto (juzgados, policía, médicos, entre otros) que acumulan información sobre el individuo investigado poniendo en evidencia sus costumbres licenciosas, escandalosas y la irregularidad de su vida laboral. De esta manera, la intención de estos informes es la construcción de un perfil identitario que corresponda con la anormalidad y la desviación social.

Por su parte, la Guardia Civil emite un informe a partir de los testimonios de los vecinos del expedientado, en el que se muestran sus costumbres o la regularidad o irregularidad de la vida laboral; entre las décadas de 1940 y 1950 estos informes añaden información de simpatías políticas. Con vistas a determinar las medidas de seguridad, se hacen

[148] Arxiu Central dels Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de vagos y maleantes, Barcelona, expediente de peligrosidad núm. 166, 1965-1974. Pensión Selecta, calle Carmen.
[149] La formulación de las buenas costumbres es un común indicador en los archivos. Por ejemplo: Arxiu Central dels Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de vagos y maleantes, expediente de peligrosidad núm. 142, 1957.
[150] Arxiu Central dels Jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de vagos y maleantes, Barcelona, expediente de peligrosidad núm. 154, 1964.

informes médico-forenses y si son positivos se aplican las medidas de internamiento en un establecimiento de régimen de trabajo o colonia agrícola por tiempo indeterminado. En estos informes médicos cuando el expedientado es alcohólico, toxicómano, enfermo mental u homosexual se puede comprobar como prevalecen estereotipos y prejuicios además de ser discursos claramente moralizantes y estigmatizadores, más que estar basado en apreciaciones científicas. La enfermedad mental y la psicopatía aparecen pocas veces como causa de apertura del proceso, ya que no están recogidas como tales en la ley[151]. Sin embargo, aparecen a menudo vinculadas a situaciones de alcoholismo y de homosexualidad.

El Archivo Multijurisdiccional de Barcelona es un excelente recurso para identificar y reconocer la aplicación de la ley, la clasificación de los diferentes expedientados, las medidas de seguridad aplicadas, etc. El trabajo de Ricardo Campos es un ejemplo de ello (2016: 9-44). En 1948 en un expediente abierto a individuo por embriaguez y repetidos escándalos y alborotos en la vía pública, amenazas a sus familiares en el interior de su hogar, la Guardia Civil aporta pruebas que confirman que el individuo es investigado con anterioridad al Glorioso Movimiento Nacional y está considerado como elemento comunista al estar afiliado al Partido Socialista de Cataluña, durante la guerra de liberación[152]. Asimismo, en 1952 dos médicos informan sobre un sujeto reconocido: "Fisiológicamente presenta signos de alcoholismo crónico inveterado, con frecuentes accesos de *delirium tremens*, que le hacen peligroso en los estados frecuentes de embriaguez que adquiere, para sí mismo, y para la sociedad. Los informantes pueden atestiguar que en algunas ocasiones su amoralidad se ha manifestado por exhibicionismo e insultos soeces contra las Autoridades e Instituciones y cuantos vecinos querían auxiliarle"[153]. En 1953, otro proceso abierto por embriaguez a instancias del Gobierno Civil de Gerona, la policía emite un informe destacando el mal comportamiento que el individuo investigado tiene, constatando que carece de medio de subsistencia y que vive al margen de la ley. Además, se le considera desafecto de la causa nacional por su ideología marxista y por su actividad sindical, razón por la que es despedido de la fábrica donde trabaja por su capacidad de levantar a las masas[154].

En los diferentes informes incoados se repiten expresiones típicas como: "personas muy poco conocidas en la localidad; "se ha podido constatar que se trata de un individuo algo aventurero y poco amigo del trabajo"[155].; "es vago de profesión y habitual en el abuso de bebidas alcohólicas"; "es persona de mala conducta, muy aficionado a la

[151] Expediente de peligrosidad, nº 431, 19 de agosto de 1953. Archivo Multijurisdiccional de Barcelona.
[152] Expediente de peligrosidad, nº 19 rollo 574, de 10 de abril de 1948. Archivo Multijurisdiccional de Barcelona.
[153] Juzgado Especial para la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes en Gerona. Expediente de peligrosidad nº 7, rollo 1277/952. Año 1952.
[154] Expediente de peligrosidad, nº 7, rollo 1277/952. De 18.09.1952. Archivo Multijurisdiccional de Barcelona.
[155] Expediente de peligrosidad, nº 26, rollo 413. De 17.12.1945. Archivo Multijurisdiccional de Barcelona.

juerga y gastador de dinero"; "conceptuado por la policía como esteta"[156]; "es un señor de conducta bastante torcida"[157]; "descuidero y bujarrón"[158].

Si bien la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes se aplica con total rotundidad y de manera constante, su utilidad queda en entredicho ya que no tiene los efectos regeneradores pretendidos sobre el individuo anormal. En muchos de los casos incoados se produce el efecto contrario, provocando la marginación del procesado y conduciéndole a una definitiva degradación personal e inadaptación social. Un ejemplo de esta situación es el caso de un bailarín homosexual incoado como vago y maleante en ocho ocasiones entre noviembre de 1959 y mayo de 1971[159]. A finales de noviembre de 1959 es detenido por la policía por formar escándalo público, por cantar y bailar en actitud afeminada. En los informes remitidos al Juez Especial de Vagos y Maleantes por la policía se menciona que el investigado es detenido en otras oportunidades por invertido, una causa por abusos deshonestos y otra por robo. En consecuencia (como fruto de los informes policiales con ciertas valoraciones que tildan eufemísticamente al investigado como esteta y como persona de dudosa conducta), el Juez abre expediente. Por su parte, la Guardia Civil insiste en los antecedentes del investigado y en su condición de invertido y bebedor.

La combinación de homosexualidad, alcoholismo y escándalo público en este caso y en la mayoría, produce que la medicina intervenga. Su trabajo consiste en elaborar un informe pericial que se emite tras la detención del individuo. En este caso, y en su informe se constata que el detenido presenta rasgos físicos y psíquicos de homosexualidad, que se encuentra apto para el trabajo pero que no presenta huellas de alcoholismo. En un informe posterior, realizado unos meses después por el médico del juzgado que le diagnostica alcoholismo, recomienda su ingreso en un establecimiento o en una casa de templanza. El doble diagnóstico de homosexualidad y alcoholismo ratifica de manera automática los informes policiales, y a su vez, sirven de base al fiscal para argumentar su petición de medidas de seguridad.

En 1960 el juez dicta sentencia considerando los extremos de homosexualidad y alcoholismo, y dicta tres medidas de seguridad que deben cumplirse correlativamente. Para curar el alcoholismo, se debe ingresar al procesado a un establecimiento de régimen especial por tiempo indeterminado; con relación a su homosexualidad, la medida consiste en internamiento en régimen especial y aislamiento, absoluta separación de los demás durante tres meses; y, por último, el destierro de la ciudad de Barcelona durante dos años y la sumisión a la vigilancia por el mismo tiempo a los Delegados gubernamentales. La primera medida debe ser cumplida en el Servicio

[156] Expediente de peligrosidad, nº 629, rollo 2381. De 26.12.1959. Archivo Multijurisdiccional de Barcelona.
[157] Expediente de peligrosidad, nº 695, rollo 2676. De 24.12.1959. Archivo Multijurisdiccional de Barcelona.
[158] Expediente de peligrosidad, nº 612, rollo 1277/952. De 18.09.1952. Archivo Multijurisdiccional de Barcelona.
[159] Expediente de peligrosidad, nº 629, rollo 2381. De 26.12.1959. Archivo Multijurisdiccional de Barcelona.

Psiquiátrico Penitenciario de la prisión de Madrid, pero por falta de plazas, se cumple en la prisión celular de Tarragona.

Posteriormente, desde esta prisión se emiten informes a instancias del juez, interesado en saber si el individuo está curado de su alcoholismo. Un año y medio después de la sentencia, el médico de la prisión emite un informe con valoraciones claramente estigmatizadoras sobre la homosexualidad del individuo que, precisamente, el juez no solicita:

"*Que los exámenes y observación a que se ha sometido al recluso (…) se deduce de que se trata de un "invertido congénito", pero durante su estancia en el Establecimiento no ha manifestado exacerbación libídica alguna, ni exteriorizado sexualmente su lacra. En cuanto a los trastornos de tipo alcohólico, además de permanecer en una abstemia total y voluntaria durante su reclusión, no se ha apreciado ningún estigma etílico durante este tiempo*"[160].

En 1962 los médicos de la prisión certifican la remisión del alcoholismo y se le pone en libertad. Se le obliga a fijar residencia fuera de Barcelona, por el período de la condena, dos años, y escoge como ciudad de residencia Madrid. Durante el período con domicilio en Madrid se le abren cuatro expedientes de vagos y maleantes por diferentes motivos, que van desde escándalo en la vía pública a mendicidad, y como común denominador su condición de homosexual. En todas estas causas posteriores se aplican medidas de seguridad y el juez opta por cerrar el expediente bien inhibiéndose o declarando la libertad del sujeto.

Mas allá de las dinámicas institucionales en relación con la homofobia institucional (jueces, policías, médicos, etc.) plasmada a través de conductas, procesos y de un lenguaje y discurso estigmatizador; se percibe a nivel subjetivo, en este caso y en tantos otros, la pérdida continua y constante del sentido de la autorreferencia social, del creciente desarraigo del sujeto y de falta de posibilidades de participación política en el entorno social en igualdad de condiciones. En mayo de 1969 un informe de la Delegación de Servicios de Sanidad y Asistencia Social del Ayuntamiento de Barcelona indica que el sujeto en cuestión, entre 1967 y 1969, ingresa hasta en doce oportunidades en el Hogar de Emergencia de Barcelona por mendigar en la vía pública y carecer de domicilio fijo. Este informe es decisivo para que el Ayuntamiento de Barcelona denuncie nuevamente ante el Juzgado Especial de Vagos y Maleantes. Si bien el juez le pone en libertad, el expediente informa de posteriores detenciones por mendicidad, y algunos internamientos por conducta antisocial y contumaz reveladora de su inclinación al delito y varios ingresos al Hogar de Emergencia por carecer de trabajo. El expediente finaliza en 1971 con su puesta en libertad, sin que se sepa su situación posterior. Sin embargo, en estas fechas del expediente, la Ley de Vagos y Maleantes es derogada y sustituida en agosto de 1970 por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

[160] Expediente de peligrosidad, nº 629, rollo 2381. De 26.12.1959. Archivo Multijurisdiccional de Barcelona.

El peligro social de los homosexuales radica en su potencial contagiosidad, por lo que la homosexualidad debe ser reprimida. No fundamentalmente por ser homosexual (orientación sexual) sino por sus consecuencias; también existe otro tipo de invertido que constituye un elevado peligro social: "el gamberro". Estos entran en conflicto con la ley y acaban en la cárcel o en el manicomio y su vida está asociada indefectiblemente a vivencias asociadas al delito. Para Nussbaum (2006: 108-113,115-116) la clave de la repugnancia al homosexual no está en que se interprete como una anomalía del orden social establecido, sino radica en la posibilidad de contagiarse: "La repugnancia atañe a los límites del cuerpo".

Desde el punto de vista de los escenarios urbanos se produce una redefinición de espacios y significados. La urbanización acelerada contribuye también al desarrollo de espacios marginales para el contacto sexual entre personas homosexuales, que pronto llegan al conocimiento de las autoridades policiales franquistas. Estas, ya están escandalizadas por la aparición de todo tipo de problemas sociales tales como la pobreza urbana y la radicalización de los desórdenes internos y no desperdician estos cambios para poner en práctica una política represiva anti-homosexual (Aguilar Fernández, 2001: 37).

Pese a las continuas quejas de uso abusivo, el franquismo mantiene la Ley de Vagos y Maleantes hasta que la sustituye por la Ley de Orden Público de 1970. Y, es en la modificación de 1954 de la Ley de Vagos y Maleantes cuando se introduce a los homosexuales como sujetos susceptibles de ser declarados peligrosos, y se añade un párrafo que hace extensible su aplicación a todos lo que de cualquier manera perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública[161]. También se amplían el número de establecimientos de seguridad, creándose en enero de 1954 la Colonia Agrícola, para el tratamiento de Vagos y Maleantes en Tefia (Fuerteventura), que se especializa en el tratamiento de homosexuales. Finalmente, en 1958 se crean dos plazas de médicos forenses adscritas a los nuevos juzgados especiales de vagos y maleantes argumentando que la declaración de peligrosidad de los sujetos comprendidos en el artículo segundo requiere en muchos casos la intervención de este tipo de facultativos[162].

El régimen despliega una serie de disposiciones legales de menor rango dirigidas a oprimir la homosexualidad. Acciones enmarcadas dentro de las políticas generales de la sexualidad. Un ejemplo, el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956. En su artículo 112, sobre faltas muy graves cometidas por los presos, cita la comisión de actos contrarios a la moral y las buenas costumbres. Además de estas normas jurídicas, la Brigada Social es un instrumento represor que ejerce funciones de policía religiosa. Esta institución elabora fichas de personas socialmente relevantes. Con

[161] Ley del 15 de julio por la que se modifican los arts. 2 y 6 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. *BOE*, 17 de julio de 1954, nº 198, p. 4862.

[162] Ley de 24 de abril de 1958, por la que se crean los Juzgados especiales y se dictan normas complementarias de la ley de vagos y maleantes, de 4 de agosto de 1933, *BOE*, 25 de abril de 1958, p. 749; Ministerio de Justicia, Orden de 28 de mayo de 1958 por la que se dictan normas complementarias de la Ley de 24 de abril último sobre Juzgados especiales de Vagos y Maleantes, *BOE*, 4 de junio 1958, nº 1333, p. 1006.

informes sobre la vida privada, comportamientos, conductas, gustos sexuales etc., personas susceptibles de ser sancionadas. En esta tarea de mantenimiento de la pureza social colabora con la policía la Junta Nacional de la Cruzada de la Decencia[163]. Institución fundamental en la detección de la homosexualidad. Las autoridades, entre ellas, la judicatura, están legitimadas para solicitar informes de conducta personal. En cada localidad, el poder político, el poder público (Guardia Civil) y el poder religioso redactan sendos informes. No solo la Guardia Civil redacta estos informes, también, la Policía Nacional y los Cuerpos de la Policía Local (Ugarte Pérez, 2008: 89).

La herencia del perverso se dilata a lo largo del siglo XX hasta la década de 1960. Ya que después de la Segunda Guerra Mundial se inicia un proceso de cambio del discurso médico respecto de las disidencias sexuales, al que incluso la dictadura franquista no es ajena. La herencia del freudomarxista Wilhelm Reich y los trabajos sobre sexualidad y homosexualidad de Kinsey (1967) están en la base de ese cambio. El control social de la Medicina pretende ser más humano, en una dictadura caracterizada por su férreo control social y represivo (que mantiene durante toda su vigencia, salvo en el tardofranquismo cuando su poder comienza a mermar). Las influencias de la sociedad internacional y las transformaciones políticas económicas y sociales hacen el resto. El cambio radical para los homosexuales se produce a partir de la década de 1970, se crea la manifestación de un movimiento social emancipatorio, que, desde la clandestinidad, se desarrolla con notable velocidad, alcanzando el estándar europeo. Es a partir de esta década que comienza la depuración del Derecho penal anacrónico que tiene como objetivo la despenalización completa de la homosexualidad.

En el escenario internacional, un hecho paradigmático se considera el punto de partida del movimiento contemporáneo de la lucha a favor de los derechos homosexuales. El 27 de junio de 1969 se produce un conflicto violento y sostenido, en un bar de ambiente gay, frecuentado por travestis, transexuales y transgéneros llamado *Stone Wall Inn*, del Greenwich Village de Nueva York contra la policía anti-vicio. Configurándose como un hecho central de la contracultura de mayo del 68 del siglo XX. Este evento pone de manifiesto la corrupción policial en torno a las manifestaciones de la disidencia sexual en el espacio público y también, los niveles de represión de la administración para con la alteridad[164].

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

La promulgación de la Ley de Peligrosidad Social obedece a cambios importantes y estructurales que se producen en la sociedad española (tardofranquismo) como fruto del

[163] La Junta Nacional de la Cruzada de la Decencia, entre cuyos fundadores se encuentra Manuel Fraga, es una institución creada en 1958 para detectar la homosexualdiad. Esta institución rescata información para que la Guardia Civil, la Policía o la Iglesia redacte los informes que conducen a la detención de los desviados, entre ellos los homosexuales.

[164] Este es un momento histórico donde la prostitución y la homosexualidad en sentido amplio se asocian a la delincuencia y la marginalidad. Estas actividades sociales y sexuales si bien tiene un lugar específico de acción corresponden al modelo socio sexual *outdoor*. El reordenamiento administrativo-policial posterior de dichas actividades implica la institucionalización de colectivos sociales que previamente son tildados de marginales, pasando al modelo *indoor* (Guasch, O.; Lizardo, 2018: 37).

plan de Estabilización Económica de 1959. Este nuevo escenario, implica un fuerte crecimiento económico acompañado de una cierta industrialización, se produce un flujo migratorio del campo a la ciudad, un aumento notable del turismo y un proceso de urbanización y crecimiento de las ciudades más importantes, entre otros. El turismo desempeña un papel importante en la transformación de la sociedad española, importa unas costumbres más relajadas y una visión de la sexualidad exenta de encorsetamientos de la rígida moral tradicional (Sánchez Sánchez, 2001: 220).

La Ley de Peligrosidad Social y Rehabilitación Social es un nuevo empeño de las autoridades franquistas de reelaboración de las estrategias de represión y control de la población con la intención de adaptarlas al nuevo contexto social Es un intento de renovación de las estrategias biopolíticas, imponiendo unos modos de clasificación y comportamiento para los cuerpos, organizado, estructurado y naturalizado desde las esferas del poder. Esta norma como su predecesora, tiene el objetivo común de las orientaciones criminológicas de la época de establecer medidas de seguridad para aquellos sujetos peligrosos, siguiendo los presupuestos de la teoría de la Defensa Social. Es una ley en teoría de carácter preventivo y se propone como sustitución y modernización de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, modificada en 1954, que incluye la figura de los homosexuales como sujetos potencialmente peligrosos para la sociedad y el bien común. La promulgación de esta ley constituye un factor importante de la precipitación de la lucha organizada por la liberación homosexual en España.

La liberalización de las costumbres no llega únicamente a España por vía turística. El consumo de masas, la cultura del ocio, los medios de comunicación social y cierta relajación de los rigores de la censura coadyuvan a la configuración de un sistema de valores urbanos, consumistas y laicos, contrarios a la ideología oficial del régimen y de los que las clases medias se erigen en abanderados (Herrero, 2007: 382). Esta circunstancia implica junto al crecimiento económico y una notable apertura cultural, un cambio de mentalidad sobre todo en la juventud. En estos años, ante el espanto de las autoridades que consideran que se produce una plaga de homosexualismo, España comienza a convertirse en una meca del turismo homosexual, del que Sitges es su precursor (Petit, 2004: 59). Además de la pérdida de moralidad y de la influencia extranjera, hay otro motivo más materialista y al que las instituciones franquistas atribuyen igualmente el presunto aumento de la homosexualidad: la pobreza y la necesidad de dinero fácil lo que conduce y se vincula con la prostitución homosexual masculina (Ramírez Pérez, 2018: 157). El aumento de la población urbana propicia que la población homosexual sea capaz de dinamizar sus redes de socialización. El anonimato de las ciudades les permite una mayor posibilidad de establecer o crear redes sociales con la consiguiente expansión de la subcultura homosexual, una mayor visibilidad y una incipiente participación política.

Como consecuencia, el régimen dictatorial considera que en este nuevo marco se originan nuevas conductas antisociales que generan alarma, y que la Ley de Vagos y Maleantes no contempla, produciéndose una desviación social que atenta contra el orden establecido. Esta ley se promulga en un momento en que varios países europeos despenalizan la homosexualidad y la psiquiatría norteamericana se encuentra en pleno

debate sobre la condición patológica de la misma, que concluye con la desclasificación de la homosexualidad como enfermedad en 1973 (Adam y Martínez, 2008a: 280).

El paso de la autarquía a la apertura al exterior trae nuevos aires de modernidad a la sociedad española (que sorprenden al régimen) y cuyo concepto de moralidad y buenas costumbres además de anacrónico acusa cierto desgaste e inutilidad. El régimen es consciente de los cambios morales difícilmente asimilables para un sistema identificado con la estricta moral nacional católica que, a su vez, ejerce un férreo control social sobre la población. Y también es consciente de los cambios legales que se producen a lo largo de Europa. Como consecuencia, y ante el temor de contagio que produce la oleada liberalizadora que recorre el viejo continente, a partir de la década de los setenta del siglo pasado (en el intento de preservar el estado de las cosas) aumenta de manera considerable la represión policial.

El objetivo moral de las autoridades españolas no está relacionado directamente con la represión de las actividades sexuales entre hombres, sino que está centrada en aquellas relaciones donde homosexualidad y delincuencia están relacionadas. Sobre todo, en ambientes marginales y en las relaciones con menores. Sin embargo, el Ministerio Fiscal en su informe del año 1972 al referirse a la delincuencia relacionada con el sexo explica que no faltan iniciativas, tendencias y actividades que conducen a aflojar los lazos morales de la sociedad y alude a la necesidad de una reordenación del Código penal en materia de delitos sexuales. Asimismo, relaciona esta cuestión con los avances legales producidos en Gran Bretaña, Suecia, Dinamarca y la República Federal de Alemania. Estos países mantienen la tesis de que la libertad sexual no debe coartarse en absoluto y que, por consiguiente, los delitos actuales de adulterio, prostitución, homosexualismo, pornografía etc., no deben figurar entre los tipos punibles. Es así como nace una ley extemporánea, un nuevo intento de control social ajeno a las tendencias despenalizadoras y, en un momento que la comunidad LGTBI adquiere peso e importancia a nivel internacional como sujeto de reivindicación política (Picornell, 2010: 287).

En la praxis jurídica rutinaria, jueces y policías cuentan con la Ley de Vagos y Maleantes. Se continúa utilizando el art.431 del Código penal (1944) como cajón de sastre para condenar y penalizar todo aquello que ofende el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia. Y cuentan con el Código de Justicia Militar. Las buenas costumbres vienen dadas por la moralidad católica. Franco otorga a las autoridades eclesiásticas la supervisión de la enseñanza religiosa y el control de la moralidad pública y privada, con una ética social y sexual muy definida y elaborada.

La aplicación de estas leyes prevalece en los homosexuales masculinos, ya que el lesbianismo continúa invisibilizado, la homosexualidad femenina no es contemplada y son ignoradas en la redacción de los supuestos punibles. Aunque Platero (2009a: 32) explica que la administración franquista considera que las mujeres masculinas son tan visibles como los hombres afeminados y la asociación típica que se hace de lesbianismo o transexualidad y masculinidad hace que sean percibidas como muy peligrosas y por tanto deben ser reguladas, castigadas y normativizadas.

En este momento, la alarma creada por el homosexualismo se refleja en diferentes instituciones demandando medidas concretas y una nueva legislación. En la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo se hace eco en su Memoria de 1967 de la preocupación de las autoridades religiosas por la pérdida de conciencia moral. También, en la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1972 hace referencia a la delincuencia relacionada con el sexo. Asimismo, se hacen eco de esta situación las comunicaciones del Congreso de Medicina Legal celebrado en Barcelona (1961). Y también la Carta Pastoral del arzobispo de Barcelona de 1971 hace alusión a la carencia de formación religiosa, a la ausencia del sentido del pecado y a la existencia de una auténtica plaga de homosexualidad masculina, entre otros tópicos. En este último documento, y en relación con la sodomía, establece que esta se produce bien por inclinación (los menos de los casos), bien por vicio, acampa a extramuros del Derecho penal, si bien es una grave desviación o aberración sexual, más pertenece al ámbito del pecado (Sabater, 1972: 208).

El juez Sabater publica en 1962 un libro llamado *Gamberros, homosexuales, vagos y maleantes: un estudio jurídico sociológico,* en el que radicaliza los discursos homófobos de la Medicina y de la Psiquiatría y percibe a la homosexualidad como una psicopatología caracterizada por la desviación, y una anomalía del instinto sexual. Este juez considera que la homosexualidad es una anomalía del instinto (Sabater, 1962: 176) y caracteriza a las personas homosexuales como seres primitivos, con una vida instintiva que no tiene cabida en la civilización y que deben ser domesticados porque son muy peligrosos para las barreras éticas, culturales y jurídicas y, también, para el progreso de la humanidad (Pérez Sánchez, 2004: 39). Comparte en su obra muchos prejuicios comunes y corrientes de ese contexto social. La preocupación de Sabater por tipificar y criminalizar a las lesbianas y a los homosexuales refleja el interés del franquismo por apuntalar los estrictos roles de género que legitiman el modelo heterosexual. Y cualquier desviación de esta norma es percibida como una peligrosa amenaza política a la dictadura[165]. Este momento histórico está caracterizado por el nuevo marco de relaciones internacionales, situación que exige al Gobierno español una reevaluación de sus estrategias de control de cara a la población.

El Ministerio de Justicia, como consecuencia de la corriente de pensamiento imperante en médicos, magistrados y juristas (que considera que existe una fuerte contaminación social fruto de la creciente ola de homosexualismo), nombra una comisión encargada de la reforma de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933-1954, por orden de 4 de octubre de 1967. El Anteproyecto de esta ley es redactado por un grupo de cinco magistrados donde sobresale el magistrado-juez especial de Vagos y Maleantes para Cataluña y Baleares Antoni Sabater y Tomás que propone declarar peligrosos sociales a todos aquellos homosexuales y mayores de dieciséis años, mientras que la mayoría de edad en ese momento es de veintiún años (Boletín oficial de las Cortes, 16 de enero de 1970). Sin embargo, después de una gran presión social internacional se rebajan las expectativas de la administración. No se debe calificar a todos los homosexuales con más de dieciséis años de peligrosos sociales sino solo aquellos que realizan actos de

[165] *Ibidem*, p. 40.

homosexualidad, de manera reiterada. Este anteproyecto es sometido a análisis y debate durante dos meses en la Comisión de Justicia de las Cortes. El juez Sabater se inspira directamente en las ideas del doctor Pérez Argilés sobre homosexualidad para redactar a finales de la década de los sesenta del siglo XX, el texto de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

En estos debates, la reincidencia y la habitualidad se convierten en elementos clave para el ejercicio de esta ley. En lo que respecta a la clasificación de homosexuales se distinguen entre dos tipos. Los que lo hacen por vicio o necesidad (económica) y los enfermos (nacen así). Por su parte, los actos homosexuales ocupan parte de las discusiones porque atienden a factores como la prostitución masculina, que se penaliza como actos de homosexualidad con independencia de la orientación sexual. Finalmente, figura en la ley el concepto de *actos de homosexualidad*; situación que coloca al acusado de peligrosidad en situación de indefensión[166]. También los debates tratan la vinculación de la perversión sexual con la decadencia social y el peligro de la degeneración del país. La difusión de imágenes o de informaciones sobre estas cuestiones es un problema porque incita a la perversión. Por lo tanto, ese es el factor clave de la prevención del delito: evitar que se genere cualquier tipo de propaganda. Y también se discuten las cuestiones sobre la reclusión de homosexuales en centros penitenciarios con otros presos.

Esta nueva norma se propone corregir los defectos observados en la aplicación de la antigua Ley de Vagos y Maleantes, empezando por sustituir el título de la norma por el de Peligrosidad y Rehabilitación Social, en relación con una cierta terminología más moderna, pero también, en relación directa con el fin y fundamento de la propia norma, al señalar como objetivo fundamental el compromiso de reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social. Es decir, disciplinar a los sujetos peligrosos de acuerdo con la noción dominante de normalidad[167] y reintegrarlos a la sociedad. La ley aspira a adquirir un conocimiento más profundo de la personalidad del presunto peligroso. Esta pretensión no solo está dirigida al enjuiciamiento de los hechos delictivos (la ley pretende prevenir diversos estados de peligrosidad anteriores al delito), sino también al control de las pasiones, instintos, anomalías, achaques, inadaptaciones y efectos de la herencia. La acción represiva sobre la peligrosidad social y sobre la homosexualidad en concreto está basada en la eugenesia, en el control previo de la potencialidad de la amenaza social que suponen los desviados sociales (homosexuales). Esta es la postura dominante no sólo de la psiquiatría, sino también de los legisladores de la época.

Por Orden del Ministerio de Justicia de 4 de octubre de 1967, se nombra una comisión que tiene por misión reformar la Ley de Vagos y Maleantes, destacando entre sus miembros a Antonio Sabater Tomás (Juez Especial de Vagos y maleantes de Barcelona y Baleares). El resultado de la comisión se plasma en un anteproyecto que finaliza en el proyecto de la Ley de Peligrosidad Social (Domingo Loren, 1977: 42-43). El 10 de

[166] Además de exigir la prueba de que se está incurso en un estado de peligrosidad, también se debe apreciar una peligrosidad social, quedando al arbitrio judicial. El problema radica en que no está definido el concepto de peligrosidad, porque ni la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social ni su Reglamento la definen.

[167] Ley 16/1970 de Peligrosidad y Rehabilitación Social, Preámbulo.

octubre de 1969, el Ministro de Justicia, Antonio María de Oriol, lleva al Consejo de Ministros el proyecto. En el texto del proyecto se considera a los homosexuales como sujetos peligrosos, al margen de su actividad homosexual[168].

El 28 de julio de 1970 se presenta en Comisión los fundamentos del dictamen y ese mismo día se aprueba el texto en las Cortes por unanimidad. Con fecha de 4 de agosto de 1970, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (en adelante LPRS) es aprobada y refrendada por el Jefe de Estado. Como novedad importante se incluye a los traficantes de drogas, a los integrantes de bandas o pandillas, a los autores de contravenciones de circulación peligrosa, a los menores de 21 años abandonados por la familia o rebeldes a ella que se hallen moralmente pervertidos y a los enfermos y deficientes mentales que por abandono o por la carencia de tratamiento adecuado que signifiquen un riesgo para la comunidad[169]. Se considera a la homosexualidad y a la prostitución estados peligrosos, en los casos de comisión de actos de homosexualidad y dedicación a la prostitución habitual, respectivamente.

Si bien mantiene penas similares a la Ley de Vagos y Maleantes, esta ley se diferencia de la anterior en que en lugar del hecho que los homosexuales sean peligrosos *per se* (Ley Vagos y Maleantes de 1954), ahora con esta nueva ley, los sujetos son inculpados si ejercen "actos de homosexualidad" (art. 2.3) con la exigencia de una "frecuencia" en sus actos, los que habitualmente ejerzan la prostitución (art. 2.4). Una sentencia de la Sala de Apelación de Peligrosidad de Madrid del 22 de diciembre de 1971 explica y precisa que: "solo una repetida realización de actos merecedores de ser catalogados como homosexuales revela la perversión sexual generadora de una conducta antisocial (Aliaga y Cortés, 1997: 29). El blanco de los juristas ya no es el homosexual, sino el vicio públicamente cometido. Se produce inseguridad jurídica porque la consideración del incurso en peligrosidad queda al arbitrio del juez. Ni la ley de Peligrosidad Social y su Reglamento de 1971 incorporan en sus articulados ninguna mención o definición de peligrosidad. Siguiendo las actas del debate de las enmiendas a la ley en la Comisión de Justicia, se encuentran las aportaciones de los procuradores donde se evidencian algunas aproximaciones o posibles definiciones de peligrosidad social: efecto devastador (Pilar Primo de Rivera, enmienda 13); ofensa al pudor y a las buenas costumbres (Díaz Llanos, enmienda 48); escándalo o inclinación delictiva o antisocial (Lapiedra de Federico, enmienda 79) (Domingo Loren, 1977: 45).

La ley afecta más a jóvenes, pero sobre todo a pobres; estos son varones de aproximadamente 18 años, expulsados de la casa de sus padres, yendo a las grandes ciudades, trabajando en la hostelería o en el ambiente de diversión nocturna. Careciendo de sitio a donde ir y a causa de las frecuentes redadas policiales en bares de ligue, urinarios públicos o parques, son detenidos, fichados y condenados. Por el contrario, la gran mayoría de los funcionarios, empleados o hijos de familias bien que pasan por comisaría por ser detenidos en urinarios públicos, bares homosexuales o simplemente

[168] Título Primero, capítulo primero, artículo 2, apartado tercero.
[169] Ley de 16/1970 de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de agosto de 1970, núm. 187, pp. 12551-12557.

denunciados por vecinos, lo que ocurre a menudo, salen habitualmente en libertad tras una amonestación, unas horas o días de retención y una paliza (Arnalte, 2004: 104).

En cuanto a los menores de 16 años encuadrados en los arts. 3 y 4 de la ley, es decir, aquellos que se encuentren en estado peligroso cuando concurriesen algunos de los 15 índices de peligrosidad que se enumeran,[170] o aquellos enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado signifiquen un riesgo para la comunidad, deben se puestos ineludiblemente a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores. Así, la ley posibilita un mayor control sobre los jóvenes (16-21) que sin haber cometido un delito o falta (lo que los sitúa bajo la jurisdicción penal ordinaria) son considerados peligrosos o pervertidos; pero como mayores de 16 años no pueden ser corregidos o protegidos por los Tribunales Tutelares de Menores por conductas desviadas.

Esta juventud predelincuente es una amenaza para el orden social en la España de la década de los sesenta y setenta del siglo XX en que, las manifestaciones políticas y los elementos subversivos se configuran en un problema importante para la estabilidad y continuidad del régimen. Asimismo, los menores de 21 años como cualquier otro sujeto (menores de 16 años y mayores de 21) pueden ser sometidos a medidas de seguridad por cualquier otra conducta señalada por la ley como puede ser la integración en bandas o pandillas de evidente predisposición delictiva, la realización de actos homosexuales, los vagos y los mendigos habituales, los ebrios y los toxicómanos.

Los mayores de 16 años que por cualquiera de los motivos señalados en la ley son llevados ante la justicia tienen derecho a un procedimiento con las garantías procesales legalmente estipuladas, incluyendo la defensa y la apelación. Sin embargo, el menor de 16 años de ser sometido a una medida de seguridad no cuenta con defensa ni con las mismas reglas procesales de apelación.

Esta norma modifica la denominación “homosexuales” por “los que realicen actos de homosexualidad”, cambiando también, la denominación de los establecimientos, que ahora son de reeducación art. 5.2. El Fiscal de peligrosidad social Fernando Serrano Misas, manifiesta que la condición de peligrosidad del sujeto homosexual nace de la provocación, a consecuencia de la exhibición notoria de su vicio o del intento de captación de otras personas; y que la finalidad de la Ley de Peligrosidad Social es la vuelta del homosexual a la heterosexualidad o, al menos, es el intento de desarraigar el vicio que no tiene ningún fundamento biológico (Domingo Loren, 1977: 148). Es así como en la práctica y en su literalidad la ley requiere actos de homosexualismo. Lo que le confiere una menor gravosidad, al menos, en apariencia. Sin embargo, en la práctica habitual se sigue utilizando junto al delito de escándalo público a quienes manifiesten de manera impúdica su disidencia sexual. La manifiesta ruptura de los roles de género a través de su visibilidad convierte al homosexual en un blanco fácil para ser detenido y acusado de peligroso social.

[170] Entre los 15 estados de peligrosidad enumerados, la Ley incluye a los menores de 21 años abandonados por la familia o rebeldes a ella que se hallaren moralmente pervertidos.

En esta ley se produce una vinculación de la homosexualidad con otro tipo de categorías vistas como socialmente peligrosas tales como la prostitución y la drogodependencia. En este contexto, a diferencia de la Ley de Vagos y Maleantes, en esta nueva ley, la importancia de los dictámenes médicos gana relevancia y peso al ser incluidos los enfermos mentales y los drogodependientes como sujetos peligrosos. Las reacciones de corte homófobo se ven legitimadas por un aparato legal que insiste en la demonización individual y en la identificación de determinados rasgos identitarios con los miedos colectivos (Calvo Borobia, 2017: 59). Entre 1970 y 1978 son juzgados aproximadamente 5.000 homosexuales, de los cuales son enviados a prisión unos 1.000 (Monferrer y Calvo, 2001: 31). Según la ley, a homosexuales y prostitutas, se les aplica la duración de la pena que puede oscilar entre seis meses y cinco años. Y, a propuesta del director del centro puede llevarse a cabo un juicio de revisión antes de su prescripción, en el supuesto de que cambien las condiciones de peligrosidad del internado (Galván, 2013: 130)

En este marco legal, un solo hecho aislado no es condición para determinar que un sujeto sea peligroso. No están tipificadas las conductas sexuales como tales, sino que a través de estas leyes se castiga penalmente a los homosexuales que practican ciertos actos con regularidad con condenas de privación de la libertad y vigilancias continuas. Se les consideran sujetos socialmente peligrosos y necesitados de medidas de seguridad para rehabilitarlos (Arnalte, 2003: 21)[171].

En cuanto a la aplicación de las medidas de seguridad la ley establece en su art. 6.3 que:

Tercero: A los que realicen actos de homosexualidad y a las que habitualmente ejerzan la prostitución se les impondrán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas: a) Internamiento en un establecimiento de reeducación. b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos, y sumisión a la vigilancia de los delegados. Cuando los peligrosos del número cuarto del artículo segundo sean del sexo masculino, se les impondrá para su cumplimiento sucesivo: a) Internamiento en establecimiento de trabajo y multa, y b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados.

La aplicación de las medidas de seguridad se realiza con el objetivo de curar, rehabilitar y regenerar socialmente a los sujetos peligrosos y propensos a delinquir. Dado que dichas conductas no se consideran delitos, los sujetos declarados peligrosos y sometidos a tales medidas de seguridad no pueden beneficiarse de indultos, de amnistías, de la redención de penas por trabajo, por buena conducta, ni de la libertad condicional. Siguen ostentando las mismas prohibiciones de residencia y continúan bajo vigilancia constante (Alventosa del Río, 2008: 152). Y deben ser separados y aislados siempre de la sociedad por su potencial capacidad de contagio.

[171] Este autor explica que, dada la presunción de que el homosexual era un ser desviado, se creó el Departamento de Homosexuales, puesto en marcha desde la Central de Observación de Presos, con la finalidad de observar, diagnosticar el tipo de desviación y curar a los homosexuales internos en la cárcel.

En los arts. 8 y 9 de la ley se establece que la competencia para juzgar el estado de peligrosidad es de los juzgados ordinarios, a través de las salas especiales. Y el art. 12 establece que el procedimiento para la declaración del estado de peligrosidad y la aplicación de las medidas de seguridad puede promoverse a petición del Ministerio Fiscal o de oficio: en este caso, bien por ciencia propia o por denuncia de la Policía Judicial o de particulares.

A las relaciones de este tipo se les exige *absoluta clandestinidad* para proteger al resto de personas de la ofensa que les puede acarrear. Y se les impone el deber de las *nefandas relaciones* (STS de 20 diciembre de 1966) que implica clandestinidad. Llegados a este punto es importe denotar la contradicción entre la figura de escándalo público o la norma en blanco y las circunstancias de los hechos. Para que ocurra el escándalo público es necesario como condición *sine que non* una cierta publicidad, que lo sepan y conozcan un grupo mínimo de personas, que tenga una cierta divulgación y que los protagonistas sean quienes con su conducta provoquen el escándalo público, de lo contrario no es escándalo. En el caso de los homosexuales se rompen todas las reglas. El escándalo está determinado por el hecho en sí. El tribunal Supremo considera que: *"no radica en la mayor o menor divulgación del hecho (...), sino en su propia naturaleza escandalosa"* (STS de 30 de noviembre de 1953). También, se producen persecuciones e invasiones a la intimidad de las personas con el objetivo de descubrir a personas homosexuales *in fraganti* con el solo objetivo de poder denunciarlas. El Tribunal Supremo promueve una interpretación *contra legem* de este tipo penal, ya que supone una cierta dosis de publicidad en la comisión de los actos supuestamente delictivos. La ley de Seguridad, que en teoría es un instrumento de rehabilitación, es empleada por los tribunales especiales de orden público para encarcelar a las personas homosexuales en procesos que conculcan hasta las mínimas garantías procesales que el propio sistema judicial franquista confiere.

No hay cambios sustanciales si se compara con la Ley de Vagos y Maleantes en cuanto a las medidas de seguridad, excepto la prohibición de frecuentar determinados lugares, en el caso de los homosexuales, les impide el acceso a lugares de encuentro. En el art. 13 de la ley queda patente la doble penalidad, de tal forma que se puede estar imputado por la comisión de un delito o una falta, por tanto, verse inmerso en un procedimiento penal y, además, estarlo también en un expediente de un Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Este artículo permite que cualquier juzgado o tribunal que tramite un proceso penal, en el caso de apreciar una conducta regulada en los arts. 2, 3 y 4 de la LPRS, remita testimonio de los antecedentes a los jueces de Peligrosidad y Rehabilitación social, a fin de dilucidar la peligrosidad. El mismo camino se puede recorrer en sentido inverso, es decir, de los JPRS a los Juzgados de Instrucción, demostrando la conculcación de derechos por parte del legislador franquista. El legislador franquista está más preocupado por elaborar normas capaces de institucionalizar los objetivos de la dictadura franquista (Ugarte, 2008: 102).

La Orden del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 1971 crea los centros específicos que la LPRS demanda para su funcionamiento, como el Centro de Homosexuales de Huelva, encargado de reeducar a los homosexuales peligrosos varones, según el art. 2.4

de esta orden. Sin embargo, la ley deviene en un importante fracaso, porque como sucede con la LVM, no se acompaña a la ley de sus correspondientes presupuestos que permitan llevar a cabo la función de rehabilitación y, además, que hagan posible la creación de los centros de reeducación y la contratación de la plantilla profesional necesaria. En consecuencia, los expedientados hallados peligrosos cumplen penas de privación de libertad en establecimientos penitenciarios comunes, vulnerando sus derechos, los cuales son quebrantados también durante la tramitación del expediente, al no poder ser ejercidos.

Aliaga y Cortés (1997: 30) se plantean en este tipo de norma si el franquismo tenía miedo de una posible difusión de la homosexualidad entre las niñas y entre los niños. Es notorio también, como a través de los medios de comunicación se fomenta una idea, una correlación entre homosexualidad y traición a la nación[172]. El homosexual no solo es un traidor a la Patria, sino que también es un traidor a la familia y a la masculinidad.

La LPRS es modificada en diversas oportunidades mientras está vigente. El 1 de febrero de 1971, el Ministerio de Educación y Ciencia incluye en una disposición legal la homosexualidad como incompatible con la docencia en la educación primaria (Terrasa Mateu, 2008: 90). La norma fuerza a los magistrados a adoptar medidas fuera del Código Penal, por lo tanto, se viola la presunción de inocencia, simplemente por encontrase el sujeto en una situación de riesgo. Por esta razón, los jueces, paulatinamente, dejan de aplicar la ley.

Con la entrada en la democracia la ley continúa en vigor. El 26 de diciembre de 1978, el Congreso da el visto bueno casi por unanimidad (284 votos emitidos, 278 a favor y 6 abstenciones) a la supresión de algunos artículos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 que incluye a aquellos que practican la mendicidad, la homosexualidad, el vandalismo, el tráfico y consumo de drogas, la venta de pornografía, la prostitución y proxenetismo, inmigración ilegal y a cualquiera que fuese considerado peligrosos social por el régimen dictatorial. En un debate breve y sin ninguna alusión directa a la homosexualidad. Finalmente, la ley es derogada el 11 de enero de 1979.

Son aproximadamente 211 los invertidos condenados entre 1971 y 1977, y 650 expedientes sin resolución entre 1972 y 1980 en Cataluña y Baleares. Hay un aumento de las condenas con la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social con respecto a las condenas con la Ley de Vagos y Maleantes; pero, sobre todo, un aumento importante de las detenciones, las cuales no siempre acaban con una condena debido a la superpoblación carcelaria. La ley no puede aplicarse de manera exhaustiva debido a la falta de recursos materiales y personales. Es así como a partir de 1976 el juez de peligrosidad Ángel Díez de la Lastra y Penalva empieza a cerrar definitivamente algunos expedientes datados de principios de la década de los años setenta. Luego a partir de 1977 y 1978, el juez de peligrosidad Enrique Álvarez Cruz también cierra definitivamente todos los expedientes de peligrosidad relativos a la homosexualidad (Nazario, 2004: 26). No obstante, las detenciones policiales prosiguen hasta 1980, y al no apreciar signos de peligrosidad en los detenidos se archivan los expedientes.

[172] Idea recurrente desde el siglo XIX. Véase: Mosse, George (1985). *Nationalism and Sexuality, Respectability and Abnormal Sexuality in Modern Europe*. New York. Howard Fertig. Pág 133-152.

Según los expedientes conservados en el archivo de los juzgados de Barcelona, bajo la LVM y la ley LPRS en Cataluña y Baleares se condenan a 552 homosexuales y a una lesbiana en 21 años desde 1956 hasta 1977, siendo algunos condenados repetidas veces en distintas ciudades de España. Otros 690 expedientes se abren entre 1946 y 1980 y quedan sin resolución. Según los expedientes de peligrosidad, el hecho de ser homosexual no es el único motivo de condena en ninguna ocasión. Para que haya condena, la homosexualidad debe ser habitual y estar asociada a la vagancia o a la delincuencia. Siendo el hecho de no tener trabajo junto al hecho de ser homosexual el motivo de condena más frecuente.

Con la derogación de los artículos que incluyen al sujeto como peligroso social y la legalización de la homosexualidad se logran dos metas claves y fundamentales del activismo y la movilización de los grupos LGTBI.

4. El activismo. Los Movimientos de Liberación Homosexual y LGTBI.

La dictadura franquista (desde 1939 hasta 1975) cuenta con distintos instrumentos legales para perseguir a la diversidad sexual y a los marginados, entre ellos, los homosexuales. Cabe destacar, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (promulgada durante la II República) y reformada el 15 de julio de 1954 por la dictadura franquista, que modifica los arts. 2 y 6 para incluir a los homosexuales como peligrosos sociales, y también, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del 4 de agosto de 1970 (promulgada en el tardofranquismo). Esta legislación está imbuida de una moralidad sexual más común en las ideologías racistas que en cuestiones de ética. Esta aproximación concede la virtud a los grupos dominantes y relega el vicio a los no privilegiados del sistema social. Cuando un comportamiento sexual es proscrito por la ley, todo el Estado fuerza a la conformidad con los valores que dichas leyes defienden. La legislación que reprime los comportamientos sexuales “desviados”, resulta especialmente fácil de aprobar, dado que los legisladores se oponen a ser benignos en temas relacionados con el vicio. Pero una vez promulgadas es extremadamente difícil de eliminar o derogar (Vance, 1989: 142 y 151).

A partir de los años cuarenta del siglo XX, la dictadura franquista se empeña en perseguir a los disidentes sexuales y sociales con el objetivo de disciplinarlos. Es usual la aplicación de técnicas agresivas de modificación de la conducta, como el electroshock, y otros tratamientos cuyo objetivo es la negación de la propia identidad sexual, la reorientación de la orientación sexual y la reeducación del género. Las terapéuticas de reeducación incluyen la mutilación de genitales, e incluso la práctica de lobotomías entre un sinfín de aberraciones. La represión de las lesbianas no es igual ni se aplica con la misma dureza que se aplica a los hombres homosexuales, tanto con la Ley de Vagos y Maleantes, como con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Esta sociedad es una sociedad misógina donde la mujer está relegada a un segundo plano, está cosificada al servicio y disfrute del varón heterosexual. En este contexto, se supone que la mujer socializada en el amor romántico no necesita sexo para gozar (reservado solo para el hombre) ya que su función primordial es reproductora. Es así

como se la condena a la mujer a instituciones y funciones sociales predeterminadas por la rígida moral católica. En el caso de la lesbiana, se la sentencia a un ostracismo e invisibilidad total. Invisibilidad que posteriormente se convierte en un escollo a la hora de una aceptación social. En una sociedad que las discrimina por su orientación sexual y las discrimina por ser mujeres.

La década de los años setenta del siglo pasado es un contexto social moralista y castrador, difícil para las sexualidades diversas, ya que son criminalizadas por no normativas bajo un velo de opacidad institucional y discriminación generalizada. Hay una homofobia paralizante, persecución y silencio en torno a la homosexualidad, invisibilidad lesbiana y hostigamiento de transexuales y travestis. El sistema de estratificación sexual proporciona víctimas fáciles que carecen de poder para defenderse y un aparato estatal preexistente para controlar sus movimientos y restringir sus libertades. El estigma contra los disidentes sexuales los convierte en moralmente indefendibles. Todo pánico moral tiene consecuencias a dos niveles: la población objeto de este es la más perjudicada, pero los cambios sociales y legales afectan a toda la sociedad[173].

Pero también, fruto de esa opresión, los afectados crean espacios de lucha política y social en pos de la búsqueda de sus identidades y de sus derechos. El movimiento de liberación de las personas LGTBI, antes conocido como movimiento homosexual, hace referencia al movimiento político y social formado por personas gays, lesbianas, transexuales y bisexuales, que luchan por la equiparación de sus derechos con los de los heterosexuales y por la inclusión normalizada en la sociedad. Las diferentes experiencias del caso español llegan con notable retraso, no solo cronológicamente, sino también, debido al aislamiento político y cultural de la España franquista, a pesar del aperturismo.

Para hablar y entender del movimiento de liberación homosexual en el Estado Español, es esencial hacer referencia al movimiento político surgido en el contexto internacional, sobre todo el europeo, ya que es un factor de máxima importancia a la hora de impulsar el movimiento político de liberación en España. En el desarrollo del movimiento homosexual se distinguen tres etapas, que van desde finales del siglo XIX hasta la actualidad. La primera etapa comprende desde finales del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial. En ese contexto, la mayoría de los Estados consideran la homosexualidad como delito. Ante esta situación, el objetivo principal de los activistas consiste en lograr la despenalización de la homosexualidad. La primera organización es el Comité Científico Humanitario creado en 1887 en Alemania que lucha para suprimir el art. 175 del Código Penal alemán en el que se penalizan los actos homosexuales. De esa manera, se pretende el reconocimiento social de los homosexuales y personas transgénero. Esta organización se convierte en la primera organización pública de defensa de los derechos de los homosexuales y personas transgénero del mundo. Asimismo, surgen otras organizaciones tanto en Reino Unido como Francia. En 1903 y en Alemania es destacable el surgimiento de la Comunidad de los Propios, organización que refleja un ánimo participativo y de influencia en la modificación legal. En clara

[173] *Ibidem*, p. 165.

oposición a las teorías médicas sobre la homosexualidad vigentes en la época. Esta sociedad facilita la visibilidad del grupo homosexual y posibilita la producción de diversos boletines y revistas sobre el tema.

La segunda etapa comienza al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y se conoce como el *Movimiento homófilo.* En este momento, el debate cambia y gira en torno a las relaciones sentimentales entre personas del mismo sexo y no en las relaciones homosexuales puramente sexuales. De esta manera, se intenta combatir la imagen estereotipada y negativa de la homosexualidad. Además de establecer una cierta normalidad por parte de las instituciones a través del conocimiento científico de la propia condición de la homosexualidad.

La tercera etapa se produce a partir de 1969, como fruto de las *Revueltas de Stonewall*, ocurridas el 28 de junio de 1969 en Nueva York. Esta fase se caracteriza por ser la primera vez que la comunidad homosexual de Nueva York se enfrenta directamente a las fuerzas del orden público, enfrentamiento que dura tres días. Siendo el inicio de las manifestaciones del Orgullo Gay, y que se posicionan a favor de los derechos de las personas LGTBI. En la actualidad el Movimiento internacional LGTBI, logra la despenalización de las disidencias sexuales en la mayor parte de Europa y América. Sin embargo, todavía se esfuerza por lograr la legalización de la homosexualidad y las disidencias sexuales en el resto del planeta, sobre todo, en países del continente africano y asiático[174]. En la mayoría de los países donde se penalizan las relaciones entre personas del mismo sexo se refieren a las relaciones entre varones, ya que las relaciones entre mujeres son ignoradas y no contempladas. Las funciones sociales y de género atribuidas a ellas las coloca en un segundo plano cosificadas y discriminadas. Esta posición de sumisión y secundaria en sociedades heteropatriarcales con gran presencia de la religión, las condena a la invisibilidad.

El objetivo fundamental del movimiento LGTBI es crear una sociedad donde prime la igualdad entre todas las personas, sin hacer distinción alguna por su condición sexual o de género, además de concienciar sobre la necesidad de eliminar los prejuicios y estereotipos que históricamente se construyen en torno al colectivo LGTBI. A pesar de lograr la despenalización de los actos homosexuales y de conseguir la aprobación de leyes que abogan por la igualdad y la no discriminación por razón de orientación sexual, derecho a contraer matrimonio, derecho a la adopción, etc., todavía en la actualidad las disidencias sexuales: la homosexualidad, el lesbianismo, la transexualidad, etc., siguen estigmatizadas, asociadas por muchos casos a la enfermedad y a un trastorno psicológico.

[174] Entre los países que castigan la homosexualidad con penas físicas, penas de cárcel o muerte se encuentran: Afganistán, Angola, Arabia Saudita, Bahrein, Bangladesh, Benin, Bután, Botsuana, Brunei, Cabo Verde, Camerún, República Democrática del Congo, Islas Cook, Emiratos Árabes Unidos, Etiopía, Fiji, Gambia, India, Irán, Jamaica, Kenia, Kiribati, Kuwait, Líbano, Libia, Malasia, Malaui, Maldivas, Marruecos, Sáhara, Islas Marshall, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nauru, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Niue, Omán, Palestina, Papúa Nueva Guinea, Paquistán, Islas Salomón, Samoa, Santa Lucía, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Tanzania, Togo, Tokelau, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Tuvalu, Uganda, Uzbequistán, Yemen, Yibuti, Zambia y Zimbaue (Baird, 2006: 173-178).

Las revueltas de Stonewall, los movimientos LGTB que se inician en los Estados Unidos de Norteamérica y en Europa y la aprobación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en España en 1970 (que equipara a homosexuales con maleantes, ladrones y asesinos) es el caldo de cultivo que propicia la aparición del movimiento LGTB en España.

En España, la dictadura franquista se afana por homogeneizar y uniformizar la sociedad y prohíbe y censura la promoción social de determinados sujetos. La sexualidad está totalmente orientada a la procreación y en el marco de la institución matrimonial. Siendo el aumento de la natalidad una obsesión para el régimen. Fuera del matrimonio todo es pecado y subsumible al sexto mandamiento católico. En consecuencia, todo lo que se desvía debe ser reprimido. La represión sexual es tremenda para toda la población, en especial para las mujeres y homosexuales, además, de otras disidencias sociales y sexuales. El régimen crea una sociedad tremendamente homofóbica y caricaturesca del "mariquita", de la "bollera", y de todo lo que se aparte de la norma. El régimen favorece la creación de identidades estereotipadas y repulsivas, fácilmente, rechazables por toda la sociedad. Esto repercute en la dificultad de establecer vínculos solidarios entre las personas, especialmente, aquellas identidades castigadas legal y socialmente. El armario y el hogar sirven de caja fuerte de protección y a su vez como jaulas que impiden la superación individualizada del estigma para obtener una red de apoyo, se define un adentro marcado por la soledad y un afuera político de inseguridad violencia y represión (Della Porta y Diani, 2015: 130).

En estas personas oprimidas, reprimidas, minusvaloradas, etc. se produce un proceso de interiorización, identificación identitaria y organización activista que lleva posteriormente, a la organización de movimientos más o menos estructurados en torno a objetivos comunes. Donde son fundamentales sentimientos como el de autorrealización, de pertenencia colectiva, de empoderamiento y solidaridad que sirven de anclaje para el desarrollo de un movimiento en sus inicios sumergido en la clandestinidad y la ilegalidad. Teniendo en cuenta que los sentimientos de pertenencia identitaria y solidaridad rebajan los riesgos e incertidumbres vinculados a la acción colectiva[175].

La ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (1970) coincide con el período final de la dictadura franquista y sirve como detonante para el comienzo de la actividad de los movimientos por la liberación sexual en España que va de 1975 a 1981 (desde la muerte de Franco al fallido golpe de Estado de Tejero), lo que provoca que las cuestiones de género y de orientación sexual salgan a primera línea de debate en una sociedad ávida de información sobre todo aquello que prohíbe el franquismo. Por otro lado, los medios de comunicación masiva juegan un papel importante y decisivo en la transmisión de información y visibilización sobre los colectivos y movimientos homosexuales de liberación, provocando una permeabilidad informativa importante que posibilita el cambio. Estos años de transición están caracterizados por una elevada tensión política. Tras varias décadas de dictadura y la posterior abolición de la censura, se producen múltiples manifestaciones de cultura popular que ven una posibilidad de manifestación. Sin embargo, mientras la explosión popular ocurre, también se incrementan las redadas

[175] *Ibidem*, p. 131.

y detenciones por peligrosidad social, lo que manifiesta la elevada presión del momento que implica el tránsito de la dictadura a la democracia

La aparición de los primeros movimientos de liberación homosexual está directamente relacionada con el proceso de aprobación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, durante el gobierno de Carrero Blanco. Mientras que los partidos políticos y los movimientos de liberación de la mujer, legales o en la clandestinidad, realizan abiertamente sus campañas, los movimientos de liberación homosexual se mantienen en el secreto y la ilegalidad. Se funda en Barcelona el Movimiento Clandestino Español de Liberación Homosexual (en adelante MELH). El proyecto inicial de la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social propicia que un grupo de activistas catalanes, liderados por los abogados Francesc Francino y Armand de Fluviá (MELH), toman la iniciativa y diseñan una campaña clandestina contra la ley, con el apoyo del colectivo francés Arcadie. Francesc Francino (bajo el seudónimo de Mir Bellgai) y Armand de Fluviá (bajo el seudónimo de Roger de Gaimon) presionan a los obispos y a las fuerzas políticas a través del envío de cartas exigiendo que rechacen la propuesta de aprobación de la Ley de Peligrosidad Social (De Fluviá, 2005: 47). Los activistas finalmente consiguen modificar la expresión homosexuales por la de quienes realicen actos de homosexualidad (Llamas y Vila, 1997: 196). Esta acción es el germen del Movimiento Español de Liberación Homosexual[176].

En enero de 1972 la Agrupación Homosexual para la Igualdad Sexual, publica el Boletín clandestino mensual *Aghois*[177], organización que se denomina Movimiento Español de Liberación Homosexual. En este boletín se publican artículos sobre la problemática homosexual desde perspectivas tan distintas como la jurídico-legal, religioso-moral, médico-científica, sociopolítica, histórico-biográfica, etc. (Fluviá, 1977: 485). El Movimiento Español de Liberación Homosexual desarrolla una amplia red con otras organizaciones afines tanto de Europa como América. Este movimiento surge con el objetivo de concienciar a los homosexuales en la reivindicación de sus derechos, y conseguir por parte de la sociedad su aceptación y reconocimiento. Además, reivindican la supresión de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y la amnistía para todos los encarcelados y recluidos por causa de una conducta homosexual (Galván, 2010: 137-138). Sobre el año 1974 esta agrupación se disuelve por el acoso policial que padecen. De este movimiento inicial, reforzando su perfil ideológico, surge después de la muerte de Franco, en 1975 el Front d´Alliberament Gay de Catalunya (en adelante FAGC), colectivo de referencia no solo en Cataluña, sino también, a nivel nacional durante los años de la transición (Ramírez Pérez, 2018: 166). Esta nueva organización trabaja de manera abierta y visible por los derechos del colectivo LGTB, cuyas bases políticas e ideológicas provienen del *Gay Liberation Front*[178].

[176] Creada en 1970 es la primera organización que lucha por la defensa de los derechos del colectivo LGTB en España.

[177] En 1972 Aghois cuenta con centenares de suscriptores. Para evitar los riesgos de censura y secuestro de la publicación, el boletín es copiado en París por el grupo Arcadie, apareciendo desde el número 5 como: Suplemento de Arcadie para los amigos de España. Si bien el boletín se publica en Francia hasta 1974, la administración franquista presiona con insistencia desde 1973 para que deje de publicarse.

[178] El Frente de Liberación Gay de Nueva York, es el referente ideológico y político de todas las organizaciones del movimiento LGTB surgidas a raíz de las revueltas de Stonewall de 1969.

El Manifiesto del FAGC, es el texto esencial de los primeros años de movilización, y se considera el primer análisis político de la cuestión homosexual; y este documento se utiliza posteriormente de base para la elaboración de la teoría *de la liberación sexual*, sirviendo de plataforma orientativa para la mayoría de los movimientos gay de España. Hace una crítica a los aparatos del Estado que sustentan la ideología dominante judeocristiana: la escuela, las leyes, la cultura, los partidos políticos, los medios de comunicación, la iglesia católica, etc. Asimismo, denuncia el sexismo, el machismo y el heterosexismo que mantiene la ideología dominante. Este movimiento, ideológicamente, se orienta hacia el cuestionamiento de la norma dominante.

Las reivindicaciones fundamentales son: derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social; amnistía para todos los encarcelados y recluidos por causa de una conducta homosexual; y la obligación de impartir una educación sexual adecuada en todos los niveles de enseñanza, sin hacer discriminaciones con la homosexualidad. El FAGC pretende romper el aislamiento y la política de silencio impuesta por el régimen en que se encuentran los homosexuales, realizando una clarificación ideológica de la problemática no solo homosexual, sino de la problemática sexual de la sociedad. Este Movimiento pretende forzar al resto de organizaciones de homosexuales a superar la estrechez de miras y conceptos, y reivindican el derecho a hablar de ellos mismos en primera persona, de su homosexualidad, sin necesitar el certificado de garantía de nadie. Se trata de eliminar los límites del dispositivo sexual burgués, de asumir como objetivo no la liberación de la homosexualidad, en contraposición a la heterosexualidad, sino la propia superación teórica y práctica de la sexualidad (Llop, 1977: 5-18). No solo se hace referencia a una despresurización legal, sino que, al son de la introducción de la ideología de la liberación en España a lo largo de la década de los años setenta del siglo pasado, surge el discurso de la visibilidad, la no culpabilización y la identidad (Calvo Borobia, 2000: 95).

En su discurso, este Movimiento sostiene que la sociedad burguesa construye y normaliza el concepto de sexualidad, y dentro de ésta la formación de la homosexualidad cuenta con la importante ayuda de la psiquiatría. Esta disciplina se encarga de clasificar, medir, analizar, añadir o quitar cromosomas, asignando mayor o menor dosis de hormonas masculinas o femeninas, e incluso explora la infancia en busca de extrañas fijaciones o complejos, atribuidos a un carácter o a una personalidad común a todos los homosexuales (Cancio, 1986: 77-80).

El análisis de los frentes de liberación gay llega a la conclusión de que la opresión y represión aplicada en mujeres y hombres parten de la misma ideología sexista y machista, por lo que sus mejores aliados son los movimientos de liberación de la mujer. Es obvia la conexión existente entre las reivindicaciones feministas y las de los colectivos de gays y lesbianas. Ambos colectivos coinciden en criticar el modelo cultural que a su vez es jurídico y político, basado en el universalismo abstracto, en la igualdad formal pero no real y en la negación de las diferencias. En este sentido, estos colectivos denuncian que la violencia más extrema sufrida por gays, lesbianas, transexuales y mujeres, no es aquella material, sino la simbólica, que es la originaria. Sus reivindicaciones coinciden en transformar el orden patriarcal, en clara reacción

contra la violencia simbólica y en el reconocimiento de las diferentes maneras de ser hombre y mujer.

El momento de eclosión de los movimiento sociales, tiene lugar en España tras la muerte del dictador Franco. En 1977 se crean muchas de las asociaciones por la lucha del colectivo en el ámbito nacional, entre otras, la Agrupación Mercurio para la liberación homosexual ubicada en Madrid, la Euskal Herriko Gay AskapenMugimendua EHGAM en el País Vasco, el Front d´Alliberament Homosexual del País Valenciá, el Frente Homosexual de Acción Revolucionaria de Granada y Madrid etc.

La mayoría de estos colectivos homosexuales y de liberación coinciden en constituirse en una sola asociación, de ahí el nacimiento de la Coordinadora de Frentes de Liberación Homosexual del Estado Español. La derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social constituye el principal objetivo y urgencia del movimiento de liberación homosexual durante los años de la transición, y el fin último de casi todos los actos de protesta organizados entre 1976 y 1978. Cabe destacar otras reivindicaciones tales como la revisión de los Códigos civil, penal y militar; amnistía para aquellos delitos calificados como sexuales, siempre que no haya fuerza o engaño; equiparación de la mujer al hombre en todos los niveles: jurídico, social, económico y laboral; implantación de una educación sexual en donde la sexualidad se analice bajo un prisma multicultural; garantizar el derecho de libertad para todos aquellos grupos minoritarios o marginados; legalización del divorcio y despenalización del aborto; obligación por parte de la Seguridad Social de promover campañas de información sobre higiene sexual, facilitando una revisión periódica y gratuita a las personas interesadas; erradicación de la prostitución femenina y masculina; reducción de la edad mínima para fijar el consentimiento en las relaciones homosexuales a los catorce años, atendiendo a que en el Código Civil se permite contraer matrimonio a los varones mayores de catorce años y a las mujeres de más de doce y la consolidación de una auténtica democracia para todos sin ningún tipo de discriminaciones (Soriano Gil, 2005: 190).

Estos movimientos sociales tienen un componente de lógica instrumental ya que tratan de modificar e impulsar disposiciones legales a favor del colectivo que defienden. Asimismo, las reivindicaciones no son excluyentes, sino que buscan igualdad real y protección jurídica contra las discriminaciones para todos los grupos sociales que componen la sociedad. Y, especialmente, para aquellos que son marginados, oprimidos y discriminados.

Las lesbianas forman a principios de 1977 un grupo independiente, aunque incluidas en el Front d´Alliberament Homosexual del País Valenciá, denominado Colectivo de Lesbianas del FAHPV (Frente de Liberación Homosexual del País Valenciano y el Colectivo de lesbianas de Barcelona), grupo que tiene discrepancias respecto al enfoque de sus luchas e incluso por su forma de entender la sexualidad. Posteriormente, se unen grupos de lesbianas de los Frentes de Bilbao (EHGAM), Galicia (FLHG), y Madrid (FLHOC), entre otros. Las activistas lesbianas se unen a los frentes en la lucha contra la LPRS y por la liberación sexual y social en general. Los *Frentes* defienden, inspirados por ideas de corte marxista, que la liberación de los homosexuales y la de todos los individuos pasa por la liberación de la clase obrera a través de la lucha de clases. Por lo

tanto, es necesario establecer vínculos y relaciones con otras lesbianas, gays y, desde los Frentes mixtos, con otros sectores sociales, entre ellos el movimiento feminista, el movimiento obrero y los partidos de izquierda. Estos colectivos defienden la necesidad de unir fuerzas en la lucha antipatriarcal, antisexista y anticlasista.

El colectivo de lesbianas de Barcelona interviene en el mitin público del FAGC contra la LPRS celebrado en el cine Niza de Barcelona en diciembre de 1977, y es la primera reunión política en la que se habla de lesbianismo públicamente. Ante el abandono del Colectivo de lesbianas de Barcelona de la militancia conjunta, en el FAGC se forma un nuevo grupo de lesbianas que, en noviembre de 1978, se presenta en la Asociación de Prensa de Barcelona como *Grup de lluita per l´Alliberament de la Lesbiana.* Sin embargo, la falta de entendimiento entre los componentes del grupo hace que se disuelva en poco tiempo. A principios de ese año también se organiza el ESAM (*Emakumearen Sexual Askatasunerako Mugimendua, Grupo de Liberación Sexual de la Mujer*), como organización autónoma dentro del EGHAM, al que sigue el grupo de mujeres de FLHOC en Madrid. Las activistas de los colectivos integrados en los Frentes en la segunda mitad de los años setenta reivindican un discurso propio como lesbianas. Una vez abandonado el FAGC, se integran en la coordinadora feminista. Muchas lesbianas llevan a cabo una doble militancia en los colectivos de lesbianas y en el feminismo (Trujillo Barbadillo, 2008: 205-206).

Si bien la lucha conjunta entre lesbianas y gays perdura, una vez ve su fin la LPRS, se abre un espacio a las diferencias ideológicas entre lesbianas y gays. De esta manera, se produce un giro en el posicionamiento de los grupos de lesbianas y apuestan por los grupos feministas. En parte, debido a que el discurso feminista, además de tener una mayor difusión, acerca a las lesbianas al resto de mujeres de la sociedad.

El colectivo de lesbianas se mantiene incluido dentro del FAGC hasta febrero de 1978 en los denominados Frentes Mixtos, incorporándose con posterioridad en el Movimiento Feminista como Colectivos de Lesbianas Feministas.

En 1977 se celebra la primera manifestación por la liberación homosexual en España, impulsada por el Front d`Alliberament Gay de Cataluña. En el comunicado hecho público el Movimiento nuevamente exige la inmediata derogación de la discriminatoria Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, y explican que se trata de celebrar por primera vez en España el "Día del Orgullo Gay", en la fecha en la que se conmemora el inicio de las movilizaciones homosexuales en el mundo. En esos momentos, los actos homosexuales todavía están penados y hay alrededor de 600 homosexuales en los centros de rehabilitación del régimen. En la manifestación del día del Orgullo, el ambiente festivo se ve empañado por la todavía dura represión del régimen y la policía antidisturbios reprime con gran dureza a los asistentes provocando numerosos contusionados y detenidos[179].

[179] El 29 de junio de 1977, el periódico catalán *Mundo Diario* publica: en la pasada madrugada fue presentada una demanda en el Juzgado de Guardia por los presuntos malos tratos inferidos por la Policía a un detenido en el manifestación gay del pasado domingo en *Las Ramblas*. La denuncia fue admitida a trámite por el juez, que, al parecer, habló con la denunciante y una testigo de la paliza inferida a Oriol Martí Casas, militante de OCE-BR (Organización Comunista de España-Bandera Roja), médico y PNN

Por su parte, los partidos de izquierda y sus representantes políticos, fuertemente imbuidos por la ideología machista, en los problemas relacionados con la sexualidad, inciden más en la ideología que en las vidas particulares de las personas. Estos partidos de izquierda son conscientes del extraordinario tabú social que representa la homosexualidad y las disidencias sexuales. Por lo que hacen todo lo posible por abstenerse de manifestarse sobre el tema o no reconocer oficialmente su postura ante la homosexualidad, con el temor de ser un factor determinante a la hora de restarles votos. Por lo tanto, consideran casi infantilmente, que la homosexualidad es una consecuencia más de la sociedad burguesa capitalista, y que solo puede existir en ese tipo de sociedad. Ya que en una sociedad socialista no existirían homosexuales. Curiosamente, coincidiendo de manera idéntica con las posiciones del propio franquismo en su primera etapa.

En 1977 se publica el libro *Los homosexuales frente a la ley. Los juristas opinan* de Victoriano Domingo Loren, donde se recogen las opiniones de los juristas más relevantes del momento sobre el tema en cuestión, incluso del juez Tomás Sabater. Entre los juristas, se manifiestan diversidad de opiniones, aunque las resistencias a la libertad sexual de la mayoría de los operadores de justicia son considerables y duraderas.

Tras las elecciones del 15 de junio de 1977 y la victoria de UCD con 165 escaños, seguido por el PSOE con 118 y el PCE con 18, lo que otorga mayoría absoluta a la izquierda, cristaliza el fin de la dispersión de partidos (Paredes, 1998: 884). Este hecho junto a las numerosas voces que reclaman una amnistía total hace que el 17 de octubre de 1977 se promulgue dicha ley. Curiosamente, a pesar de las reivindicaciones de gays, lesbianas transexuales y bisexuales como así también de agrupaciones feministas, son estos los grupos más perjudicados por dicha ley. La amnistía tiene en cuenta la característica genérico sexual, es decir, se ocupa de los delitos ejercidos mayoritariamente por hombres en su mayoría heterosexuales, olvidando los tipificados como delitos femeninos/izados: adulterio, aborto, anticonceptivos y actos homosexuales. Los gays y las lesbianas no se benefician de la amnistía ni del indulto del Gobierno de Adolfo Suárez tras la muerte de Franco. Los presos políticos y los terroristas sin delitos de sangre salen de la cárcel, pero los homosexuales no[180]. Se produce un grave perjuicio ya que, si bien se produce el proceso de despenalización, por otro lado, la invisibilización concretada en la no inclusión de estos grupos en la ley ocasiona un importante daño a estos movimientos políticos – sociales. No reconocer como amnistiadas a estas identidades supone negar su existencia y no valorar su sufrimiento y, por lo tanto, colocarlas en un segundo plano de relevancia social y hasta invisibilizarlas. Las leyes de amnistía funcionan como leyes del olvido con la excusa de una potencial desestabilización del *statu quo*.

La aprobación en diciembre de 1978 de la Constitución española acelera las reformas y con fecha de 26 de diciembre de 1978, bajo la administración de Suárez, se procede a

---

de la Universidad Autónoma. Oriol Martí fue ingresado en la cárcel Modelo, y al parecer, se le abrió sumario por posible agresión a la fuerza armada por parte de la jurisdicción militar.

[180] Jordi Petit*, El País*, de 27 de junio de 2002.

una modificación de la ley de Peligrosidad Social del franquismo en vigor (heredera de la ley de vagos y maleantes). Por vía de urgencia, en la Ley 77/1978 de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, con una reforma legal en la que se eliminan varios artículos de la ley, entre ellos el referente a los actos de homosexualidad. No se trata de solo cambiar y derogar leyes, sostiene el Col-lectiu de Lesbianes de Barcelona, sino también de que gays y lesbianas españoles tomen la palabra para cambiar estructuras y derribar prejuicios (Buxán, 1977: 193). La estrategia política de los *Frentes Libertarios* es la de defender los presupuesto de la igualdad, frente a los de la diferencia homosexual. Y denuncian la necesidad de adaptar el sistema legal a los principios de la Constitución, siendo una cuestión de Derechos Humanos.

La eliminación de dichos artículos de la ley marca la despenalización y el fin de la persecución legal de la homosexualidad. El retraso en la derogación parcial de la ley desde la muerte del dictador General Franco en noviembre de 1975, supone que las personas acusadas de "homosexualismo" no puedan acogerse a la amnistía de 1977 (que si es posible para los presos políticos). Finalmente, la ley es derogada en 1995. Tras la eliminación de la ley, los colectivos LGTB piden a la administración la eliminación de las condenas de los archivos policiales. Ya que al mantenerse los archivos públicos y policiales constan como antecedentes de las personas en cuestión ante una posible identificación policial posterior. Al final, se llega a un acuerdo que consiste en mantener los archivos debido a su valor histórico, pero sin que tengan aplicación efectiva.

Tras la modificación en 1978 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social para eliminar la referencia a los actos de homosexualidad, persiste hasta 1988 la figura del escándalo público (art. 431 CP). Y, desde enero de 1979, ya no hay homosexuales encarcelados por su orientación sexual. Solo la legislación del Servicio Militar en su Reglamento de Reclutamiento, de 9 de julio de 1993, conserva la homosexualidad como trastorno de personalidad, lo que justifica una posible exclusión del servicio militar porque esa constitución patológica es difícilmente compatible con una actividad normal. Posteriormente, también es derogada (Pérez Cánovas, 1996: 99).

La despenalización de los actos de homosexualidad (26 de diciembre de 1978) es un gran hito en la lucha del activismo y de los derechos de este grupo social. Sin embargo, a partir de ese momento histórico las disidencias sexuales comienzan un largo camino de recuperación de las libertades y de redefinición de las identidades en un nuevo contexto constitucional y, también, de recuperación de derechos (no exentos de discriminación institucional, laboral, educativo, sanitario, etc.), ya que los estereotipos y prejuicios persisten. Sobre todo, cuando a lo largo de la historia el propio Estado, a través de sus instituciones, es productor de unos discursos estigmatizadores que construyen la realidad social y, que, además, persisten en el orden democrático.

Tras la derogación de la ley, en la década de los años ochenta, el movimiento LGTB se vuelca para responder a la pandemia del SIDA. A pesar de las resistencias iniciales y el rechazo al vínculo homosexualidad y transexualidad con SIDA, el gran impacto que tiene la epidemia hace que muchas de las organizaciones dejen sus reivindicaciones más revolucionarias para dedicarse a ofrecer servicios y colaborar con las instituciones (Petit, 2003: 34; Calvo, 2003: 204). Al mismo tiempo, las mujeres transexuales se

organizan para enfrentarse a la estigmatización frente al SIDA y la prostitución, y, sobre todo, frente al acoso policial (Mejía, 2006: 53; Vázquez, 2001: 7). Las reivindicaciones de los derechos de las personas transexuales no solo se producen en las organizaciones LGTB, sino también, en las asociaciones feministas a finales de esta década, generando demandas y, al mismo tiempo, reclamando un espacio político y social entre las asociaciones LGTB y las asociaciones feministas. En 1987, se crea la Asociación Española de Transexuales (Transexualia) que reivindica el derecho a pagar impuestos y la Seguridad Social, por la actividad económica de la prostitución. Esta organización defiende que la prostitución sea considerada un trabajo, propuesta presentada ante la Dirección General de Tributos, pero que finalmente no tiene recorrido político ni jurídico (Rullán, 2004: 40). Un punto clave para este colectivo (transexuales) es la legalización de la cirugía de reasignación de sexo en 1983 a través de la despenalización de la castración. Ante una carencia de legislación específica que regulara o promoviera los derechos de las personas transexuales, son los juzgados quienes se pronuncian sobre sus derechos. Entre 1987 y 1991 el Tribunal Supremo falla en favor de los derechos transexuales, reconociendo el concepto de *sexo psicosocial* frente al sexo biológico, lo cual introduce novedades importantes ante la perspectiva natural y biológica[181].

En 1980 se produce el I Congreso de la International Gay Association (IGA) en Santa Cristina d´Aro (Girona), donde acuden los delegados de las distintas organizaciones LGTB de Europa. Este es el primer congreso sobre homosexualidad que se realiza en territorio español. En 1989 el Parlamento Europeo emite la resolución *Sobre la discriminación de los transexuales*. Esta es la primera vez que se reconoce oficialmente la existencia de discriminación contra personas transexuales, señalando que los Estados miembros deben garantizar a las personas transexuales el acceso a la asistencia sanitaria pública en el proceso quirúrgico de reasignación del sexo, incluyendo el tratamiento integral.

A finales de la década de los años ochenta y comienzo de la década de los años noventa, se produce la movilización por las parejas de hecho. Los primeros discursos y movilizaciones se producen en el seno de las organizaciones lésbicas (Plataforma Antidiscriminatoria de la coordinadora de organizaciones feministas 1989), pero no es hasta 1994, con la promoción en Vitoria del primer Registro de Parejas de Hecho cuando se legisla y entra en la agenda política. Se trata de equiparar derechos con respecto a las uniones heterosexuales, así como también de reconocer las uniones del mismo sexo frente a Estado. En abril de 1992 se constituye la FELGTB[182] que en un principio está compuesta por las organizaciones: COGAM de Madrid, Casal Lambda de Barcelona, la asociación NOS de Granada, CREZUL de Madrid y Gais Cristians de Cataluña. Se incorporan paulatinamente en los años sucesivos las distintas organizaciones a favor de los derechos del colectivo LGTB, iniciando en el año 1997 un proceso de expansión y consolidación en el Estado Español.

[181] STS 1987/5045, de 2 de julio de 1987; STS 1988/5722, de 15 de julio de 1988; STS 1989/1993, de 3 de marzo de 1989; STS 1991/2725, de 19 de abril de 1991.

[182] La FELGTB en un principio se conoce como FEGL (Federación Estatal de Gays y Lesbianas) y es a partir de 2002 que cambia de denominación a FELGT, encabezando la sigla "L "de lesbianas para la visualización de estas, e incluyendo además a los transexuales. En 2007 se incluye a os bisexuales.

En 1995 se da un paso importante en el camino de proteger a las personas contra las discriminaciones. Tras la aprobación del nuevo Código penal, desde los arts. 510, 511 y 512 se protege a las personas discriminadas, entre otras razones, por su orientación sexual, considerando además como un agravante, la homofobia.

Es a finales de la década de los noventa de este siglo que los partidos políticos de izquierda, PSOE[183] e IU[184] comienzan a incorporar en sus programas políticos y propuestas electorales los derechos de las personas gays, lesbianas, transexuales y bisexuales. Esta nueva situación de apoyo institucional crea las condiciones para una mayor visibilización de la realidad de estos colectivos sociales. Y al mismo tiempo, favorece la planificación y aplicación de políticas públicas tendientes a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género.

En cuanto a las leyes de parejas de hecho, el 30 de junio de 1998 se aprueba la primera ley de parejas de hecho en Cataluña ley 10/1998, de 15 de julio, que reconoce las uniones de pareja estables. Desde ese momento hasta la actualidad se aprueban en cascada numerosas leyes de parejas de hecho, señalando que el debate sobre los derechos del colectivo LGTBI se localiza en las Comunidades Autónomas[185]. Al no haber una ley nacional de Parejas de hecho, y existiendo diferencias sustanciales entre las leyes de unas y otras comunidades autónomas a la hora de legislar en ese ámbito. No se puede hablar de igualdad real y plena entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales. Por otro lado, un motivo de mayor importancia que limita los derechos de las parejas homosexuales es que las parejas de hecho no contemplan el derecho a la adopción, esencial para poder formar una familia. En este aspecto, hay una excepción con las leyes de Navarra y el País Vasco que, si contempla el derecho de adopción, equiparando plenamente las uniones homosexuales y heterosexuales.

Será en el próximo siglo XXI, cuando después de muchos años de lucha del activismo, se logre no solo la despenalización de la homosexualidad, seguido de la promulgación de legislación antidiscriminatoria y protectora del colectivo LGTB, sino que se obtiene, en materia civil, el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo.

En 1973 la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) decide eliminar la homosexualidad del Manual de Diagnóstico de los trastornos mentales (DSM) y urge a

[183] Partido Socialista Obrero Español

[184] Izquierda Unida

[185] Ley 10/1998, de 15 de julio de uniones estables de pareja de Cataluña; Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la ley 9/1998, del Código de Familia de la ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la ley 40/1991, del código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela; en Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; En Navarra: Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; en Valencia: ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho; en Madrid: ley 11/2001, de 19 de diciembre de uniones de hecho; en Islas Baleares: ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables; en Asturias ley 4/2002, de 23 de mayo de parejas estables; en Andalucía: ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas estables; en Islas Canarias: ley 5/2003, del 6 de abril , de parejas de hecho; en Extremadura: ley 5/2003, de 20 de marzo, reguladora de las parejas de hecho; en País Vasco: ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; en Cantabria: ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho.

rechazar toda legislación discriminatoria contra gays y lesbianas. La acción es consecuencia de una revisión completa y científica sobre el tema. La decisión adoptada por la APA de no considerar la homosexualidad como una perturbación mental es un acto simbólico que marca la inversión de las relaciones de fuerza entre las diferentes teorías sobre la sexualidad. Esa inversión se opera en favor de una visión que naturaliza el fenómeno homosexual (Pollack, 1987: 72).

Ocho meses después de la muerte del General Franco se realiza una reforma del Código Penal por la Ley 23/1976, de 19 de julio. Reforma que introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español la sanción penal de una conducta de discriminación. Esta es relativa a "las asociaciones ilícitas que promueven la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica" (art. 172.4). Su duración es breve ya que queda sin efecto por la LO 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación.

La transición a la Democracia.

La transición política comienza con la muerte del General Franco en 1975. Sin embargo, no se produce la inmediata democratización. La dictadura franquista quiso conservar su poder absoluto y controlar su sucesión, consciente de que la constitucionalización del régimen limitaría su futuro. El dictador resuelve este problema declarando sucesor en 1969 a Juan Carlos de Borbón. Tras su muerte, Franco es reemplazado por el rey Juan Carlos con los mecanismos de sucesión previstos por el régimen franquista. Las leyes franquistas se mantienen, pero al mismo tiempo, se introduce un calendario de reforma. En 1974 el presidente de Gobierno Arias Navarro es reemplazado por Adolfo Suárez a instancia del rey, ante una excesiva fragilidad institucional del sistema político. Por su parte, las cortes franquistas aprueban la ley para la Reforma Política[186] por la que se convocan las primeras elecciones libres en junio de 1977.

Hay una importante secuencia de acontecimientos que incluyen: la legalización del Partido Comunista Español, las elecciones generales, se efectúa la solicitud del ingreso en la Unión Europea, el restablecimiento de la Generalitat de Catalunya, la amnistía, los Pactos de la Moncloa[187], el comienzo del debate constitucional, etc. Los acuerdos son importantes porque ponen de manifiesto la existencia de un importante consenso básico en torno a la economía social de mercado como modelo idóneo para España.

Un momento clave en el camino de la transición a la democracia es la Ley de Amnistía de 1977, ley que permite tanto liberar a presos políticos como obviar las

[186] La Ley para la Reforma Política (Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política) es aprobada el 18 de noviembre de 1976 por las Cortes franquistas, recibiendo el apoyo de 425 de los 531 procuradores (81% a favor), sometida a referendum el 15 de diciembre posterior, con una participación de 77% del censo y un 94.17% de votos a favor. Tiene el caracter de Ley Fundamental, siendo la última de las Leyes Fundamentales franquistas del Reino.

[187] Los Pactos de la Moncloa inciden favorablemente sobre la situación económica, contribuyendo a reducir la inflación al 16% en 1979. Aunque la recuperación económica es efímera, un segundo shock petrolífero, debido a la revolución iraní, deshizo lo conseguido.

responsabilidades políticas e institucionales de la represión vivida tanto por los represaliados políticos y por las capas más pobres de la sociedad, entre las que se encuentran peligrosos sociales, prostitutas, homosexuales, drogadictos, etc. Se produce una transición a la democracia en un periodo relativamente corto que concluye con una democracia "estable" y arraigada. El recuerdo de la anterior conflictividad histórica española contribuye a ello de forma decisiva, donde las actitudes de la clase dirigente se resumen en una voluntad de consenso.

El nuevo parlamento asume un carácter constituyente y redacta la nueva constitución democrática durante el verano de 1978 que es sometida a referéndum en diciembre del mismo año. La transición facilita la elaboración de la nueva constitución. Es a partir del advenimiento de la democracia que asistimos a la evolución en la regulación de la sexualidad, con la creación de nuevas identidades sexuales diversas, y también surgen nuevos derechos civiles y legislación alrededor de los mismos (Laraña y Gusfield, 1994: 3). El cambio de régimen político (de una dictadura a una democracia) y la promulgación de la Constitución Española de 1978 que consagra en su art. 14 la igualdad ante la ley (como así también el ingreso de España en la Unión Europea en el año 1986[188]), establece un nuevo marco político, jurídico y de convivencia que transforman los derechos y también la ciudadanía.

Según Linz y Stepan (1996: 3), puede darse por concluida una transición cuando se satisfacen tres condiciones: 1) la existencia de un gobierno nombrado como resultado de unas elecciones libres; 2) la posibilidad de que dicho gobierno goce *de facto* de la autoridad necesaria para generar nuevas políticas; y 3) cuando el poder ejecutivo, legislativo y judicial generados por la nueva democracia no tenga que compartir su poder, *de iure*, con otras instancias. Algunos autores consideran que el cierre de la transición española se produce con la aprobación de la Constitución y, otros, con el fallido golpe de Estado de 1981 (Powell, 2006: 12).

Valverde (2014: 27) considera que la elaboración de la transición se hace por razones políticas y por razones psicosociales. Durante el franquismo la represión es tal que no hay espacio para poder hablar de lo ocurrido tras el golpe de Estado y la guerra. Y una vez muerto Franco, se cree que es mejor olvidar las heridas del pasado (Valverde, 2015: 56). Estas ideas las promocionan quienes toman el poder político y económico sin un interés verdadero en una democracia real y sana. Los investigadores y autores sobre el trauma de la violencia política y social y sobre su transmisión transgeneracional aseguran que no es posible construir una sociedad justa y democrática si no se elabora el pasado relacionado con la violencia política y social (Volkan, 2013: 323).

Platero (2009: 169) sostiene que, con la democracia, la homosexualidad es cada vez más visible; pero que, todavía se producen formas estructurales de discriminación que requieren de acciones positivas. Con la transición comienza un período de lucha para eliminar los elementos discriminatorios de la legislación, ya que el nuevo contexto constitucional incluye un marco clave para la promoción de la igualdad formal (art. 14 CE entre otros). La democracia da lugar al comienzo de la igualdad formal que elimina

[188] Tratado de Adhesión de España a la UE. La entrada en la UE se hace efectiva el 1 de enero de 1986.

los vestigios de la legislación discriminatoria y permite nuevas demandas sociales inspiradas por los movimientos de homosexuales y feministas.

Constitución y diversidad sexual.

La visibilidad de las personas disidentes sexuales es el primer paso para la reivindicación de derechos. De ahí la importancia de los mecanismos jurídicos que permiten reaccionar contra las discriminaciones e impulsar la igualdad entre las personas. De lo contrario, se corre el riesgo de continuar considerando la sexualidad y la afectividad solo y exclusivamente como una dimensión de la vida privada, lo cual contribuye a mantener una homofobia latente y a prorrogar la heteronormatividad (Borrillo, 2001: 73)[189].

Los ordenamientos jurídicos avanzan en la protección de la diversidad sexual a través de la cláusula general de prohibición de discriminación. En la mayoría de los Estados constitucionales la orientación sexual no aparece expresamente mencionada entre las circunstancias que no deben dar lugar a la discriminación[190]. Ante la ausencia de una proclamación constitucional expresa, se deduce tal derecho de la conjunción de diversos principios constitucionales que ofrecen un marco jurídico protector. En algunos de los sistemas constitucionales son construcciones jurisprudenciales las que incorporan la orientación sexual en el ámbito de la protección de la igualdad como es el caso del Tribunal Constitucional español que concluye que la orientación sexual debe considerarse incluida en la cláusula abierta del art. 14 CE que prohíbe la discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 41/2006, de 13 de febrero).

A la hora de elaborar la Constitución española de 1978, las Cortes constituyentes tienen presente tanto la Constitución española de 1931 (para no reincidir en sus errores), como también, las principales constituciones europeas vigentes, sobre todo la alemana. Su contenido socioeconómico refleja el consenso neokeysnesiano imperante en Europa. En lo que se refiere el poder legislativo: se define el sistema adoptado como bicameralismo asimétrico, dada la supremacía política del Congreso sobre el Senado, que nace como cámara de representación territorial, pero actúa como cámara de segunda lectura. Es notorio como el constituyente define unas relaciones entre el Gobierno y las Cortes que priman al Gobierno en detrimento de las Cortes, mediante instrumentos como la moción de censura constructiva.

El asunto que mayores problemas plantea al constituyente es la definición de la organización territorial. Se opta por una fórmula híbrida que garantiza el derecho a la

[189] Borrillo sostiene que la investigación sobre las causas de la homosexualidad constituye en sí misma una forma de homofobia, ya que se basa en el prejuicio que supone la existencia de una sexualidad normal, acabada y completa, es decir, la heterosexualidad monogámica, en función de la cual todas las demás sexualidades deben ser interpretadas y juzgadas por anormales. Por otra parte, estamos ante un rasgo de la personalidad sobre el que no existe consenso en cuanto a su origen o a los factores que la determinan. Incluso, se defiende por algunos sectores que se trata de una construcción del individuo y que, por tanto, es un rasgo de la identidad que puede variar a lo largo de toda la vida.

[190] Entre algunos escasos textos constitucionales que incluyen expresamente la prohibición de discriminación por orientación sexual podemos mencionar el texto constitucional de Sudáfrica (art. 9.3) y de México (art.1), en el que usa el concepto de preferencias sexuales.

autonomía de nacionalidades y de regiones sin definirlas ni enumerarlas. La Constitución no impuso solución alguna, pero hacía posibles muchas. La fase parlamentaria del proceso constituyente concluye el 31 de octubre de 1978, con una votación final en ambas cámaras. El texto se aprueba por 325 votos a favor, seis en contra (5 de AP y una de Euskadiko Ezkerra) y catorce abstenciones (siete de PNV, tres de AP, una de UCD, una de Ezquerra Republicana y dos del grupo mixto). En el Senado, la votación arroja 226 votos a favor, cinco en contra y ocho abstenciones. La Constitución se somete a referéndum el 6 de diciembre de 1978, y es aprobada con un 87,9% de votos a favor y un 7,8% en contra, con una participación del 67%. Si bien esta Constitución tiene sus orígenes en la Ley para la Reforma Política (la octava ley fundamental de la dictadura), no se percibe como una imposición, lo que hace que el proceso constituyente sea percibido como un proceso incluyente de toda la ciudadanía.

En nuestro país conviven simultáneamente tres sistemas de protección de derechos fundamentales, el constitucional, el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea. Además de los ámbitos de eficacia propios, como el derecho interno aplicable. Siendo el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea *ex* art. 10.2 CE, fuentes de interpretación del sistema constitucional. La importancia de esta organización radica en que las conclusiones de los sistemas de protección europeos son particularmente valiosas en relación con las disidencias sexuales (como en el caso de la homosexualidad) teniendo en cuenta que el texto constitucional español no aborda expresamente este derecho o esta nueva dimensión de derechos ya existentes. De esta manera, el Tribunal Constitucional español sigue de cerca las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el alcance del art. 14[191] del Convenio Europeo de Derechos Humanos y libertades fundamentales, así como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La evolución del tratamiento de la homosexualidad está marcada por tres momentos: su consideración como pecado *contra natura,* su persecución penal en cuanto amenaza del orden público y de la paz social y, en tiempos más recientes, se produce una progresiva tolerancia de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación.

Desde las interpretaciones teológicas se defiende que el objetivo primero y último de las relaciones sexuales del hombre es la actividad creadora y reproductora de la vida, frente a una postura pasiva de la mujer. El hombre se convierte en un colaborador de Dios (Tomás y Valiente, 2001: 107-109). La persecución penal alcanza su punto álgido en los regímenes dictatoriales europeos del siglo XX, como en el régimen nazi alemán y la dictadura nacional católica franquista. Y la homofobia dominante del sistema jurídico español se ve claramente reflejada en diversas sentencias del Tribunal Supremo donde se descalifica de manera indolente a este colectivo social. Ejemplos de ello son: STS de 9 y 13 de octubre de 1982: “relaciones aberrantes”; STS de 14 de julio de 1982: “práctica obscena”; STS de 13 de mayo de 1985: “tara”; STS de 15 de noviembre de 1991: “acto *contra natura*”.

[191] Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente, por razón 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.

Hasta hace muy poco tiempo la homosexualidad (como cualquier otra disidencia sexual) era un tema tabú, y casi invisible para el Derecho. Prueba de ello es la escasa litigiosidad que provocaba. Solo una sentencia del Tribunal Constitucional se refiere a la homosexualidad y de modo accesorio. Esta sentencia es la número 13/1982, de 1 de abril. El Tribunal sostiene que se viola el derecho a la presunción de inocencia del actor, pues el órgano jurisdiccional ordinario otorga, en un proceso de separación matrimonial, la guarda y custodia de sus dos hijos a la madre, de manera exclusiva, a causa de la sospecha de homosexualidad del padre y este recurre en amparo.

Por su parte, el Auto 446/1984, de 11 de julio, declara constitucional el precepto penal militar que sanciona al militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo, no habiendo equiparación entre las relaciones heterosexuales y las relaciones homosexuales. También, el Auto 222/1994, de 11 de julio, despliega una doctrina que se mantiene en el tiempo, este documento expone que los miembros de una pareja del mismo sexo biológico ni son una institución legalmente regulada, ni tienen un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario, al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 CE) que opera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes.

Ante el Tribunal Supremo, desde la transición, dos son los escenarios de litigio en relación con el tema que nos ocupa: los derogados delitos de escándalo público (art. 431 del Código Penal de 1973) y el delito contra el honor militar por realización de actos deshonestos con individuos del mismo sexo (art. 352 Código Justicia Militar). A partir de 1985, estas casuísticas se transforman en causa de responsabilidad disciplinaria.

El delito de escándalo público es suprimido por LO 5/1988, de 9 de junio. Antes de la reforma se discute si los actos de homosexualidad masculina son lícitos o no. Se intenta comprender si estos actos de homosexualidad pueden subsumirse y en qué condiciones en el tipo del escándalo público (art. 431). La doctrina que prevalece, cuyo resumen puede encontrarse en la Sentencia de 13 de mayo de 198, dice que: si los que practican la homosexualidad son adultos que consienten voluntariamente y proceden con recato, sigilo y sin atisbo de exhibicionismo, difusión o divulgación, dichos actos pertenecen a la intimidad de las personas, siendo producto de una libertad sexual que no se detiene ante lo desviado o anormal del comportamiento de que se trate, y, por tanto, dichos actos son atípicos, pero también impunes. Si no concurren algunas de estas condiciones, hay delito de escándalo público. El Tribunal se guarda de subrayar que estas disposiciones constituyen discriminación por razón de sexo, ya que lo mismo ocurre en las relaciones heterosexuales practicadas en público, libremente y sin la discreción acostumbrada. Si la conducta homosexual involucra algún menor se incurre automáticamente en escándalo público. La justificación que aporta el Tribunal coincide con el estereotipo del homosexual como corrupto (especialmente, el vicioso, el que elige ser homosexual, a quien se distingue del que tiene la tara de ser constitucionalmente homosexual) y, sobre todo, como corruptor: La moral sexual colectiva se conduele y lesiona cuando un homosexual, sea constitucional o sea viciosos o depravado, llevado de sus apetencias sexuales desbocadas y de la desviación y extravío de su libido a quienes se hallan todavía en una fase de indiferenciación de su vida y de su apetito sexual […] les arrastra a la práctica de actos de la referida índole y les determina e

induce a tomar una senda equivocada, ejerciendo sobre ellos una funesta influencia proselitista y transmitiéndoles y propagándoles su propia tara o desviación, que les aparta en el futuro de una sana y normal sexualidad. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *L.V. v. Austria*, de 9 de enero de 2003, desaprueba expresamente el prejuicio del homosexual como reclutador de adolescentes. Por su parte, el delito contra el honor militar por realizar actos deshonestos con personas del mismo sexo (art. 352 Código Justicia Militar) es derogado por el Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985. En varias sentencias de lo militar, entre otras, la de 11 de diciembre de 1985, y de 30 de abril de 1986, el Supremo sostiene, no obstante, que la existencia de este delito no es contraria a la tendencia a la no discriminación del Ejército en la que el honor, la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial. La naturaleza de los fines y de las funciones de las Fuerzas Armadas justifica la exigencia de deberes y conductas específicas a sus miembros distintas a las del resto de los ciudadanos. Teniendo en cuenta, que el delito contra el honor militar no incrimina la homosexualidad en sí misma (orientación sexual), sino que imputa la conducta, los actos homosexuales.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988 responde afirmativamente a la cuestión de si la homosexualidad se halla entre las conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyen delito del art. 59.3 LO reguladora del régimen disciplinario de las Fuerzas Armas, de 27 de diciembre de 1985. Y sostiene que: "aunque no toda manifestación de tendencias homosexuales en un militar profesional tenga que ser forzosamente incardinada en el lícito administrativo que consideramos, es indudable que la reiterada realización de actos deshonestos por un militar profesional con individuos del mismo sexo, tanto si el que los realiza es superior del sujeto pasivo como si los hechos se producen en recinto militar o con ocasión del servicio, atenta gravemente a la disciplina, a la dignidad militar o a ambos valores conjuntamente". Por lo tanto, la exigencia de un deber específico a los militares profesionales (que implica la abstención de realizar actos homosexuales en las circunstancias indicadas) se justifica en que los militares acceden de forma voluntaria a dicha profesión, teniendo en cuenta que esta profesión se desempeña en unas rígidas relaciones de jerarquía e íntima convivencia de los miembros del Ejército. Y, además, en la irreprochable imagen que han de proyectar *ad extra* los miembros de la institución que tiene el monopolio de la fuerza al servicio de los fines del art. 8.1 CE.

El reconocimiento de derechos para el colectivo homosexual mejora a partir de la década de los noventa del siglo pasado como fruto de la evolución del Derecho comparado (en especial del Derecho europeo). También influye la presión y las reivindicaciones del feminismo. Y también, la creación tanto en Comunidades Autónomas como en Ayuntamientos de Registros de uniones de hecho. Es así como la cuestión de la igualdad jurídica de los homosexuales adquiere relevancia constitucional y se convierte tanto en España como en los países del entorno en un asunto social y jurídico de máxima importancia, donde se debate desde una perspectiva de los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, es necesario comprender que la protección jurídica de la homosexualidad está íntimamente ligada al Derecho europeo, dado su caracter hermenéutico preferente *ex*. Art. 10.2 CE. En el caso de la identidad de

género, esta es la situación menos reglamentada en el ordenamiento jurídico español, lo que suscita diferentes conflictos que se resuelven en los tribunales, sobre todo las cuestiones relativas a la identidad personal y al matrimonio, a falta de regulación específica (Alventosa del Río, 2008: 333).

La afectividad y la sexualidad forman parte de la vida privada de las personas y se encuentran protegidas por derechos como el honor, la intimidad, la propia imagen, etc., pero también repercuten en su dimensión pública y reclaman una atención garantista del Derecho, al ser una expresión esencial de la capacidad de las personas para autodeterminarse. En cuanto a la igualdad y no discriminación de las personas del art. 14 CE, excluye la discriminación por causa de orientación sexual. La minoría homosexual cuenta con los rasgos más significativos de los grupos sociales en desventaja para cuya protección se dicta el propio art. 14 CE (Giménez Glück, 2004: 247). Junto a la igualdad formal y la consiguiente prohibición de discriminación, es necesario también tener presente la cláusula de igualdad material del art. 9.2 CE. En este sentido, es necesario contar con la dimensión colectiva o de grupo que supone la orientación sexual y la identidad de género. En el caso de gays, lesbianas, transexuales etc., se puede determinar un factor de cohesión que es la histórica discriminación y su lucha política por tener una voz propia en el espacio democrático. Cuando las personas son estigmatizadas porque se identifican con un grupo social, suelen organizarse públicamente como un grupo identitario para transformar los marcadores sociales que los identifican de negativos a positivos (Guttman, 2008: 26).

La condición del colectivo homosexual está sujeta a prejuicios históricos largamente arraigados en el conjunto de la sociedad. A diferencia de otras discriminaciones, la simple pertenencia a este tipo de minoría social es tan infamante que constituye, en ciertos ambientes, un insulto. Estas personas están imbuidas por unas cualidades, unas características y unos rasgos identitarios que son inherentes a su persona. Son manifestaciones que no dependen de la libre elección del sujeto, ni se pueden cambiar. Por ende, estas personas son susceptibles de recibir consecuencias desfavorables y desagradables por su condición a la que están obligadas a vivir. Ni siquiera el fundamento biológico de la homosexualidad, asunto que se discute en ciertos ámbitos académicos, es óbice para conceder protección jurídica a estas personas. Por su parte, el Tribunal Supremo sostiene que la imputación del homosexual es gravemente injuriosa. En la Sentencia de 27 de noviembre de 1989, relativo al delito de injurias, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) afirma que la imputación de homosexual es de tal modo insultante que el ánimo de injuriar se encuentra en ella, y, por tanto, si las expresiones utilizadas son objetivamente ofensivas (en el caso se dirijan hacia dos servidores habituales de una parroquia sevillana por parte de la mujer de uno de ellos, pendiente del trámite de separación matrimonial) corresponde al presunto ofensor demostrar la concurrencia de otro ánimo. El Tribunal entiende que el clima social cada vez es más comprensivo y tolerante respecto de la homosexualidad, pero ello no obsta para que su imputación respecto de personas concretas pueda implicar un gravísimo perjuicio para la fama, crédito o interés. El mensaje (sobre el que pende la duda de si es simplemente descriptivo de la realidad discriminatoria o si invita a reforzar esa misma realidad) es

claro, *sensu contrario*, ser homosexual es notoriamente deshonesto, sobre todo, si pretende tener alguna influencia o poder sobre los demás.

La homosexualidad, a diferencia de otras discriminaciones, no es un rasgo transparente. Ya que en la manifestación y representación de ciertas características que le define radica su identidad. La ocultación de la orientación sexual (o ciertas manifestaciones de género) pueden evitar el reproche social. Sin embargo, dicho ocultamiento también encubre un daño psicológico. En este sentido Clapman y Waaldijk (1993: 16) sostienen que los homosexuales, como minoría social, están sujetos a una paradoja. Esta consiste en que los gays no pueden luchar por el derecho a ser gays a menos que ya se presenten abiertamente como tales y no pueden presentarse abiertamente como tales a menos que tengan el derecho a ser abiertamente gays. Además, estos autores consideran que el rasgo fundamental de esta minoría social es específicamente personal, en alusión a la propia sexualidad, y no es fácil de discutir en público. Por el contrario, el resto de los grupos sociales no necesitan revelar sus preferencias sexuales para obtener representación en el mundo de la política y también para recibir protección jurídica.

En el caso de las lesbianas, estas sufren una doble discriminación, ya que su relato de vida está condicionado por la interseccionalidad de dos factores tales como el hecho de su condición de ser mujer y el hecho de ser homosexual. En una sociedad en la que en gran medida las mujeres no son valoradas por ellas mismas, sino que son valoradas debido a su conexión con un hombre (esposa, madre, hermana, etc.), las lesbianas sufren la desventaja adicional de ser menospreciadas y, por tanto, invisibles (Clapman; Waaldijk, 1993: 15).

La tutela de la homosexualidad, a pesar de no ser aludida expresamente por la Constitución, se convierte en un asunto constitucional importante por la concurrencia de dos argumentos cualitativos, uno relativo al valor de la libertad y, el otro, relativo al valor de la igualdad. En este marco constitucional la libertad de las personas está en juego ya que el objeto de la cuestión es la sexualidad de las personas, elemento estructural en la vida humana. Y, por otro lado, la igualdad está también comprometida porque la Constitución no conoce ni tolera clases entre los ciudadanos[192].

La libertad y el derecho a la intimidad del art. 18 CE protegen, en principio, los actos sexuales entre adultos en privado y consentidos, porque la expresión de la propia sexualidad es "una de las partes más íntimas de la vida privada de una persona". Es un límite jurídico primario que se erige contra la prohibición (penal o administrativa) de la homosexualidad en sí misma. Y es también evidente la directa relación entre intimidad y dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad art. 10.1 CE. Esta cláusula es la cobertura exegética, en nuestro derecho, a la emergencia de dimensiones o facetas nuevas de los derechos ya consagrados en el texto constitucional. Los problemas con relación al estatuto jurídico de la homosexualidad no proceden del derecho a la intimidad en los espacios privados, sino del derecho a la libertad y de igualdad en los espacios públicos.

[192] Como dijera el Juez Harlan de la Constitución norteamericana en su *dissent* a la Sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896), ni conoce ni tolera clases entre los ciudadanos.

Esta posición está clara y es evidente. Sin embargo, es insuficiente para responder a la problemática de la homosexualidad. Debido a que no siempre puede considerarse como una actividad íntima cuyo reconocimiento jurídico, en cualquier caso, no puede condicionarse a su confinamiento al estricto ámbito de lo privado. Esto sería una nueva forma, más sutil, del tradicional tratamiento jurídico de la homosexualidad. Donde se tolera mientras permanezca invisible. La minoría homosexual cuenta con los rasgos característicos de los grupos sociales minoritarios históricamente oprimidos y reprimidos. La situación de desequilibrio y desventaja de estos grupos sociales hacen necesaria una protección específica. Por eso la importancia del encaje sistemático de la protección constitucional de la homosexualidad dentro de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual del art. 14 CE. Cualquier trato jurídico diferente y perjudicial derivado de la orientación sexual de cualquier persona viola el precepto constitucional. Sin perjuicio de que se vean afectados otros derechos fundamentales, como el de la intimidad, ya mencionado, el de la libertad de expresión del art. 20 CE, el de asociación del art. 22 CE, el de libertad ideológica del art. 161 CE y también, el derecho a la integridad moral y a no sufrir tratos denigrantes del art. 15 CE (Rey Martínez, 2005: 131).

Sunstein (1994: 3) sostiene que el problema esencial para los homosexuales no está bien descrito como una simple ausencia de privacidad. Los homosexuales pueden disfrazar su orientación sexual. Pero la posibilidad del disfraz o el disimulo no es una solución al problema. Por esta razón, el énfasis sobre el derecho de privacidad parece desconocer la cuestión básica: la carencia de privacidad contra la intrusión pública o privada es ciertamente un problema, pero lo es sobre todo a causa de un problema más profundo de discriminación. Un recurso al derecho de privacidad es, por tanto, una tradición equivocada o, al menos, una fundamentación incompleta para el Derecho constitucional en este campo.

La igualdad/ prohibición de discriminación tiene un ámbito normativo más amplio porque protege la homosexualidad en los espacios privados, impidiendo que sea tratada por el Derecho de un modo distinto al de la heterosexualidad, pero también en los públicos, en ese mismo sentido. Desde el enfoque de la prohibición de discriminación, la protección se hace más eficaz e incisiva, porque los argumentos morales o históricos no son suficientes, por sí solos, para impedir que las personas homosexuales accedan a ciertos derechos que tradicionalmente tienen vetados, como, por ejemplo, el derecho a mantener una unión estable reconocida jurídicamente con una persona de su misma orientación sexual. En este sentido Sunstein considera que la cláusula de prohibición de discriminación, al ser una herramienta de ataque a las tradiciones, es más prometedora como fuente de una nueva doctrina constitucional que el propio derecho de privacidad[193].

Es así como entre las condiciones personales a las que alude el art. 14 CE como criterio de prohibición de discriminación, no sólo puede concluirse que se encuentra la homosexualidad, sino que por la vía del art. 10.2 CE (derechos fundamentales y libertades que reconoce la Constitución), debe interpretarse de ese modo, derecho

[193] *Ibidem*, p. 3.

íntimamente relacionado con la dignidad art. 10.1 CE y, en consecuencia, con la identidad de las personas. "La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (STC 53/1985, FJº8). La tutela constitucional debe encontrase en dos derechos: el de la libertad/intimidad (art. 18.1 CE) y el de la igualdad/prohibición constitucional de discriminación (art. 14 CE). Es por ello por lo que podemos inferir que la orientación sexual y la identidad de género están directamente protegidas por el sistema de derechos fundamentales.

En el caso de los menores homosexuales, transexuales etc. la Constitución española ampara su situación a través de diversos preceptos. Entre ellos, hay que indicar los relativos al respeto de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales que le son inherentes arts. 10 y 15 y ss. CE, y especialmente, el precepto fundamental en el que se basa el principio de igualdad y no discriminación de las personas el art. 14 CE. En el caso de la transexualidad, este precepto alude de manera indirecta y excluye la discriminación por causa de esta condición, incluso si las personas son menores de edad. También, es importante el art. 39 CE que establece el principio de protección de la familia y la igualdad de los hijos. Y el art. 27 CE que consagra el derecho a la educación. Por otro lado, el art. 48 CE establece que a la juventud se le debe garantizar su participación en el desarrollo de la sociedad de la que forma parte y la protección de sus derechos en el seno de esta[194]. La doctrina científica entiende que el derecho de las personas a la autodeterminación de su propio género y, en concreto, al cambio de sexo, se encuentra incardinada en el principio al libe desarrollo de la personalidad, que a su vez se vincula con la dignidad humana, ambas recogidas en el art. 10 CE, y que constituye la expresión del derecho a la identidad de la persona, que es un derecho o un bien de la personalidad. Ello se pone de manifiesto en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989, sobre la discriminación de transexuales, en la que se reconoce el derecho de cada persona a establecer los detalles de su identidad como ser humano, y se afirma que la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad deben abarcar el derecho a vivir de acuerdo con la identidad sexual (Elvira, 2013: 3).

La homosexualidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde el punto de vista jurídico, y en relación a la homosexualidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se refiere a tres rasgos específicamente: a) el

[194] Es importante destacar que la legislación existente en nuestro país sobre los menores de edad, que recoge la normativa internacional, especialmente la Convención sobre Derechos del niño, de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990, es especialmente protectora de los menores de edad. Y en nuestro ordenamiento jurídico la principal norma sobre menores es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificada posteriormente por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

de la compatibilidad o no de su criminalización con el derecho respecto de la vida privada del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)[195]; b) la valoración de la prohibición de acceso de personas homosexuales al Ejército; c) y, en el marco del Derecho de familia, la privación de un derecho de custodia filial o la relación de prohibición de la discriminación por razón de orientación sexual con derecho de subrogación arrendaticia del supérstite de una pareja homosexual y con la posibilidad de adoptar por parte de una persona homosexual. El TEDH construye su doctrina entorno al respeto de la vida privada.

a) Desde la Sentencia *Dudgeon v. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, el TEDH sostiene que la tipificación penal de la homosexualidad masculina voluntaria y en privado, siempre que no se refiera a prácticas sadomasoquistas, vulnera el derecho a la vida privada enunciado en el Convenio. La Sentencia *Lasky, Jaggard y Brown v. Reino Unido*, de febrero de 1997, se refiere a la criminalización de las prácticas sexuales sadomasoquistas por parte de homosexuales varones. En el curso de una investigación rutinaria, la policía británica descubre varias películas de video referidas a encuentros sadomasoquistas que implican a los tres demandantes (y a otros cuarenta y cuatro varones homosexuales), en base a las cuales son procesados y condenados por un delito de *assault*. Los actos tienen lugar durante diez años, son voluntarios, se celebran en privado y en habitaciones especialmente equipadas (cámaras de tortura), sin ningún otro propósito aparente que la satisfacción sexual; estas conductas consisten en: maltrato de los genitales, golpes rituales con instrumentos específicos, etc. Las relaciones se graban en video y se distribuyen entre los miembros del grupo. Los demandantes alegan que los participantes son adultos que practican ese tipo de sexo de manera voluntaria y en privado; que la admisión a dicho grupo es muy restrictiva; que nunca se produce daño físico, infección o necesidad de tratamiento médico; y que pensar que tal actividad sexual induzca a la corrupción moral es una especulación, debiendo ver en ella un asunto de expresión sexual más que violencia.

El TEDH falla que las autoridades británicas están legitimadas para considerar que la persecución y condena de los recurrentes son necesarias en una sociedad democrática para la protección de la salud (que es uno de los límites previstos en el art. 8.2 CEDH para el derecho al respeto a la vida privada del art. 8.1 CEDH. Y, por tanto, no se viola dicho derecho (art. 8.1 CEDH) de los demandantes. La Sentencia tiene en cuenta que: 1) aunque el respeto a la vida privada incluye la vida sexual, en el caso es discutible que la actividad sea privada, porque intervienen muchas personas, existen varias cámaras especialmente equipadas y se editan videos que se distribuyen entre los miembros del grupo, 2) uno de los roles que el Estado está legitimado para desempeñar es la regulación, a través del Derecho penal, de actividades que implican la causación de daño físico, tanto si ocurre en el curso de una conducta sexual como si no; la determinación del nivel de daño que debe ser tolerado por el Derecho en situaciones donde la víctima consiente es, en primera instancia, un asunto del Estado. El TEDH advierte que las actividades sadomasoquistas de los demandantes entrañan un grado

[195] *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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

significativo y no fugaz de daño corporal (aunque no sea efectivo, basta con que sea daño impredecible). Y eso es lo que distingue este caso de los otros en los que el TEDH examina la compatibilidad de la homosexualidad masculina con el derecho al respeto a la vida privada (art. 8.1 CEDH). El fallo del TEDH no se basa en las prácticas sexuales de los demandantes (orientación homosexual), sino en la naturaleza extrema de las prácticas sadomasoquistas; 3) las sanciones penales impuestas a los demandantes no son en opinión del TEDH, desproporcionadas: aunque las prácticas tienen lugar durante más de diez años, solo se tienen en cuenta algunas de ellas y en apelación la condena es reducida.

En esta sentencia, el TEDH formula los criterios exegéticos de aplicación general en el tema de la homosexualidad:

1) La legislación establece un límite permanente y directo en el derecho del demandante (Sr. *Dudgeon*), al respeto de su vida privada (que incluye el respeto por su vida sexual): o respeta la ley y se abstiene de realizar actos homosexuales con otro adulto, de modo voluntario y en privado, hacia los que está inclinado, o realiza dichos actos y, en consecuencia, se convierte en un sujeto susceptible de persecución penal. En el caso *Dudgeon* la legislación de Irlanda del Norte incrimina la sodomía (definida como intercambio sexual por el recto de un hombre con un hombre o con una mujer o con un animal), y los actos de burda indecencia con otro hombre, sin distinguir ni la voluntariedad de la acción ni la edad de los sujetos en ningún caso

2) El *punctum dolens* reside en la determinación de si la legislación es impugnada, y en qué medida necesaria en una sociedad democrática para preservar los bienes previstos en el art. 8.2 CEDH, teniendo en cuenta que el respeto a la vida privada no incluye la garantía de todo tipo de prácticas sexuales homosexuales. El TEDH constata que no se puede negar que algún tipo de legislación jurídico-penal de la homosexualidad pueda justificarse como necesaria en una sociedad democrática a fin de preservar el orden público y la decencia o de proteger frente a la explotación o corrupción de los demás, como por ejemplo: la conducta sexual homosexual que se pueda practicar en público; o la que pueda realizarse en privado con personas particularmente vulnerables debido a su juventud, debilidad física o espiritual, inexperiencia o estado de dependencia física, oficial o económica.

El TEDH concluye que las razones aportadas por el Gobierno, aunque importantes, no son suficientes. En primer término, el TEDH se enfrenta con la justificación dada por el Gobierno de Irlanda del Norte según la cual la opinión pública de su país es especialmente conservadora respecto de la homosexualidad. Por su parte, el Tribunal reconoce que el clima moral y social en lo que afecta a los temas sexuales de una importante mayoría de la sociedad en Irlanda del Norte es uno de los parámetros que las autoridades nacionales pueden tener en cuenta, pero también observa que, con carácter general, la tendencia en los Estados miembros del Consejo de Europa es a la despenalización de la homosexualidad y que en la propia Irlanda del Norte, en los últimos años, no se aplican los tipos penales sobre actos homosexuales voluntarios entre mayores de veintiún años. De este modo, concluye el Tribunal que no puede sostenerse que haya una necesidad social importante que justifique tipificar penalmente dichos

actos. Por otro lado, y con respecto a la proporcionalidad, el TEDH considera que, aunque una parte de la sociedad estime que la homosexualidad sea una conducta inmoral, ofensiva o perturbadora, mantener en vigor la legislación impugnada resulta más lesivo para las personas con dicha orientación.

b) En relación con la prohibición de acceso de las personas homosexuales al Ejército, las Sentencias *Lustig-Prean and Beckett v. Reino Unido y Smith and Grady v. Reino Unido*, ambas de 27 de diciembre de 1999, consideran que la expulsión del ejército británico de los demandantes a causa de su homosexualidad es una violación del art. 8 CEDH. El Gobierno británico no discute que los homosexuales sean menos capaces o valientes que los heterosexuales, o que los demandantes tengan algún problema de conducta antes de conocerse su condición. Sin embargo, el Gobierno británico alega que los intereses de seguridad nacional están en juego, así que admitir homosexuales en las fuerzas armadas tendría un significativo y negativo efecto sobre la moral de las fuerzas armadas. El TEDH considera y no acepta que estos sean los verdaderos y legítimos argumentos para limitar el derecho al respeto de la vida privada de los demandantes. La verdadera razón de la expulsión de los demandantes del ejército está más bien relacionada con la actitud negativa por parte de la administración hacia la homosexualidad.

c) En relación con el Derecho de familia se dictan sentencias significativas. En *Salguiero da Silva Mouta v. Portugal* de 21 de marzo de 2000, un caso de discriminación directa flagrante, el Tribunal falla que se viola el derecho al respeto a la vida privada del demandante art. 8.1 CEDH por parte de la autoridad jurídica portuguesa que, en un caso de divorcio, otorga la custodia de una hija a la madre y no al padre exclusivamente sobre la base de la homosexualidad del padre. Esta sentencia es de máxima relevancia porque en ella el Tribunal por primera vez halla la "orientación sexual" entre los rasgos de discriminación prohibida que la lista del art. 14 CEDH[196] (prohibición de discriminación) contiene sin enumerarlos expresamente. Por otro lado, en la Sentencia *Kerner v. Austria*, de 24 de julio de 2003 el TEDH analiza si la normativa austriaca que no extiende el derecho de subrogación arrendaticia al miembro supérstite de una pareja homosexual es compatible con el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual art. 14 CEDH en relación con el derecho al respeto de la vida privada art. 8.1 CEDH. Cuando se da una diferencia de trato por razón de orientación sexual, el TEDH exige que las autoridades nacionales aporten una justificación extensa. El TEDH verifica el principio de proporcionalidad y no solo el de razonabilidad. El TEDH acepta que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón legítima de peso que puede justificar una diferencia de trato, pero en las circunstancias del caso el Gobierno austriaco no aporta argumentación alguna para mostrar que para conseguir esa finalidad hay que excluir a las personas que mantienen una relación homosexual estable del mismo derecho que tienen las parejas heterosexuales. Por ello encuentra violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH (Rey Martínez, 1995: 48-54).

Por último, en la Sentencia *Fretté v. Francia* de 26 de febrero de 2002, el Tribunal reitera su doctrina sobre la orientación sexual como rasgo de discriminación prohibida

[196] Art. 124 Convenio Europeo de Derechos humanos: 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

por el art. 14.1 CEDH y, en consecuencia, la exigencia de justificación estricta de todo trato distinto y perjudicial por este motivo, y concluye que las decisiones estatales sobre adopción por parte de una persona homosexual gozan de un amplio margen de apreciación. El Tribunal recuerda que el Convenio de Roma no incluye el derecho a adoptar, y que el derecho al respeto de la vida familiar del art. 8 CEDH presupone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de fundar una. Sin embargo, la decisión de las autoridades francesas se basa en la orientación sexual del sr. Fretté, por lo que es aplicable el art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH. El Gobierno francés alega que, en materia de adopción, el principio fundamental es el interés superior del menor (los derechos del niño limitan el derecho a tener un niño), y que, aún en el caso de que el motivo para denegar la adopción sea la homosexualidad del solicitante, quedan dudas en la comunidad científica especializada y en las sociedades democráticas sobre el impacto potencial del desarrollo psicológico del niño en el caso de las adopciones por homosexuales. Y, por este motivo, los estados deben gozar de un amplio margen de apreciación. En este caso el organo administrativo encubre su decision razonando que con la "ausencia del rol maternal estable" y el "estilo de vida elegido" el solicitante no garantiza el cuidado del niño desde el punto de vista psicológico. El Tribunal estima que la homosexualidad del solicitante, implícito en la formula "estilo de vida elegido" es el rasgo decisivo para la denegación. La doctrina Fretté no impide que un Estado pueda conceder el derecho de adopción a los homosexuales, pero tampoco sostiene que su reconocimiento sea una obligación derivada del Convenio de Roma. Y, en ese amplio margen de apreciación subsiste la falta de consenso científico y político sobre el tema.

La homosexualidad en el ordenamiento jurídico comunitario.

La tutela contra la discriminación homosexual se reconoce en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aprobado el 29 de octubre de 2004. El art. I-2 fundamenta la Unión, entre otros, en el valor del respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías sociales y a la no discriminación. Por su parte, el art. 1-3.3 identifica como objetivo de la Unión la lucha contra la exclusión social y la discriminación y el art. II-81 prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de orientación sexual. El art. II-67 reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar de toda persona. El art. III-118 establece que, en la definición y ejecución de políticas, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de orientación sexual. De esta manera, se contempla en el Derecho comunitario originario la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual del art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997.

Las instituciones de la Unión otorgan protección contra la discriminación por orientación sexual. Como el paquete de medidas contra la discriminación aprobado por la Comisión el 25 de noviembre de 1999, con fundamento en el art. 13, y que provoca la difusión de varias normas. Por ejemplo: la Directiva 43/2000, de 29 de junio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la reforma de la importante Directiva 76/207 de 23 de septiembre de 2002 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional. Entre ellas la del Consejo de 27 de noviembre de 2001, relativa

al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que se refiere a las discriminaciones por razón de religión (convicciones), diversidad funcional, edad y orientación sexual (art. 1) en el ámbito laboral.

El Parlamento europeo sostiene una posición aún más firme y tenaz a favor de la tutela de las personas homosexuales. Ya que como consecuencia de sendos informes sobre la igualdad jurídica de los homosexuales y transexuales[197], aun reconociendo progresos, la situación de los homosexuales en la Comunidad Europea es preocupante. La lista de discriminaciones es larga. En 1994 todavía no existe en ningún Estado miembro una protección jurídica contra la discriminación en el lugar de trabajo por causa de orientación sexual. En algunos estados se deniegan prestaciones de seguros de enfermedad o la inclusión en el seguro de hombres homosexuales porque se teme la posibilidad de una infección por VIH. Existen aún disposiciones penales discriminatorias en lo que se refiere a la conducta sexual y la edad mínima; son víctimas de humillación en los medios de comunicación; el trato policial frecuentemente es vejatorio; se provocan agresiones en cárceles por la condición homosexual; y se produce un inquietante aumento de agresiones contra homosexuales (manifestaciones de extrema derecha) en el espacio público y privado, y las autoridades públicas de los Estados miembros almacenan e intercambian información sobre la orientación sexual de sus ciudadanos, además de otros datos sensibles.

El Parlamento europeo retoma el asunto en diversas resoluciones, por ejemplo, la Resolución de 12 de septiembre de 1989 sobre la discriminación de los transexuales, que reconoce el derecho a vivir de acuerdo con la identidad sexual, condena la discriminación e insta a los Estados miembros a realizar una serie de medidas de carácter sanitario, laboral y social. También está la resolución dictada el 16 de marzo de 1998 sobre el respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea. En ella el Parlamento pide a los Estados miembros que reconozcan la igualdad de derechos de los homosexuales mediante el establecimiento de contratos de unión civil, con vistas a suprimir todas las formas de discriminación de las que aún son víctimas los homosexuales en particular, en materia de Derecho fiscal, regímenes patrimoniales, y derechos sociales, y que los Estados contribuyan mediante la información y la educación a luchar contra los prejuicios de que son objeto en la sociedad. También, es significativa la Resolución de 15 de enero de 2003, en la que el Parlamento europeo recomienda a los Estados miembros a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 17 de febrero de 1998, sobre el *asunto Grant* falla que la negativa de una compañía de ferrocarriles británica a conceder reducciones en el precio del transporte a la compañera sentimental de una empleada (que sí otorga a los cónyuges y a las parejas heterosexuales con una relación de convivencia de dos años o más) no viola el Derecho comunitario aplicable. Este Tribunal interpreta que dicha negativa no constituye una discriminación directa debido al sexo de la trabajadora y que el Derecho comunitario no exige que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo sean equiparadas por todo empresario a las relaciones heterosexuales (matrimonio o pareja de hecho); y, por

[197] Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la CE de 26 de enero de 1996 (A3-0028/94).

último, que una diferenciación basada en la orientación sexual del trabajador no constituye una discriminación por razón de sexo. Es importante comprender el contexto y época de la sentencia, anterior a la entrada en vigor de la cláusula antidiscriminatoria por razón de orientación sexual.

El contexto español a finales del siglo XX.

Mientras en el entorno europeo se producen importantes avances en el reconocimiento de derechos a la diversidad sexual. En el ámbito español, en 1983, se reforma del CP español a través de la LO 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. En esta modificación se introducen dos tipos delictivos que castigan las conductas discriminatorias de prestaciones realizadas por particular encargado de un servicio público (art. 165) o por funcionario público (art. 181 bis) por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato. Así también, se reintroduce el castigo de las asociaciones ilícitas que promuevan o inciten la discriminación racial (art. 173.4).

Como hemos reseñado en capítulos anteriores, en los Tribunales inferiores se incoan muy pocos procesos por homosexualidad. Y los que existen son resueltos en contra de las pretensiones de los homosexuales, salvo contadas excepciones en las que se conculcan los derechos del actor, como en casos de abuso policial donde se vulneran las garantías frente a detenciones arbitrarias (art. 17 CE) o también, el derecho a la integridad moral (art. 15 CE)[198].

En la década de los ochenta del siglo pasado, también se produce la legalización de las organizaciones de gays y lesbianas y surgen las primeras políticas públicas de igualdad fruto de la presión social y del activismo. Posteriormente, estas políticas son elementos valiosos y axiales que facilitan el surgimiento de las políticas interseccionales de género y orientación sexual a nivel local y, también, de los servicios específicos de atención LGTBI. El ingreso de España en la Comunidad Económica Europea en el año 1986 dota de un nuevo marco político y legislativo donde la igualdad legitima la regulación de nuevos derechos sexuales (Platero, 2009: 179). También en esta década la LO 05/1988, de 9 de junio suprime el delito de escándalo público del art. 431 del Código Penal de 1973 y, se sustituye por el delito de exhibicionismo del entonces Código vigente. Así mismo, el delito contra el honor militar por realizar actos deshonestos con individuos del mismo sexo del art. 352 del Código de Justicia Militar es derogado por el Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985.

Un hecho de trascendental importancia es la eliminación de la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales (1990) por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Consecuencia lógica despues de que el Manual de Diagnóstico de los Trastornos Mentales (DMS) de la Asociación Americana de Psiquiatría, eliminara la homosexualidad de sus listas. Después de esta histórica decisión algunos países optan por despenalizar y, en su caso, desregular la homosexualidad. Aunque todavía el cuarenta por ciento del total de la población global vive en territorios donde está prohibida y castigada con graves penas.

[198] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de marzo de 2001 (ARP 2001/35). En esta sentencia el Tribunal encuentra que se lesionan las garantías frente a la detención arbitraria del actor, y también frente al derecho a la integridad física.

A partir de los años noventa del siglo pasado la tutela penal comprueba un proceso de expansión tanto en las conductas típicas previstas en los Códigos Penales y en las legislaciones especiales europeas como en las causas de discriminación contempladas que determina un giro de la inicial regulación penal antirracista hacia una regulación penal protectora del derecho a no ser discriminado. Es así como, poco a poco, se adquiere en la sociedad europea y, por ende, en los estados miembros, una mayor sensibilidad para con las discriminaciones cotidianas que sufren, colectivos sociales específicos en el acceso a las diferentes facetas de la participación social (Rodríguez Yagüe, 2007: 3).

Esta situación cambia a partir de la década de 1990 a partir de la evolución del Derecho comparado, y particularmente del Derecho europeo[199]. En el ámbito nacional, en las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos se crean registros de uniones de hecho con independencia de la orientación sexual. También, se crean leyes autonómicas que comienzan a regular las uniones estables de pareja, incluida la homosexual. Es en 1994 cuando en Vitoria se produce el primer Registro de Parejas de Hecho, situación que provoca la entrada de este tema en la agenda pública y se legisla al respecto. En este sentido, la ley precursora es la Ley catalana de 10/1998, de 15 de julio.

El 8 de febrero de 1994, el Parlamento Europeo aprueba la Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea. En este documento se constata una doble evidencia, se hace referencia a la creciente presencia de lesbianas y de homosexuales en la opinión pública y la creciente pluralización de los estilos de vida y, por otro lado, se manifiesta que tanto lesbianas como homosexuales desde temprana edad están expuestos a discriminaciones incluso, a agresiones. La Resolución insiste en la necesidad de modificar las estructuras sociales y culturales homófobas, para lo cual se considera una tarea prioritaria que los Estados adapten las disposiciones civiles, penales y administrativas para poner fin a las discriminaciones por orientación sexual. Asimismo, insiste en la necesidad de adoptar medidas y realizar campañas contra las crecientes agresiones de que son objeto las personas homosexuales y garantizar el procesamiento de los autores de las agresiones. Paralelamente, se pide también a la Comisión la presentación de una propuesta de Recomendación sobre la igualdad de derechos de lesbianas y homosexuales, la cual, debería poner fin a la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales; la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres; a toda forma de discriminación en el derecho laboral, en el disfrute de los servicios públicos, así como en el derecho penal, civil, contractual y comercial; al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su consentimiento o su conocimiento, a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos; a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; a toda restricción de los derechos de las

[199] Las primeras constituciones europeas que mencionan explícitamente el rasgo de orientación sexual como criterio sospechoso de prohibición de discriminación son las alemanas: art. 12.2 de la de Brandenburgo (1992); art. 2.3 de la de Turingia (1993); art. 10.2 de l de Berlín (1995), etc. Posteriormente, la de Sudáfrica de 1996 art. 9.3.

lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños (Salazar Benítez, 2012: 64).

Atendiendo a las obligaciones internacionales contraídas por España, en 1995 cuando se realiza una reforma del Código penal (a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo, de reforma urgente del CP), mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. Esta reforma está influenciada por la alarma social creada por el llamado "crimen de Aravaca"[200], el 13 de noviembre de 1992 y, por otro lado, por la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en el caso Violeta Friedamn, sentencia 214/1991, de 11 de noviembre.

La aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre que da vigencia al nuevo Código denominado "el Código de la democracia" resuelve la tradición jurídica de su precedente, el Código Penal de 1973, aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre. El nuevo Código Penal (1995) introduce nuevos tipos penales antidiscriminatorios, amplia los existentes y, en términos generales, unifica las causas de discriminación y traza una nueva configuración del sistema de penas aplicable. De esta manera, se pretende efectuar una sistematización de la que adolecía el anterior Código penal del franquismo de 1973. Es así, como este nuevo código es mucho más sensible a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978.

Además, tipifica la discriminación laboral art. 314 CP, la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones art. 510.2 CP y la denegación discriminatoria de prestaciones en el ámbito profesional o empresarial art. 512 CP. Como novedad incorpora otros tipos penales o agravaciones que se refieren a las causas de discriminación en relación con los grupos objeto de tutela por la normativa antidiscriminatoria. Como es el delito de amenazas (art. 170) que se agrava en el caso de que se dirijan a amedrentar a grupos sociales específicos. El art. 197.5 CP agrava el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando los ficheros revelados afecten a factores coincidentes con alguna de las causas de discriminación típicas; y del delito de manipulación genética del art. 161 CP, castigando las conductas de selección de la raza.

Los tipos penales catalogados como delitos por prejuicios se refieren a los delitos que se cometen en la historia contra colectivos especialmente oprimidos por cuestiones identitarias. En este sentido, el legislador de 1995 generaliza el uso de la agravante de discriminación, extendiendo su campo de acción a cualquier tipo penal (art. 22.4 CP). Esta reforma y en relación con la agravante, la somete a una cuestión de *numerus clausus* que se desprende del propio texto del precepto (criticado por la doctrina mayoritaria por su indeterminación y su poca aplicabilidad).

El delito de provocación a la discriminación se amplía incorporando las conductas de provocación al odio y a la violencia y unificando las causas de discriminación (art. 510.1 CP). En la sanción de las asociaciones ilícitas incorpora la previsión de la

[200] Este crimen se refiere al asesinato de la dominicana Lucrecia Pérez a manos de simpatizantes de grupos de extrema derecha, en la localidad madrileña de Aravaca. Este hecho es calificado como el primer delito de odio por racismo y xenofobia de nuestro ordenamiento jurídico.

promoción del odio y a la violencia del art. 515.5 CP. También reforma el delito de negación del genocidio, simplifica su redacción y elimina el requisito de que sea una incitación directa a la comisión de un delito art. 607.2 CP.

Como se ha reseñado previamente, a partir de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de 21 de diciembre de 1969, y entrada en vigor el 4 de enero de 1969, se produce el punto inicial del proceso de tipificación penal de los comportamientos discriminatorios. Situación que se refleja en los países europeos a comienzos de la década de los años setenta del siglo XX. El parlamento europeo, por resolución de 8 de febrero de 1994, emite una recomendación para los estados miembros que insta a evitar la discriminación de las personas LGTB e impidan agresiones por parte de terceros. Ya en el Consejo de Europa, es a partir de la Recomendación nº 453 del Comité de Ministros de 1996 y de las recomendaciones de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia, cuando se insta a los estados miembros a la adopción de medidas penales para la sanción de las discriminaciones raciales de carácter violento, apologético, de negación del genocidio y de participación en actividades y organizaciones racistas y xenófobas.

El 30 de junio de 1998 se aprueba la primera ley de parejas de hecho en Cataluña, que reconoce las uniones de parejas estables. Lo que provoca un efecto dominó en el resto de las comunidades autónomas. La reivindicación de las parejas de hecho es la movilización dominante entre los años 90 del siglo XX y principios del siglo XXI. Y, posteriormente, ante un escenario favorable es sustituida por la demanda del matrimonio igualitario o entre parejas del mismo sexo. Es a partir de este momento cuando cobran mayor visibilidad las demandas y derechos *trans*. Las variables que facilitan este paso trascendental en la legislación pueden ser: 1) partidos políticos que cooptan activistas gays liderando la reivindicación del matrimonio gay, 2) el peso de las organizaciones LGTBI en los medios masivos de comunicación defendiendo la postura a favor del matrimonio igualitario, 3) el planteamiento del debate sobre matrimonio como fuente de polaridad política y como oportunidad para generar un discurso en torno a la igualdad, 4) la adopción de demandas de los movimiento sociales como parte de los programas de los partidos de izquierda, y 5) la legitimación europea a través del derecho comunitario sobre los derechos sexuales (Platero, 2007: 329).

En España, desde la transición a la democracia el desarrollo de la nueva legislación sobre igualdad incluye los derechos sexuales y reproductivos centrándose en la despenalización del acceso a la anticoncepción (1974), el divorcio (1981, ley 30/1981), el cambio de sexo (1983), el aborto (1985, ley 985), la reproducción asistida (ley 34/1988), etc. Asimismo, las organizaciones homosexuales son legalizadas (1980), y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social es derogada en 1979 (ley 16/1970).

Los derechos de las disidencias sexuales mejoran a finales de la década de los noventa del siglo pasado, debido a la evolución del derecho comparado, particularmente del derecho europeo[201], dado su carácter hermenéutico preferente *ex* art. 10.2 CE. Ya que en

[201] Las primeras Constituciones que mencionan explícitamente el rasgo de la orientación sexual como criterio de prohibición de discriminación son las alemanas: art. 12.2 de la de Brandemburgo (1992); art. 2.3 de la de Turingia (1993); art. 10.2 de la de Berlín (21995) etc.

nuestro país es importante comprender y recordar que coexisten y conviven tres sistemas de protección de derechos fundamentales, el constitucional, el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea. Siendo estos dos últimos sistemas-fuente de interpretación del sistema constitucional español.

Capítulo IV. El siglo XXI: La igualdad y la no discriminación.

Diversidad sexual e identidades de género en La Sociedad de la Información.

Para Guasch (2006: 32), con el proceso de desmedicalización de la homosexualidad, en los años setenta de la mano de la APA (1973) (y posteriormente, continuado por la OMS, 1990) se logra excluir a la homosexualidad de las taxonomías de las patologías mentales. Por lo tanto, las categorías: heterosexual como homosexual, en tanto categorías psiquiátricas, dejan de existir en sentido pleno (pese a su uso social). A principio del siglo XXI, la homosexualidad ya no es una enfermedad y, por tanto, no existe. Teniendo que ser redefinida en perspectiva crítica.

Como corolario del paso de finales del siglo XX al siglo XXI, podemos destacar que la sexualidad entra en la agenda política construyendo diversos problemas políticos: primero, con la demanda del derecho a hacerse pareja de hecho (1992-2002), segundo con la demanda del derecho al matrimonio de personas del mismo sexo (2002-2005) y, por último, centrándose en los derechos de identidad de género (de 2004 en adelante) (Platero, 2007b: 207).

Igualmente, en el caso de otras disidencias sexuales como los transexuales. En este último caso en particular ya no se trata de un problema público que consiste en el castigo de unos sujetos delictivos (tal y como aparece en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social), sujetos que se construyen como travestis. Ya en la década de los ochenta del siglo pasado, se comienza a desvelar el tabú de la transexualidad (Garaizabal, 1998: 60); y en los noventa del siglo XX, las personas transexuales se convierten en sujetos de la movilización política para finalmente, en esta primera década del siglo XXI, conseguir algunos derechos (Platero, 2009b: 107).

En muy poco tiempo, los derechos de las minorías sexuales se convierten en uno de los asuntos sociales y jurídicos más importantes de la primera década del siglo XXI. Asimismo, las instituciones internacionales en defensa de los derechos humanos ponen especial énfasis en la lucha contra las discriminaciones, lo que determina un nuevo escenario y posibilita el despliegue de nuevas herramientas en la lucha contra las discriminaciones. Desde Naciones Unidas a través del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), especialmente desde la Declaración y el Programa de Acción de Durban (2001 y 2009). Desde la Unión Europea, a través de la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA). Desde la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), a través de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) Y, por último, desde el Consejo de Europa por medio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). De esta manera, se sienta una importante y sólida base en la lucha contra la discriminación y la xenofobia. Ya que las recomendaciones de política general e informes específicos sobre los diferentes estados miembros de la Unión son base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Institución capital que, a través de su jurisprudencia, hace posible un marco de mayor, mejor y real justicia e igualdad entre la diferencia.

En el año 2000 se aprueba la Directiva 2000/1978, de 27 de noviembre, que se fija como objetivo establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión, discapacidad, de edad, orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Esta Directiva es desarrollada en el Estado español a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales y administrativas, la cual introduce en nuestro ordenamiento jurídico la orientación sexual como causa de discriminación prohibida.

En 2002, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos reconoce el derecho a las personas transexuales a contraer matrimonio, equiparándoles a las parejas heterosexuales. Sin embargo, en ese momento en España, estas personas deben acudir a los tribunales para reclamar y obtener su derecho a cambiar su nombre y el sexo en el registro de los documentos oficiales (DNI, documento de afiliación a la Seguridad Social, etc.). En las sentencias en los casos *Christine Goodwin c. Reino Unido*[202] y, *I. c. Reino Unido*[203], representan un importante vuelco en la jurisprudencia del TEDH en esta materia. En ellas, el Tribunal considera que la negativa de las autoridades británicas a reconocer legalmente la nueva identidad sexual de las solicitantes, así como cambiar sus documentos de identidad para adecuarlos a su nueva condición transgénero, representa una clara intromisión injustificada en su vida privada y, en consecuencia, una violación del art. 8 CEDH.

Tras la victoria del PSOE en 2005. Y después de una gran inversión en términos de trabajo de lobby y activismo, principalmente de aquellos activistas miembros del PSOE. Se aprueba, en el ámbito del Derecho civil y, más precisamente, en el Derecho de familia, la ley que permite el matrimonio igualitario o matrimonio entre personas del mismo sexo. Este es un reconocimiento que implica la igualdad de derechos consecuencia de la interpretación de los arts. 14, 9.2 y 32 CE que producen una equiparación jurídica y también una igualación simbólica. Se hace extensivo lo previsto en el Código civil a los supuestos en los que los dos contrayentes son del mismo sexo, equiparando a estos nuevos sujetos de derecho con el resto de la ciudadanía. Frente a argumentos contrarios desde las fuerzas políticas conservadoras y también la Iglesia Católica que sostienen que el reconocimiento de este derecho pone en peligro la estructura familiar y el conjunto de la sociedad (Platero, 2005: 103). Por su parte, el Partido Popular es el único partido político que presenta ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad a la totalidad de la ley.

El matrimonio igualitario es un hito que marca la igualdad formal para las personas gays y lesbianas. Sin embargo, no agota todas las reivindicaciones del Movimiento de Liberación Homosexual. La importancia simbólica de esta nueva ley supone que el ordenamiento jurídico amplía los sujetos de un derecho a una parte de la ciudadanía que durante siglos es excluida del mismo. Este derecho es esencial en la configuración de la

[202] De 11 de julio de 2002
[203] De 11 de julio de 2002

sociedad y juega un papel importante en el contexto de las relaciones personales y familiares[204]. Además, de lograr una mayor visibilización de las personas LGTBI, en detrimento de la usual visibilidad tolerada. Este cambio tiene implicaciones sociales y jurídicas importantes; teniendo en cuenta que la institución del matrimonio y la familia son los guardianes a lo largo de la historia de la jerarquía de los sexos y de la heterosexualidad como patrón de normalidad. Se asume que el matrimonio constituye una vía de acceso a la ciudadanía (Pichardo, 2009: 136), lo que pone de manifiesto la íntima conexión que existe entre ciudadanía y heterosexualidad obligatoria.

Mas allá de la controversia jurídica en torno a los requisitos de dicha ley, el debate planteado en la sociedad española se torna intenso, ya que la reforma supone erosionar de alguna manera una de las instituciones esenciales del patriarcado: el modelo familiar construido a través de la historia sobre la autoridad del varón, la reproducción como finalidad, y la heterosexualidad como telón de fondo. El modelo tradicional legitima al hombre como detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima (no solo del poder sexual) en el interior o la intimidad de la familia, sino también, en el espacio público a partir de las representaciones masculinas y heterosexuales del ser humano (Bourdieu, 2000: 92). Sin embargo, esta nueva ley favorece la visibilización del colectivo LGTBI, lo que indirectamente beneficia la aceptación social de dicho colectivo. También, es un hito en el proceso de normalización de otras disidencias sexuales, como es el caso de la transexualidad. A partir de esta ley, los derechos de las personas transexuales forman parte de la agenda política más visible de las organizaciones LGTBI.

En nuestro país triunfa lo que se denomina la postura asimilacionista en lugar de las posturas minoritarias que defienden otras alternativas (una posible ley estatal de parejas de hecho que aglutine la proliferación de normas autonómicas del momento). Es así como asumir el matrimonio, según algunos militantes LGTBI, implica claudicar ante la obligatoriedad heterosexual y ser condescendientes con el sistema que discrimina permanentemente a gays y lesbianas (Salazar Benítez, 2012: 68).

No obstante, algunos autores consideran que la solución asimilacionista puede provocar una doble consecuencia: 1) para salir de una posición subalterna muchos homosexuales que no quieren o no tienen previsto casarse, lo hacen con el propósito de ganar respeto social y el acceso a derechos y a la ciudadanía[205]; 2) aquellos homosexuales que

[204] En este sentido, cabe destacar los efectos positivos de este reconocimiento de derechos que supone en un ámbito tan importante para la ciudadanía como es el de los derechos laborales y de la Seguridad Social.

[205] El reconocimiento del matrimonio igualitario dispara el número de matrimonios celebrados en el que uno de los cónyuges es extranjero. Se configura una vía rápida para la adquisición de la ciudadanía. Según datos del INE, en 2009 hay 3412 bodas entre personas del mismo sexo, de las cuales 1285 son mixtas. En el caso de las parejas heterosexuales el porcentaje es mucho menor: 29981 de las 172540 celebradas.

prefieran no entrar en este modelo, pueden estimarse peor considerados que en un momento anterior a la legalización del matrimonio igualitario y así sentirse presionados para encajar en dicho modelo de familia. Al mismo tiempo, concentrar las reivindicaciones de los derechos LGTBI en el tema del matrimonio puede generar un doble efecto negativo: a) olvidar situar en un lugar secundario otro tipo de reivindicaciones del colectivo y b) provocar una ficción de igualdad, desde el entendimiento que la conquista del matrimonio supone la superación de las discriminaciones que padece este colectivo social (Pichardo, 2009: 306).

Por otro lado, más allá del Derecho antidiscriminatorio, es necesario destacar la importancia de los *Principios de Yogyakarta* de 2006[206], ya que este documento marca los estándares básicos para que los Estados avancen en el proceso de protección de los derechos humanos del colectivo LGTBI. Estos principio parten del reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona, y subrayan como estas personas suelen sufrir procesos de discriminación múltiple (interseccionalidad de factores como el género, la raza, la edad, la religión, la discapacidad, el estado de salud, las condiciones económicas, etc.) que agravan su exclusión y estigmatización. Se trata de que el sistema de derechos humanos proteja la diversidad sexual, no solo limitándose a garantizarla como una dimensión de la vida privada; sino también, garantizar a todas las personas que puedan desarrollar libremente su identidad, sin temores, sin coacciones, sin estigmas, completamente visibles y sin que ello suponga un menoscabo para su propia dignidad. También se subraya la vinculación del respeto de estos derechos con la igualdad de género, y se insta a que los Estados adopten las medidas necesarias (legislativas, administrativas, etc.) para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de inferioridad o de superioridad de cualquiera de los sexos y en los roles sociales estereotipados. El derecho a la vida privada debe ser siempre y en todo caso primar sobre cualquier otra consideración, debiendo ser una exigencia el consentimiento de la persona para la difusión de datos pertenecientes a dicho ámbito.

Por su parte, entre 2004 y 2009, la presencia de las demandas de las personas y colectivos transexuales en los programas electorales de los partidos políticos españoles/europeos confirma que estas cuestiones dejan de ser periféricas para colocarse en un lugar más visible y normalizado. Esta situación se produce fruto de una mayor

[206] *Los Principios de Yogyakarta* son elaborados a petición de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008), y se redactan en noviembre de 2006 en la ciudad indonesa de Yogyakarta por un grupo de 29 expertos en Derechos Humanos y Derecho internacional de varios países. Se presenta el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y posteriormente es ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. Se trata de un documento que contiene una serie de principios legales cuyo fin es la aplicación de las normas de derecho internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual e identidad de género. El texto marca los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados miembros avancen en la protección de los derechos humanos de las personas LGTB.

visibilidad mediática y una mayor presencia política también como consecuencia del matrimonio igualitario.

Posteriormente, en un contexto de crisis económica y fruto de las tensiones políticas derivadas de los movimientos de ultraderecha ante la inestable situación económica y la cuestión migratoria, el Parlamento Europeo emite una nueva resolución (de 26 de abril de 2007), sobre la homofobia en Europa que insta a los estados miembros a luchar contra este tipo de discriminación en relación con posibles agresiones psíquicas, físicas y también ante posibles discriminaciones en las legislaciones nacionales.

Las personas transexuales son un grupo social históricamente marginado y estigmatizado al manifestar unas identidades que no se ajustan a los cánones normativos del género (Coll-Planas, 2010: 55). Cuya imagen atenta contra la noción heteronormativa de la temporalidad sexual y, además de ser vistas como transgresoras de la moralidad pública. En relación con la concepción de la transexualidad, esta tiene una construcción identitaria compleja. Primero, es construida sobre las bases del travestismo como una forma extrema de homosexualidad (en el franquismo y principios de la democracia), para luego ser nombrada: transexualidad y transgenerismo (a lo largo de la década de los años ochenta y noventa del siglo pasado). Más tarde como una forma de discriminación contra las personas afectadas por disforia de género y la idea de que las políticas estatales deben luchar contra esta discriminación. Gracias a la influencia y la conceptuación del DSM IV[207], en la primera década del nuevo siglo, comienzan a florecer las narrativas trans que aportan claridad y conocimiento a esta casuística específica.

La transexualidad es considerada como una condición médica basada en el diagnóstico de disforia de género (disonancia entre sexo y género). Esta situación implica que algunas personas necesiten asesoramiento médico y jurídico, cuya responsabilidad recae en los profesionales de dichos campos. En ese sentido, la opinión de la persona transexual no cuenta, siendo una víctima de su condición biológica, y, por lo tanto, su voz se torna irrelevante en un asunto que le concierne plenamente. Se requiere que profesionales cualificados del ámbito médico y jurídico valoren si es un caso de error sobrevenido, haciendo énfasis en el tratamiento legal de la transexualidad, del que carecen otros actores políticos.

En las personas transexuales se pone en evidencia una dimensión identitaria que los textos jurídicos denominan *identidad de género*. Estas personas más allá de su orientación sexual cuestionan su sexo biológico y exponen una manera diferente de entenderse a sí mismos y también de mostrarse ante los demás. En relación con la transexualidad, el reto del ordenamiento jurídico es su reconocimiento de acuerdo con el

[207] Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. Asociación Estadounidense de Psiquiatría.

sexo que determina la cabeza y los sentimientos de las personas transexuales. Por lo tanto, se trata de una proyección del libre desarrollo de la personalidad y de la concepción de la identidad como proceso de transformación de estas personas.

La regulación de la transexualidad a nivel estatal descansa en los derechos fundamentales reconocidos en el art. 10 y 18.1 CE. Sin embargo, este colectivo social reclama un derecho a la identidad sexual o un derecho a la identidad de género. Bajo la administración socialista se promulga la ley 3/2007, de 15 de marzo que es la que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Con la aprobación de esta norma se cubre el vació legal en el que se encontraba la transexualidad (que se abordaba a través de una jurisprudencia caracterizada por un caracter contradictorio y oscilante), y se aporta un mayor grado de seguridad jurídica para este grupo social. Previamente, a esta normativa y por la inexistencia de fundamentación legal, se plantea en ciertas ocasiones la posible aplicación directa de la Constitución, a partir del reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad (Vidal Martínez, 1989: 987).

Este texto legal solo aborda una de las demandas de las organizaciones transexuales: el cambio registral de nombre sin obligación de la cirugía, y contiene el requisito de dos años de tratamiento médico. A partir de este momento, comienza un período marcado por dos metas específicas: 1) demandan la asistencia integral incluida en el catálogo de prestaciones de la Seguridad Social y 2) la despatologización de la transexualidad. La ley introduce cambios importantes al no requerir la esterilidad ni la obligatoriedad de no estar unido en matrimonio como sucede en otros países; y reconoce su sexo social a aquellas personas con salud precaria o edad avanzada y las exime del proceso quirúrgico como condición de reconocimiento. Sin embargo, la ley no es una norma integral ya que ignora la necesidad de cubrir los tratamientos (hormonales, psicológicos, médicos etc.) de las personas transexuales en todo el territorio. Ya que existen diferencias de cobertura según la comunidad autónoma a la hora de incluir este servicio en las prestaciones de la Seguridad Social. Por otro lado, esta ley no reconoce derechos a los ciudadanos extranjeros, ni a los menores de edad, transexuales menores. Y, establece como requisitos, el diagnóstico de disforia de género y dos años de tratamiento hormonal. También son condiciones ser mayor de edad y tener nacionalidad española. Sin embargo, la realidad determina que para acceder al tratamiento es necesario residir en ciertas comunidades autónomas y tener un elevado poder adquisitivo para afrontar el tratamiento hormonal, psicológico y médico.

En el ordenamiento jurídico español, las reformas estatutarias incluyen de manera expresa, aunque con diferentes matices, la prohibición de discriminación por orientación sexual. En la mayoría de los textos estatutarios se concreta la cláusula de no discriminación del art. 14 CE y se proclaman una serie de principios rectores

relacionados con la igualdad. Aunque es importante comprender que los Estatutos de Autonomía están limitados por su marco competencial en la definición de derechos y libertades y vinculados al ámbito de actuación autonómico.

Tras la promulgación de esta ley, surgen las primeras sentencias, como la STS del 17 de septiembre de 2007 FJ 4º que establece que: "*en la cuestión de la transexualidad, dada la prevalencia de los factores psicosociales en la determinación del sexo, han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho a sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad*".

La LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña proclama que: "Los poderes públicos deben promover la igualdad de todas las personas con independencia de su origen, nacionalidad, sexo, raza, religión, condición social u orientación sexual, así como promover la erradicación del racismo, del antisemitismo, de la homofobia y de cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas". Tanto la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (art. 17.3) como la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Castilla y León (art. 14) se refieren a la prohibición de discriminación por orientación sexual (art. 17.3). La LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Aragón contempla el derecho de las personas a vivir libres de toda discriminación (art. 12.1), e incluye, entre los principios rectores de las políticas públicas, la obligación de los poderes públicos autonómicos de orientarlas para garantizar el derecho de todas las personas a no ser discriminadas por razón de orientación sexual e identidad de género (art. 24.d). Por su parte, la LO 2/2007, de 19 de marzo, del Estatuto de Autonomía para Andalucía, además de incluir la orientación sexual entre las circunstancias que no deben dar lugar a discriminación (art. 14), incluye la lucha contra la homofobia entre los principios rectores de las políticas públicas (art. 37.1. 2º). Reconoce expresamente el derecho de toda persona a que se respete su orientación sexual y su identidad de género (art. 33). Y establece la obligación de que los poderes públicos promuevan políticas que garanticen su ejercicio. Más recientemente, la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura incluye entre los principios rectores de los poderes públicos la promoción de políticas para garantizar el respeto a la orientación sexual y a la identidad de género de todas las personas (art. 7.13).

Por su parte, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, incluye la protección por orientación sexual entre los motivos que pueden dar lugar a la solicitud de asilo. En concreto, en el art. 3 dispone que la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra

fuera del país de su nacionalidad y no puede, o a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país. Entre los motivos de persecución que pueden dar lugar a la solicitud de asilo, el art. 7 se refiere a la pertenencia a determinados grupos sociales, se incluye en dicha categoría a un grupo basado en una característica común de orientación sexual e identidad sexual. El legislador sostiene que en ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español.

En cuanto a la transexualidad y la identidad de género y ante la carencia de legislación, las Comunidades Autónomas inician la regulación de diversas cuestiones. Aunque se promulgan normas que contemplan situaciones concretas de las personas transexuales[208]. Ante esta falta de norma las CCAA se expresan y promulgan: en País Vasco, la 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; en Andalucía, la 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; y en Canarias, la 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. A ello es importante también añadir las menciones específicas a la transexualidad que se realizan en leyes que regulan con carácter general la protección del colectivo LGTBI, como en Galicia, la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales; en Cataluña, la Ley 11/2014, de 10 de octubre, per garantir els drets de lesbianas, gais, bisexuals, transgèneres i intersexuals i per erradicar l´homofobia, la bifobia i la transfobia, y en Extremadura, la Ley 12/2015, de 8 de abril, de libertad sexual de Extremadura.

En el ámbito del Derecho internacional los esfuerzos se centran en la prohibición de la discriminación y en la lucha contra sistemas jurídicos y culturales en los que la homosexualidad y las disidencias sexuales son consideradas como delito. En este sentido, la Declaración aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008, denominada *Declaración sobre orientación sexual e identidad de género*, incide no tanto en los contenidos positivos de esa dimensión de la identidad, sino más bien en la lucha contra los sistemas jurídicos que aún penalizan determinadas opciones sexuales y de género. Esta Declaración insiste en la esfera negativa del derecho, es decir, en la reafirmación del principio de no discriminación, el cual exige

[208] En concreto, el Decreto 114/2011, de 11 de mayo, por el que se regula la convivencia en el ámbito educativo de la Comunidad autónoma de Canarias, o el Decreto 141/2007, de 26 de junio, de creación del Consejo Nacional de Lesbianas, gays y hombres y mujeres bisexuales y transexuales (LGTB) de Cataluña.

que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos independientemente de su orientación sexual o identidad de género. En sus puntos 11 y 12 la Declaración establece un doble mandato para los Estados: a) el que reclama las medidas necesarias, en particular las legislativas o administrativas, para asegurar que la orientación sexual y la identidad a de género no sean, bajo ningún concepto, la base de sanciones penales y b) y el relativo a investigar las violaciones de los derechos humanos basadas en las circunstancias de la orientación sexual e identidad de género y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

Dos años después de la Declaración de Naciones Unidas, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 31 de marzo de 2010 aprueba la Recomendación CM/ (2010) en la que se detallan una serie de medidas que los Estados miembros deben adoptar para luchar contra la discriminación fundada en la orientación sexual y la identidad de género[209]. Además de reiterar los mandatos de las Recomendación de 2008 de Naciones Unidas, dirigidas básicamente a la adopción de medidas de todo tipo contra la discriminación del colectivo LGTBI, la Recomendación incluye un anexo donde se explicita una catálogo de derechos mediante los que se concreta el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. El anexo se inicia con una proclamación del derecho a la vida, a la seguridad y a la protección contra la violencia, dentro del cual se incluye la lucha contra los denominados crímenes de odio y también contra los discursos del odio. También se hace referencia a las libertades de asociación, expresión y reunión, insistiendo que los Estados miembros deben proteger a los participantes en manifestaciones pacíficas en defensa de los derechos de las personas LGTBI. Asimismo, se reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, con todas las consecuencias jurídicas que se derivan, tales como el reconocimiento de cambio de sexo de una persona, el derecho de una persona transgénero a casarse con una persona del sexo opuesto, la igualdad de derechos y obligaciones de las parejas homosexuales y heterosexuales y la prohibición de discriminación en materias como el parentesco, la tutela de menores o la adopción. La Recomendación insiste en la tutela de la no discriminación de este colectivo en ámbitos como el empleo, la educación, la sanidad, la vivienda y el deporte. Y reconoce que la persecución política motivada por la orientación sexual y la identidad de género pueden ser motivo para el reconocimiento del derecho de asilo. En consecuencia, el Parlamento Europeo emite la Resolución de 28 de septiembre de 2011, sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas, que incorpora la citada Declaración de la ONU de 2008 a la normativa europea. Y, el 24 de junio de 2013, se aprueban las directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por las personas LGTBI,

[209] El Comité de Ministros sigue con celo las recomendaciones de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa relativas a la discriminación por orientación sexual e identidad de género, ejemplo de ello es la Recomendación 211 (2007) del Consejo de poderes locales y regionales del Consejo de Europa sobre Libertad de expresión y de reunión para lesbianas, gays, bisexuales y transexuales.

aprobadas por el Consejo de la Unión Europea, a fin de evitar la discriminación fuera de la Unión Europea y asegurar la protección eficaz dentro de ella.

En España en 2010 se produce una nueva reforma legislativa, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Este cambio supone la modificación del listado de causas discriminatorias que son aprobadas y catalogadas en 1995. Aparece por primera vez la mención de identidad sexual de la víctima, dándose cabida a la posibilidad de ofrecer protección agravada de los derechos de las personas transexuales. Ya que su inserción es difícil con la anterior redacción del Código penal. Lamentablemente, se constata que tanto la agravante por orientación sexual como por identidad de género poseen problemas a la hora de que los Tribunales decidan su aplicación. El problema se basa en la prueba de dos cuestiones: 1) el autor del delito conoce la orientación sexual de la víctima y, 2) si el delito se comete precisamente por este motivo o circunstancia. En el caso de la discriminación a las personas transexuales se hace mención como causa eventual de la discriminación al sexo de la víctima. Sin embargo, la transfobia no es un problema relativo al sexo de la persona o bien a su género, es una cuestión de su identidad sexual. Situación que los Tribunales pocas veces admiten. Teniendo en cuenta que la transfobia es la manifestación de un amplio rasgo de conductas, comportamientos, actitudes y sentimientos negativos dirigidas a personas transgénero basadas en la expresión de su identidad de género (Whittle, Turner y Alami, 2007: 7). Asimismo, las personas transexuales son objeto de homofobia, debido a la asociación que comúnmente se hace entre identidad de género y orientación sexual. Es así como la transfobia y la homofobia a menudo se entremezclan en las mismas prácticas discriminatorias con severas consecuencias en las personas con identidades de género no normativas.

Desde su aparición en 1976 hasta la configuración actual del Código Penal de 2015, la batería penal antidiscriminatoria aumenta de manera considerable, tanto para las conductas o comportamientos típicos como para los grupos especialmente tutelados. En 2015 se produce la reforma del Código Penal a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (1995).

Si bien esta reforma es criticada por la doctrina mayoritaria debido a su pobre técnica legislativa, por su indeterminación semántica, y por su expansión punitiva y tipificación de actos preparatorios (que a su vez comprometen seriamente derechos fundamentales para el estado de derecho como puede ser la libertad de expresión) es importante destacar que se producen algunas novedades legislativas tales como la inclusión del género como motivo de discriminación en la agravante del artículo 22.4 CP.

Por otro lado, se produce la redefinición de las conductas de incitación al odio y la violencia del art. 510 CP. Su contenido es abundante y se configura casi el único artículo que aglutina el grueso de las conductas susceptibles de sanción penal por conductas racistas o xenófobas. En algunos casos, la penalidad máxima se incrementa. Además, se incluye una regulación concreta con una agravación de la pena de aquellos supuestos de la comisión de delitos que se realicen a través de internet, objetivo de la lucha contra los delitos de odio a través de internet. Así mismo, se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas art. 510 bis CP.

También, se acoge el dictado de la STC 235/2004, de 7 de noviembre (caso Violeta Friedman), que impone una interpretación del delito del genocidio que limita su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías sociales.

La nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: 1) las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos. Tendrán una mayor penalidad; y 2) los actos de humillación o menosprecio contra esos grupos o individuos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia. Estos delitos pueden dar lugar a responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En los artículos 578 y 579 se castiga con prisión de 1 a 3 años y multa de12 a 28 meses el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. La pena se agrava en el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces pueden acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos.

El 4 de febrero de 2014, se produce la Resolución del Parlamento Europeo, sobre la hoja de ruta de la Unión Europea contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, en la que se condena enérgicamente toda discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género. En ella se subraya la importancia de que se reconozcan los derechos civiles de las personas LGTBI sin discriminación a causa de su orientación sexual o su identidad de género en una estrategia o plan de acción que recoja los temas y los objetivos relacionados con las

áreas de trabajo, sanidad, educación, acceso a bienes y servicios etc., y establece disposiciones específicas para personas transexuales e intersexuales. La Resolución también dispone que la Comisión vigile que la identidad de género se incluya en las políticas pertinentes de la Unión Europea y que los Estados miembros deben velar por que los organismos que trabajan en pro de dicha igualdad estén informados y capacitados en lo que respecta a los derechos y cuestiones que afectan de manera específica a las personas trans e intersexuales.

En el caso de la transexualidad, en 2017 el Manual DSMV[210] elimina el "trastorno de identidad de género", y deja de considerarlo trastorno mental. Pero, lo sustituye por una nueva versión diagnóstica: "disforia de género". *A priori*, esta nueva consideración diagnóstica puede ser vista como un avance. Sin embargo, si se hace una comparación con la situación previa que castiga a las personas transexuales simplemente por serlo con la nueva categoría (que implica la atención sanitaria ante el sufrimiento) deja de aplicarse dicha atención sanitaria cuando se considera que el sufrimiento desaparece. Los colectivos transexuales se quejan de que siguen atrapados/as en una versión u otra de la enfermedad mental. Siendo catalogadas como seres "sufrientes".

La realidad trans no es un fenómeno social contemporáneo está presente a lo largo de toda la historia de la civilización. Pero, como es evidente hoy en día esta situación posee una mayor visibilidad que provoca rechazo y, también posiblemente, una mayor aceptación social. En su caso, el trastorno de género es un diagnóstico bastante desafortunado para estas personas. En tal sentido y en relación con la incongruencia de género se tiende a diagnosticar a las personas trans por ser quienes son. Y, se relaciona el posible malestar que pueda causar la incongruencia entre la identidad de género y el modo en que se vive o protagoniza la vida social. Sin embargo, solo se la podría patologizar a través de la incoherencia de las alegaciones de los ideales del cisexismo[211] de congruencia (corporal, identitaria o expresión de género). Por lo tanto, la incongruencia no está en estas autodeterminadas identidades trans, sino en el marco social desde donde se las observa. Incluso hoy en día desde el estamento médico se continúa estigmatizándolas, ya que su sola existencia y visibilidad cuestiona de lleno y de manera rotunda el orden sexual binario, sexista y genitalista de las personas.

En cuanto a los menores transexuales, el 18 de julio de 2019, el Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Primera del Tribunal Supremo respecto del párrafo primero del art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. El

---

210 Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM – 5).

211 Cisexismo: Creencia de que los géneros de las personas transexuales son menos legítimos y meras imitaciones de los géneros de las personas cisexuales. Desde el "privilegio" de situarse dentro de la "norma socialmente establecida", imponen su identidad sexo genérica como auténtica y natural, cuestionando la identidad sexual y los cuerpos de las personas trans. Es la ideología que sustenta la transfobia. Guía de Conceptos TRANS. Asociación de Transexuales de Andalucía. Junta de Andalucía. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/educacion/webportal/ishare-servlet/content/93ccd930-873f-4e81-a5fe-dcd2b404cbbb

Tribunal Supremo manifiesta que tiene dudas de que la restricción legal cuando afecta a un menor de edad con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad, pueda superar el juicio de necesidad y de proporcionalidad. El Pleno del TC aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su proyección respecto de los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad, representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad perseguido por el legislador y por eso, aprecia la vulneración del principio de desarrollo de la personalidad art. 10.1 CE y del derecho de la intimidad art. 18.1 CE. En consecuencia, el TC estima la cuestión de inconstitucionalidad mencionada, pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad.

Si bien el proceso de abolición de la criminalización de las orientaciones sexuales y las manifestaciones de identidades de género diversas se inicia bien entrado el siglo XX, en el siglo XXI, es un proceso aún inconcluso. Desde el siglo pasado, se producen sucesivamente la proclamación de las cartas más representativas de Derechos Humanos, que en ningún caso recogen expresamente el derecho a una libertad de expresión de la sexualidad humana. No obstante, la progresiva conciencia sobre las exigencias del respeto a los Derechos Humanos lleva a las Cortes internacionales y a los Tribunales constitucionales de las democracias occidentales a comprender la improcedencia de la criminalización de la homosexualidad y de la identidad de género y, posteriormente, a que se promulguen las primeras normas de tolerancia a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado y de la restauración de los derechos postergados de las minorías sexuales a partir de la década de los años noventa del siglo XX. En España, desde 2014 hasta 2019, 12 de las 17 comunidades autónomas aprueban leyes de protección a las personas LGTBI+, y las 5 restantes cuentan con propuestas de ley en sus respectivos parlamentos. A esto se suma una propuesta de ley estatal, aceptada para discusión en el Congreso de los Diputados.

En algunos casos existe una cierta similitud entre las previsiones sancionadoras de las leyes administrativas y las incluidas en el Código penal; por ejemplo, la discriminación en el disfrute de un servicio público o de una prestación profesional previstos en los artículos 511 y 512 CP; en tales circunstancias las autoridades administrativas comunican al Ministerio Fiscal las circunstancias y los hechos en cuestión y se abstienen de continuar el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o continuar actuaciones. Si no se estima la existencia de ilícito penal, o en caso de dictarse resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración puede continuar el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales consideren probados (art. 69 de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid).

Sin embargo, en nuestro país como también en muchos países de la Unión europea (estados aparentemente respetuosos de la diversidad sexual), los datos ponen en evidencia que se practica una violencia estructural contra las minorías sexuales en completa impunidad, demostrando que no basta con erradicar el tipo penal para conseguir la igualdad y el respeto. En la práctica se pasa de marcos punitivos contra la disidencia sexual y de género a otro marcos, también ciertamente punitivos, que tratan de resolver los problemas relacionados con los hechos sociales a través de las sentencias. Además, existe cierta evidencia que confirma que aún no se han producido cambios profundos en la estructura de las instituciones, que continúan siendo homófobas, machistas, racistas y coloniales (Langarita y Sadurní Balcells, 2020: 102). Ante un problema de invisibilidad de un problema estructural de la sociedad. Es fundamental la interpelación de las estructuras que constituyen las instituciones y de los actores que las componen. De lo contrario, se reproduce la lógica de la desviación.

Por otro lado, y ante una sociedad multicultural y compleja como la Sociedad de la Información, el colectivo LGTBI+ se enfrenta empoderado a posibles escenarios adversos de discriminación. A diferencia de tiempos precedentes, existe el reconocimiento legislativo y las garantías de los derechos del colectivo como grupo social e históricamente discriminado. Sin embargo, las herramientas jurídicas presentes exponen algunos inconvenientes relacionados con los actos preparatorios que implica valorar el comportamiento del fuero interno del autor (niveles de homofobia) y cuya demostración procesal es casi improbable. También se plantean las dificultades interpretativas fruto de la vaguedad terminológica en relación con términos subjetivos tales como odio, desprecio, fobia, etc., Igualmente, las dificultades probatorias en su relación con el motivo xenófobo. Amén de los conflictos que pueden surgir entre ciertos derechos fundamentales como la libertad de expresión y de conciencia. Todas estas cuestiones afectan de manera importante al colectivo LGTBI+ ya que pueden quitar eficacia y eficiencia a las normas penales contra la homofobia, la transfobia, etc., y, por otro lado, acercándose a un uso simbólico del Derecho Penal. Situación no menos importante para toda la sociedad y la democracia. Es por estas razones que los Delitos de odio y discriminación pueden convertirse en narrativas incapaces de dar soluciones a la violencia material y simbólica que sufren los disidentes sexuales y de género.

La inclusión social de las minorías sexuales es una labor de lucha cultural tanto como de adopción de medidas legales compensatorias (Echevarría Sáenz, 2019: 294). Es necesario combatir la discriminación que se torna sutil, en una sociedad caracterizada por el riesgo el miedo y la exclusión, en lugar de las discriminaciones y criminalizaciones violentas de antaño. Ya que, de lo contrario, es posible caer en un modelo manido de discriminación basado en el miedo identitario de la mayoría, con el que en tiempos de populismo se pretende crear una sociedad de clases segregadas.

En este contexto, las asociaciones del tercer sector relacionadas con el colectivo LGTBI+ sostienen que es necesario reconocer primeramente los derechos y libertades civiles de las personas e incidir en la educación de la sociedad en su conjunto. Ya que la solución a las discriminaciones no pasa por una mayor regulación penal, sino por las transformaciones sociales de gran calado. Este tipo de violencias implican abordajes

estructurales, por lo tanto, necesitan soluciones estructurales. La función del Derecho penal debe ser la última ratio como instrumento de persecución o solución de las acciones que amenazan o dañan los derechos fundamentales de las personas.

Ante la diversidad del propio colectivo LGTBI+ se producen diversas y variadas discriminaciones dependiendo de la persona en cuestión. Por tal motivo, es necesario incorporar y aplicar las demandas del feminismo jurídico de principios del siglo XXI, tales como la inclusión del reconocimiento y respeto de la diversidad afectivo-sexual y de las identidades de género en los contenidos curriculares de la educación obligatoria, la formación y sensibilización de los profesionales de la sanidad, educación, justicia y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Y también, incidir en el fomento de imágenes no estereotipadas en los medios de comunicación masiva debido a su especial responsabilidad a la hora de construir prejuicios y, por ende, discriminación. Todo ello con la finalidad de entender y aceptar las orientaciones sexuales e identidades de género como parte fundamental de la autodeterminación de las personas para una convivencia pacífica y en igualdad de posibilidades para la participación social y política.

SEGUNDA PARTE:

DEFINICIONES Y USOS JURÍDICOS DE LOS DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

"He querido contar mi historia sencillamente como un testimonio más, para que no se olvide nunca, para que los testimonios de quienes allí estuvimos sean una antorcha que ilumine a nuestros hijos por el camino de la Tolerancia y la Paz. Quizá, y este es mi mayor deseo, así las semillas del odio no vuelvan a brotar de nuevo, y el mundo pueda decir siempre, lo que nosotros jamás nos cansaremos de repetir: nunca más". "Sé que mi voz se pierde en el devastador ruido del tiempo. Con este libro espero que las nuevas generaciones puedan oír mi ruego: que ellas continúen mi trabajo. Que no nos olviden".

Violeta Friedman, *Mis Memorias, 1997.*

Capítulo V:

1. La discriminación: una construcción cultural e histórica. El caso de las personas LGTBI.

La historia está llena de prejuicios contra las personas diferentes. Se trata de procesos que implican espacios de comprensión determinados en torno al otro. Espacios de un "nosotros" y espacios de "ellos". Son percepciones de la *otredad* que con frecuencia se concretan en desigualdades sociales. Diferenciar entre un nosotros y un ellos es un acto de poder que se realiza mediante la atribución de valor y significado a la diferencia. Esa diferenciación es una medida de valor y también es una medida de poder. De valor, porque afecta a las personas en su capacidad de percepción del valor de los otros en cuanto a las características inherentes de esas personas o de los grupos a los que pertenecen. Y de poder, porque es una medida que coloca a los sujetos diferenciados en una situación asimétrica con respecto al resto de personas. Dando como resultado, una verticalidad en las relaciones que implica una cierta subyugación entre grupos y personas. Esta situación da lugar a posiciones sociales hegemónicas (o de dominación) y a posiciones subalternas (o de sumisión). El devenir de estos procesos a lo largo del tiempo contribuye a la estructuración de la experiencia cotidiana y, por ende, a la conformación de la sociedad. La discriminación es un fenómeno antiguo que adopta muchas formas, a veces es evidente y otras es sutil y pasa inadvertida, pero sigue siendo actual en la sociedad y no menos dañina. El racismo y la xenofobia se están normalizando y forma parte de nuestra tradición cultural que se pone de manifiesto todos los días en un mundo que niega su existencia. Las minorías sexuales no son el único grupo social que sufre un tratamiento hostil. También hay minorías religiosas, raciales, étnicas, etc., que sufren un tratamiento minusvalorado, despectivo, incluso infrahumano. La intolerancia social se convierte en moneda común en el trato a estos grupos sociales que son percibidos de manera prejuiciosa y estereotipada.

Las democracias occidentales son herederas de la *ilustración*. La ilustración crea nuevas instancias de control social que sustituyen las antiguas legitimaciones religiosas, es el caso de la ciencia y de la medicina. Al mismo tiempo, la ciencia y la medicina configuran saberes útiles que rápidamente animan el desarrollo del capitalismo y el predominio de la ideología liberal. En este contexto histórico, los regímenes políticos herederos de la ilustración consideran que la sexualidad debe regularse y administrarse. Esta cuestión, que antaño es gestionada y liderada por la iglesia y el derecho, es ahora asumida por el Estado. Montesquieu, Voltaire y Rousseau son filósofos políticos que contribuyen de manera importante en la construcción del derecho moderno y, en consecuencia, de la construcción social de la realidad. Como hombres de su tiempo, asocian sus prejuicios personales al ámbito jurídico con su específica concepción de los delitos. En el ámbito de la sexualidad, con la salvedad de Donatien Alphonse Marquis de Sade, la mayoría de los ilustrados anteponen sus prejuicios a la reflexión razonada. Eso es un claro ejemplo de que los valores supuestamente universales producidos por los ilustrados están condicionados por rasgos étnicos, culturales, sociales y también por el sexo.

Rousseau justifica la dominación de las mujeres negándoles individualidad al grado de hacer depender su honra y reputación a la de los hombres. Y, esencialmente, en su filosofía se hace patente su desprecio a lo "otro"[212]. Las nuevas formas de derecho sirven a los intereses de una nueva clase social: la burguesía. Se trata de un derecho que está comprendido por una falsa idea de igualdad. Y, es esta igualdad formal la que está plagada de ideas discriminadoras que se plasman en la primera etapa del constitucionalismo a través, de las Declaraciones de Derechos y, posteriormente, en las Constituciones[213]. Los ilustrados interpretan restrictivamente el concepto de razón y se lo niegan a la otredad. Se atribuyen la capacidad de conceder o no la razón al resto de los seres humanos. Estas ideas contribuyen a reforzar la exclusión. Y, toda persona que no se encuentra dentro del grupo del hombre europeo, blanco, varón y propietario ve cómo se le niega su capacidad de razonar y en consecuencia no existe ni jurídica ni políticamente en pie de igualdad con el resto de las personas. Es así como el hombre europeo se configura en referente jurídico sustentado en su raza, en su sexo y en la geografía. El conjunto de estos elementos tiene suma importancia en los discursos que justifican la defensa de la superioridad de la civilización europea y de la raza blanca.

Los Estados europeos se construyen en base a una homogeneidad étnica y religiosa que niega al otro. Esta lógica transforma al otro en enemigo, real o aparente, a partir del cual se erige la propia identidad. El otro está afuera, nosotros dentro. Y el otro es condición indispensable para construir la propia identidad. En esta clase de procesos se crea un estigma donde se identifica al otro en base a la diferencia que le caracteriza. El siguiente paso implica pasar del individuo estigmatizado al colectivo criminalizado al cual pertenece. Paulatinamente, esta razón ilustrada construye una sociedad regida por los valores de mercado que origina una ética de mercado en la que la vida humana depende del valor del hombre y este se mide por su poder y su dinero. Todos estos procesos permiten afirmar que la racionalidad occidental no es un criterio universal. Es una categoría que se construye histórica y culturalmente (Boaventura De Soussa Santos, 2003: 20).

Las concepciones prejuiciosas infravaloran a los grupos humanos distintos, o a las personas diferentes. En el mundo globalizado y multicultural disminuyen los escenarios de respeto y tolerancia que son transformados gradualmente por diversas formas de desconocimiento y de desprecio del otro. Por lo tanto, el racismo, la xenofobia y los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género en la era de la sociedad de la información y el conocimiento son un problema significativo de las sociedades abiertas. Y, también son un reto para el avance de las democracias, ya que los grupos sociales hegemónicos a pesar de la aceptación formal de las minorías

[212] El "pacto social" y su concepción de "estado de naturaleza" se inspira en las ideas individualistas de Locke. El padre del liberalismo reclama la libertad solo para quien es varón y propietario y sostiene que el resto de gente que es pobre es responsable de su incapacidad para progresar.

[213] Es importante tener en cuenta que la primera fase del constitucionalismo, la liberal, implica la discriminación racial y de género. Un ejemplo claro es la propia Constitución de los EE. UU. de Norteamérica. Lo confirman las sentencias del caso *Dred Scott versus Standford* (sentencia de la Corte Suprema norteamericana del año 1857), la sentencia del caso *Brown versus Board of Education* (1954) y actualmente en España: la sentencia del Tribunal Constitucional, caso *Rosalind Williams* (*STC 13/2001, de 29 de enero de 2001*).

sexuales inciden en el no reconocimiento de la diferencia y en una imposición arbitraria de formas de armonización social y cultural.

Una de las características fundamentales de las sociedades actuales, es que la explosión de la diversidad y la diferencia (fruto de procesos de globalización, de migraciones y también de visibilización social de distintas clases de minorías sociales) es un reto para las democracias e implica combatir los desencuentros con la otredad que suelen estar marcados por la violencia física o la violencia simbólica. En el actual momento histórico, la situación de tolerancia social y respeto hacia los grupos sociales distintos del propio está muy lejos de ser alcanzada, incluso, en las democracias desarrolladas. En la mayoría de los contextos occidentales surgen variedades de racismos a partir de los etnocentrismos ya existentes y se expande con mayor fuerza la xenofobia (Menéndez, 2017: 63). Esta situación no es una anomalía, sino una consecuencia del propio desarrollo capitalista.

También es necesario asumir que buena parte de los estados que conforman la centralidad del capitalismo, no son solo estados colonialistas sino, con mayor o menor intensidad, son estados racistas. La importancia de este reconocimiento radica en la aceptación de una historia, de unos usos sociales determinados en torno a la discriminación y la xenofobia contra las personas y grupos diferentes de la mayoría social que, a su vez, permite comprender los usos de las violencias simbólicas y no simbólicas que son excluidas habitualmente de las historias oficiales y, también de las buenas conciencias de la ciudadanía. De lo contrario, al obviar estos referentes se corre el riesgo de centrar la atención en los desmanes que se realizan en otras sociedades, pero no se registran lo que nuestras civilizadas sociedades hicieron y siguen haciendo a los diferentes (Menéndez, 2018: 108).

Ante esta situación, parece relevante averiguar cuáles son los elementos que configuran el marco de la discriminación en el funcionamiento de la vida social en las sociedades contemporáneas. La respuesta a este interrogante es compleja, debido a que la discriminación y la tolerancia se deben a factores multicausales. El ser humano es un ser social que, está inmerso en una cultura y es fruto de ella. Esta cultura a lo largo de la historia y de sus tradiciones crea diferentes maneras de discriminación. Sin embargo, hoy la discriminación bascula entre lo cultural y lo funcional. Ante cambios políticos y económicos vertiginosos, las experiencias frente a la diversidad se multiplican y lo que provoca rechazo es aquello que produce sensación de amenaza. Esta amenaza implica un riesgo, una sensación de peligro que genera un conflicto en el espacio vital, en aquel ambiente que previamente se siente como una dimensión estable y segura. Este temor, esta angustia, se transforma en formas de discriminación. Y, en las sociedades abiertas, la discriminación se instituye como un mecanismo de reducción o intento de neutralización de la incertidumbre e inseguridad social. Por su parte, la otredad, rompe la lógica de las sociedades homogéneas, poniendo sobre la mesa tácitamente el binomio seguridad-libertad.

Las desigualdades sociales son una de las múltiples formas que adoptan las discriminaciones. Por lo tanto, es importante conocer la desigualdad para avanzar hacia un estudio crítico del Derecho que supere la igualdad formal o jurídica para alcanzar

una igualdad real. De esta manera, se evidencia una disyuntiva importante en cuanto a los derechos de las personas. Surge la necesidad de la administración del derecho de las personas orientada a una individualidad propia y exclusiva que pueda coexistir con el derecho de los otros, del conjunto de las personas, de la sociedad. Esto se traduce en mecanismos, procesos jurídicos y sociales que tienden y pretenden lograr una cierta certidumbre asociada a la neutralización de eventos xenófobos y discriminatorios. Así, se espera recuperar el valor del otro (su dignidad) como cuestión importante en el proceso de transformación social. Y, al mismo tiempo, instituir relaciones de mutualidad y cooperación basadas en el ejercicio de los derechos de las personas.

Es así como se entra en conflicto con formas y estructuras tradicionales de censura y condena de los grupos sociales diferentes. Tales grupos sociales han estado (o están) sometidos a las estructuras de poder tradicionales de la sociedad (machismo, clasismo, racismo, homofobia, lesbofobia, transfobia, etc.). De esta manera, es como el riesgo y el peligro se adhieren a las figuras sociales de la alteridad. La otredad simboliza la causa de la amenaza y, por ende, se la vincula con problemas sociales fundamentales. La imagen del extranjero, del bárbaro, del otro, es colocada en un lugar que representa el peligro, lo extraño, lo amenazante y lo problemático. Con elevada potencialidad de subvertir el orden establecido. Al mismo tiempo, este conflicto ignora al otro y anula su capacidad de encontrarse como sujeto, y reconocerse como ser, en las decisiones y eventos que conforman su vida. Y, también condiciona negativamente encontrar su papel en la comunidad a través de la participación político-social y la interrelación entre las personas en igualdad de condiciones y derechos.

La construcción social de la otredad: estigmatización, etiquetamiento, estereotipos, prejuicios y discriminación.

Es importante entender cómo se llega a la discriminación y el notable papel del etiquetamiento, los estereotipos y los prejuicios en el proceso de su materialización. La construcción social de la otredad implica un proceso de estigmatización sobre un grupo social determinado. En este procedimiento el etiquetamiento es fundamental, ya que, una vez aplicada la etiqueta, condiciona completamente la vida del sujeto. La etiqueta es solo el principio del proceso de estigmatización y para comprenderla es necesario profundizar en los atributos de esta, los estereotipos. En este sentido, una informante Montserrat de 53 años de Barcelona psicóloga del movimiento asociativo LGTBI afirma: *el tema de la etiqueta ha hecho mucho daño a este colectivo. Es cierto que, por una parte y aparentemente, favorece la pertenencia grupal, pero, por otra parte, condiciona firmemente la identidad del etiquetado ya que asume la etiqueta como algo propio sin serlo*.

Los estereotipos son una elaboración cognitiva, imágenes mentales (Fischer, 1987: 17), ideas conformadas de cualidades o de conductas sobre grupos o individuos; compuestas por contenidos de información simplificados y por procesos de estereotipación que tienen la función de desarrollar explicaciones, juicios, inferencias con el fin de realizar predicciones de comportamiento en las que se fundamentan las ideas sumarias y

abreviadas. Katz y Braly (1933: 280) consideran que son un conjunto de rasgos de personalidad que se atribuyen a los distintos grupos raciales. Y, sirven para entender la realidad social que nos rodea. Simplifican la complejidad al universalizar la singularidad. Son creencias compartidas concernientes a las características personales, generalmente, a los rasgos de personalidad, a los marcadores sociales, pero también a los comportamientos identitarios o de un grupo de personas (Mannoni, 1998: 126). Los estereotipos sirven para el proceso de esquematización que las personas realizan al seleccionar y simplificar ciertas creencias sobre personas o grupos sociales. Este procedimiento permite interpretar y juzgar el comportamiento de los demás en función de esta esquematización. Campbell (1967: 817) estima que el origen de los estereotipos se encuentra en las relaciones intergrupales y en la posición que estos grupos ocupan en la estructura social.

Los estereotipos están íntimamente relacionados con los prejuicios. Ya que los prejuicios escogen y designan los estereotipos que alimentan a los juicios realizados en torno a los sentimientos negativos hacia personas o grupos sociales que tienen una pertenencia y usos sociales distintos a la propia o del grupo social hegemónico. Para Tajfel (1984: 171) los estereotipos surgen como una categorización que tiene como función principal simplificar y sistematizar, para lograr una adaptación cognitiva ante la ingente cantidad de información que provee el medio. El pensamiento estereotipado de las personas en contextos de relaciones intergrupales induce a ver a los "otros" o grupos sociales minoritarios como unidades indiferenciadas e intercambiables, de forma crecientemente despersonalizada. Deshumaniza y minusvalora a las personas y, al mismo tiempo, legitima una posible agresión o violencia hacia los grupos sociales minoritarios que subviertan el orden social establecido. Según Stephan (1985: 157) los estereotipos son conjuntos de rasgos (físicos, fisiológicos, intelectuales y conductuales) atribuidos a los grupos sociales. De entre las diversas funciones sociales de los estereotipos podemos mencionar que: 1) explican la realidad, racionalizando los hechos sociales (Bourhis y Leyens, 1997: 114), 2) sirven para justificar los comportamientos hacia los miembros de otros grupos sociales (Puertas, 2003: 9), 3) además, sirven para mantener la identidad positiva del grupo de pertenencia en las situaciones que peligra el *statu quo* (Huici, 1999: 87), 4) también sirven para justificar ideológicamente la posición de superioridad y privilegio de individuos y de ciertos grupos sociales en la que todo el sistema social se ve implicado. De esta manera, las diferencias sociales aparecen como legítimas y normales (Banají, 1994: 3) y 5) además de servir para mantener el orden establecido, se advierte como herramienta importante en el proceso de control social de unos grupos sociales por otros (Fiske, 1993: 621). Josep de 52 años de Barcelona informante del movimiento asociativo LGTBI sostiene que: *los estereotipos más usados y asociados a este grupo social podrían, por un lado, ligarse a la idea de morbosidad en relación con la sensación que produce algo que puede resultar desagradable, reprobable, asqueroso e incluso prohibido que va contra, no solo la moral sino también contra las leyes. Y, por otro lado, a la incapacidad como concepto fruto de la idea de no ser lo suficientemente hombre o quizás "medio hombre, femenino o niño", e incapaz de cuidarse a sí mismo.*

Los prejuicios obedecen a una actitud etnocéntrica, a una tendencia a referirse a los valores del grupo de pertenencia como valores superiores y universales para, partiendo de ellos acercarse con mayor afinidad a los que se nos parecen y, con hostilidad y rechazo a quienes son diferentes (Fischer, 1997: 105). El etnocentrismo posee tres características fundamentales: 1) actitudes valorizantes frente al grupo de pertenencia; 2) actitudes desvalorizantes frente a los demás grupos sociales y, por último: 3) la creencia que los otros grupos sociales minoritarios y diferenciados o exogrupos son inferiores. Fein y Spencer (1997: 31) sostienen que los prejuicios sirven para justificar la superioridad política económica y social de los grupos dominantes. Así, los grupos hegemónicos estigmatizan a los grupos desfavorecidos como estrategia de diferenciación y *upgrading social* y, al mismo tiempo, legitiman las situaciones sociales desiguales. Estos grupos estigmatizados se convierten en chivos expiatorios del prejuicio y del autoritarismo de la mayoría y también, del grupo social hegemónico (Adorno *et al,* 1950: 231). Se constata que los miembros de los grupos sociales con mayor poder social tienen más alta preferencia endogrupal y una mayor propensión al etnocentrismo y a las conductas discriminatorias (Echebarría y González, 1995: 71).

El prejuicio es comprendido como aquellas actitudes negativas hacia un grupo social y a sus miembros individuales. Es un juicio de valor *a priori* sobre las características que dan visibilidad y que también definen a las personas o a un grupo social. Estos juicios están comprendidos por pensamientos, representaciones y sensaciones que se articulan en torno a esa valoración negativa sobre esos grupos o minorías sociales. Durante el proceso de interacción social, la percepción de los otros es organizada, ordenada y simplificada, en torno a un conjunto de categorías-generalizaciones. Esta categorización social constituye la base del prejuicio e informa al sujeto ideacionalmente (estereotipos) y emotivamente (sentimientos). Por lo tanto, este procedimiento no solo informa sobre "nosotros" y los "otros" sino que, además, permite crear unas expectativas de comportamiento de los grupos sociales y unos sentimientos de agrado o de desagrado hacia ellos. De acuerdo con estas ideas y estos sentimientos se perciben y se interpretan las acciones de los grupos estigmatizados de un modo que defienda y justifique la forma de actuar, como así también la posición del grupo social hegemónico (Allport, 1954: 32). Para Allport el prejuicio no es solo la consecuencia lógica de la tendencia natural del hombre a la categorización, sino también al etnocentrismo. Tajfel (1984: 174) considera que: "los prejuicios son concebidos como el proceso cognoscitivo de selección, acentuación e interpretación de la información proveniente del medio ambiente, que permite la protección del sistema de valores que subyace a las divisiones del mundo circundante en las que se opera". Los miembros de un grupo social hegemónico tienden a maximizar la autorreferencia y las diferencias siempre a favor del propio grupo social dominante o de pertenencia. Por su parte, Ashmore (1970: 245) sostiene que el prejuicio es una actitud y un fenómeno que se orienta negativamente hacia el objeto del prejuicio e implica conductas negativas de evasión y agresión; además, es sesgado y excesivamente generalizador.

En cuanto a su utilidad, Echebarría y González (1995: 76) explican que los prejuicios sirven para: 1) a través del condicionamiento generalizar aspectos negativos o estereotipos individuales a todo un grupo social. 2) además, sirven como herramienta

para reforzar los estereotipos y de esta manera, se consolida el prejuicio y 3) también, sirven como instrumento para mantener la seguridad de un grupo social determinado. En relación con este tema, María de 37 años de Barcelona, trabajadora social del movimiento asociativo LGTBI manifiesta que: *consecuencia del proceso de etiquetamiento y estereotipación de las personas diversas sexualmente asociadas a la morbosidad-peligrosidad, por un lado, y, por otro, a la incapacidad se configuran claramente dos prejuicios fundamentales. El miedo a ser contagiado y la sensación de superioridad cuando se percibe al otro como incapaz.*

Los estereotipos y los prejuicios tienen un origen sociocultural y forman parte de nuestra herencia cultural. Son transmitidos al mismo tiempo que las normas, las costumbres y las maneras de comportarse (que son compartidas por los miembros del grupo social al que se pertenece durante el proceso de la socialización primaria y posteriores socializaciones). Hamilton y Trolier (1986: 127) estiman que los contenidos de los estereotipos (asociación particular de rasgos) son adquiridos en el proceso de socialización. Donde los estereotipos y los prejuicios funcionan como sistemas explicativos sociales que legitiman las diferencias sociales y también justifican las situaciones de desigualdad. De esta manera, se justifica la desvalorización social de la cual son objetos ciertos grupos y minorías sociales. Por lo tanto, los estereotipos sirven de base a los prejuicios y los prejuicios se exteriorizan en comportamientos negativos diferenciados, que se materializan en la discriminación. Los prejuicios se transforman en discriminación en el momento en que esos prejuicios evolucionan y se manifiestan como conductas discriminatorias aversivas y específicas contra esos grupos y hacia personas diferentes.

Por su parte, la discriminación es un comportamiento o tratamiento no justificable emitido contra un sujeto o un grupo social determinado (que es objeto de una imagen negativa o prejuicio) sin relación objetiva con el criterio que sirve para distinguir el grupo o la persona. Si bien la discriminación no puede ser vista ni entendida separada de los estereotipos y los prejuicios, se constata en ciertos casos que se produce discriminación sin la existencia clara y evidente de un prejuicio (Billig, 1984: 575). Existen personas con fuertes prejuicios hacia grupos sociales que controlan su comportamiento y no demuestran comportamientos discriminatorios. Como así también, existen personas que sin tener prejuicios contra ciertos grupos sociales manifiestan comportamientos abiertamente discriminatorios por algún motivo externo.

Por estos motivos, la xenofobia (más allá de la fobia al extranjero o inmigrante, sino también al diferente), y el prejuicio son asociados muchas veces a una estructura de carácter de las personas sin considerar el contexto en el que se manifiestan. El prejuicioso es un actor social y, por tanto, es necesario no perder de vista el escenario social en el que actúa, la gestión que hace de los sentidos y de los significados, y el conjunto de interacciones en los que se basa y manifiesta (Wieviorka, 1992: 237). Es de vital importancia recordar el notable impacto que lo sociológico y las variables socioestructurales tienen sobre la xenofobia, el prejuicio y la discriminación. En el caso del Holocausto del siglo XX, este es un proceso histórico que induce al error al constreñir el concepto de xenofobia a la idea de la superioridad racial del pueblo ario y

al programa de solución final que los nazis diseñan para el pueblo judío. Sin tener en cuenta que el exterminio sistemático que se aplica al pueblo judío también se realiza contra otros grupos sociales (polacos, gitanos, homosexuales, soviéticos, deficientes mentales, etc.); y donde una sociedad como la alemana (con un nivel de cultura y educación importante) participa directa e indirectamente, y es responsable de tales atrocidades.

La lógica del funcionamiento de la discriminación implica la concentración del temor y la agresividad contra ciertos grupos y sujetos sociales, con el potencial peligro de reducir la diversidad y la complejidad social. A lo largo de la historia este proceso de reducción de la diversidad cultural es implementado como estrategia y como común denominador por los grupos sociales hegemónicos con el objetivo de la armonización cultural y social. Las mayorías sociales aplican consciente e inconscientemente estereotipos negativos a las minorías para justificar y legitimar ciertas actitudes, creencias y conductas. Las posiciones sociales privilegiadas de los grupos hegemónicos justifican y racionalizan posturas que se refuerzan con casos aislados negativos que luego se proyectan a toda una minoría social. Los grupos sociales dominantes se consideran especialmente legitimados para eliminar la diferencia o las características específicas de los grupos sociales que atentan contra el proceso homogeneizador de la sociedad, contra la disciplinariedad y contra sus intereses. Estas manifestaciones discriminatorias se evidencian no solo en la interrelación de la vida cotidiana, sino que también se traducen en prácticas institucionales, en la legislación y en los ritos sociales. La discriminación se sitúa dentro del marco de análisis de las estructuras sociales basadas en diversas formas de desigualdad de poder, de medios materiales, de protección de derechos y libertades civiles, de reconocimiento social, etc. Ya que donde existe discriminación (que implica trato desfavorable con los otros) existe desigualdad.

En personas que son sus víctimas, la discriminación produce diferentes consecuencias: desde agresiones físicas que atentan contra la integridad física de los sujetos, imposibilidad de acceso a servicios públicos hasta estados emocionales como el estrés, discriminación laboral, agresividad, y desequilibrios psicológicos tales como: estados depresivos, trastornos de la personalidad, estrés de minorías[214], etc. La discriminación en sí misma es un ataque u ofensa a la identidad, a la autorreferencia, a la imagen que se tiene de uno mismo. Ya que las víctimas tienden a minusvalorarse, y a aceptar su situación interiorizando y aceptando los estereotipos y prejuicios desvalorizantes de los que son objeto. De esta manera, la desesperanza se aprehende y se incorpora; se genera automáticamente una reproducción social del ciclo de la discriminación, como es el

[214] El estrés de minorías es el exceso de ansiedad y preocupación que sufren aquellas personas de una categoría social estigmatizada debido a su posición social. Además, hace referencia a los conflictos de estatus que surgen con otros roles y que son resultado del prejuicio social, de la discriminación, de la estigmatización y del estatus de una minoría socialmente sancionada. Se genera un ambiente hostil, estresante que es origen de problemas de salud mental. En el caso de los sujetos que pertenecen a una categoría social estigmatizada relacionada con la sexualidad, este tipo de estrés está relacionado con la disonancia que existe entre la heteronormatividad o heterosexualidad obligatoria y la afiliación al grupo minoritario o autoidentidad internalizada que incluye experiencias de prejuicio, expectativas de rechazo, esconder u ocultar sus opciones afectivos-sexuales. Por lo tanto, aquellos sujetos que sufren experiencias de victimización por motivos de orientación sexual en el pasado indican niveles superiores de depresión y de ansiedad y peores niveles de autoestima y equilibrio afectivo (Meyer, 1995, 2003, 2007).

caso de la homofobia, tanto interiorizada como manifiesta. Es así como la víctima entiende que el hecho discriminador se produce debido a su falta de inteligencia, a su falta de conocimiento, a su falta de valía, a su inexperiencia, a su falta de "normalidad" y, por último, a su condición social que, por lo general, converge en una discriminación múltiple o interseccionalidad de factores de discriminación (racismo, aporofobia, homofobia, transfobia, etc.). En definitiva, las víctimas se sienten culpables de su situación e indirectamente asumen la culpabilidad-responsabilidad del agresor o del victimizador secundario y así, legitiman la discriminación de la cual son objeto. En esta situación, las personas que aceptan su condición y situación son menos capaces de defenderse (y de reclamar el libre ejercicio de ciertos derechos) en un escenario de injusticia social. A este respecto, una informante, Olga 57 años de Barcelona, psicóloga orientadora del movimiento asociativo LGTBI afirma que: *la discriminación pública que afecta a las personas LGTBI tiene consecuencias en los entornos sociales inmediatos de la víctima que implica rechazo y un cierto paternalismo; y, por otro lado, se produce una discriminación estructural que conlleva desatención y perjudica la atención de cualquier servicio público y social en igualdad de condiciones. En una primera dimensión una vez que la persona es etiquetada sus círculos sociales como pueden ser la universidad, el trabajo, el club deportivo, etc., estos amigos, estas relaciones, se empiezan a echar a atrás o a darle de lado. Y, en una segunda dimensión, más amplia, basal, estas personas son víctimas de un trato discriminatorio e intolerante estructural y cultural que afecta cuestiones tan importante como por ejemplo la atención sanitaria, legal, policial, etc.*

Eugenia de 39 años de Barcelona, trabajadora social de un servicio orientativo del movimiento asociativo LGTBI declara que: *todo ello conlleva un peligro de aislamiento importante, una situación bastante perjudicial para el estado psico-emocional de la persona y para el desenvolvimiento en condiciones de normalidad de la vida en general, ya que está relacionado con la falta de apoyo social. Soporte que, por otro lado, tendría efectos muy positivos en lo que se refiere a la integración social y mejora del estado psico-emocional de la persona. La mayoría de las personas diversas sexuales sometidas a procesos discriminatorios y fruto del miedo paralizante del evento violento tienden al aislamiento. Y, muchas veces, ese aislamiento se ve reforzado por el propio entorno que fuerza aún más a la reclusión, a la soledad y al auto abandono*.

Las manifestaciones discriminatorias no solo provienen del entorno social que rodea al sujeto, sino que, aunque parezca ilógico también proceden de él mismo. El autoestigma y la discriminación anticipada o interiorizada comportan el desarrollo y la institucionalización de acciones desfavorables para consigo mismo, acciones relacionadas con los estereotipos y prejuicios presentes en la sociedad. Siendo una forma más de discriminación, un autoestigma cuyo origen está en la internalización de los estereotipos y la discriminación anticipada o interiorizada por el miedo a la discriminación. En tal sentido, Juan de 59 años de Barcelona, informante psiquiatra de un Hospital Público de la ciudad de Barcelona afirma que: *en repetidas oportunidades víctimas LGTBI de eventos violentos no han querido ir a la consulta por no ser reconocidos o quedar expuestos en aspectos relacionados con su sexualidad-intimidad. En vez de pedir ayuda, son personas que se aíslan*. Y en relación con el autoestigma, el

informante asevera que: *una de las principales consecuencias es la desvalorización de la propia identidad, generando cuadros de depresión severa y otras complicaciones aún más graves. Las personas afectadas se ven con menos derechos que el resto de los ciudadanos, se autorreferencian como personas inferiores*.

Las manifestaciones de las tensiones y de los conflictos en la vida social alarman a los gobiernos y a las instituciones. Originando una oferta institucional y jurídica importante de lucha contra la discriminación. El hecho discriminante está relacionado con las situaciones de injusticia y de desigualdad que involucran a todos los grupos sociales. Es un problema estructural ya que el hecho discriminador atenta contra la dignidad de las personas. Y, por ende, contra la dignidad de cada uno de los integrantes de la sociedad. En los últimos años, se incrementan de manera alarmante las actitudes prejuiciosas hacia ciertos grupos sociales. Y, la situación de estas minorías sociales dista mucho de la tan mentada igualdad. La realidad de los grupos sociales minoritarios tales como gays, inmigrantes, gitanos, negros, pobres, transexuales, etc., es bastante diferente a la del resto de la ciudadanía en términos de derechos, libertades y acceso a servicios públicos. Diversas investigaciones certifican que, el contenido negativo de los estereotipos hacia grupos sociales diferentes evoluciona para convertirse, aparentemente, en algo menos negativo. Sin embargo, el prejuicio y la discriminación no evolucionan de la misma manera (Morales, Moya, 1999: 301). Existe una alta deseabilidad social en el hecho de no parecer prejuiciosos a los ojos de los demás. Sin embargo, esta situación no significa que los prejuicios hayan desaparecido. Además, en la actualidad lo políticamente correcto impone ciertas maneras de comportamiento social, de expresión y manifestación. No es políticamente correcto o socialmente aceptable mostrarse prejuicioso frente a grupos sociales minoritarios vulnerables y estigmatizados. Pero, a nivel explícito y material, socialmente, no parece ir acompañado de un cambio real e interno. Esta situación de rechazo ante la diversidad y de mantenimiento de actitudes prejuiciosas encubiertas es lo que confirma que el prejuicio no desaparece, sino que se transforma y adopta expresiones o nuevas manifestaciones, algunas de ellas concretas y otras más sutiles y simbólicas (Pettigrew, Meertens, 1995: 57)

La discriminación y los delitos de odio son dos manifestaciones públicas de intolerancia que se vehiculizan principalmente a través del discurso del odio. La discriminación vulnera el principio de igualdad ante la ley, la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades, litigios que se resuelven en los ámbitos judiciales civil y administrativo; mientras que los delitos de odio vulneran el principio de dignidad de las personas y los derechos humanos, resolviéndose siempre estos delitos en sede penal.

Ordenamiento sociosexual y alteridad.

Una vez comprendido como se producen las dinámicas discriminatorias también es necesario entender el contexto donde se desarrolla la interrelación social. El contexto es de especial importancia para la construcción del relato; un contexto relacionado con escenarios sociales, jurídicos, políticos, etc. en los que la información tiene lugar en el

transcurso de relaciones interpersonales. En este sentido, el ordenamiento sexual es capital ya que define las relaciones socio-sexuales y prescribe comportamientos según el género con importantes efectos tanto por su cumplimiento como por su incumplimiento en diferentes ámbitos de la vida humana. En consecuencia, determina lo desviado de la norma y sus posibles penalizaciones.

La sexualidad humana es una cuestión social condicionada por la cultura y la estructura social. A lo largo de la historia, la sexualidad es articulada en torno a la construcción y desarrollo de una ideología de las prácticas sexuales, que está ligada a la reproducción biológica (que es una consecuencia directa de la división del trabajo). La sexualidad también está directamente relacionada con la construcción social del género y sus consecuencias en la sociedad. Las reglas sexuales y sus regímenes de reglamentación se presentan al sujeto como algo externo, previo y coercitivo. Se muestra como un ordenamiento, como una organización y como un sistema natural al que la persona ingresa porque dichas estructuras aparte de ser obligatorias, se convierten en deseables. Es así, que cualquier manifestación de la alteridad es percibida como un fracaso del ordenamiento social, como un error o como un defecto del proceso de normativización de los cuerpos y del placer. Mari Carmen transexual de 52 años de Barcelona explica que: *si bien las cosas mejoran poco a poco, todavía cuando vas por la calle la gente se te queda mirando como si fueras una extraterrestre, después de varias experiencias negativas ahora intento no coger mucho el tren o el autobús para que no me insulten y no me digan nada. Siempre he notado en las miradas la aprobación o la desaprobación de la gente y no me gusta nada me siento muy violenta.* Otro informante, Diego de 29 años de Badalona de profesión dependiente explica: *soy gay y tengo mucha pluma, pero no me molesta porque ya desde pequeño he pasado lo mío por ser así, por ser maricón. Como ves soy un pedazo de maricón mido casi dos metros y meterse conmigo no es fácil, agresiones físicas no he tenido solo de pequeño. Ahora soy de hierro y no me molestan las miradas, los insultos, las burlas, me da igual. He comprendido que la visibilización es lo que más molesta, por eso, muchas veces lo hago a posta si les molesta que no sea normal como la mayoría que se aguanten, aún lo hago más. Y si no ven que hay gente diferente a la mayoría nunca cambiarán las cosas.*

Desde el punto de vista de las ciencias de la vida y de las ciencias de la salud, se tiende a pensar la sexualidad humana desde posiciones en torno a la naturaleza de las diferencias entre los géneros (límites de las dimensiones biológica y social de la especie humana). Esos puntos de vista son válidos para el resto de las especies. Sin embargo, en la especie humana las leyes biológicas son subordinadas a las leyes sociales. El ser humano como ser tiene autorreferencia y se constituye en persona y en sujeto en el medio social. Por lo tanto, las diferencias de género como toda creación humana son culturales. El sujeto, y el sujeto de derecho solo existen como tal en sociedad. En este proceso social las particularidades biológicas de cada sexo (más allá de su funcionamiento fisiológico) adquieren una nueva naturaleza. Se produce una transformación de los cuerpos socializados y de los usos sociales asociados a esa naturaleza. Se incorpora lo social, las personas, y las sociedades (que como escenario y medio ambiente condiciona, modifica y transforma a los sujetos a través de ciertos valores culturales creando nuevos significados acerca de sus condiciones vitales).

En términos generales en las sociedades occidentales predomina una visión de la sexualidad que prioriza una perspectiva biologicista del comportamiento humano que considera que la conducta sexual y los afectos están determinados y condicionados por procesos bioquímicos. Si bien las estructuras cerebrales, las capacidades humanas y la conciencia del sujeto tienen una base biológica, dichos procesos son conformados por la experiencia mediada socialmente. En el caso de los seres humanos, los circuitos biológicos están modulados y transformados por la cultura y sus implicaciones. Aunque la psique humana tiene un fundamento biológico, la intercomunicación de sus instancias está determinada por la cultura, siendo la cultura el atributo específicamente humano. Sin embargo, el ordenamiento sexual hegemónico está fundado en una identidad subjetiva específica y en una identidad de género "normalizada" (Eisenberg, 1995: 1563-1565).

La identidad subjetiva es un sistema de representaciones que proporciona al sujeto un marco de referencia en cuanto a su pertenencia a los diferentes grupos humanos. Esencialmente, la pertenencia a un grupo social implica la noción de un "nosotros" que a su vez conlleva un "otros o ellos" que, por definición, tiende a ser excluido simbólicamente del grupo social mayoritario. Esta situación genera automáticamente afectos polarizados. Pertenecer al grupo social mayoritario implica estar en el orden cultural predominante, y es condición indispensable la necesidad del otro (alteridad cultural) para ser, y, por ende, se garantiza, se asegura la diferencia. Ya que lo "otro" es "lo que no debo ser, ni soy yo", de lo contrario, la diferenciación social no es posible ni factible sin la construcción del otro. Por ejemplo, en el caso de las orientaciones sexuales, para asumir la heterosexualidad prescrita es necesario la existencia de la homosexualidad como valor antitético y disidente, configurándose en alteridad.

En el proceso de la reproducción social se conforman estructuras cuyo objetivo es mantener el orden social existente y preservar los mecanismos que aseguran los intereses del grupo social mayoritario. Dentro de estas estructuras, entre otras, se encuentra las del orden sexual. Este es el conjunto de creencias que constituye la ideología dominante y que da la dirección cultural y moral en una sociedad. Permite concebirla como una totalidad, como un sistema bien distribuido de comportamientos y actitudes y, ya no solo de ideas, que permiten el robustecimiento y legalización del *statu quo* (Danel, 1977: 57). En relación con la sexualidad, existen significados colectivos atribuidos a los usos del cuerpo y a los medios para la obtención del placer sexual. La sociedad, a través de sus normas, le proporciona al sujeto la posibilidad y los mecanismos para satisfacer el deseo sexual. Y, de esta manera, define lo que el sujeto debe desear y, también, lo que no debe desear. Así, la sexualidad no sólo es un cuerpo normativo sino también, se configura como un medio legitimado por la ideología dominante respecto de lo sexual, que sirve de ruta, y de trayectoria permanente en el proceso de identificación social. Es por este motivo, que el ordenamiento sexual está basado en la interpretación dominante del género. Siendo este definido como las diferencias sexuales entre hombres y mujeres, expresadas en condiciones diferenciadas de vida según al sexo que se pertenezca. Todo ello es el resultado de una interpretación biologicista y adecuada a las relaciones de poder que conciben las diferencias de género como destinos naturales y con ánimo de inmodificabilidad. Este ordenamiento

hegemónico de género determina e institucionaliza las conductas sexuales y sociales y, su régimen de reglamentación está destinado a la procreación. Esta clasificación de prácticas excluye aquellas no reproductivas o *contra natura*. Y, entre ellas, excluye cualquier práctica erótico-afectiva entre personas del mismo sexo.

Para la ideología hegemónica, este conjunto de normas es un instrumento que permite una cierta configuración del poder social. Además, busca mantener el orden social existente considerándolo como parte del orden natural y universal. El orden sexual dominante, aprueba o desaprueba el comportamiento sexual y, también prescribe las prácticas sexuales. Es así como la heterosexualidad como comportamiento prescrito por el ordenamiento sexual se configura como "una asignación natural" que procede de la asignación biológica y se asocia a la reproducción de la especie. De esta manera, se impone en la normatividad de los afectos y de la búsqueda del placer entre las personas. Juan Pedro de 55 años de Hospitalet de Llobregat de profesión conductor de ambulancia explica que: *yo no escondo que soy gay, a veces creo que soy un poco amanerado, pero cuando voy solo por ahí hago la compra, voy de tiendas, llevo el coche para arriba para abajo no tengo ningún problema nadie me dice nada, ¡pero cuando voy con mi pareja más de una vez nos han gritado mira esa pareja de maricones! En un tono que en más de una oportunidad me ha dado miedo.*

Cada sociedad define de modo particular lo masculino y lo femenino, según valores, actitudes y prácticas de orden simbólico. Ser varón o ser mujer son datos biológicos envueltos de significado que se constituyen en formas construidas culturalmente, y a través de ellas, los nuevos humanos elaboran su propia individualidad (García, 1997: 29). Estos valores, actitudes y prácticas positivas y negativas se expanden a todo lo existente de manera material y simbólica. Existe un discurso predominante en el que se minusvalora todo lo que no es masculino, y por extensión de lo femenino, a cualquier disidencia sexual. A estos grupos sociales se les etiqueta y caracteriza como irracionales, sin inventiva, dominados por su biología, por sus sentimientos, volubles, histéricos, incapaces para controlar sus pasiones, indisciplinados, enfermos, morbosos, perversos, etc. Al mismo tiempo, coexiste otro discurso que en apariencia sobrevalora las características de estos grupos minusvalorados, pero en realidad, es una estrategia encubierta sutil y soterrada que coloca a estos grupos sociales en una situación de sumisión, subordinación y, por ende, en situaciones de indefensión. Estas características están asociadas a la fragilidad, a la dulzura, a la emotividad, a la ternura, a la debilidad, a la femineidad, etc. (Héritier, 1991: 92). Es así como lo femenino (que es lo no masculino), es objeto de sujeción y sumisión al deseo y voluntad masculina. De esta manera, lo masculino se arroga y ostenta privilegios y derechos sobrevalorados, como la prerrogativa del placer, el dominio, el rol activo en la relación sexual, libertad para las relaciones sexuales prematrimoniales y extramaritales o el derecho conyugal para ser satisfecho, entre otras.

El ordenamiento sexual vigente prescribe una serie de funciones para hombres y una serie de funciones para mujeres, como propias o naturales de sus respectivos géneros. Estas normas informan a las personas de lo obligado, de lo permitido y de lo prohibido, no solo respecto a la conducta sexual, sino, sobre todo, en cuanto a la elección del

objeto sexual. Esta tipificación es anónima y abstracta, pero férreamente establecida y normalizada (Bustos, 1994: 274). En nuestra sociedad, el orden sexual hegemónico está escindido del placer ya que está subordinado a la reproducción biológica. Es por esta razón, que en el orden simbólico cualquier disidencia de este ordenamiento sexual implica una desviación importante de una ley estructural del sistema social. Por lo tanto, cualquier discrepancia sexual se torna peligrosa para la supervivencia de la organización social. Ya que desestabiliza el orden socio-sexual previsto. Pero, al mismo tiempo, pone en evidencia las inequidades sociales que marginan a los no heterosexuales o disidentes sexuales. Es así como se reprime a un importante sector de la población y, también, se manifiesta lo que no debe ser; jerarquizando a los grupos sociales y provocando minusvaloración, exclusión y discriminación al determinar qué prácticas sociales y sexuales son legítimas y cuáles no. En consecuencia, autorizando a las instituciones la penalización de la desviación social, se procede a la identificación, al etiquetamiento, al aislamiento, a la estigmatización y al control de la alteración o subversión de la norma heterosexual. Y, además, se la denomina sucesivamente: pecado, patología o delito.

Es sustancial comprender que la experiencia particular y subjetiva del ser humano es fundamental en el proceso de construcción de su identidad social y personal. Ya que las representaciones sobre el orden social adquieren significado a través de la propia subjetividad de los individuos. Es por este motivo, que decir que lo biológico es interiorizado por la cultura no debe llevar a sobredeterminar lo colectivo sobre la individualidad. La cultura define la conducta de los sujetos. Aunque no ocurre de manera automática, directa o mecánica. La relación entre cultura y conducta tiene mediaciones que funcionan como un filtro y son: la estructura psíquica del sujeto, la experiencia y la subjetividad que se expresan a través de una personalidad particular. La estructura cultural define la configuración psíquica de la persona, ya que cada marco social requiere un modelo de identidad y organización psíquica que en términos generales aportan al sistema social un sujeto útil. El incumplimiento de estas premisas produce manifiestamente variaciones en las conductas humanas y, suelen ser consideradas por la noción predominante de normalidad como patologías. Al atribuir al sujeto la etiqueta de enfermo o desviado social, situación que implica en sí misma, la condición de incompetencia para aportar a la sociedad lo que esta le exige (Bringaze y White, 2001: 162).

La naturaleza de la formación cultural determina los sistemas de ideas en torno a la sexualidad, en virtud de que los hombres son los productores de sus representaciones, de sus propias ideas. De hecho, “la esencia humana no es algo inherente a cada individuo; es, en realidad, la expresión del conjunto de las relaciones sociales” (Marx, 1982: 21). “El sujeto no es, sino que adviene desde y entre los otros, adviene por los encuentros significativos que constituyen un tramado de identificaciones y significaciones que determinan su posición de sujeto que se juega en diferentes registros entra la alteridad y la igualdad” (Ruiz Velasco, 1994: 42)

Ramón Martínez (2016: 76-85) elabora una lista de los principios fundamentales del régimen heterosexual que sostienen la cultura de la discriminación sexual. Son los siguientes:

1. Todos los seres humanos son heterosexuales: o axioma de presunción de la heterosexualidad. Consiste en presuponer de que en todos los ámbitos la persona se adecúa perfectamente a la norma sexual. Ramiro de 39 años de Cartagena, pero residente en Barcelona de profesión enfermero explica que: *mi familia es una familia normal pero ahora que ha pasado el tiempo creo que es muy tradicional y conservadora. Cuando les dije que era gay primero mi madre y después mi padre me dijeron que ya se me pasaría que lo que tenía que hacer era follar para que volviera a la "normalidad". Menos mal que había acabado de estudiar porque para mí toda esta situación fue muy frustrante y lo que sentí que tenía que hacer era marchar.*

2. La heterodoxia sexual puede corregirse: ante una desviación de la norma sexual, esta se debe a una elección personal errónea, o a un problema en el desarrollo de la identidad de la persona. Por lo tanto, es posible volver atrás y corregirlo a través de un tratamiento. Ejemplo de esta situación son las terapias reparativas promovidas por las iglesias evangélicas y por sectores ultraconservadores de la jerarquía de la Iglesia católica y de las que son exponentes Richard Cohen (2004)[215]. Ancor de 47 años de Tenerife residente en Barcelona de profesión dependiente explica que: *cuando me di cuenta de que no podía esconder más que era gay me ataque un poco. Soy de Tenerife y de un pueblo todo este tema no es una cosa que se trate con normalidad, lo suyo es que te traten siempre con desprecio y burla. Pero para que no me pasara esto y después de mucho pensar pedí ayuda a mi párroco que me trató como un sarnoso y después me envió a hacer un tratamiento de reconversión sexual. Con decirte que este tratamiento nunca tuvo éxito, aquí estoy y después de mucho tiempo lo que necesitaba era un psicólogo que me ayudara a aceptarme tal cual era, y que sobre todo no estaba tarado ni era menos. Lo más grave del tratamiento, la comedura de tarro haciéndote sentir culpable que destruyen tu autoestima.*

3. Las personas no heterosexuales son diferentes: si no es posible curar la desviación, esta debe ser diferenciada de manera suficiente como para hacer posible la discriminación. Si bien es cierto el axioma de que las personas son diferentes entre sí (Kosofsky Sedgwick, 1998: 123)[216], lo relevante no es tanto la diferencia en sí misma cuanto el proceso por el que se construye (como elemento suficientemente importante) como para negar derechos a un grupo de personas diferenciado a través de determinados estereotipos y categorías. Estas categorías etiquetadoras surgidas del discurso religioso y médico legal se renuevan en el devenir de los tiempos a través de etiquetas autodesignadas tales como gay, lesbiana, transexual, intersexual, etc. Estas autodesignaciones son estancas y no está permitido el cambio de una a otra una vez son impuestas. De aquí el problema de interpretación acerca del bisexual, como etiqueta inviable dentro del binarismo monosexista. Otro ejemplo es la categoría transexual que

[215] Este autor defiende una terapia consistente en técnicas y herramientas como el deporte, el psicodrama, la biblioterapia, la relación con el mentor, el masaje terapéutico, la religiosidad exacerbada y la ira. Se trata de un procedimiento para sublimar el deseo heterodoxo y vincularlo a la ira y a la religión, que está demostrado produce un violento fanatismo religioso.

[216] Esta autora critica los ejes de género, raza, clase, nacionalidad y orientación sexual como significativos para establecer diferencias. Estos ejes son los que con más probabilidad pueden provocar una serie de violencias resultantes de la diferenciación que hace. Si embargo, existen otros ejes que pueden denotar otros tipos de violencia.

supone la designación de una determinada identidad de género y presupone también una supuesta orientación sexual que puede o no puede coincidir con la real o física. Ana mujer trans de 52 años de Bilbao residente en Barcelona de profesión informática explica que: *yo desde pequeña siempre quise ser mujer. Sin embargo, en el cole me etiquetaron como el mariquita, maricón no sabemos lo que eres…, pero nunca me dijeron como yo quería que me llamaran. Me etiquetaron como les dio la gana y esa situación les dio carta verde para desatar sobre mí violencia gratuita y reiterada que siempre era ignorada con gran indiferencia por los maestros.*

4. La heterodoxia sexual no debe ser visible: la diferencia sexual se remite al ámbito privado, a pesar de que las expresiones secundarias de la sexualidad ortodoxa estén legitimadas para inundar lo público. Se demanda tácitamente discreción sobre la cuestión sobre la diferencia sexual. De esta manera, se intenta desactivar la paradoja entre la necesidad de confesión de la diferencia sexual y la imposibilidad de la propia confesión ante el primer axioma que reza: todos los seres humanos son heterosexuales. De esta tensión entre lo visible y lo invisible, de lo permitido y lo no permitido nace *el armario*. En consecuencia, una simple visibilización de la diversidad sexual que asuma los axiomas y principios de la heterosexualidad no libera a los grupos oprimidos. Lo que produce es una trasformación del armario a un armario de cristal, donde se sigue preso, visible, pero autolimitando las expresiones de la diversidad sexual. Paco de 62 años de Barcelona jubilado explica que: *mi familia es una familia muy conservadora gitana, a lo largo de los años he podido ir poco a poco reconstruyendo mi vida. Pero casi me ha costado toda ella entera. Siempre he sido gay, pero como hay familias más tolerantes, la mía no es de este tipo, la homosexualidad siempre ha sido muy mal vista. Y, sobre todo, reprimida. Y cuando digo reprimida es a palos. Ya recuerdo de niño uno de mis tíos que le gustaba mucho vestir vírgenes, era muy divertido y alegre. En esa época ser gay era ser un poco folclórica, es muy diferente a los gays de ahora, era otra historia, pero se pagaba muy caro ser él. De tanto en tanto lo molían a palos. Con toda esta experiencia no quería que me pasara a mí, yo estaba muy vinculado a la familia y me armaricé durante mucho tiempo. Ahora a veces me arrepiento, pero no fue hasta que murió mi madre y algunos de mis hermanos, sobre todo los mayores que decidí salir del armario. Aunque también me costó bastantes disgustos con mis otros hermanos retomar un poco mi vida, ya que no lo ven muy bien. Pero ahora ya soy un viejo medio chocho, tengo ganas de vivir y lo poco que me queda lo intento vivir en libertad, o eso creo, aunque todavía me doy cuenta de que me castigo y me reprimo yo mismo sin darme cuenta, pero se me pasa, han sido demasiados años de violencia en silencio.*

5. No es necesario representar la realidad de las personas no heterosexuales: consecuencia de la invisibilidad, el armario extiende su sombra mucho más allá de las personas de sexualidad diversa. Su realidad se convierte en irrepresentable en todos los ámbitos. Los medios de comunicación silencian los contenidos que exponen sexualidades más allá de lo normativo u ofreciéndolos relacionados a ciertos estereotipos.

6. Dos personas del mismo sexo no son una pareja: las personas diversas sexualmente están invisibilizadas, por lo tanto, no están representadas socialmente. De esta manera,

es difícil reconocer a las personas y a las instituciones que deseen estas personas pertenecer, como la pareja o el matrimonio. Salvo a través de estereotipos, como que las personas no heterosexuales son más promiscuas, lo que conduce a otro estereotipo: las personas no heterosexuales no son capaces de mantener un compromiso. Los argumentos que privilegian como institución exclusiva de la heterosexualidad y que siempre se realizan entre hombre y mujer, son fácilmente refutables. Siempre se lo vincula a lo religioso. Sin embargo, la iglesia católica no instituye el sacramento del matrimonio hasta el siglo XIII. Mientras que, civilmente, es reconocido desde antiguo, y en diferentes momentos de la historia pueden encontrarse formas de unión entre personas del mismo sexo bajo el auspicio de entidades religiosas, como sucede en el caso europeo y cristiano de la *adelfopoiesis*[217], bien estudiada por John Boswell (1996b) en *Las bodas de la semejanza*. Vicent de 53 años de Barcelona de profesión profesor explica que: *una vez tuve una discusión con mi madre y le expliqué que yo también tenía derecho a tener una pareja y también hijos. Pero ella se apresuró a contestarme, no sé si con intención de hacerme daño por lo incisivo de sus palabras, pero me dijo: tú no puedes tener hijos porque no eres mujer y tampoco te casarás nunca. En su cabeza tenía instalada la imagen de lo gay como sucio, antinatural, relacionado con el vicio, la enfermedad, la falta de compromiso y todo lo negativo que pudiere haber. En esos momentos todavía no había ley de matrimonio igualitario, pero le dije: si me tengo que ir a Amsterdam a casarme me voy y lo que sí puedo hacer es adoptar y eso no me lo vas a prohibir tu. Después de padecer homofobia en la familia, en la calle, en todo sitio me considero una persona normal y no solo con derechos sino también con la capacidad de afrontar cualquier compromiso como cualquier hijo de vecino. Creo que la imagen negativa con la que nos asocian siempre ha estado creada y alimentada maliciosamente y tardará mucho tiempo en modificarse.*

7. Las personas no heterosexuales no son aptas para ejercer la crianza: como consecuencia de los principios anteriores, las personas diversas sexualmente hablando no son aptas para la acogida, para la adopción y para las técnicas de reproducción asistida. Se ha demostrado reiteradamente que la orientación sexual e identidad de género de los tutores y de los padres no influyen en el desarrollo sexual normal de los hijos y acogidos menores. Fruto de esta situación se confronta con la posibilidad de abrir el rango de posibilidades de la familia nuclear ante la diversidad de nuevas familias. Rodolfo de 54 años de Barcelona de profesión abogado explica que: *de pequeño iba a los Jesuitas de Sarriá y recuerdo que mi consejero espiritual el padre Rodolfo me decía que las personas homosexuales además de ir directamente al infierno no eran dignas de confianza porque todo eso era demoníaco. Nunca serían felices, porque no podían casarse ni tener hijos y porque vulneraban todas las leyes de Dios y muchas de los hombres. Ahora recuerdo estas palabras con una sonrisa en los labios, pero de pequeño fueron tremendamente mortificantes tanto que condicionaron mi armarización y, por otro lado, hasta entrado en la edad adulta no me había percatado que fui abusado psicológicamente y de otras maneras por quien debía cuidarme.*

[217] La *adelfopoiesis* conocida en latín como *fraternitas iurata* y *ordo ad fratres faciendum* era una ceremonia practicada por varias iglesias cristianas durante la Edad Media e inicios de la Época Moderna en Europa para unir a dos personas del mismo sexo (habitualmente hombres).

8. Las personas no heterosexuales tienen menos necesidades: al no tener las obligaciones y deberes de las instituciones heterosexuales se presupone que la persona no heterosexual tiene menos necesidades. En este sentido Eugenio de 55 años de Barcelona activista comenta que: *las personas pertenecientes a la diversidad sexual conforman un grupo social muy diverso heterogéneo como la propia sociedad. Esta muy implantado en el imaginario de la sociedad que las personas no heterosexuales disfrutan de un mejor nivel de vida, estilo de vida y recursos que el resto de la sociedad. Dentro de dicho colectivo existen todas las realidades imaginables*.

9. Las personas no heterosexuales no tienen autoridad: las personas cuya virilidad se pone en duda no tienen autoridad. De esta manera, se les resta a estas personas legitimidad para actuar socialmente. Danel de 47 años de Barcelona de profesión informático dice que*: yo me he sentido muchas veces discriminado porque cuando la gente sabe que soy gay, sobre todo, en el trabajo no me asignan cuestiones donde tenga que desarrollar mis sentido de la autoridad y llevar grupos de trabajo. Teniendo en cuenta que poseo la formación y las capacidades para ello. Siempre he tenido que trabajar más que el resto para ganarme el título de "medio hombre" ya que para ellos no lo soy del todo. Me ha pasado en todas las organizaciones en las que he trabajado y no creo que esto cambie, por lo menos, de momento. Y aunque existe un discurso buenista de igualdad, a la hora de la verdad priman los prejuicios.*

10. Las personas no heterosexuales transmiten enfermedades: este principio expresamente es una actualización de la creencia antigua de que la sodomía conlleva una serie de desgracias. Y, de que esa diversidad sexual puede contagiarse a través de la influencia de esas mismas personas. Ejemplos de esta situación es la discriminación en el ámbito sanitario en las donaciones de sangre. Y, convirtiendo en equivalentes unas prácticas sexuales no seguras con una identidad sexual no normativa, que se refuerza además mediante el argumento de la promiscuidad. Adriana mujer transexual de 51 años de Brasil residente en Barcelona y trabajadora sexual comenta que: *por mi trabajo siempre lo de la sanidad es un problema o una cosa que hay que tener en cuenta porque uno come de ello y si estas mal y por más guapa que seas si se corre la voz que estas enferma estas jodida. Hace muchos años antes de venir a Barcelona ya había estado en Bilbao y vivía en un pueblo (que lo pasé fatal primero por el racismo y, después, por el bullying que me hacían por ser guapa, negra y tetona, jajajajajaja. Como si alguna vez les hubiere pedido algo, esas gentes son muy cerradas. Había contratado una mutua para hacerme los controles de ETS. Al llegar a la ciudad tuve la mala suerte primero de no conocer los servicios del ambulatorio de Drassanes, la Unidad de enfermedades de transmisión sexual (que es fantástica, es un servicio público sanitario gay friendly con unos profesionales estupendos que saben y entienden cómo tratar a las personas seas como seas, aunque con la pandemia lleva cerrado más de un año y eso para los y las trabajadoras del sexo es un problema muy gordo porque la gente sigue follando haya pandemia o no), y en la mutua cada vez que me hacía controles el médico que me atendía me decía: es que vosotros siempre estáis con las enfermedades repartiendo y contagiando. Al principio no le di mayor importancia, pero este trato se repetía siempre y con otros comentarios que tampoco venían a cuento. Pero poco a poco para no tener problemas me fui informando hasta que me fui a Drassanes y lo dejé porque era*

insultante. Yo trabajo con todo tipo de personas, y hago de tripas corazón, pero ese trato no se lo merece nadie. Hacerte sentir una mierda porque esa persona está en una posición de poder, porque es un médico y encima tienes que confiar en él obligatoriamente en la propia persona que te maltrata es un sinsentido, asimismo le estás pagando por sus servicios para que te insulte y te denigre. No hay derecho.

Colina (2011: 163) sostiene que, en la construcción de la masculinidad hegemónica, el sexismo y la homofobia se interrelacionan. Por ello, esta violencia se encarna a través de los discursos teóricos de obediencia jurídica, psicoanalítica y antropológica, que tienden a confirmar y justificar la desigualdad establecida entre diversidad sexual y heterosexualidad. Por su parte Tin (2012: 10) afirma que la homofobia contempla la violencia física, verbal y simbólica sustentada en un sistema cultural que regula la sexualidad y que algunas personas deciden ejercer sobre aquellas que perciben y diferencian como incumplidoras de la normativa sobre las prácticas sexuales y de los roles de género. Asimismo, con la intención de eliminar o corregir cualquier heterodoxia sexual o vulneración del ordenamiento sexual que comprometa el bienestar de toda la población (Martínez, 2016: 109).

Un elemento estrictamente ligado con el ordenamiento sociosexual es la cuestión del género. A lo largo de la historia se produce una asociación entre el sexo con lo biológico y el género con lo cultural. Esta construcción hermenéutica sexo/género sirve para cimentar las bases del sistema heteropatriarcal (binarismo dicotómico varón- mujer y heterosexualidad normativa) y para mantener libres de cuestionamiento las ideas respecto del sexo, las cuales gracias a su consideración como naturales, parecen esenciales necesarias y atemporales. Además, de ser un orden sociosexual jerárquico que actúa como motor de desigualdades (Fraisse, 2016: 28). Esta cimentación es la que justifica los abusos y la opresión con la alteridad sexual al quedar fuera de la obligatoriedad de la adscripción de los dos polos establecidos por el ordenamiento sociosexual.

La dictadura del género.

La tiranía de la naturaleza y del determinismo biológico no reconoce la naturaleza social de la sexualidad, ni tampoco reconoce la capacidad de las personas y de la cultura para encontrar placer y naturalidad en ciertas prácticas y experiencias. Sin embargo, las relaciones entre las personas son construcciones culturales que son el fruto de la imposición de significados sociales, culturales y psicológicos al dimorfismo sexual aparente (Bonilla, 1998: 141). La persona es parte activa de ese desarrollo dinámico de lo sexual y de lo social. Pese a ello, la cultura dominante admite pocas variantes de orientación sexual e identidad de género que no estén orientadas a la función reproductiva. La sociedad exige la masculinidad y la femineidad como aspectos notorios en la identidad de los hombres y de las mujeres. La emergencia de cualquier disidencia sexual o *sexualidades periféricas* (Foucault, 1977:137)[218], puede resultar amenazante al

[218] Michel Foucault denomina a las tendencias por fuera de la media de la normalidad, sexualidades periféricas, porque no solo son externas, sino que responden subversivamente a las formas de

orden sexual previsto y en algunos casos hasta peligrosa. Tanto la ciencia como el derecho moderno son dos poderosos instrumentos de la modernidad occidental productores de *líneas abismales (*Boaventura de Soussa Santos, 2007: 18)[219] que instituyen distinciones radicales. En las sociedades capitalistas contemporáneas las relaciones sociales están basadas en una instrumentalización del otro, en su transformación en un objeto de uso y abuso. Pilar de 34 años persona asexual de Barcelona y estudiante explica que: *entiendo que tanto en el sistema educativo como en los espacios públicos la mayoría de información está segmentada en un binarismo discriminatorio. Desde el colegio me han inculcado que existen dos géneros, luego me han hablado de lo gay, lo hetero, y por cuestiones de identidad lo trans, pero yo soy asexual. Nadie te explica que existen una infinidad de posibilidades, y, en consecuencia, debes adoptar la etiqueta que te dicen en el colegio y que no te corresponde y actuar según ella. Esto no es agradable desde el punto de vista psicológico y anímico, porque eso no es lo que eres y pesa.*

En el caso de la masculinidad hegemónica fruto de la organización político-económica de la sociedad, esta se construye sobre la base de la diferenciación y negación de los otros. La historia refleja que esta diferenciación se hace discriminando de manera notoria a las mujeres y a los homosexuales. Como así también a otras minorías sociales. De esta manera, la identidad de estos sujetos discriminados pasa a ser marginada y estigmatizada. Se les asigna una identidad de otredad que implica falta de legitimidad y falta de reconocimiento, (falta de reconocimiento de derechos y libertades civiles, derechos sociales, económicos, de libertad de movimiento, etc.). Por lo tanto, las identidades masculinas se construyen sobre tres bases: el individualismo, la misoginia y la homofobia (Badinter, 1993: 91). Es por eso, que, en la construcción de la masculinidad hegemónica los tipos y maneras de discriminación del otro se relacionan con el sexismo y la homofobia. Donde las mujeres, los homosexuales y los disidentes sexuales conforman una otredad inferior o de menor valor y rango. Al conformar un escalón inferior de lo establecido, sugieren estas posiciones sociales: aversión, miedo u odio en diferentes niveles. Debido a la capacidad subversiva de estos colectivos ante el orden establecido, las discriminaciones (como es caso de la homofobia) implican una estrategia soterrada que indican, delimitan y señalan las fronteras de género y, además, establecen sanciones a quienes no se adecuan al modelo prescrito.

La homosexualidad como categoría social implica por sí misma un estigma (que como a cualquier otra minoría social le diferencia negativamente) desacreditando e imposibilitando la plena aceptación social, por un lado. Y, por otro lado, la plena participación política en igualdad de condiciones. Goffman (1963: 11) relaciona la identidad estigmatizada de las minorías sociales con la identidad deteriorada. La homofobia como toda construcción social es elaborada como un dispositivo de control

subjetivación y dominio de lo sexual.

[219] Para Boaventura de Soussa Santos el pensamiento abismal es un pensamiento incrustado en determinados tipos de estructuras mentales, que reproduce los esquemas del antiguo proyecto de dominación colonial basado en el establecimiento de relaciones sociales desiguales entre los habitantes de la metrópoli y la colonia. La colonia, representa fundamentalmente un espacio de exclusión radical, un territorio de nadie o no territorio jurídico y político, una periferia poblada por seres indeseables y minusvalorados situados fuera de la metrópoli, del marco civilizatorio.

social, en este caso, para la reproducción del orden heterosexual. Se configura en mecanismo estructural del proceso de identificación de los varones. Y, es en el ámbito de las reproducciones sociales (creencias de origen social y compartidas por los grupos mayoritarios) donde se ubica, ya que allí surgen y se desarrollan la discriminación y el estigma. La homofobia se manifiesta a través del rechazo. Se materializa en comportamientos que implican violencia material y simbólica, que, a su vez, generan alteraciones emocionales y conductuales, y donde los patrones de masculinidad hegemónica contribuyen a naturalizar y reproducir el problema. Se establecen relaciones sociales asimétricas en virtud de la orientación sexual y el género de las personas. Este proceso de diferenciación social es una relación de poder a través de la cual se construye y manifiesta la alteridad. Se atribuyen a las personas y grupos sociales una serie de características que conforman la identidad y al mismo tiempo la diferencia. Detrás de estas relaciones de poder, se produce y se reproduce un sistema de clasificación social jerárquica que es productor activo de inferioridad y organizador de relaciones sociales desiguales y asimétricas. Es la naturalización de las diferencias, que distribuye a la población por medio de categorías de agrupación social que naturalizan jerarquías y abren diferencias abismales entre los grupos sociales humanos (Boaventura Soussa Santos, 2005: 161).

El varón se define en función de la carencia de los atributos femeninos. Se es hombre si las conductas, los pensamientos y las formas de abstracción de la realidad se distancian de las que son dispuestas para la mujer. Badinter (1993: 50) distingue tres ejes en cuyo trayecto se construye la identidad masculina: no ser mujer, no ser bebé y no ser homosexual. La base de tales ejes es sexual y busca lograr la mayor distancia posible con el ámbito femenino. En el caso de la mujer es por oposición, en el caso de los niños, es por la idea de que estos aún no son autónomos y, en el caso de los homosexuales, se produce por dos razones: primero por la equivocada extensión de lo femenino que los incluye, se cree equivocadamente, que el homosexual debe ser indefectiblemente un ser afeminado; y segundo porque el homosexual renuncia a una identidad valorizada, renuncia al privilegio de ser hombre. El sistema binario del género reparte la funciones y hasta los espacios como en el caso de las personas trans y no binarias. En este sentido, Sheila de 32 años transexual femenina de Barcelona de profesión dependienta explica que: *debería haber baños en todos los sitios donde personas transexuales podamos ir y no se reprimidas, desautorizadas, negadas y echadas a patadas como suele pasar. Si hay baños donde puedes ir, estos son baños pensados para personas heterosexuales cis. Una solución sería baños individuales.*

En consecuencia, la conducta de la identidad masculina está regida por un principio de exclusión que en ciertas oportunidades se manifiesta como agresión. Ante situaciones de riesgo para la reafirmación de la masculinidad se proyectan miedos en formas de comportamientos agresivos y violentos a todo aquello que amenace la identidad masculina. En el caso de las masculinidades exacerbadas, todo aquello que es percibido y aprendido como una amenaza se enfrenta con mucha violencia (tanto en el caso de ser deseado por otro hombre, como en el caso del temor consciente o inconsciente de desear a otro hombre). Estas conductas asociales están basadas en inferencias distorsionadas del razonamiento acerca de la sexualidad y el género. En términos generales, la persona

homofóbica considera de manera rígida y contundente que la homosexualidad es contraria a sus principios. Y, en defensa de sus principios y de su identidad acude a racionalizaciones falsas, a falacias, a visiones catastrofistas de la aceptación de lo homosexual, a evasiones en torno a la integración social de personas homosexuales en su vida, al extremismo, a la exclusión de su círculo social de toda persona que no se amolde a su rigidez y estructuración mental, etc.

El modelo ideal de masculinidad también implica ciertas desventajas para los varones, tales como los efectos de una mayor violencia masculina, la incapacidad para la expresión del sufrimiento psíquico, la ineptitud de manifestar las emociones, el consumo mayor de drogas ilegales, las mayores tasas de suicidios y homicidios, aunque en materia de sexualidad, la construcción diferencial de los géneros provee al varón de mayores posibilidades para la autorrealización personal, mayores derechos y beneficios (Levy y Goldman, 1996: 680).

El ejercicio de la homofobia implica desde la activación y uso de representaciones sociales ligadas a la discriminación aprendida, asumida y ejercida, pasando por un intento de subversión de las identidades de género alternativas, hasta la anulación total del otro, por lo que la aceptación y legitimidad quedan excluidos del discurso de la persona homófoba. El concepto de homofobia comienza a ser utilizado en la década de los años sesenta del siglo XX para referirse a la actitud negativa hacia los homosexuales (Borrillo, 2001: 15). Hoy se define a la homofobia como la hostilidad, antipatía u odio dirigida a los homosexuales y a las diferentes homosexualidades (Barrientos y Cárdenas, 2013: 3). Esta actitud hostil puede expresarse en formas de rechazo, de violencia verbal o física, lo que limita a las personas homosexuales al acceso a sus derechos, reconocimientos, poder o prestigio. Y, sus componentes emocionales son la ira y el enojo (Herek, 2004: 6). También, es importante comprender que la homofobia también se expresa ante la confusión o la transgresión de la construcción de género. Ya que la función de la homofobia es legitimar la forma de relación y los roles de género dominantes en la sociedad.

En la interrelación social, la heterosexualidad se presenta con una serie de atributos positivos tales como ordenada, deseable, lógica, estructurada, etc., en oposición a la homosexualidad representada como ambigua, incierta, desordenada, enferma, anormal, viciosa, problemática, etc. Por ende, la homofobia se configura en una estrategia cognitiva que tiene el objetivo de reducir la ambigüedad y la incertidumbre, que son percibidas como amenazantes por el homofóbico (Rottenbacher y Espinosa, 2011: 225). Aunque se define la homofobia como un concepto general, existen distintos tipos y niveles según a que grupo social se refiera. Como es el caso de la lesbofobia o rechazo a las mujeres homosexuales, o la transfobia o rechazo a las personas transgénero, o la bifobia o rechazo y discriminación de personas que sienten atracción por ambos sexos, etc. Por otro lado, la homofobia también tiene niveles: 1) la homofobia personal o la homofobia cognitiva (que se refiere a las ideas y conceptos con respecto a la homosexualidad, prejuicios, creencias irracionales que justifican la aversión, discriminación y odio contra el homosexual); 2) homofobia conductual o interpersonal (hace referencia a conductas verbales y materiales que surgen cuando el prejuicio se

materializa en discriminación) y 3) la homofobia institucional (que es la que se desarrolla en las instituciones educativas, religiosas, profesionales, empresariales y/o legales, etc., permitiendo que estas instituciones ejerzan presión (negativa) sobre las personas homosexuales (Penna y Mateos, 2014: 123; Ruiz, 2009: 41; Toro-Alfonso, 2012: 71). En cuanto a las manifestaciones la más evidente es la homofobia materializada en la violencia física, en crímenes homofóbicos etc.; en cuanto a las expresiones simbólicas de la homofobia, estas se refieren a expresiones sutiles o agresiones tales como: las burlas, la ridiculización y la atribución de términos peyorativos y despectivos, etc. Estas agresiones en apariencia leves son legitimadas, validadas y normalizadas a nivel social. De tal manera, que los propios homosexuales también las asumen y las manifiestan contra otros homosexuales.

En cuanto a las consecuencias de la homofobia, alcanzan todos los ámbitos de la vida de las personas homosexuales. Desde un punto de vista psicológico, las personas disidentes sexualmente están sometidas a un mayor estrés social a causa de su disidencia y tienen un mayor riesgo de presentar problemas de salud mental (Garrido y Morales, 2014: 90). En este sentido, Victoria de 44 años de Gerona informante psicóloga del movimiento asociativo LGTBI afirma que: *tenemos casos de personas que han sido sometidas a agresiones físicas y simbólicas durante mucho tiempo y tienen interiorizado, por un lado, que dicho trato no es lesivo, y, por otro lado, que son merecedoras de dicho tratamiento. No son conscientes de que son víctimas, tienen dañada la autoestima y su sentido de la autorreferencia con graves desequilibrios psicoemocionales, lo que dificulta mucho la intervención con ellos*.

Por otro lado, la homofobia interiorizada implica una actitud negativa tanto hacia la propia orientación sexual como también a la homosexualidad u orientación sexual e identidad de género disidente en los otros, generándose un conflicto entre lo que la persona debería ser y lo que realmente es. Este tipo de casuísticas manifiestan elevados niveles de ansiedad, malestar, aislamiento, baja autoestima y autorreferencia negativa. Desde el punto de vista social, las personas homosexuales son víctimas de abusos y vejaciones asociados al prejuicio homofóbico. Las manifestaciones materiales de esta aversión discriminatoria se concretan en insultos verbales, amenazas, agresiones físicas, asesinatos, etc., hasta crímenes de odio por homofobia (orientación sexual e identidad de género). Estas agresiones tienen como agravante la poca presencia, eficiencia y eficacia de las organizaciones e instituciones que atienden estos casos (Toro-Alfonso, 2012: 73). A este respecto, José de 52 años de Reus afirma: *que tuvo que cambiar de médico de cabecera por haber recibido un trato humillante y despectivo por parte del médico de cabecera al acudir a la consulta con su pareja haciendo comentarios totalmente fuera de lugar. En otra oportunidad, otro médico de la sanidad pública al comentarle los resultados de análisis de sangre rutinarios le dice: es que con ustedes los homosexuales nunca se sabe que enfermedad desparraman por ahí.*

Es sustancial comprender que la homofobia no sólo afecta de forma negativa a la víctima, sino también, a las personas que generan la discriminación-agresión (acto homofóbico). En diversas investigaciones se comprueba que la persona homófoba tiene problemas para el desarrollo de vínculos sociales comprometidos e íntimos con

personas del mismo sexo. Además, en la persona homófoba existe inhibición de la capacidad para apreciar la diversidad y sus riquezas; y estas personas presentan poca capacidad de expresión y creatividad, debido a las limitaciones que poseen en su concepción de los roles de género (Garrido y Morales, 2014: 93).

La inseguridad que implican las formas de socialización fruto de la homofobia, además de los modos de vida generados en torno a este fenómeno social (el silencio y la discreción que imponen el estigma y la discriminación), propician el abuso, el silencio, la falta de denuncia y, en general, la impunidad de los crímenes contra las minorías sexuales y la indefensión de las víctimas. En consecuencia, la impunidad de los crímenes contra las minorías sexuales descansa en gran medida en la ineficacia de la ley, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en la administración de Justicia y en el personal sanitario, etc., evidentemente, sesgadas en su función por la homofobia institucional. Por otro lado, al no castigar a los culpables de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género, las instituciones alimentan indirectamente una mayor impunidad que promueve y alienta una posible repetición de los crímenes. En tal sentido, Carlos de 29 años de Málaga, víctima del colectivo LGTBI explica que: *una mañana temprano (6.30 hs) al dirigirse a su gimnasio como habitualmente lo hacía, llevaba una mochila con el arco iris de la bandera gay, una furgoneta se detuvo y un hombre desde el interior le gritó maricón de mierda, ante este insulto no hizo caso y continuó andando. Seguidamente, el agresor le persiguió, se bajó del vehículo y por detrás comenzó a darle puñetazos y patadas, para acto seguido desaparecer. La persona agredida llamó inmediatamente a los Mossos d´Esquadra, con el objetivo de hacer un atestado y poder interponer así, más fácilmente, una denuncia. Sin embargo, las autoridades no se mostraron cooperadoras y finalmente desistió.* En muchas oportunidades es un factor determinante para que la persona se vea legitimada a iniciar un procedimiento legal.

Ante la mundialización de la racionalidad occidental y sus efectos civilizatorios, los procesos de aceptación y reconocimiento de derechos de los otros requieren la voluntad de la interacción social subjetiva y la voluntad política e institucional, pero sobre todo implica la superación de los prejuicios y de los estereotipos que poseen las personas, las instituciones y también, de aquellas personas que ejercen la función pública, de los profesionales, de los operadores de justicia, de la administración de justicia, del personal sanitario, etc., y sobre todo, del sistema educativo (ante el silencio de las instituciones), ya que forma mentalidades. El rechazo y la discriminación se configuran como una barrera importante para que las personas acepten y vivan su orientación sexual e identidad de género en condiciones de normalidad e igualdad. El grado de aceptación de la orientación sexual no heterosexual se relaciona con la homofobia internalizada, con el apoyo social y con la autoestima. Bringaze y White (2001: 165) sostienen que la disponibilidad de recursos de apoyo social (políticas públicas) favorece la aceptación de la orientación sexual e identidad de género y, además, favorece el ajuste psicológico de las personas LGTBi que les permite vivir en igualdad de condiciones con el resto de los seres humanos. Es fundamental superar la hipocresía, la desidia y la irresponsabilidad que siempre violan los derechos humanos y, también, es fundamental aprender a convivir con la diversidad.

Las leyes y la política tienen un papel fundamental en la normalización de la vida del colectivo LGTBI y en la lucha contra la homofobia. Ya que la homofobia está arraigada a patrones culturales que permean toda la sociedad. Estos patrones están íntimamente relacionados con las creencias religiosas y con las ideas políticas conservadoras. Desde las instituciones gubernamentales públicas, incluido el contexto educativo (por su especial fuerza transformadora), es fundamental prevenir y promover los derechos de la ciudadanía en general y, homosexual y disidente sexual, en particular; como así también, divulgar información y poner a disposición recursos públicos que fomenten la integridad física y la autoestima de las personas LGTBI. Es necesario promover las denuncias por violación de derechos humanos, promover la inclusión y capacitar a los representantes y activistas del movimiento homosexual y de la disidencia sexual. Por otro lado, los medios de comunicación masiva deben integrar las políticas y normas sociales, para fomentar la igualdad de derechos aceptando la diversidad sexual y promoviendo la tolerancia, la solidaridad, el respeto y la empatía. Todo esto con el fin de explicitar la realidad actual, sin ignorar ni violentar a ningún integrante de la sociedad (Garrido y Morales, 2014: 108). Para erradicar y combatir la homofobia se requiere un cambio de patrón cultural (que concibe a la heterosexualidad como la única forma de amar y ejercer la sexualidad), que reconozca y acepte la homosexualidad y las homosexualidades o disidencias sexuales como otras opciones sexuales y válidas, y fomentando un cambio cognitivo manifiesto en lo conductual, concretado en la igualdad de derechos para todas las personas indistintamente de su preferencia sexual (Toro-Alfonso, 2012: 74). Es básico volver sobre los actores y sus vivencias, sus experiencias, para atender y comprender las distintas formas en las cuales se produce la violencia homofóbica, como se construye, como se reproduce y recrea, tanto en la familia como en las relaciones interpersonales entre minorías sexuales, y también, entre estas, las instituciones públicas y la sociedad.

2. El odio y la discriminación. Cuestiones previas.

Odiar es una pulsión-emoción humana. El Diccionario de la RAE[220] define el odio (del latín *odium*) como la antipatía y la aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea. El deseo (del latín *desidium*), por su parte, significa el movimiento afectivo hacia algo que se apetece. Quiere esto decir que el odio fundamentalmente es una emoción compleja que al deseo del mal puede sumársele la concurrencia de alguna otra emoción. Sin embargo, el problema y el peligro del odio radican en que esta emoción es construida, alentada e inculcada, con la finalidad de ser propagada y ejercida generando contextos de discriminación y violencia.

Consciente del riesgo de confundir la ira con el odio, Aristóteles establece algunas pautas de diferenciación (Aristóteles, *Retórica*, 2.4, 1382 a.): *"la ira se ceba siempre en lo individual, como Calías o Sócrates, el odio en cambio comprende también las cosas genéricas, ya que todo el mundo odia al ladrón y al calumniador. Y aquella admite, con el tiempo, curación; este, en cambio, no es curable. Y la una conlleva tendencia a*

[220] Las definiciones están extraídas de la 23º edición del Diccionario de la RAE.

causar tristeza, mientras el otro tiende a causar daño […] Y la una lleva consigo tristeza, el otro en cambio no; porque el que está enojado está triste, y el que odia, no. Y el uno se movería a compasión si al otro le ocurrieran muchas cosas, y este en cambio no se compadecería ante ninguna cosa; ya que el uno quiere que aquél contra quien está enojado, pague a su vez, mientras que el otro no quiere que exista aquél a quien odia".

El trasfondo tanto del odio como de cualquier conducta motivada por el odio es siempre discriminatorio. Por lo tanto, es importante comprender que es la discriminación, discriminar (del latín *discriminare*) es dar trato de inferioridad, restrictivo o excluyente a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. A lo largo de la historia, la interpretación del odio transmuta de su acepción básica y fundamental. Sin embargo, todas las interpretaciones giran en torno a un sentido del odio mediado por la intolerancia, la discriminación y el prejuicio.

El odio es un concepto muy popular en el entorno criminológico e inicialmente es utilizado por la tradición jurídica anglosajona (Díaz López, 2013: 68; Gómez Martín *et al*., 2015: 169 y ss.) como elemento calificador de una clase de comportamientos desviados (agresiones insultos, amenazas, negación de prestaciones, etc.) que tiene en común su posicionamiento hostil contra ciertos colectivos (Salinero, 2013: 287; Miró, 2015: 104). El concepto odio en su dimensión lingüística atiende tres elementos clave: un sentimiento aversivo del autor sobre otra persona, el deseo de que esa persona sufra un daño y el odio como indeterminación: amenaza de daño futuro (Fuentes Osorio, 2017: 3). Sin embargo, en nuestra legislación penal y en la práctica forense es poco común la mención del término odio. "El uso de este término a nivel legislativo es objeto de críticas, por tratarse de un concepto un tanto indeterminado que se presta a la imaginación jurisprudencial" (Díaz López, 2013: 65).

Los primeros usos de la denominación *hate crimes* o crímenes de odio se remontan a los años posteriores a la Guerra Civil Norteamericana al abrigo de la *Decimocuarta Enmienda* a la Constitución de los Estados Unidos de 1868[221], donde se fundamentan las

[221] **Sección 1.** Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria. **Sección 2.** Se deberá designar representantes dentro de los diferentes Estados de acuerdo con sus respectivos números, contando el número total de personas de cada Estado, excluyendo a los indios que no paguen impuestos. Pero cuando el derecho a votar en cualquier elección para los electores de Presidente y Vicepresidente de los Estados Unidos, Representantes del Congreso, oficiales del poder Ejecutivo o Judicial de un Estado, o cualquier miembro del poder Legislativo de este, sea denegado a cualesquiera habitantes masculinos de ese Estado, teniendo veintiún años de edad, y ciudadanos de los Estados Unidos, o de cualquier forma limitado, excepto por participar en una rebelión, u otro crimen, la base de representación de tal Estado se reducirá proporcionalmente al número que tales ciudadanos tienen en el total de ciudadanos masculinos de veintiún años en tal Estado. **Sección 3.** Ninguna persona podrá ser Senador o Representante en el Congreso, ni elector del Presidente y Vicepresidente de los Estados Unidos, u ocupar cargos, civiles o militares, en los Estados Unidos, o en cualquier Estado, que previamente haya prestado juramento, como miembro del Congreso, o como oficial de los Estados Unidos, o como miembro de cualquier legislatura de algún Estado, o como oficial del poder ejecutivo o judicial de ese Estado, para defender la

protecciones constitucionales y legislativas de los derechos civiles en los Estados Unidos. E incluye, entre otras, la Cláusula del Debido Proceso y la Cláusula sobre protección igualitaria. Los nuevos estatutos protegen a los esclavos recién emancipados y a otros colectivos de la discriminación y de la violencia (Levin, 2018: 155). Esta enmienda supone una protección constitucional histórica y extensiva más allá del aspecto de la raza, dejando abierta la posibilidad de una línea de desarrollo en otros aspectos. Además, confiere la doble ciudadanía estatal y nacional a los nacidos dentro de los Estados Unidos y a los inmigrantes nacionalizados y garantiza la igualdad de la protección de las leyes, al tiempo que protege de la injerencia estatal o nacional (Ely, 1980: 149). En Europa tímidamente a partir de la mitad del siglo XIX, se vincula el odio al delito de forma similar. Sin embargo, estos primeros usos del concepto de odio y de crímenes de odio no tienen suficiente continuidad ni entidad como para iniciar la corriente que hoy en día supone la popularización y difusión de este concepto en los diferentes ordenamientos jurídicos, en el europeo y, particularmente en el nuestro. Posteriormente, el juez Holmes del Tribunal Supremo (en el *asunto Schenck contra Estados Unidos),* en la sentencia 249 US 47, de 1919, habla por primera vez de expresiones de odio. Este magistrado considera que dichas manifestaciones están amparadas por el derecho a la libre expresión de la *Primera Enmienda* constitucional, aunque pueden ser limitadas siempre que impliquen un peligro cierto e inminente para algún bien jurídico que el Estado deba tutelar.

La actual difusión del concepto tiene su origen en el *Holocausto* de la *Segunda Guerra Mundial* y en las corrientes posteriores de justificación y/o negación de este. El auge y subida al poder del autoritarismo nazi en Alemania mediante cauces democráticos origina que, tras la caída de dicho régimen, la Ley Fundamental de Bonn opta por prohibir las asociaciones dirigidas contra el orden constitucional, o limitar la libertad de expresión, entre otras prohibiciones. Con el objetivo de que se pudiese abusar de ciertos derechos para combatir e incluso acabar con el régimen de libertad y democracia que la Ley Fundamental pretendía garantizar. Así, se recoge de forma expresa en el ordenamiento jurídico alemán que no se pueden tolerar los discursos intolerantes por el riesgo que su proliferación supone para el mantenimiento de la propia democracia, dando lugar al nacimiento de la democracia militante o intolerante.

Esta tendencia lucha por la igualdad de derechos y por la erradicación de la discriminación provocada por la comisión de crímenes de odio por razón de determinadas características, inicialmente raciales. A partir de la década de 1980 (en los Estados Unidos de Norteamérica) y ante el incremento de cierto tipo de delitos y una

---

Constitución de los Estados Unidos, si ha incurrido en insurrección o rebelión contra los mismos, o ha dado auxilio o consuelo a sus enemigos. Pero el Congreso puede, por voto de dos tercios de cada Cámara, retirar tal inhabilidad.

Sección 4. La validez de la deuda pública de los Estados Unidos, autorizada por ley, incluyendo deudas contraídas para el pago de pensiones y recompensas para suprimir insurrecciones o rebeliones, no deberá ser cuestionada. Pero ni los Estados Unidos, ni ningún Estado podrá asumir deudas u obligaciones producidas por ayudas a la insurrección o rebelión en contra de los Estados Unidos, o cualquier reclamo por el costo de la pérdida o emancipación de esclavos; sino que tales deudas, obligaciones y reclamaciones serán tenidas por ilegales y nulas. **Sección 5.** El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir, mediante una legislación apropiada, las provisiones de este artículo.

mayor atención mediática hacia determinadas conductas delictivas, se comprueba que los autores de dichas conductas están movidos por el odio que sienten hacia sus víctimas. Es así como a estas conductas se denominan crímenes de odio y se caracterizan porque el autor siente un fuerte rechazo por la víctima y porque su emoción aversiva se genera a partir de la existencia de un prejuicio. Este vocablo (cuyo uso y alcance se encuentra todavía en construcción) comienza primero a utilizarse en la academia para luego pasar al uso jurídico. Por lo tanto, el delito mediado por el odio consiste en la concreción del deseo de un mal debido a una característica que define a su víctima. De esta manera, se deduce que el concepto de odio utilizado en los crímenes y delitos de odio está íntimamente relacionado a los conceptos de intolerancia, prejuicio y discriminación. En esa década, las minorías sociales y raciales reclaman una legislación que sistematice las estadísticas de carácter religioso o étnico-racial, con el propósito de conocer, cuantificar y tratar el problema. Y fruto de esta presión, en 1990 se sanciona la ley federal *Hate Crime Stadistics Act*, posteriormente, reforzada en 1994 por la *Violent Crime Control and Law Enhancement Act*, norma que otorga reconocimiento jurídico a este tipo de delitos y centraliza la información acerca de los datos estadísticos al FBI (Álvarez, 2018: 78).

El concepto de *hate crimes* se asienta paulatinamente en el ordenamiento jurídico norteamericano y, posteriormente se adentra en Europa en 1993 a través de la reglamentación británica, y más específicamente, a través del *caso Lawrence*[222]. Pero no es hasta el 7 de julio de 2005 cuando se populariza el término tras los atentados terroristas del metro de Londres. Este hecho produce represalias de algunos sujetos contra individuos de fe islámica, y la doctrina británica constata la existencia de un tipo de criminalidad que excede lo que se consideran hasta la fecha delitos raciales. Y adopta la expresión norteamericana *hate crimes* para referirse de manera amplia a todos aquellos crímenes que se cometen por el odio que el autor siente hacia una determinada característica de la víctima, que no necesariamente es su raza (sexo, religión, etc.) (Díaz López, 2013: 106).

En lo que respecta a nuestro ordenamiento, el término es introducido por primera vez al castellano en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos como crímenes de odio. En España, en un primer momento, y bajo esta denominación es asimilado el concepto, para posteriormente evolucionar a delitos de odio (Ibarra, 2003: 300). En nuestro sistema penal, la mención expresa al odio aparece en los artículos 510.1 y 515.5 CP, la promoción o incitación al odio, la difusión de material que promueva o incite al odio y la negación o apología de delitos con el fin de incitar al odio, por un lado, y la asociación ilícita para fomentar o incitar al odio, por otro. Asimismo, en la disposición adicional de la LOTJ[223] se hace referencia al odio en su artículo 41.1 donde cita: *"¿Juran o prometen desempeñar bien y fielmente la función del jurado, con imparcialidad, sin odio ni afecto…"?* La utilización del concepto odio en el

[222] Stephen Lawrence, es un jóven adolescente negro que es asesinado mientras espera el autobús. Los autores del asesinato son 5 jóvenes blancos absueltos en primera instancia por falta de pruebas. La familia batalla para que se reabra el caso y con nuevas pruebas y la ayuda de organizaciones de derechos civiles logran un fallo condenatorio sobre los autores.

[223] LOTJ, 5 /1995 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de 22 de mayo.

ordenamiento jurídico español es aislada, y, por otro lado, criticada por los diversos operadores jurídicos debido a los problemas de interpretación que presenta. La SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 29 de junio de 2012, expone: "*el odio como concepto es desafortunado por cuanto se trata de una apelación a los sentimientos difícilmente de exteriorizar y por tanto de difícil probanza*" (Díaz López, 2013: 66).

Delimitación conceptual.

Los términos odio, intolerancia y discriminación no son sinónimos. No se pueden confundir los casuismos de la discriminación y la intolerancia, vinculadas a importantes connotaciones sociales, culturales, económicas y políticas con el fenómeno de los delitos de odio. Las expresiones delitos de odio o motivación de odio entendidas literalmente pueden inducir también a error. Algunos delitos motivados por el odio no se clasifican como delitos de odio. Al contrario, un delito en el que el autor no sienta odio hacia la víctima puede ser considerado delito de odio. El odio es un estado emocional específico e intenso, que puede no describir adecuadamente la mayoría de los delitos de odio (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017: 22).

Asimismo, debido a la controversia creada por el uso del término delito de odio en los medios de comunicación masiva, en el entorno coloquial y también en el ámbito judicial, es fundamental hacer un esfuerzo para delimitarlo conceptualmente con la mayor claridad y precisión posible. De esta manera, es posible tener una comprensión y un acercamiento fiable a cualquier manifestación o expresión de odio, hostilidad, intolerancia, intimidación y animadversión que esté tipificada como delito. La correcta demarcación de qué son los delitos de odio y qué no lo son, permite evitar que su excesivo e inadecuado uso difumine los límites de ciertos Derechos fundamentales (tales como la libertad de expresión y la dignidad humana). Lo que está en juego en los delitos de odio es la negación de la universalidad de los Derechos humanos y la igualdad de trato a una persona por ser quien es, y por sus características identitarias que la definen. Siendo un ataque a la dignidad como derecho inherente y fundamental de cualquier ser humano.

La violencia estructural, cultural y personal que se ejerce directa e indirectamente contra las víctimas de los delitos de odio, es fruto de la intolerancia, de los prejuicios y de los estereotipos particulares basados en la raza, orientación sexual, etnia, género, edad, creencias religiosas, clase social, identidad de género, origen, estado de salud, capacidades, situación administrativa, etc. La agresión cristalizada en la violencia material o simbólica y el rechazo directo responden penal y administrativamente al entenderse dichas conductas como incidentes de odio.

La violencia motivada por el odio puede ser directa o indirecta (Fuentes Osorio, 2017: 7). La violencia directa es incompatible con la libertad de expresión y se conoce como odio punible tipificado en el ordenamiento penal y sancionado con las leyes administrativas y penales. Por su parte, la violencia indirecta es un exceso más sutil que la ley no castiga ni sanciona y se configura como un tipo de discriminación oculta que, a pesar de ser compatible con la libertad de expresión, se encuadra como odio no punible.

Tanto la violencia directa como la violencia indirecta se esconden en los prejuicios y la intolerancia que afectan a las personas que la padecen y desgasta el modelo de convivencia y al propio sistema democrático.

Siguiendo la línea marcada por los estudios sobre la conceptualización de los delitos de odio (Díaz López, 2018: 13), es necesario diferenciar entre intolerancia y discriminación ya que estos conceptos se prestan a una cierta confusión. La intolerancia se nutre de las creencias, estereotipos y prejuicios que sirven al autor del delito de odio como motivo para realizar un trato discriminatorio o diferente a una persona por razón de una de sus condiciones o características personales que la definen. Teniendo en cuenta la definición del Consejo de Europa (FRA, 2011: 23), se puede definir la intolerancia como el rechazo a las personas que no comparten nuestras condiciones personales. Es así como cuando hablamos de delitos de odio hacemos referencia a una expresión de intolerancia en la que en la conducta del autor subyace un prejuicio discriminatorio. Y desde la intolerancia no solo es posible la discriminación (trato menos favorable), también es posible el delito de odio (agresión criminal) sobre la víctima o sus bienes por el simple hecho de ser miembro de un colectivo social específico, o ser identificado como tal por su condición social, religiosa, cultural, étnica, orientación sexual, identidad de género, o cualquier otra circunstancia diferencial. Es una violencia protagonizada por unos verdugos que se creen legitimados para proceder a la limpieza identitaria recurriendo al crimen (Ibarra, 2013: 5).

En los delitos de odio los prejuicios se definen como una actitud prefigurada negativa hacia una o varias personas basada en su identificación real o supuesta con un grupo especialmente protegido. El prejuicio es discriminatorio porque está detrás de la motivación por la que la víctima es seleccionada intencionadamente. El prejuicio materializa la conducta reprobable y sancionable, y es esta conducta lo que se sanciona, no el prejuicio en sí mismo. En consecuencia, la base de la motivación de los delitos de odio es un prejuicio discriminatorio que acepta como cierto un estereotipo negativo de la víctima.

Por su parte, la discriminación no es un delito de odio, aunque puede ser calificado como incidente de odio en nuestro ordenamiento jurídico. Según el Consejo de Europa a través de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, establece el concepto de discriminación (FRA, 2011: 22). La discriminación se produce cuando las personas reciben un trato menos favorable que el dispensado a las demás personas que se encuentran en una situación comparable solo porque forman parte, o se considera que pertenecen, a un determinado grupo o categoría de personas. Por lo tanto, el delito de discriminación tiene lugar cuando se ataca el bien jurídico de la igualdad. Existen diferentes tipos de discriminación, por ejemplo: directa, indirecta, múltiple, por asociación, por error, por acoso discriminatorio y por represalia discriminatoria[224].

[224] La discriminación directa es aquella en la que la persona es tratada de modo menos favorable que en otra en situación análoga por ejemplo por motivos de diversidad sexogenérica. La discriminación indirecta es cuando una disposición o práctica aparentemente neutra pueda ocasionar una desventaja particular a persona. La discriminación múltiple se produce cuando una persona sufre conjuntamente

La discriminación es otra consecuencia-efecto, otra conducta de intolerancia como también son la estigmatización, difamación, segregación, marginación, el hostigamiento, el homicidio e incluso, los crímenes de lesa humanidad. Y atenta contra la participación activa de los ciudadanos, inhibiendo el desarrollo de sus capacidades y habilidades, y en muchos casos, impide el acceso al trabajo, a los servicios de salud, educación, vivienda, prestación de servicios, etc. Tanto la discriminación como los delitos de odio son conductas motivadas por los prejuicios que se basan en estereotipos y que al materializarse se convierten en una expresión de intolerancia. En muchas situaciones, la discriminación precede, acompaña o constituye una circunstancia del delito de odio. Sin embargo, su tratamiento legal no está en el orden penal, sino en el orden civil, social y administrativo (Assiego Cruz y Orejón Sánchez de las Heras: 2018: 10). Tapia Ballesteros (2015: 184) entiende por discriminación el trato peyorativo y perjudicial llevado a cabo a través de una norma jurídica, una medida, o una acción, de modo directo o indirecto, por parte de los Poderes Públicos o un particular con o sin intención contra una persona perteneciente a un colectivo o minoría social caracterizada por una serie de rasgos identitarios.

El delito de odio tampoco es violencia de género. Esta queda reducida al caso de la violencia de hombre a mujer. En un delito de odio LGTBI, una mujer puede agredir a otra mujer, un hombre puede ser agredido por una mujer y un hombre puede ser atacado por otro hombre también. La violencia hostil contra una mujer por ser mujer sería misoginia y esto es subsumible al delito de odio. En cambio, la violencia de género es todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus parejas o cónyuges o ligadas de alguna manera por relaciones de afectividad aún sin convivencia. Existe una diferencia radical entre estas dos categorías delictuales: en la violencia de género el agresor tiene una relación de proximidad con la víctima, cosa que en los delitos de odio no es necesario. Además, esta relación de proximidad entre victimario y víctima refuerza la situación de patriarcado machista que transmite unos valores de posesión, control y superioridad sobre la mujer debido a su relación afectiva con ella.

Es necesario cuestionarse cuáles son los factores que influencian a la sociedad para que se experimente aversión hacia una persona o hacia un grupo de personas debido a algo tan personal e importante como la orientación sexual o la identidad de género. Y, en este sentido, cuál es la relación de la LGTBIfobia con los delitos de odio. En tal sentido, y desde el punto de vista sociológico y criminológico, estos procesos delictivos basados en la intolerancia son estudiados en la década de los años treinta del siglo pasado por el sociólogo y criminólogo sueco-norteamericano Thorsten Sellin. Este desarrolla la *teoría*

discriminación por otros motivos recogidos en la legislación europea, nacional o autonómica. La discriminación por asociación es la que genera una discriminación como consecuencia de la relación con una persona perteneciente a un grupo social tradicionalmente minusvalorado. La discriminación por error se produce cuando el autor aprecia erróneamente que la persona en cuestión pertenece a un grupo social determinado. El acoso discriminatorio es la conducta que tiene por objetivo atentar contra la dignidad de las personas y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante y ofensivo. Y, por último, la represalia discriminatoria, es el trato adverso y efecto negativo contra una persona como consecuencia de la presentación de una queja (Alises, 2019: 29).

del conflicto cultural (Culture conflict and Crime), publicada en 1938 sobre la base de estudios de Antropología cultural, y explica el crimen como el conflicto entre diferentes normas de conducta que regulan el comportamiento de grupos y de individuos. En un espacio de diversidad sociocultural, donde la idea de conflicto es innata a la idea de diversidad se presenta desde dentro de la cultura en cuestión un conflicto intrasistémico, desde la perspectiva de la cultura dominante ante una situación disidente con una subcultura. Este grupo social minoritario discrepante cuestiona la obligatoriedad jurídica de la norma y se niega o no puede cumplirla debido a ciertos usos sociales o a las características inherentes de su identidad. Esta oposición se realiza con los mismos elementos culturales de razonamiento legal y extralegal que cualquier otro ciudadano de la misma sociedad y cultura dominante.

Este autor define las normas de conducta como un producto de la vida social que tienen el objetivo de proteger los valores sociales del grupo mayoritario o normativo. En el caso de los delitos de odio es necesario hacer una reinterpretación de dicha teoría del conflicto cultural. Inicialmente, este investigador explica la relación entre delincuencia e inmigración a través de factores culturales. Sin embargo, en nuestro objeto de estudio se presentan referencias que hacen alusión al choque o conflicto entre una cultura dominante o hegemónica y una subcultura, cada una con valores, usos sociales y normas de referencia. De esta manera, pueden producirse conflictos cuando entran en contacto poblaciones o grupos cuyas culturas tienen un sistema distinto de valores, significados y normas, de manera que algo que es aceptable en una cultura es considerado inaceptable o delito (desviación social) en otra. En la explicación de Sellin, la persona proveniente de una cultura extranjera que está poco integrada en la cultura receptora reacciona cometiendo hechos delictivos. El problema no radica en que el sujeto conozca o no la norma que regula el contexto social donde se ubica (conflicto normativo), sino en determinar si ese modelo regulatorio o conjunto de normas forma parte de su personalidad o está interiorizado. No tiene que ver tanto con el conocimiento de la norma, sino con la influencia que el grupo normativo (mayoritario) o de referencia tiene sobre la persona en caso de transgresión de lo establecido. En consecuencia, en caso de desviación social se puede interpretar que la cultura dominante y sus integrantes se sienten amenazados y se convierten en victimarios de las subculturas o grupos sociales minoritarios en aras de la protección del equilibrio y de la cohesión social. Estos procesos discriminatorios estarían motivados por la intolerancia y los prejuicios de la cultura normativa ante subculturas diversas y por el mantenimiento del *statu quo*.

Asimismo, es importante destacar la *teoría de la violencia: cultural, estructural y directa* de Johan Galtung[225]. Este matemático y sociólogo noruego piensa que más allá de la violencia directa (que es la violencia que se manifiesta) existen otro tipos de violencias, como la violencia cultural y estructural que conforman el problema de la violencia como fenómeno social. La violencia cultural (que es una violencia menos visible que la directa) es aquella relacionada con aspectos de la cultura, de le esfera simbólica como la religión, la ideología, el lenguaje, el arte, la ciencia, etc., pero que sirve para legitimar la violencia directa o estructural (Galtung, 2016: 149), que en

[225] Nació el 24 de octubre de 1930 en Oslo. Matemático y sociólogo noruego fundador del primer instituto de investigación sobre la paz de la Universidad de Oslo.

nuestro objeto de estudio se aplica sobre las minorías sociales o sexuales. Además, legitima las violencias al dotarlas de una cierta razón o propósito, cambia el utilitarismo moral, pasando del incorrecto al correcto o al aceptable[226]. Por su parte, la violencia estructural es un tipo de exceso colectivo, no individual que tiene el objetivo de impedir el acceso a determinados colectivos en términos de igualdad con el resto de los ciudadanos a los recursos necesarios para la satisfacción de sus necesidades básicas. El referido autor afirma que la violencia directa es el resultado de la violencia estructural y es cometida contra quienes integran colectivos discriminados y se manifiesta a través de lesiones, muertes, injurias, discriminaciones, etc. Así, la violencia directa actúa como fuente de apoyo y refuerzo del mantenimiento y continuidad de la violencia estructural que garantiza el *statu quo*[227].

De esta manera queda conformado el triángulo vicioso de la violencia que se retroalimenta desde cualquiera de sus vértices. Esta forma geométrica permite ver como todas las clases sociales pueden relacionarse e interactuar entre sí, dando origen a situaciones asimétricas que generan formas de violencia contra sujetos o grupos sociales en cualquiera de sus vértices y se configuran como origen y sustento de las otras violencias en todas las direcciones del triángulo[228].

A partir de esta breve explicación es interesante ver como los delitos de odio y sus discursos entendidos como fenómenos sociales lesivos y de carácter colectivo que responden a la discriminación y a la transmisión de ideas discriminatorias pueden ponerse en relación con los conceptos de violencia estructural y cultural de Galtung.

Por otro lado, si se analizan la mayoría de los casos en los que se realizan actos discriminatorios e intolerantes contra el colectivo LGTBI, tanto perpetradores como víctimas suelen ser hombres. Esta situación podría obedecer a lo que el psicólogo social e investigador Gregory Herek (2000: 254) explica sobre prejuicios contra las minorías sexuales: “Demostrar la propia heterosexualidad y, al mismo tiempo, la conformidad con el rol de género apropiado parece ser una preocupación mayor para los hombres que para las mujeres en la sociedad americana”. En ese sentido, Michael Kimmel[229] ha sugerido que: “el miedo implícito en la noción de homofobia es, ante todo, miedo de los hombres heterosexuales a ser clasificados como homosexuales por sus pares masculinos”.

Se puede deducir de aquello, que las agresiones cometidas hacia hombres homosexuales, mujeres transexuales, incluso, lesbianas, o en general, cualquier persona percibida como no heterosexual (desviado de la normalidad socio-sexual imperante); es un mecanismo necesario del agresor para reafirmar su propia heterosexualidad. Esta necesidad surge del significado de la identidad masculina que crea la cultura machista, la cual a través de regímenes sociales heteronormativos y patriarcales, actúa como

[226] *Ibidem*, p. 150.
[227] *Ibidem*, p. 167
[228] *Ibidem*, p. 156.
[229] Sociólogo norteamericano especializado en estudios de género y considerado una de las figuras clave a nivel mundial en los estudios sobre masculinidad. Catedrático, docente y director del Centro para el estudio del hombre y de las masculinidades de la Universidad de Stoney Brook University (Universidad del Estado de Nueva York).

reguladora de comportamientos en el que la feminización fuertemente asociada a la homosexualidad no tiene cabida por ser vista como una desviación de la conducta y de la identidad masculina hegemónica, y, al mismo tiempo, es sinónimo de inferioridad en un sistema que otorga una posición de poder y dominio a los varones sobre las mujeres. En este sentido, el uso de la violencia contra las personas homosexuales, o contra cualquier identidad no *heteronormativa*[230], recibe la justificación tácita de la sociedad, mientras esta violencia permita evitar la transgresión de ciertas conductas desviadas con el coste de la conculcación de derechos, pero con el objetivo de mantener el *statu quo* construido sobre el privilegio de ser hombre en una sociedad machista.

Todo grupo social articula su vida mediante pautas de conducta institucionalizadas que, a veces, se transforman en normas sociales. Cuando las conductas del individuo no se adecuan a la norma social, tiene lugar el comportamiento desviado y el Derecho es el medio más potente de control social, y en las sociedades tardo capitalistas, el más eficaz. Este ordenamiento selecciona las desviaciones que considera más graves y las eleva a la categoría de ilícitos jurídicos, comportamientos o conductas desviadas respecto de la norma penal. En tal sentido, Blazak (2011: 253) considera que las leyes que sancionan los crímenes de odio existen por tres razones: 1) por disuasión: el agente criminal considerará que el hecho delictivo cometido acarrea una pena mayor a la establecida normalmente para dicho delito y abandonará la idea de llevarla a cabo; 2) por incapacitación: los delincuentes que cometen este tipo de delitos se encontrarán incapacitados para cometer más delitos debido a la elevada pena que implica y los mantendrá en la cárcel por un tiempo prolongado, contemplando la posibilidad de reinserción y rehabilitación y, 3) por simbolismo: para enviar un mensaje a la sociedad y a las minorías sociales que tienen tendencia a ser sujetos pasivos de este tipo de delitos, aviso que consiste en que este tipo de conductas no son toleradas y son castigadas severamente. Con el objetivo de reivindicar a ciertos grupos sociales vulnerables y demostrar, al mismo tiempo, que existe conciencia sobre el estado de vulnerabilidad en el que se encuentran.

El odio y la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Antes de comenzar el estudio de los delitos de odio y discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, es fundamental hacer referencia al significado de una y de la otra. Estos conceptos no tienen origen en la Ciencia Jurídica, sin embargo, son conceptuaciones básicas en las que coincide la ciencia, la doctrina y también los movimientos sociales.

La orientación sexual, según la Asociación Americana de Psicología (APA), es la atracción duradera hacia otra persona en el plano emotivo, romántico, sexual y afectivo. El concepto hace referencia a los sentimientos de una persona y al objeto hacia el que están enfocados sus deseos[231]. En función del sexo de la persona hacia la que se tienen tales sentimientos se distingue la orientación heterosexual, homosexual y bisexual. La

[230] Concepto acuñado en 1993 por Michael Warner en su obra *Miedo a un planeta queer: política queer y teoría social*, catedrático de estudios sociales de la Universidad de Yale.

orientación heterosexual es la que tiene una persona que siente atracción afectiva y sexual hacia personas del sexo opuesto. La orientación homosexual es la que tiene una persona que siente atracción afectiva y sexual hacia personas de su mismo sexo, en el caso de las mujeres que se sienten atraídas por otras mujeres se denomina lesbianismo y los hombres atraídos por otros hombres homosexualidad. Para algunos autores no cabe la posibilidad de hablar exclusivamente de homosexualidad ya que es un concepto muy rico en matices y es mejor referirse a homosexualidades. Y para algunos investigadores como Foucault (1978: 43), el concepto es un artificio, una construcción social de la comunidad médica para transformar la identidad del sodomita de la antigüedad a la identidad del enfermo sexual. Lo que evidencia que la actividad sexual, elemento axial de la vida humana, es interpretada y significada de diversas maneras según el período histórico. Por su parte, a finales del siglo pasado, la Organización Mundial de la Salud en el CIE-10 (1992: 273) define la homosexualidad como la atracción exclusiva o predominante hacia personas del mismo sexo, con o sin relación física. Esta consideración de la homosexualidad implica que el criterio definitorio de la misma no es únicamente la actividad sexual sino la orientación sexual del sujeto (atracción emotiva y afectiva), y de la misma manera que la heterosexualidad. En el caso de la bisexualidad, esta hace referencia a la persona que se siente atracción afectiva y sexual por hombres y por mujeres indistintamente.

La identidad de género, por su parte, supone el sentimiento psicológico de ser hombre o mujer y con ello la adhesión a ciertas normas culturales relacionadas con el comportamiento femenino o masculino. Este concepto surge en el ámbito del psiquiatría norteamericana del siglo XX y adopta cierta relevancia ante la visibilización de lo que antaño se consideraban perversiones sexuales como la sexodivergencia, la sexualidad transgénero y los géneros no binarios. Es la percepción subjetiva que una persona tiene respecto a su propio género coincida o no con sus características sexuales biológicas. L identidad de género es un componente fundamental de la identidad sexual, y forma parte de uno de los elementos psicológicos necesarios para ejercer una sexualidad de manera plena y satisfactoria, independientemente de la orientación sexual. Hoy en día se manejan cuatro identidades de género básicas: cisgénero, son aquellas personas cuya identidad de género y sexo biológico coinciden independientemente de su preferencia sexual, personas con pene que se identifican como hombres y personas con vagina que se identifican como mujeres; transgénero, son aquellas personas cuya identidad de género y sexo biológico no coinciden, independientemente de su preferencia sexual, personas con pene que se identifican como mujeres y personas con vaginas que se identifican como hombres; transexuales, son aquellas personas transgénero, independientemente de su orientación sexual, que desean o proceden a modificar su cuerpo mediante tratamientos hormonales o quirúrgicos para hacerlo coincidir lo más posible con su identidad de género. Y, finalmente, tercer género o género no binario son

[231] Kinsey (1948: 66-68) en relación a las orientaciones sexuales, diseña una escala que distingue cinco grados entre la heterosexualidad absoluta y la homosexualidad absoluta: 0 heterosexualidad absoluta; 1 Predominantemente heterosexual, solo accidentalmente homosexual; 2 Predominantemente heterosexual, pero algo más que accidentalmente heterosexual; 3 Igualmente heterosexual que homosexual; 4 Predominantemente homosexual, pero algo más que accidentalmente heterosexual; 5 Predominantemente homosexual, solo accidentalmente heterosexual; 6 Exclusivamente homosexual.

aquellas personas cuya identidad de género no coincide con el género masculino o con el género femenino enteramente, o se ubica identitariamente en una categoría intermedia, independientemente de su orientación sexual.

Este concepto supone el concepto de género que se define como el conjunto de contenidos socioculturales que se dan a las características biológicas que diferencian a hombres y mujeres, estableciendo comportamientos, actitudes y sentimientos masculinos y femeninos. El contenido atribuido al género varía según el momento histórico y la sociedad en la que se establezca. Sin embargo, hay personas en las cuales el género no concuerda con el sexo biológico, cuando una persona tiene genitales y características de varón y psicológicamente se siente mujer, o a la inversa.

En el caso del transgénero la persona escapa a las normas y los estereotipos de género y desea cambiar de sexo, ya sea a través de una tratamiento hormonal o cirugía, para poner de acuerdo sus características físicas con su identidad de género. Y a este proceso de rectificación del sexo asignado por aquel que se considera más acorde al que siente la persona se denomina reasignación sexual. Para nombrar o identificar a la persona en donde se produce este proceso se debe utilizar el género deseado correspondiente a su identidad y autorreferencia y no el inicial o biológico de una persona. Existen ocasiones en que se confunde la transexualidad con el travestismo; travestí es una persona que viste con ropas del otro género para satisfacer un deseo erótico-fetichista, siendo una práctica o conducta sexual. La persona travestí puede ser homosexual, heterosexual o bisexual y se acepta e identifica con el sexo que le es asignado al nacer a diferencia de la persona transexual (Castillo Robles, 2003: 3).

Es sustancial entender que existe una diferencia notoria entre el concepto de orientación sexual e identidad de género. Las personas con una determinada orientación sexual no suelen tener conflictos de identidad de género. Por ejemplo: un hombre homosexual se siente identificado con su sexo biológico, no obstante, sus sentimientos afectivos y sexuales los dirige hacia personas de su mismo sexo. Una persona transexual, nacida con un determinado sexo, por ejemplo, femenino, se identifica con el sexo contrario y, a su vez, puede tener orientaciones sexuales diferentes. Una persona transexual puede ser también homosexual. Por estos motivos, es importante no confundir las prácticas sexuales con la orientación sexual, con la identidad sexual[232] ni con las identidades de género que, si bien es uno de los componentes de la identidad sexual, y por lo tanto un componente de la sexualidad individual no guarda necesaria relación con la orientación sexual (heterosexual, homosexual, etc.) ni con el sexo biológico.

Además de estas manifestaciones de la orientación sexual y de las identidades de género, existen otras personas que se denominan intersexuales. Estas nacen con genitales externos ambiguos que en épocas precedentes se denominan hermafroditas, donde la intersexualidad puede tener varias manifestaciones[233]. Por último, hay que

[232] La identidad sexual está constituida por tres elementos distintos: la orientación sexual (que implica la atracción por un género determinado), el rol de género (de qué manera ejerce su propio género) y, finalmente, la identidad de género.

[233] La intersexualidad puede tener varias manifestaciones: 1) la intersexualidad 46 XX, en la que la persona tiene los cromosomas de una mujer, los ovarios de una mujer, pero los genitales externos con

destacar que asimismo existen personas asexuales, es decir, que carecen del desarrollo de las gónadas o glándulas sexuales (Alventosa del Río, 2008: 33).

En la historia reciente, la orientación sexual predominante en la civilización occidental es la heterosexual, apoyada y promovida por las concepciones religiosas y por las élites políticas gobernantes como método de organización social. Esta situación provoca una reacción de los poderes, legislativo y judicial frente a cualquier orientación sexual diversa o disidente del orden socio- sexual establecido. Asimismo, el control social aplicado a las desviaciones sociales asimiladas a la criminalidad repercute en actitudes de odio y de rechazo en la sociedad que se manifiestan en discriminaciones tanto en el ámbito jurídico como en lo social. Así, se denomina homofobia a la aversión, rechazo o temor patológico e irracional a las personas gays y lesbianas, a la homosexualidad en sí misma y a sus manifestaciones. Este comportamiento aversivo puede verse reflejado a nivel institucional con leyes que conculcan la igualdad de las personas y en funcionarios que no velan por el cumplimiento de la legislación al respecto y, también en los grupos sociales donde se puede producir la violación de los más elementales Derechos humanos.

Términos relacionados con la homofobia son la lesbofobia, que se define como la aversión, rechazo o temor patológico e irracional a las mujeres lesbianas, al lesbianismo o a sus manifestaciones. Por su parte, la bifobia, se define como la aversión o el rechazo o temor patológico e irracional a las personas bisexuales, a la bisexualidad o a sus manifestaciones. Y, por último, la transfobia se refiere a la aversión, rechazo o temor patológico e irracional a las personas transexuales o transgénero, a la transexualidad o a sus manifestaciones. En general todas las fobias relacionadas con la diversidad sexual se denominan LGTBIfobia.

Definición de Delitos de odio.

La denominación delitos de odio es una designación originaria de los ordenamientos jurídicos anglosajones y acuñada por los organismos internacionales que no se corresponde con un tratamiento específico y exclusivo de nuestro Código penal. Existen en el texto penal una serie de presupuestos que tipifican conductas cuyo objetivo es el menosprecio, la degradación, el trato vejatorio, entre otros, dirigido a personas o grupos con unas características diferentes por razón de raza, etnia, orientación sexual, origen, etc. Además, debido al extenso campo que abarcan los delitos de odio, no solo se encuentran regulados en normas penales, sino también, en preceptos administrativos. Este desconocimiento del concepto de delito de odio provoca un debate en torno a su

apariencia masculina; 2) la intersexualidad 46 XY, en la que la persona tiene los cromosomas de un hombre, pero los genitales externos no se han formado completamente, son ambiguos o claramente femeninos. Internamente, los testículos pueden ser normales, estar malformados o ausentes; 3) la intersexualidad gonadal verdadera, en la que la persona tiene tanto tejido ovárico como testicular; y 4) la intersexualidad compleja, en la que la persona tiene muchas configuraciones de cromosomas distintos a alas combinaciones simples 46, XX, o 46 XY, que pueden ocasionar trastornos del desarrollo sexual y abarcan, entre otros, 45, XO y 47 XXY, 47 XXX, en que en ambos casos tiene un cromosoma sexual adicional, sea un X o un Y.

propia existencia, justificación y regulación por dos motivos: la determinación sobre qué grupos o personas deben ser considerados como víctimas del odio y, por otro lado, la dificultad de su consenso internacional.

Los delitos de odio no son delitos de sentimiento, ni de expresión u opinión, son actos delictivos cometidos por una motivación basada en prejuicios y en una intolerancia al diferente, hacia alguna de sus manifestaciones de la condición humana estigmatizada. Y tampoco deben confundirse con la discriminación. El móvil prejuicioso, o el sesgo de diferente raíz (doctrinaria, ideológica, anomia moral, ignorancia, etc.) distingue a estos delitos de otros. Por lo tanto, el delito de odio no es un delito en particular, puede ser un acto de intimidación, amenazas, daños a bienes, agresión, asesinato o cualquier otro delito penal que tiene el objetivo de negar la igual dignidad de la persona y la universalidad de los Derechos humanos.

El rechazo a la diversidad social puede concebir como subalternos o prescindibles a ciertos grupos sociales (Ibarra, 2013: 19). En este sentido, es importante remarcar que los delitos de odio tienen una dimensión simbólica (Díaz López, 2013: 107). Por un lado, al ser ataques contra la dignidad de las personas, se establece una jerarquía entre víctima y victimario, donde este último trata de despojar a la víctima de su dignidad. De esta manera, los delitos de odio pueden ayudar a mantener la posición de superioridad estructural de quienes los cometen, mientras mantienen la identidad subordinada de las víctimas. Por otro lado, el legislador al tipificar un delito de odio pretende proteger al colectivo social al que pertenece la víctima (Hatento, 2015: 80).

El término delito de odio o delito basado en prejuicios describe un concepto, más que un delito específico o una definición penal dentro del Código penal (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017: 13). A este respecto, Boeckmann y Turpin-Petrosino (2002: 207) entienden que los delitos de odio son una expresión desafortunada de estereotipos negativos, prejuicios, discriminación y tensiones entre grupos. Sin embargo, la dificultad reside en delimitar el contenido de los prejuicios y su relación con la motivación delictiva (Martín Herrera, 2014: 78). Por su parte, Aniyar de Castro (2008: 15) afirma que los delitos de odio son crímenes motivados por las diferencias, donde el móvil es causa de la intolerancia al diferente. El ánimo que lleva al autor a cometer este tipo de ilícitos es la animadversión u hostilidad abierta hacia determinadas personas o colectivos.

Desde el punto de vista doctrinal se distingue entre delitos de odio o *hate crimes* y delitos de discriminación. Los primeros tienen sus raíces en el derecho comparado, tanto del ámbito anglosajón (Estados Unidos, Gran Bretaña), como también del germánico (Alemania, Austria y Suiza) y el latino (Italia, Francia y Portugal). Y tienen lugar cuando una persona ataca a otra y elige la víctima guiada por el odio, el miedo o la aversión irracional en función de su pertenencia a un determinado grupo o colectivo social. Por su parte, los delitos de discriminación son aquellos donde se ataca el bien jurídico de la igualdad de trato.

Hasta hace aproximadamente una década la nomenclatura de delitos de odio no se encuentra en el glosario penal. Al finalizar la primera década del siglo XXI, la Fiscalía

General del Estado en su Memoria del año 2009 (2009: 1052-1053) recomienda la necesidad de crear una nueva figura delictiva que comienza a acuñarse en la doctrina y en la legislación comparada como delitos de odio y que contempla todos aquellos actos y comportamientos de violencia gratuita ejecutados por móviles discriminatorios (origen, raza, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, edad, enfermedad, etc.). Esto no quiere decir que no existieran hasta la fecha crímenes de este tipo o basados en la intolerancia y la discriminación contra determinados colectivos sociales. Existen algunas aproximaciones inexactas tales como delitos culturalmente condicionados, delitos de tendencia, etc.

Dado que no existe consenso sobre el concepto y utilización del odio y la discriminación, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) a través de ODIHR[234] adopta en 2003 la siguiente definición que permite ser usada y adaptada a las diferentes realidades, necesidades y legislaciones de los distintos países:

Delito de odio es cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas (A) o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su real, o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B.

(B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su raza de género real o percibida, el origen nacional o étnico, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual, la identidad de género u otro factor similar.

Tal y como afirma la OSCE el delito de odio es cualquier delito motivado por la intolerancia a la persona diferente, no solo contra el individuo sino contra el grupo al que, supuestamente y según el autor de la infracción, la víctima pertenece. Ya sea por prejuicios o sesgos de distinta raíz, los agresores rechazan que la víctima tenga una dignidad igual a la suya y por eso cometen un delito contra ella. Así, la OSCE emplea asiduamente el término delito de odio, que es reconocido y fomentado por la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si bien la definición tiene variaciones dependiendo del país, a partir de esta explicación se efectúa una importante labor de armonización.

Los delitos de odio (*hate crimes*) en sentido amplio integran, al menos delitos de propaganda o de pura expresión (*hate speech* o discurso del odio criminalizado contemplado en el art. 510 CP) por una parte y, por otra, delitos de actos de odio o de resultado (*hate crimes* en sentido restringido). En este caso el delito de odio en sentido estricto se concreta en delitos comunes sobre cuya base se articula una protección específica o agravada. Siendo la agravante genérica del art. 22.4 CP su concreción, en el que se castiga con una pena algo más intensa cuando el delito se dirige contra una persona por su pertenencia a un determinado grupo social. En un sentido más amplio, el delito de odio agrupa a las agravaciones en sus distintas variantes, pero también a las

[234] Office for Democratic Institutions and Human Rights. La Oficina de Instituciones democráticas y Derechos Humanos es la principal Institución de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE).

prohibiciones penales de protección de colectivos vía discurso del odio criminalizado e incluso vía determinadas conductas discriminatorias criminalizadas, por ejemplo: delitos de denegación de prestación o laboral de los artículos 511, 512 y 314 CP (Landa Gorostiza, 2018: 25).

Díaz López (2013: 61) considera que los tipos recogidos en los arts. 510.1 y 515.5 CP son aquellos a los que hay que referirse específicamente al utilizar el término delitos de odio. Ya que otras figuras jurídicas, entre ellas el art. 22.4 CP, que agravan la responsabilidad por una motivación discriminatoria deben referirse con otros términos, como crímenes o delitos prejuiciosos, xenófobos, racistas, discriminatorios u otras acepciones. Incluso otros términos más amplios si se quieren englobar ambas tipologías, como, por ejemplo: regulación o normativa penal antidiscriminatoria. Por su parte Ibarra (2013a: 9) razona que delito de odio es cualquier infracción penal motivada por la intolerancia, por prejuicios o animadversión a la víctima a causa de su conexión, pertenencia o relación con un grupo social vulnerable de intolerancia.

Es significativo tener presente las dificultades que conlleva la delimitación conceptual de la categoría jurídica delitos de odio. Y entender que dependiendo del modelo legislativo ideal que el legislador escoja, la definición del delito de odio variará. En el ordenamiento jurídico español, en la definición de delitos de odio, se plasman dos modelos legislativos con raíz en dos modelos doctrinales diferentes: el *animus model* donde la sanción del delito de odio reafirma el principio de igualdad entre todas las personas (principio de igualdad *in totum*) y el *discriminatory selection model*, modelo que refuerza la protección de colectivos sociales tradicionalmente discriminados. Por lo tanto, se consideran delitos de odio en el ordenamiento jurídico español, tanto los delitos cuya responsabilidad penal se agrava por el odio o el prejuicio penal del autor hacia determinada condición personal de su víctima, sea cual sea esta (delitos de discriminación) como aquellos cuya responsabilidad penal se agrava porque produce un efecto intimidatorio en el colectivo al cual pertenece la víctima por razón de una de sus concretas condiciones personales, con independencia de cuál sea el móvil del autor (los estrictamente delitos de odio) (Díaz López, 2018: 24).

Esta dualidad conceptual también es evidente en la definición de delitos de odio ofrecida por el Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (2016: 357):

"Conjunto de delitos que admiten varias acepciones. En primer lugar, tal denominación se refiere a aquellos delitos agravados por haber sido cometidos con una determinada motivación o móvil, consistente en el odio o prejuicio del autor hacia un estereotipo caracterizado por una condición personal, real o solo por él percibida, de su víctima (etnia, sexo, creencias, etc.). Alternativamente, también puede referirse este concepto a aquellos delitos cuya comisión, con independencia de la motivación real del autor, conlleve una carga ofensiva, humillante o intimidatoria hacia un colectivo social que haya sido tradicionalmente objeto de discriminación por razón de alguna de dichas condiciones personales. Pueden incluirse entre estos delitos o crímenes de odio todos

aquellos a los que fuera de aplicación la circunstancia agravante genérica de motivos discriminatorios, así como diversos tipos de la parte especial del Código, paradigmáticamente los relativos al llamado "discurso del odio" (entre los que se encuentra el delito de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél del art. 510 CP)."

A partir de 2009, la ODIHR (*Office for Democratic Institutions and Human Rights*) maneja una expresión sintética que define los delitos de odio como manifestaciones violentas de intolerancia. Y puntualiza que los delitos de odio son conductas físicas y verbales de carácter hostil que se distinguen de otros tipos de delitos por la motivación del autor, intolerante y discriminatoria. Es así como la motivación se torna en elemento esencial del delito. Si en un sistema judicial penal no se utiliza el concepto de odio, la motivación discriminatoria no se reconoce como elemento axial del crimen, y de esta manera, el delito de odio permanece invisible (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017: 12).

El Movimiento contra la Intolerancia en sus *Cuadernos de análisis nº 55* (2015: 6) ofrece una definición pormenorizada de delitos de odio en los siguientes términos: "*infracción penal motivada por intolerancia, es decir, cualquier infracción penal realizada contra personas, colectivos sociales y bienes, cuando la víctima, las instalaciones o el objetivo de su acción hayan sido seleccionados por prejuicios o animadversión social*". Güerri Fernández (2015: 5) considera que en este tipo de delitos el mayor desvalor de la conducta se debe al hecho de que el delito afecta, además de la víctima inmediata, a la comunidad a la cual esta pertenece. Por su parte Fuentes Osorio (2017: 2) considera delitos de odio a todos los actos cometidos contra grupos o contra personas por su pertenencia a un grupo, y motivado por la animadversión o intolerancia hacia un rasgo característico y percibido como diferente de ese grupo de personas. Es decir, delitos clásicos agravados por la motivación aversiva del sujeto activo o por la selección discriminatoria del sujeto pasivo.

Es importante no confundir ni equiparar delito de odio con discurso del odio. El discurso del odio implica expresiones dirigidas contra una persona o grupo de personas por motivo de sus características personales o estado, de la persona o grupo de personas y la acción no implica necesariamente la imposición de sanciones penales. Sin embargo, cuando el discurso del odio adopta la forma de una conducta que es en sí misma un delito penal, como el abuso, el descrédito, la ofensa, etc., también puede considerarse delito de odio (Memorándum Explicativo ECRI: General Recomendation nº 15, 2015: 17). En consecuencia, si se elimina del discurso del odio la motivación o el contenido del prejuicio no existe delito penal.

Podemos concretar que los elementos distintivos de este tipo de delitos son: 1) que la víctima (o víctimas) o sujeto pasivo posea una condición determinada, se la ataca por lo que representa o lo que aparenta representar, 2) la intencionalidad o elemento subjetivo de este tipo de delitos no se limita al ataque a la víctima particular, sino se proyecta en la transmisión de un mensaje de amedrentamiento a todo el colectivo social al que la víctima pertenece, 3) la participación en este tipo de crímenes suele ser múltiple, no se

trata de un hecho aislado y 4) existe un bien jurídico de tipo personal y grupal que debe ser protegido en conexión con un bien jurídico abstracto, normalmente la paz pública (Brandáriz García, 2010: 45).

Landa Gorostiza (2004: 63) sostiene que parte de la confusión en torno a los delitos de odio, se sitúa en la mala redacción y sistematización de la normativa antidiscriminatoria, que se encuentra dispersa, y también, su carácter expansivo y mixto que se centra en tipificar conductas de incitación o provocación al odio y que se refieren a tales como delitos de odio, y de otro un modelo más expansivo centrado en agravantes genéricos o tipos cualificados.

Todas las personas son libres y tienen el derecho de odiar si así lo eligen, como también son libres de expresar opiniones de disgusto y desacuerdo mientras no conculquen los derechos y libertades de terceras personas. El Derecho penal no puede castigar las opiniones, las ideologías o los pensamientos por execrables que sean, ni tampoco los sentimientos de odio, salvo que vulneren o supongan un verdadero y real peligro para los bienes jurídicos en juego o que se transmuten en hechos o conductas lesivas. En consecuencia, algunos autores consideran que la dicción más precisa para este tipo de tipos es la de delitos de discriminación (Laurenzo Copello, 1996: 228) o delitos ideológicamente condicionados, motivados por la intolerancia (Ibarra, 2013: 8).

Regulación legal de los delitos de odio y discriminación.

Teniendo en cuenta nuestra historia penal, se produce una evolución notable en el tratamiento del sentimiento del odio. Se pasa de unas normas que justifican el castigo de la otredad o de la diferencia, representada por los extranjeros, gitanos, judíos, homosexuales, etc., a la tipificación de los delitos de odio como baluarte de la tutela de la diversidad. En nuestro sistema jurídico, el termino odio supera la mera función descriptiva de una clase de delitos y se convierte en un criterio autorreferencial (odio como delito) de manera que se utiliza para justificar la actuación punitiva por los efectos sociales negativos de dicho odio (Fuentes Osorio, 2017: 2). Sin embargo, la manera de legislar parece contraria a la necesidad de que los tipos penales encuentren su justificación en la exteriorización de las conductas y, sobre todo, al principio de certeza que debe informar a las leyes penales (Cámara Arroyo, 2017: 5).

La normativa antidiscriminatoria penetra en nuestro ordenamiento a través de la influencia de los ordenamientos jurídicos anglosajones, dentro del modelo expansivo propio de los Estados Unidos de Norteamérica; y recibe fuerte críticas de la doctrina frente a su escasa aplicación en la práctica judicial y las mínimas posibilidades de atacar la problemática que pretende combatir. Se les acusa de ser leyes que se encuadran en lo que Garland (2001: 225-226) denomina *acting out,* es decir, instrumentos penales que, en vez de controlar el comportamiento criminal, tienen un fin catártico, simbólico y expresivo. El control del delito en las sociedades tardo capitalistas se caracteriza por un elevado nivel de racionalidad y creatividad administrativa, pero al mismo tiempo, por bajos niveles de eficiencia y eficacia. Es decir, al abrigo de las agendas neoliberales y en un despliegue de políticas contradictorias, el delito y el castigo se transforman en

cuestiones electorales en la sociedad del riesgo. En palabras del autor: "la toma de decisiones políticas se vuelve una forma de *acting out* que desplaza las complejidades del control del delito efectivo en favor de las gratificaciones inmediatas de una alternativa expresiva. Una predisposición a impartir castigos severos que compensa el fracaso en brindar seguridad efectiva a la población"[235]. En el sistema penal norteamericano, la praxis probatoria se convierte en una indagación sobre las actitudes de los sujetos activos, pese a que las categorías legales no lo exigen. Esta situación representa un grave problema para el Derecho, ya que se acerca a manifestaciones del Derecho penal de autor, como sostienen algunos autores respecto a la legislación española (Salinero, 2013: 263).

En el Código penal español no existe una regulación estructurada de los delitos de odio a través de ningún Capítulo de dicho texto legal y tampoco existe una mención definitoria de delitos de odio. Es a partir de una delimitación conceptual que se consideran como delitos de odio en el texto penal. Y la razón de que la regulación de estos delitos se encuentre dispersa en el Código penal es debido a que el texto legal clasifica los delitos en función del bien jurídico protegido. Pero independientemente del lugar en que se encuentren ubicados, existen delitos de odio entre aquellos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, esta clase de conductas atentan fundamentalmente contra la dignidad de la persona (Güerri Fernández, 2015: 5).

Waldron (2012: 105) considera que, en este tipo de crímenes, el bien jurídico personal (la dignidad del sujeto pasivo), trasciende para convertirse en un bien jurídico colectivo (la dignidad del colectivo). En los delitos de odio nos encontramos con al menos un atentado contra un bien jurídico eminentemente personal (la dignidad, el honor y la igualdad ante la individualidad humana), independientemente del objeto material al que se dirija el ataque y la posibilidad de vulneración de otros bienes jurídicos de carácter no personal (Cámara Arroyo, 2017: 19). En este sentido De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros (2017: 1) entienden que el bien jurídico protegido en esta clase de ilícitos es plural: la dignidad, el honor y la igualdad. Estos bienes jurídicos deben ser entendidos desde una perspectiva personalista, aunque pueda afectar a la colectividad ya que los delitos de odio menoscaban la dignidad del individuo en la medida en que el descrédito se funda en una característica compartida por el grupo de pertenencia. Dicha particularidad compartida se asocia en el imaginario colectivo a un atributo descalificador. Esta imagen estereotipada produce un daño que se extiende y se colectiviza.

Autores como Laurenzo Copello (1996: 237), Rodríguez Yagüe (2007: 54), Landa Gorostiza (2012: 304) o Gómez Martín (2012: 89) consideran que un delito de odio es un delito pluriofensivo y atenta contra un bien jurídico mixto individual-colectivo, identificado como la protección del principio de igualdad y de las minorías sociales especialmente vulnerables. Otros autores, como Dolz Lago (2016: 2) y Fuentes Osorio (2017: 44) consideran que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos se encuentra entre la igualdad y la no discriminación consagradas por el principio de igualdad del art. 14 CE. Dolz indica que los delitos de odio atacan principalmente la libertad y la

[235] *Ibidem*, p. 228.

igualdad. Es por esta razón, que su bien jurídico protegido no sea solo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos de orden político y social[236]. Esta postura funcionalista es fuertemente criticada por expansionista. Nuestro sistema político no es una *democracia militante*, por lo tanto, existe un derecho de apartamiento o desacuerdo con los valores y los principios del orden democrático. De lo contrario, los delitos de odio se convertirían en los defensores del orden social y político basado en los principios de este sistema democrático. De esta manera, el Derecho penal se alejaría del control y vigilancia de los ataques a los bienes jurídicos protegidos e inspirados por los valores y principios políticos para convertirse en el protector de dicho sistema de valores y del sistema político imperante. Así, asumiendo una posición funcionalista radical (Cámara Arroyo, 2017:20).

Por su parte Quesada Alcalá (2015: 4) identifica los bienes jurídicos protegidos con los motivos de discriminación determinados por los rasgos de la identidad personal, tales como la raza, la ideología, la religión o la etnia. Aunque en los últimos años, la doctrina criminológica incluye entre los bienes tutelados la orientación sexual, la identidad sexual, la discapacidad y, en general, cualquier seña de identidad comunitaria diferenciada, tales como la exclusión social y la pobreza. Por otra parte, Portilla Contreras (2015: 722) afirma que estamos ante un delito pluriobjetivo que no protege el mismo bien jurídico en todas las conductas que describe, oscilando entre el principio de igualdad y la seguridad de determinados colectivos. Y con respecto a la incitación al odio, el citado autor considera que no existe bien jurídico protegido alguno, siendo solamente una excusa para reprimir la libertad de expresión.

Cámara Arroyo (2017: 21) afirma que, aunque ciertamente se conculquen ciertos derechos, es más acertado incidir en la dignidad de la persona y el respeto a la individualidad como bien jurídico vulnerado más representativo. Teniendo en cuenta que los delitos de odio son los que más deshumanizan porque quienes los cometen consideran que sus víctimas carecen de valor humano, negándoles la dignidad. Asimismo, este autor afirma que en este tipo de delitos es necesario diferenciar entre el móvil del delito, la motivación de este y la exigencia de un elemento subjetivo específico de intolerancia del autor: el de humillar, discriminar o atentar contra la dignidad de la víctima por razón de su individualidad. De esta manera, es necesaria la existencia de un ánimo subjetivo específico de intolerancia en el autor que ataque o ponga en peligro los bienes jurídicos en cuestión (igualdad/dignidad). La motivación abyecta o de intolerancia afecta a la antijuricidad material de la conducta, añadiendo un plus de reproche al injusto y se entiende de esta manera que los delitos de odio son más dañinos que los crímenes que no se cometen por motivaciones prejuiciosas. Sin embargo, la duda se establece en la fundamentación de ese desvalor. Fuentes Osorio (2017: 9) considera que el fundamento puede situarse desde una perspectiva del merecimiento en el injusto, donde lo importante es el daño que produce actuar con esta motivación, o en la culpabilidad por el especial reproche que generan las acciones que motivan el ataque.

[236] *Ibidem*, p. 18.

Los delitos de odio se enmarcan en el Código penal, especialmente, en el Libro II "Delitos y sus penas", Título XXI "Delitos contra la Constitución", Capítulo IV "De los delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas", Sección 1ª "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución".

Las principales figuras delictivas son:

-Agravante genérica de discriminación:

Artículo 22.4 CP: *cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*

El art. 22.4 CP se aplica a todos los delitos motivados por las circunstancias enumeradas en el mismo, y supone la agravación de la pena. Para la aplicación de esta circunstancia agravante es necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad (STS 145/2006, de 23 de noviembre).

-Amenazas para atemorizar a grupo o colectivos sociales:

Artículo 170.1 CP: *si las amenazas de un mal constituyeren delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.* Ejemplo: ¡travelos[237] os vamos a matar a todos! Este delito se refiere a situaciones donde el sujeto pasivo es o pertenece a un grupo o colectivo objeto de amenazas graves. El bien jurídico protegido es la libertad garantizada por el art. 17 CE. Este es un delito de peligro o de mera actividad en el que no es necesario una lesión efectiva. Y es un subtipo agravado del delito de amenazas por lo que establece una serie de penas superiores en grado respecto de las que establece el art. 169 CP. Y el sujeto activo debe manifestar claramente su voluntad de amenazar (dolo) de tal manera que esta sea considerada como cierta y de gravedad necesaria para infundir temor en el sujeto pasivo (STS 149/2007, de 26 de febrero).

-Delito contra la integridad moral: son varios los delitos que pueden atentar contra la integridad moral del individuo.

a) Trato degradante del artículo 173 CP: *el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis a dos años.*

[237] Manera despectiva de designar a una persona travestida y en sentido genérico transexual.

La conducta criminalizada es un comportamiento único y puntual con intensidad lesiva para la dignidad, requiere trato degradante. Se aplica a actos de violencia absolutamente gratuita perpetrados con la finalidad de vejar o humillar a la víctima. El bien jurídico protegido es la integridad moral (STS 663/2014, de 15 de octubre).

Ejemplo: agresiones violentas y gratuitas por ser homosexual o lesbiana donde se atenta de manera importante a la dignidad de las personas. Humillaciones en el puesto de trabajo: "estoy harto de ti puto maricón, no soporto a las lesbianas y me dan asco etc.

b) delito de tortura:

Artículo 174.1 CP: *comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral.*

El bien jurídico protegido es la integridad moral como manifestación directa de la dignidad humana que comprende las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicológico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, y en segundo lugar, preservar el correcto ejercicio de la función pública por parte de los representantes para garantizar los derechos fundamentales de la ciudadanía. El sujeto activo de estos delitos será autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Y el sujeto pasivo son los detenidos, internos o presos. La conducta delictiva consiste en someter a las personas a condiciones o procedimientos supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o cualquier procedimiento que atente contra la integridad oral. Y en cuanto al elemento subjetivo la conducta debe ser dolosa.

c) delito contra la integridad moral:

Artículo 175 CP: *la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigada con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.*

El sujeto activo debe ser una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En cuanto al bien jurídico protegido: es igual al referido en el art. 173 CP. Un acto claro de contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito. Un padecimiento físico o psíquico en el sujeto. Cualquier trato degradante o humillante del sujeto activo que atente contra la integridad moral que cosifique a la persona.

Artículo 176 CP: *se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos. Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.*

Al igual que los artículos anteriores el sujeto activo debe ser funcionario o autoridad, pero esta vez amparándose en función de su posición de garante. Esta función exige evitar que sus subordinados realicen las conductas tipificadas en los artículos 173, 174 y 175 CP.

-Revelación de secretos:

Artículo 197: 1 CP. *El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.*

6. *Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior*. Ejemplo: alguien se apodera de, mensajes de correo electrónico de un hombre gay en los que se habla de su orientación sexual que no ha hecho pública y los difunde.

-Delito de fomento, promoción o incitación directa o indirectamente al odio, la violencia o la discriminación. Este delito implica el peligro de incremento de hostilidad a ciertos colectivos especialmente vulnerables y pone en riesgo sus condiciones de seguridad existencial (Alises, 2019: 46). El sujeto pasivo de este delito es un sujeto que pertenece a un grupo social susceptible de ser discriminado o personas que sin pertenecer pudieran tener relaciones con personas de los grupos mencionados. En cuanto al elemento subjetivo es suficiente el dolo genérico, que el sujeto activo sea consciente de la ilicitud de la conducta y que actúe en tal sentido. Y el móvil de la conducta deberá basarse no sólo en la conducta o acción llevada a cabo por él sino también en una motivación basada en la discriminación.

Artículo 510 CP:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos

racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

-Responsabilidad de una persona jurídica en los delitos anteriores

Artículo 510 bis*: Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal.

-Delito de asociación ilícita:

Artículo 515.5 CP: son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

4º *Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de*

ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

-Delito de genocidio

Artículo 607

1.Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes serán castigados:

1. *Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.*
2. *Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149 CP.*
3. *Con la pena de prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150 CP.*
4. *Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo u otro.*
5. *Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los numerales 2º y 3º de este apartado*.

2. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativo, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

-Delito de lesa humanidad:

Artículo 607 bis

1. *Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.*

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1. Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2.Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1. Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona.

2. Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

3. Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.

4. *Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos d coacción.*

5. Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6. Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas.

Se entiende por desaparición forzada, la aprehensión, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad que sea obra de agentes del Estado o personas que actúan con autorización y aquiescencia del Estado, seguida de la negación de tal privación de la libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.

7.Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de 15 días.

8. Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión d dos a seis años si fuera menos graves. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos y psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra los derechos de la víctima.

9. Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1 y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el art. 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de un situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se impondrán las penas superiores en un grado.

10. Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

3. En todos los casos previstos en el apartado anterior se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente

Otros delitos de odio en el Código penal español:

-Delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos de los arts. 522 a 526 CP.

-Delitos de discriminación punible:

Discriminación laboral:

Artículo 314 CP: *Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la*

situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.

La formulación jurídica de este artículo lo hace prácticamente inaplicable: no coinciden algunas de las causas discriminatorias del art. 314 con las del Estatuto de los Trabajadores. Se le asignan dos interpretaciones:

1. Todos aquellos actos discriminatorios producidos con ocasión de la relación laboral.
2. Solo los actos que tengan lugar en el acceso al trabajo o en la extinción del contrato laboral.

El bien jurídico protegido es el principio de igualdad de los trabajadores y el derecho a no ser discriminados. El art. 314 CP habla de dos conductas: una activa que produce una grave discriminación en el empleo; y una pasiva que implica no restablecer la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado. La exigencia legal de ambas conductas convierte el precepto en letra muerta, ya que puede ser, que quien cause la discriminación no sea la misma persona que quien debe restituir la situación de igualdad legal (Alises, 2019: 41).

-Discriminación en servicios públicos o denegación de una prestación por funcionario público:

Artículo 511 CP:

1. *Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, razones de género, enfermedad o minusvalía.*
2. *Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, razones de género, situación familiar, enfermedad o minusvalía.*
3. *Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la inhabilitación especial para empleo por cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Se añade inhabilitación especial.*

-Discriminación en ámbito profesional y empresarial

Artículo 512 CP: *Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, razones de género, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio educativos en ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un período de uno a cuatro años.*

Capítulo VI. El paradigma europeo: El papel de las instituciones europeas en la salvaguarda de los derechos y libertades.

1. Los Delitos de Odio y Discriminación en la Unión Europea: La protección de las minorías sexuales en Europa.

En el período posterior a la segunda guerra mundial, es notoria la falta de protección jurídica a las cuestiones relacionadas con la identidad sexual y la identidad de género en el ámbito europeo. La razón fundamental es que, en esa época, todavía las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo son ilegales en la mayor parte de los Estados de la sociedad internacional. Es un momento en el que el estatus de criminales asignado a hombres y mujeres homosexuales (o de enfermos mentales) en los ordenamientos jurídicos nacionales hace impensable que los derechos asociados con la orientación sexual e identidad de género puedan ser considerados como parte integrante del emergente *corpus* de normas relativas a la protección del individuo (Walker, 2000: 343). Es notable como textos legales de la talla de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones relativas a la sexualidad o a la orientación sexual.

Es a partir de finales del siglo XX cuando se produce un paulatino reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales en el sistema universal de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas. Las organizaciones políticas contribuyen al desarrollo de un ánimo internacional favorecedor del apoyo a proyectos tanto domésticos como transnacionales de reconocimiento de derechos y legitimación social de las minorías sexuales (Kollman, 2013: 22). En tal sentido, la Unión Europea se configura como un importante actor global en la promoción internacional de los derechos humanos de las personas LGTBI, estableciendo los mecanismos económicos, jurídicos, políticos y sociales para luchar contra las violaciones de derechos humanos que sufren las personas pertenecientes a minorías sexuales. Y es a través de sus instituciones más importantes, la Comisión, el Parlamento y el Consejo, que articula su lucha contra la homofobia, la bifobia y la transfobia.

La Comisión tiene un papel destacado en la protección y promoción de los derechos fundamentales de las personas LGTBI en la Unión Europea, tiene el derecho de incitativa y puede proponer nueva legislación para proteger los intereses de la UE y de sus ciudadanos. De esta manera, pone en funcionamiento la maquinaria legislativa de la UE[238]. Asimismo, la Comisión es la guardiana de los Tratados, tiene la función de comprobar que todos los Estados miembros aplican la legislación de la UE correctamente. Y también es el órgano responsable de la gestión y de la aplicación de los fondos de la UE, la Comisión gestiona los fondos que se dedican a la protección de

[238] En base al principio de atribución de competencias, la Comisión solo puede proponer nueva normativa en aquellas materias sobre las que la UE tenga competencia atribuida por los Estados miembros. Y, en base al principio de subsidiariedad, a menos que se traten de competencias exclusivas de la Unión, la Comisión solo interviene en aquellas cuestiones que no pueden tratarse de manera eficaz a nivel nacional regional o local art. 5 Tratado de Lisboa.

los derechos fundamentales de las personas LGTBI, a financiar programas y actividades en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

Por su parte, el Parlamento como representante de la ciudadanía es el responsable de denunciar la discriminación por orientación sexual e identidad de género y en mantener una conciencia política activa respecto del papel de la UE en la protección y promoción de los derechos fundamentales de toda la ciudadanía y, en particular, de los grupos sociales vulnerables. El Parlamento adopta resoluciones donde denuncia los elevados niveles de discriminación, homofobia y xenofobia resaltando la responsabilidad de las instituciones de los Estados miembros de combatirlas. Además, esta institución ejerce un papel fundamental en la inclusión de los derechos de las personas LGTBI en la acción exterior de la UE y en su política de promoción internacional de los Derechos humanos. En relación con el proceso de adhesión de nuevos Estados, el Parlamento expresa mediante la Resolución de 1998 sobre igualdad de derechos para los homosexuales y las lesbianas en la CE que no prestaría su consentimiento al acceso de ningún país en el que, a través de la legislación o de las políticas públicas, se vulneren los derechos de las lesbianas y de los gays.

Por otro lado, el Consejo de la Unión Europea es el órgano responsable de coordinar las políticas de la Unión Europea y de adoptar junto al Parlamento Europeo, la legislación de la UE que vincula a las instituciones, a los Estados miembros y a la ciudadanía en su conjunto. Incluye las cuestiones LGTBI en las políticas de la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual, y aprueba Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los Derecho humanos por parte de las personas LGTBI. Estas directrices son una guía importante para los funcionarios y agentes de las instituciones de la UE y de los Estados miembro para la promoción y protección de los derechos de las personas LGTBI y también en las relaciones con terceros países y organizaciones internacionales. Además, el Consejo es un foro de reunión de los ministros de la UE para adoptar la legislación, junto con el Parlamento Europeo, y a propuesta de la Comisión. Y es en este escenario donde quedan expuestas las diferentes sensibilidades y opiniones de los Estados miembro en relación con las personas LGTBI. En consecuencia, también es el lugar donde se bloquean algunos de los esfuerzos de la Comisión y el Parlamento en la lucha contra la homofobia, la bifobia, la transfobia y cualquier tipo de discriminación y xenofobia.

La orientación sexual y la identidad de género en la Unión Europea como categorías susceptibles de protección jurídica frente al odio y a la discriminación y la vulneración de los derechos fundamentales experimentan en el Derecho de la Unión Europea procesos de construcción jurídica paralelos, pero claramente diferenciados. Mientras que el reconocimiento de la identidad de género tiene como motor principal la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el reconocimiento de la orientación sexual se produce gracias a las disposiciones normativas emanadas de las instituciones de la UE y su correspondiente jurisprudencia (Díaz Lafuente, 2013: 3).

De la mano del Consejo de Europa y de la Unión Europea, los derechos de las minorías sexuales aparecen por primera vez en el ordenamiento jurídico comunitario en el

Tratado de Ámsterdam en 1997. Se introduce una disposición en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (art. 13.1) contraria a la discriminación por motivo de orientación sexual[239]. Dicho artículo es la primera referencia a la orientación sexual recogida en un tratado internacional y está encuadrada en la parte del Tratado relativa a los principios de la Comunidad Europea, lo que implica su importancia básica para todo el ámbito de la legislación comunitaria (Paramar, 1999: 17).

Es la primera vez que el derecho primario ofrece herramientas para combatir la discriminación por orientación sexual. Si bien es un avance, posee algunas limitaciones ya que, a pesar del reconocimiento explícito de la orientación sexual en el Derecho de la UE, ninguna disposición normativa explica el contenido material y el alcance del término orientación sexual. Para comprender su significación, esta se produce años más tarde en una encuesta publicada por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en mayo de 2013 sobre la situación de las personas LGTBI en Europa (FRA, 2013). En ella, la Agencia de los Derechos Fundamentales, siguiendo los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, define el concepto de orientación sexual como: la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

El artículado no introduce una prohibición explícita contra la discriminación, habilita al Consejo de la UE a adoptar medidas antidiscriminatorias con respecto a ciertos colectivos. Por lo tanto, al requerir medidas de aplicación, el artículo 13 TCE no surte efectos directos, no puede ser esgrimido ante los jueces nacionales de los Estados miembros. Por otro lado, las medidas de aplicación deben ser adoptadas por decisión unánime del Consejo previa consulta al Parlamento Europeo. De este modo, se dificulta la adopción de medidas legalmente vinculantes en base al art. 13 TCE. Además, existe la dificultad de alcanzar la unanimidad en una Europa culturalmente amplia y diversa, y también se limita al Parlamento Europeo a un simple papel consultivo. Este artículo solo permite al Consejo de la Unión la adopción de legislación en materia de discriminación dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el Tratado. El Consejo puede adoptar medidas antidiscriminatorias en ámbitos en los que la UE tiene competencia, como la discriminación en el lugar de trabajo, pero no en otros como la vivienda, el matrimonio o la adopción, para los que no tiene competencia explícita en los tratados (Bell, 1998: 10).

Los avances del Tratado de Ámsterdam son el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que es proclamada el 7 de diciembre de 2000. Sin embargo, los Jefes de Estado y de Gobierno deciden no introducir ninguna referencia a

[239] Art. 13 TCE: "*Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá 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*".

este texto en el Tratado de Niza[240]. La Carta establece que la lucha contra la discriminación, incluida la orientación sexual, constituye un valor fundamental de la Unión Europea.

El art. 21.1 de la Carta dice:

se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

La cláusula antidiscriminatoria de la Carta de Derechos Fundamentales avanza un paso más allá que lo dispuesto por el Tratado de Ámsterdam. Esta Carta es incorporada al proyecto de la Constitución Europea, lo que implica la asunción de la obligatoriedad jurídica para estos derechos. Sin embargo, el fracaso del proceso de ratificación del Tratado Constitucional le impide ser llevado a la práctica.

No obstante, del revés de la fallida revalidación constitucional europea, estos avances son recogidos posteriormente por el Tratado de Lisboa[241]. Si bien no se incorpora en su articulado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, el art. 6 TUE modificado por el Tratado de Lisboa hace referencia a la Carta, equiparando su valor jurídico al del derecho primario de la Unión Europea, siendo vinculante para los Estados miembro[242]. De esta manera, el Tratado de Lisboa otorga fuerza vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales que explícitamente establece la taxativa prohibición de discriminación por razón de sexo o de orientación sexual. Una prohibición que debe entenderse complementada con la obligación impuesta por el mismo cuerpo jurídico de combatir la exclusión social y la discriminación que sufren las personas LGTBI.

Por su parte, el art. 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea integra el principio de no discriminación en todas las políticas de la UE, y establece que: "*En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones,*

---

[240] Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DOCE C 80 de 10 de marzo de 2001.

[241] Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, DOUE C 306 de 17 de diciembre de 2007.

[242] Art. 6: 1. "*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.* ***2.*** *La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.* ***3.*** *Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*".

discapacidad, edad u orientación sexual". También, el art. 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE mejora la posición del Parlamento Europeo respecto de la adopción de medidas de lucha contra la discriminación. Si bien las actuaciones para combatir la discriminación se adoptan por unanimidad en el seno del Consejo, las actuaciones igualmente necesitan conformidad del Parlamento Europeo, teniendo ya un papel activo y no consultivo. De esta manera, el Tratado de Lisboa es un nuevo avance a escala europea contra toda forma de discriminación y hacia el respeto del principio de igualdad de trato independientemente de la orientación sexual de la persona.

En relación con las medidas (Directivas) adoptadas por las instituciones europeas en el ámbito de las discriminaciones, el 25 de noviembre de 1999 se aprueba un paquete de medidas que incluyen la propuesta de las Directivas a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y trabajo, sobre el principio de igualdad de trato independientemente del origen racial y étnico tanto dentro como fuera del ámbito laboral y, una relativa al establecimiento de un programa de acción comunitario para la lucha contra la discriminación.

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece el ámbito para garantizar el respeto al principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación en el territorio de la Unión Europea. Incluyendo a los nacionales de terceros países, independientemente de la religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El ámbito de aplicación de la directiva es tanto el sector público como el sector privado en relación con las condiciones de acceso al empleo, la promoción y la formación profesional, las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración, así como también, la pertenencia a determinadas organizaciones de trabajadores y empresarios. En este documento se entiende el principio de no discriminación como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basadas en cualquiera de las condiciones antes mencionadas, e incluida el acoso como discriminación. Además, la directiva establece requisitos mínimos para la protección del principio de igualdad de trato otorgando a los Estados la posibilidad de mantener o introducir disposiciones más favorables para lograr este objetivo. También propone a los Estados derogar aquellas disposiciones jurídicas de sus ordenamientos jurídicos nacionales que violen el principio de igualdad de trato.

En cuanto a las aportaciones de la Directiva 2000/78/CE suponen un enfoque más social y menos orientado al logro de objetivos del mercado interior común en materia de empleo. Esta directiva es la primera vez en la que se introduce en el derecho derivado de la UE el principio de la no discriminación por el motivo de la orientación sexual. De esta manera, es la primera ocasión en que la UE cuenta con un instrumento jurídico vinculante por orientación sexual. Se prohíben en la UE las discriminaciones salariales y los despidos motivados por las preferencias sexuales de los trabajadores y trabajadoras, así como el acoso que sufren las personas homosexuales en el entorno laboral. En relación con el trato discriminatorio a parejas homosexuales y parejas heterosexuales no casadas, y establece que viola la igualdad de trato, ya que se basa en

la condición u orientación sexual. En consecuencia, los empresarios deben reconocer y prever las mismas prestaciones a las uniones estables del mismo sexo que a las parejas no casadas de sexo opuesto.

Posteriormente al paquete de medidas presentado en 1999, la Comisión Europea adopta el 1 de junio de 2005 una Comunicación sobre la estrategia marco para la no discriminación y la igualdad de oportunidades para todos[243]. El objetivo de este documento es garantizar una protección jurídica eficaz contra la discriminación mediante la transposición de la normativa comunitaria al respecto a todos los Estados de la Unión Europea. Además, sostiene el compromiso de la Comisión para desarrollar normativa complementaria cuyo objetivo es completar el marco jurídico comunitario sobre igualdad de trato. Como consecuencia de este compromiso la Comisión presenta su Estrategia Política Anual para 2008, en la que propone nuevas iniciativas diseñadas para prevenir y combatir la discriminación fuera del mercado laboral basada en el sexo, la religión, las creencias, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, y para conciliar mejor la vida familiar con la vida profesional[244]. Este compromiso es reiterado en el Programa legislativo de trabajo de la Comisión para 2008[245]; e incluye la expresa referencia del principio de igualdad de trato fuera del empleo. En conclusión, la Comisión presenta el 2 de julio de 2008 una propuesta de Directiva que incluye todos los motivos de discriminación contemplados como intento de subsanar las lagunas jurídicas existentes y proteger contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual fuera del ámbito laboral.

Esta nueva norma ofrece una protección similar a la prevista por la anterior Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato independientemente de la raza u origen étnico, y por la Directiva 2004/113/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios[246]. La nueva norma prohíbe la discriminación directa e indirecta y, también, el acoso por cualquiera de los motivos referidos previamente. La prohibición de discriminación se aplicará a todas las personas tanto del sector público como del sector privado, en relación con las prestaciones sociales, los beneficios sociales y la educación y también en el acceso y suministro de bienes y otros servicios incluida la vivienda. La norma emplaza a los Estados a crear y poner a disposición de la ciudadanía procedimientos judiciales y administrativos cuando estos crean ser víctimas de discriminación. Insta también a los Estados a adoptar medidas para proteger a las víctimas y para evitar represalias consecuencia de la aplicación de la normativa. Y, los ordenamientos jurídicos nacionales deben garantizar que la parte demandada sea la

[243] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos», COM (2005) 224 final, de 1 de junio de 2005

[244] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Estrategia Política Anual para 2008», COM (2007) 65 final, de 21 de febrero de 2007

[245] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008», COM (2007) 640 final, de 23 de octubre de 2007.

[246] Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, DOUE L 373, de 21 de diciembre de 2004

parte que deba demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo establece las normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y obliga a los Estados miembros a reconocer y a tratar a las víctimas de violaciones de derechos individuales de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por motivos, entre otros, del sexo, la expresión de género, la identidad de género o de la orientación sexual de las víctimas. Como novedad esta Directiva incorpora al Derecho de la Unión Europea, las víctimas de delitos por motivo de odio, prejuicio y discriminación, tipos delictivos que pese a estar regularmente recogidos en las legislaciones de los diferentes Estados miembros, carecen de una férrea definición y peor aún, de una deficiente persecución y especial prevención (Martín Herrera, 2015: 602).

De esta manera, la Comisión adopta una normativa basada en el art. 13 TCE equiparando el grado de protección ofrecido a todos los colectivos comprendidos en dicho artículo. Y dando respuesta a las reivindicaciones de la Eurocámara y de organizaciones de gays, lesbianas, bisexuales y transexuales sobre la necesidad de adoptar nuevos instrumentos jurídicos para luchar contra las discriminaciones por razón de orientación sexual e identidad de género. Por su parte, las autoridades nacionales se comprometen a suprimir las disposiciones legales contrarias al principio de igualdad de trato. Sin embargo, si bien un gran número de Estados Europeos se muestra favorable a la normativa antidiscriminatoria por razón de la orientación sexual e identidad de género, también es cierto que existe cierta reticencia a la hora de abordar los derechos de las minorías sexuales por parte de algunas administraciones nacionales.

En cuanto al concepto de delitos de odio en Europa, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) considera que cada Estado miembro responde a los delitos de odio en una dirección determinada a través de sus legislaciones y de su acción social y política debido a la propia historia de delitos de odio e intolerancia. Los Estados miembro comparten historias empapadas de esclavitud, colonialismo, inmigración y dictaduras que sirven para informarnos cómo y por qué cada país responde a los delitos de odio en una dirección específica, comprendiéndose así la inexistencia de acuerdo en este tópico. Debido a esta razón estructural no hay en Europa una única definición legal o social de los delitos de odio o crímenes racistas, y es un fenómeno conectado más con la situación social y política del momento y el lugar (Goodey, 2007: 16). En tal sentido, son las Directivas y las Decisiones Marco los documentos que pretenden sentar unas normas mínimas armonizantes en los Estados miembro y que muchas veces colisionan con los conceptos manejados por los legisladores nacionales. La ODHIR, la Oficina para las instituciones Democráticas y los Derechos Humanos es la organización que trata de unificar el concepto delitos de odio de manera ajustada para el ámbito europeo.

Para que la construcción jurídica de la orientación sexual por la Unión Europe garantice una protección eficaz en relación con su propósito y las necesidades reales de las personas LGTBI, ésta debe sustentarse sobre tres pilares. En primer lugar, partiendo de

la igualdad como valor fundamental, la construcción jurídica debe asentarse sobre el principio de no discriminación en las tres dimensiones implícitas en la orientación sexual (la preferencia, la conducta o el comportamiento y la vinculación con otras personas a nivel afectivo y erótico). En segundo lugar, considerando la orientación sexual como un elemento esencial de la esfera íntima de la persona, la construcción de ésta debe residir sobre la protección del derecho a la vida privada y familiar. Y, por último, partiendo del reconocimiento de la autonomía de la persona, la construcción jurídica de la orientación sexual debe basarse en el respeto al libre desarrollo de la personalidad para que ésta en ejercicio de la autonomía, pueda elegir libremente la forma en la que quiere vivir, desarrollar y expresar su sexualidad (Díaz Lafuente, 2013: 6).

La Jurisprudencia comunitaria.

En la historia del constitucionalismo liberal, el concepto de igualdad es una construcción socio jurídica en el proceso de construcción del Estado moderno que no está exento de crítica. Esta cimentación puede entenderse como una herramienta eficiente para mantener las relaciones de dominación. En tal sentido, la teoría feminista critica la excesiva formalidad del concepto y, su aparentemente falsa universalidad. Considera que esta situación es la razón por la que diversos colectivos o minorías sociales son privados de sus derechos constitucionales. A partir del siglo XX, para franquear este desequilibrio en el tratamiento de las personas, se incorpora la condición de no discriminación. Sin embargo, desde el nacimiento del constitucionalismo se evidencia una fuerte influencia de la carga de prejuicios que tiñe las teorizaciones que se hacen a lo largo de la historia en relación con el concepto de igualdad y con la discriminación al diferente. En el proceso histórico de argumentación sobre igualdad se recurre continuamente a la discriminación de la otredad. Fundamentalmente, esta alteridad se manifiesta en la discriminación por raza, sexo y religión. Esta construcción solo favorece el reconocimiento político de muy pocas personas, debido al prejuicio jurídico dominante vinculado a la tradición jurídica (Calvo Borobia, 2017: 12).

El reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales evoluciona de manera similar en los países del entorno del Consejo de Europa. Este reconocimiento sigue un proceso que comienza por garantizar los derechos básicos de las personas homosexuales. Se inicia con la despenalización de las relaciones homosexuales y la igualación de la edad de consentimiento. Al despenalizarse ciertas conductas, en este caso sexuales, algunos colectivos dejan de ser vistos como criminales. Lo que permite allanar el camino hacia el pleno reconocimiento de sus derechos civiles. El derecho a no ser tratados de manera desigual por la orientación sexual desencadena la aceptación de las uniones afectivas de personas del mismo sexo en igualdad de condiciones que las uniones heterosexuales (Manzano Barragán, 2012: 50). El Consejo de Europa ejerce una influencia importante en los países signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con la protección de las minorías sexuales. A pesar de que el Convenio no posee disposiciones explícitas sobre el sexo e identidad sexual, el TEDH es el órgano que se constituye en fuente principal de custodia de dichas minorías sexuales. Esta protección se traduce en sentencias y una doctrina desarrollada por los

órganos de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las resoluciones emanan del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de otros tribunales no jurisdiccionales como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Los Tribunales efectúan una lectura expansiva de los derechos y libertades recogidos en el Convenio, y especialmente, mediante el recurso a la doctrina del margen de apreciación para ampliar lentamente la protección reconocida a homosexuales y transexuales. Las decisiones se basan en el derecho al respeto de la vida privada y familiar recogido en el art. 8 CEDH y a la prohibición general de toda discriminación del art. 14 CEDH, cuya violación debe ser alegada en combinación con uno de los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio para censurar actuaciones discriminatorias contra personas pertenecientes a minorías sexuales[247].

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), garantiza que la legislación europea se interprete y aplique de la misma manera en cada Estado miembro, garantizando de esta manera que los países que conforman la unión y las instituciones europeas cumplan la legislación de la UE.

Una de las características principales de los tratados originarios europeos es la falta de un catálogo de derechos fundamentales. A pesar del lento y gradual establecimiento de un sistema de protección de los derechos fundamentales a cargo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es hasta la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (1997) que se produce un avance sustancial en el proceso de formalización jurídica de los derechos humanos. Hasta ese momento la Unión Europea no cuenta con una base legal en los tratados para desarrollar una legislación comunitaria en materia de discriminación por motivo de la orientación sexual. Por esta razón, hasta la década de los años ochenta del siglo pasado, el Tribunal de Justicia (TJUE) no desarrolla una amplia jurisprudencia sobre los derechos de las personas pertenecientes a las minorías sexuales, como si lo hace posteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se basa en el art. 141 TCE sobre igualdad de retribución entre hombres y mujeres, como también, en diferentes actos normativos comunitarios[248]. Y, se pronuncia en casos relativos a discriminaciones

[247] *Ibidem*, p. 51.

[248] Artículo 141 TCE. 1. "*Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador debido a la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a. Que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b. Que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. 3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el*

basadas en la orientación e identidad sexual. En cuanto a las normas que el tribunal hace referencia se encuentran la Directiva 75/117/CEE[249] sobre igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, la Directiva 76/207/CEE[250] sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo. Y también, la Directiva 2000/78/CE[251] sobre igualdad de trato en el lugar de trabajo.

En el año 1996, se produce la primera sentencia en relación con la discriminación por motivo de identidad de género, el caso *P. contra S. y Cornwall County Conucil.* El Tribunal de Luxemburgo estima contrario a la Directiva 76/207/CEE el despido de una persona transexual como consecuencia de su cambio de sexo. La persona transexual, de profesión docente, es despedida por el centro educativo donde trabaja. El cese de la afectada es consecuencia directa de la comunicación por su parte de su intención de cambiar de sexo, o reasignación de sexo de hombre a mujer. Al verse vulnerados sus derechos la persona perjudicada interpone recurso judicial al considerarse víctima de discriminación por razón de sexo. Ante dudas interpretativas en torno a la Directiva 76/207/CEE, el juez nacional dirige al Tribunal de Justicia (TJUE) dos cuestiones prejudiciales. El juez necesita establecer si el despido de un transexual a causa del cambio de sexo constituye una infracción de la directiva en cuestión. Y, por otro lado, el juez necesita saber si la norma prohíbe tratar de alguna forma determinada a un empleado en función de su transexualidad.

El art. 5.1 de la Directiva 76/207/CEE prohíbe la discriminación por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido. Por su parte, el Gobierno del Reino Unido sostiene que el despido de una persona debido a una operación de reasignación sexual no constituye discriminación por razón de sexo. También argumenta que la demandante habría sido despedida igualmente si hubiera sido mujer y se somete a una operación para reasignarse sexualmente como hombre. El Tribunal de Justicia entiende que la Directiva debe aplicarse a las discriminaciones relacionadas con el cambio de sexo del trabajador, ya que tales discriminaciones se basan en el sexo del interesado. La sentencia estima que cuando una persona es despedida por someterse a una operación de reasignación de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se considera que pertenece antes de la operación. Y, es este trato, el que entra en contradicción con las disposiciones recogidas en la Directiva en cuestión[252].

---

principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor".

[249] Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, DOCE L 45 de 19 de febrero de 1975

[250] Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, DOCE L 39 de 14 de febrero de 1976

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

[252] A raíz de esta sentencia, el Reino Unido aprueba el Reglamento de 1999 sobre las discriminaciones relacionadas con el cambio de sexo, que modifica la Ley de 1975 sobre discriminación por razón de sexo, para incluir en su ámbito de aplicación los casos de discriminación directa de cualquier empleado basada en el cambio de sexo.

Es el 17 de febrero de 1998, cuando el Tribunal de Justicia efectúa una interpretación restrictiva de la prohibición de discriminación en un caso de orientación sexual. Se trata de la sentencia del caso *Lisa Jacqueline Grant contra South- West Trains* (Guiguet, 1999: 537; Bamforth, 2000: 694; Canor, 2000: 273). El Tribunal dictamina que una discriminación basada en la inclinación sexual no entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. La demandante inicialmente interpone recurso judicial contra la compañía South West Trains. La razón es la negativa de la compañía para conceder reducciones en el precio del transporte a su compañera, teniendo en cuenta que las reducciones en el precio del transporte están previstas en el contrato de trabajo de la demandante, en su situación de empleada para su cónyuge y personas a su cargo (la situación de cónyuge se entiende como la persona del sexo contrario que convive maritalmente). La demandante solicita que le sean concedidas las ventajas en materia de trasporte para su compañera del mismo sexo, y estas le son negadas argumentando que, en el caso de personas no casadas, las reducciones en el precio son concedidas a compañeros o personas del sexo opuesto. Ante el recurso de la demandante, el juez nacional plantea al Tribunal de Luxemburgo (TJUE) varias cuestiones prejudiciales para establecer si la negativa a conceder las ventajas, basada en la orientación sexual de la empleada, es una discriminación por razón de sexo en el sentido del artículo 141 TCE y de la Directiva 75/117/CEE sobre igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos.

El Tribunal de Justicia considera que el requisito de la compañía según el cual el trabajador debe vivir de manera estable con una persona del sexo opuesto para poder disfrutar de las reducciones en el precio de transporte no constituye una discriminación basada en el sexo. Dado que se aplica de igual manera a trabajadores masculinos como femeninos. Los jueces del Tribunal de Luxemburgo consideran que, en el estado actual del derecho comunitario, las relaciones estables entre personas del mismo sexo no son equiparables a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. El Tribunal estima que el derecho comunitario no obliga al empresario a equiparar la situación de una persona que no tenga una relación estable con un compañero del mismo sexo a la de una persona casada o en una relación con un compañero del sexo opuesto. Por su parte, la demandante alega que la negativa de la compañía a concederle las prestaciones a su compañera es en función de una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Esta diferenciación de trato es evidente a la luz de la sentencia *P. contra S. y Cornwall Council* según la demandante está comprendida dentro del concepto de trato discriminatorio por razón de sexo y prohibida por el artículo 141 TCE. En ese momento (1998), las discriminaciones por motivo de cambio de sexo del trabajador resultan inadmisibles bajo el derecho comunitario, puesto que se basan en el sexo de la persona. Finalmente, el Tribunal juzga que este razonamiento no es aplicable a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual.

Con esta sentencia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se aleja de la argumentación efectuada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Este comité en el año 1994 en el caso *Toonen contra Australia*[253] afirma que la referencia al sexo que figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye también las preferencias sexuales (Helfer, 2001: 732; Walker, 2001: 743; Saiz, 2004: 48). El órgano de Naciones Unidas establece que la discriminación sexual está prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo argumenta que el Comité de Derechos Humanos no es un órgano jurisdiccional y, por ende, sus opiniones carecen de valor y poder jurídico vinculante en Europa. Además, considera que la interpretación de discriminación por sexo que hace el Comité no es la opinión generalmente admitida por los diferentes instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales. Por estas razones, el juez comunitario no puede ampliar el alcance del artículo 141 TCE.

Posteriormente, el 31 de mayo de 2001, el Tribunal de Justicia dicta nuevamente sentencia con relación a parejas del mismo sexo en el caso *D. y Suecia contra Consejo* (Denys, 1999: 419). En este caso el Tribunal desestima los recursos de casación interpuestos por el demandante y por el Gobierno sueco contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. En esta última sentencia se desestima el recurso de anulación interpuesto por *D*. contra la decisión del Consejo de denegarle una asignación familiar. *D.,* funcionario sueco presta sus servicios en el Consejo de la UE. Tras inscribirse en el registro de parejas estables con otro nacional sueco del mismo sexo, solicita al Consejo que equipare su estado civil con el de casado, como establece la legislación sueca. De esta manera, al efectuarse tal equiparación el demandante puede obtener la asignación familiar prevista en el Estatuto de los funcionarios europeos[254]. El Consejo rechaza su petición y considera que las disposiciones del Estatuto no permiten equiparar el estado civil de la pareja inscrita con el matrimonio. El Tribunal de Primera Instancia confirma la legalidad de la decisión. *D. y Suecia* interponen recursos de casación contra la sentencia del órgano europeo. El recurrente alega que el concepto de casado y cónyuge contenido en el Estatuto de los funcionarios europeos debe ser interpretado a la luz de los ordenamientos de cada país miembro, teniendo en cuenta que el estatus civil es una competencia de los ordenamientos nacionales. El Tribunal de Justicia declara que (debido a la gran cantidad de ordenamientos nacionales que reconocen jurídicamente a las parejas del mismo sexo), no puede interpretar el Estatuto de los funcionarios europeos de modo que se equiparen al matrimonio situaciones legales que difieran del propio Estatuto. Y el Tribunal considera que corresponde al legislador comunitario adoptar las medidas que cambien la situación[255]. El Tribunal argumenta que las disposiciones del Estatuto que

---

[253] «*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*» (artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

[254] Reglamento (CEE, Euratom, CECA) 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión (Estatuto de los funcionarios), DOCE L 56 de 4 de marzo de 1968.

[255] El actual Estatuto de los funcionarios europeos, vigente desde el 1 de mayo de 2004, declara en su preámbulo que a los funcionarios que mantienen una relación no matrimonial reconocida como estable

restringen las asignaciones a los funcionarios casados, no es una discriminación con relación al sexo. Ya que el funcionario recibe el mismo trato tanto si es hombre como si es mujer. La decisión del Consejo no está motivada por el sexo o la orientación sexual del recurrente. Está motivada por la naturaleza jurídica del vínculo entre el funcionario y su pareja. Es una relación no equiparable al matrimonio.

Luego, el 7 de enero de 2004, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre una alegación de discriminación en el cambio de sexo de una persona transexual y se consolida la no discriminación por motivo de identidad de género en base al principio de igualdad de trato por razón de sexo. Se trata de la sentencia del caso *K.B. contra National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health.* En este caso la demandante es una trabajadora del Servicio Nacional de Salud que mantiene una relación afectiva con una persona nacida mujer e inscrita en el registro civil, como tal. Esta persona pasa a ser hombre tras un proceso de reasignación sexual. Es a partir de 2004 cuando las personas en Reino Unido pueden pedir certificados de nacimiento para certificar la situación de su nuevo sexo, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de reconocimiento de género en julio de 2004[256]. Por lo tanto, la demandante no puede casarse con su compañero sentimental en función de su nueva identidad sexual. El Servicio Nacional de Salud comunica a la demandante que, en caso de fallecimiento, su pareja no recibiría la pensión de viudedad, ya que dicha prestación es una prerrogativa del cónyuge supérstite. Y, por otro lado, en Reino Unido no existe normativa que reconozca este derecho al cónyuge fuera de la institución del matrimonio. A partir de este momento, la demandante presenta un recurso en el que alega que las disposiciones nacionales constituyen una discriminación por razón de sexo, contraria al art. 14 TCE y contraria a la Directiva 75/117/CEE sobre igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos. Ante esta situación, el juez nacional plantea una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 14 TCE y de la Directiva en cuestión. En consecuencia, el juez comunitario considera que la exigencia de contraer matrimonio para poder recibir la pensión de viudedad no es discriminatoria por razón de sexo en la dirección del art. 141 TCE y de la Directiva 75/117/CEE y argumenta que el hecho que la demandante sea hombre o mujer es indiferente para conceder la prestación. Sin embargo, el Tribunal considera que existe una desigualdad en el trato pero que no afecta directamente al disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario. Pero, si afecta a uno de sus presupuestos. La desigualdad de trato no se da en el reconocimiento de la pensión de viudedad, sino que la desigualdad de trato es una condición previa indispensable para su aprobación: la capacidad de contraer matrimonio. En consecuencia, el Tribunal de Justicia considera que la legislación británica impide que la demandante y su compañero puedan casarse y percibir, en consecuencia, la prestación de supervivencia, vulnerando el contenido del artículo 141 TCE.

---

por un-Estado miembro y que no pueden contraer matrimonio, se les deben conceder las mismas ventajas que a las parejas casadas: «A efectos del presente Estatuto, las uniones no matrimoniales tendrán la misma consideración que el matrimonio». Reglamento (CE, Euratom) 723/2994 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas, DOUE L 124 de 27 de abril de 2004

[256] Esta ley de reconocimiento de género entra en vigor el 4 de abril de 2005 permite la concesión de certificados de reconocimiento de género.

En estas sentencias, el Tribunal declara que la discriminación por razón de sexo no cubre las discriminaciones por orientación sexual. Ya que esta categoría de discriminaciones no se halla prohibida por ninguna norma comunitaria. Esta situación cambia a partir de la Directiva 2000/78/CE que prohíbe un trato diferencial en el ámbito laboral basado, entre otras condiciones, en la orientación sexual de los trabajadores.

La construcción jurídica de la identidad de género en la Unión Europea se basa tradicionalmente en una restrictiva y excluyente identificación del género con el sexo de la persona. Una identificación que hace solo extensible la protección jurídica a aquellas personas que han realizado, están realizando, o están en fase de realizar el tratamiento de reasignación de género. Al contrario que la orientación sexual, la normativa de la Unión Europea no es proclive a incluir el motivo de discriminación por motivo de identidad de género de forma explícita (Bell, 2012: 130). El primer paso hacia una inclusión explícita de la identidad de género se encuentra en el preámbulo de la Directiva de igualdad de Género de 2006 que establece que: "*el Tribunal de Justicia ha establecido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona*".

El 1 abril de 2008, el Tribunal adopta la sentencia del caso *Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. Esta sentencia supone un punto de inflexión en la jurisprudencia comunitaria en materia de derechos de las parejas del mismo sexo. El caso hace referencia a un ciudadano alemán que en 2001 se constituye en pareja estable con un empleado afiliado al Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (VddB), organismo de gestión de los seguros de vejez y supervivencia del personal artístico de los teatros alemanes. Tras la muerte de su compañero *Maruko,* solicita la correspondiente pensión de viudedad. Y le es denegada al no prever este organismo en sus estatutos la prestación para miembros supervivientes de las parejas de hecho, sino solo para parejas casadas. El juez alemán se dirige al Tribunal de Justicia para saber si la situación de *Maruko* supone una discriminación por orientación sexual prohibida por la Directiva 2000/78/CE. El demandante y la Comisión Europea estiman que la negativa a otorgar la prestación de supervivencia al miembro supérstite de la pareja estable inscrita constituye una discriminación indirecta a efectos de la directiva en cuestión. Ya que, en ese momento en Alemania, dos personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio. Y, por lo tanto, no pueden recibir la prestación. El Tribunal de Luxemburgo destaca que Alemania adapta su ordenamiento jurídico para permitir que las personas del mismo sexo vivan en una unión y, de esta manera, estas uniones son similares al matrimonio en lo referente a las pensiones de viudedad. Por lo tanto, el Tribunal estima que el régimen de previsión profesional de los teatros alemanes implica una discriminación directa por motivo de orientación sexual al no reconocer la pensión de viudedad al miembro supérstite de una pareja homosexual, vulnerando la Directiva en cuestión. Siendo esta la primera ocasión en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se manifiesta en contra de una discriminación por orientación sexual según la Directiva 2000/78/CE. Sin embargo, el alcance de la sentencia que, *a*

priori, parece amplio, queda restringido solo a aquellos países en los que ser pareja de hecho equivale a casarse. Teniendo en cuenta, que el estado debe garantizar tanto a las uniones estables como a los matrimonios derechos y ventajas igualmente equiparables.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), es instituido en el art. 38 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1940. Las resoluciones del Tribunal son vinculantes para los Estados signatarios del Convenio (arts. 53 y 54). Y el art. 25 establece que el Tribunal es competente para conocer de los recursos individuales, una vez agotadas las vías judiciales internas de los Estados a cuya nacionalidad pertenece el demandante. Al igual que en nuestro país, las relaciones homosexuales están tipificadas como delito en la mayoría de los países europeos hasta fechas recientes. La propia jurisprudencia del TEDH hasta la década de los años ochenta del siglo pasado confirma la legitimidad de dicha tipificación penal, aunque posteriormente rectifica y se convierte en el órgano judicial defensor por excelencia de los derechos de las minorías sexuales en el continente europeo. El TEDH cumple una inestimable labor de depuración de las discriminaciones que por acción o por omisión persisten en los Estados contratantes del Consejo de Europa.

Este Tribunal despliega una jurisprudencia basada en dos ejes principales ligadas a las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El primero de los ejes se centra en las cuestiones ligadas a la represión de la homosexualidad por el Derecho penal, y en las consiguientes violaciones del derecho al respeto a la vida privada de las personas homosexuales cometidas, a juicio del Tribunal, por los Estados signatarios del Convenio. La primera etapa se caracteriza por el rechazo de las demandas presentadas por los ciudadanos nacionales contra distintos aspectos de la criminalización de la homosexualidad en las legislaciones nacionales de los Estados miembro; para pasar a una segunda etapa donde el cambio de la interpretación da lugar a una rectificación y posterior protección de derechos anteriormente negados. El segundo eje hace referencia a las discriminaciones experimentadas por las minorías sexuales reguladas por el Derecho civil, en contravención de la cláusula de igualdad y no discriminación contenida en el art. 14 CEDH (Spiry, 1996: 45; Manzano Barragán, 2012: 51).

La primera demanda es presentada en un contexto jurídico basado fundamentalmente en la justificación de la penalización de las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo. La primera de las solicitudes ante los órganos de control del Convenio es presentada ante la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos[257] por un ciudadano alemán en el año 1954 y cuestiona la compatibilidad del art. 175 del Código penal alemán con el Convenio (arts. 8 y 14). El Código alemán sanciona severamente las relaciones homosexuales consentidas entre adultos mayores de 21 años. En un

[257] Este órgano suspende sus funciones en noviembre de 1998 y es suplantado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hasta ese momento los ciudadanos europeos no tienen acceso directo al TEDH, deben dirigirse en primer lugar y con carácter obligatorio a la Comisión de Derechos Humanos quien decide, en caso de estar fundamentada, presentar la demanda correspondiente ante el Tribunal.

asunto (demanda 530/59, de 4 de enero de 1960), el demandante es penado en dos ocasiones: la primera vez a veintidós meses de prisión y la segunda a treinta meses de prisión. El demandante es condenado en el año 1940 y deportado a un campo de concentración por homosexualidad. Posteriormente, en 1956 es inculpado nuevamente y castigado a 12 años de prisión. Habitualmente, los condenados son sometidos a tratamientos psiquiátricos e inclusive a la castración química. A pesar de la violencia de la situación, la Comisión rechaza hasta en once ocasiones las demandas considerando que la legislación alemana no es contraria al Convenio y argumenta que: "El Convenio permite a un Estado contratante penalizar la homosexualidad, el derecho al respeto de la vida privada puede ser objeto, en una sociedad democrática, de una injerencia prevista por la ley para la protección de la salud y de la moral (art. 8-2 del Convenio)".

El 25 de junio de 1969, Alemania deroga el art. 175 del Código penal y despenaliza las relaciones homosexuales entre adultos, pero mantiene la diferencia de edad para las relaciones heterosexuales (legales a partir de los 18 años) y las homosexuales (únicamente a partir de los 21 años). En 1975, la Comisión se pronuncia sobre el tema (decisión 5935/78, de 30 de septiembre de 1975), indicando que la nueva legislación no constituye una discriminación ya que persigue un fin legítimo, la protección de la salud y la moral del art. 8-2 del Convenio y que el castigo de las relaciones homosexuales entre 18 y 21 años se encuentra justificado por la necesidad de proteger los derechos de terceros (los menores). La Comisión razona su decisión en base a los informes de los peritos alemanes que consideran que la homosexualidad constituye un *peligro social* ya que los homosexuales masculinos componen un grupo sociocultural específico que se abocan a "un claro proselitismo hacia los adolescentes". Durante más de 26 años, los jueces europeos consideran que, por razones de moral pública y protección de la juventud, la homosexualidad constituye un delito para las legislaciones democráticas del continente europeo. Las resoluciones de este primer período ponen de manifiesto el prejuicio anti-homosexual preponderante de los jueces de Estrasburgo como así también de las autoridades nacionales que, desprovistos de argumentos jurídicos, recurren a la *doxa* para justificar la violencia ejercida por los Estados contra los homosexuales, lesbianas, transexuales y toda identidad de género no normativa (Borrillo, 1995: 99).

A partir de 1977 se produce una transición hacia la tolerancia de la homosexualidad, y por primera vez, la cuestión homosexual se observa desde un nuevo prisma. Los documentos que vislumbran una cierta apertura son: la Resolución 756 del Consejo de Europa de 1981 relativa a la discriminación hacia personas homosexuales y la Recomendación 934 del Consejo de Europa del mismo año relativa a la discriminación hacia las personas homosexuales. Si bien no son vinculantes el Consejo de Europa recomienda a los Estados signatarios del Convenio poner fin a las discriminaciones hacia los ciudadanos homosexuales en los ámbitos penal, civil y laboral. De esta manera, se configura como marco político de referencia que permite modificar la percepción de la homosexualidad desde el punto de vista jurídico y en virtud del principio de igualdad. Además, se conmina a los Estados a respetar y garantizar la igualdad de la ciudadanía a través de una política antidiscriminatoria en todos los ámbitos de la vida personal y también de la vida familiar (Borrillo, 2000: 303), lo que posibilita la modificación de la jurisprudencia en favor de la protección de la vida

privada de los ciudadanos, independientemente de su orientación sexual[258]. En este momento, los fallos del TEDH sobre orientación sexual se centran fundamentalmente en la violación del art. 8 del Convenio (respeto a la vida privada) combinado con el art. 14 (principio de no discriminación), este último no tiene existencia independiente y solo puede ser violado respecto de otra provisión del Convenio.

A partir de la década de los años ochenta, el TEDH se pronuncia en el ámbito de la legislación penal y cambia su postura en la paradigmática sentencia del *caso Dudgeon, de 22 de octubre de 1981*. En este asunto versa sobre un ciudadano británico, homosexual y residente en Irlanda del Norte que dirige una campaña durante varios años para reformar del Derecho del Ulster sobre la homosexualidad. En este ordenamiento jurídico, se integran dos antiguas leyes (una de 1861 y otra de 1885) por las que se castigan los actos de *buggery* (sodomía) y atentado grave al pudor y la decencia, en público o en privado, con penas para el primer caso que pueden llegar a la prisión perpetua y en el segundo a dos años de reclusión. Sin embargo, las relaciones lésbicas adultas no se consideran delictivas. En un registro efectuado por la policía en busca de estupefacientes, se descubren documentos concernientes a las actividades sexuales del sr. Dudgeon y se le detiene. Dudgeon recurre ante la Comisión sosteniendo que el Derecho penal de Irlanda (que prohíbe los actos de homosexualidad en privado y entre hombres adultos) consolida un atentado contra el respeto a su vida privada. Y alega también ser víctima de una discriminación contraria al art. 14 de la Convención, en la medida en que la Ley del Ulster es más rigurosa con los homosexuales que con las mujeres.

En consecuencia, en el fundamento de las condena del TEDH el juez europeo considera que no hace falta una sanción efectiva de los demandantes, la simple existencia de la legislación represiva les habilita a actuar ante el TEDH y confirma de ese modo la violación de la vida privada. El Tribunal juzga que el mantenimiento de dichas disposiciones legales es una injerencia injustificada en el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada, y, por ende, en su vida sexual. Sin embargo, advierte el Tribunal una cierta legitimidad de los Estados para regular las situaciones de homosexualidad, sobre todo en lo relativo a los menores de veintiún años.

A partir de la década de los años noventa del siglo pasado se produce la reivindicación de las personas homosexuales reclamando el reconocimiento de su orientación sexual y el derecho a no ser discriminados en la ONU. Esta situación es replicada en la Comunidad Europea, en la cual muchos de sus integrantes (Estados miembro) pertenecen a Naciones Unidas. Asimismo, se producen las declaraciones en el Parlamento Europeo en favor del principio de igualdad y no discriminación y de orientación sexual, entre otras.

Como consecuencia de la *sentencia Dudgeon*, el TEDH reitera su postura en las resoluciones posteriores, y en particular, la homosexualidad es despenalizada en 1982 en Irlanda del Norte. De esta manera, el Tribunal limita *el margen de apreciación* de las

[258] El término orientación sexual aparece por primera vez en el Derecho de la Unión Europea en 1997 en el art. 13 del Tratado de Amsterdam, complementando al art. 12 que hace referencia a la discriminación por motivos de nacionalidad.

autoridades británicas. Es a partir de los años ochenta del siglo pasado cuando la doctrina del *margen de apreciación* o discrecionalidad reconocida por las autoridades de los Estados miembro se convierte en una de las principales herramientas del Tribunal para reconocer la protección de los derechos de las minorías sexuales (Yourow, 1998: 238, Macdonald, 1993: 123)[259]. Entre las sentencias más destacadas de este primer momento se pueden citar al *caso Norris c. Irlanda, de 30 de noviembre de 1987* y *el caso Modinos c. Chipre, de 22 de abril de 1993*.

En estos procesos el Tribunal despenaliza algunas conductas tipificadas por su carácter homosexual. Sin embargo, no logra la equiparación del tratamiento de las relaciones sexuales entre heterosexuales y homosexuales. La apreciación de esta doctrina y su consiguiente jurisprudencia se ven beneficiados por el consenso en Europa hacia la legalización de las relaciones sexuales entre las personas del mismo sexo. Es importante tener en cuenta que, a la hora de interpretar las provisiones del Convenio, el TEDH presta especial atención a la moral de los países del Consejo de Europa. Ya que el Tribunal considera que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales (*asunto Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978).

Lentamente se produce una despenalización parcial y dubitativa. El 19 de febrero de 1997, el TEDH en la sentencia del caso *Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido* considera que, si bien se produce una intromisión en la vida privada de los demandantes al ser adultos los implicados y ser relaciones consentidas, esta intromisión está justificada y dichas actividades (prácticas sexuales) no están protegidas en virtud del art. 8 CEDH debido a las necesidades argumentadas de proteger la moral y la salud pública de la ciudadanía británica. Los demandantes son condenados tras el descubrimiento de videos donde practican actividades sadomasoquistas en privado.

También, el Tribunal se pronuncia en contra de la prohibición de prácticas homosexuales en grupo que se producen en la esfera privada. El 31 de julio de 2000, el Tribunal falla en el caso *A.D.T. contra Reino Unido* a favor de un homosexual condenado por "grave indecencia" al ser descubiertos en su domicilio videos donde aparecen grabadas relaciones sexuales entre varios hombres en su casa. Según la ley británica de 1967 la conducta homosexual en privado no es delito, pero los actos sexuales entre más de dos personas se consideran actos públicos. Por lo tanto, están sujetos a sanción penal. El Tribunal estima que, al no disponer de evidencias que el video se haya distribuido a terceras personas ni de conducta sadomasoquista entre los participantes, es una actividad del ámbito privado sin riesgo para la salud pública. En consecuencia, declara que se produce una injerencia en la vida privada del demandante.

[259] Con anterioridad al *caso Dudgeon*, el Tribunal lleva a cabo desde 1979 un examen más restrictivo del margen de discreción de las autoridades nacionales en la salvaguardia de los derechos y libertades recogidos en el Convenio. El TEDH establece una doctrina en virtud de la cual cada gobierno nacional tiene un margen de apreciación a la hora de determinar qué medidas adoptar para defender los derechos básicos y que exenciones son necesarias. Cada gobierno tiene la obligación de equilibrar los intereses concurrentes que envuelven cada asunto legislativo. Muchas cuestiones planteadas en el TEDH implican temas morales de gran complejidad en los distintos Estados miembros y ante la posibilidad de conflicto es preferible dejar este tipo de decisiones a los gobiernos democráticos; y sólo cuando los Estados exceden sus funciones legítimas o son incapaces de proteger adecuadamente estos derechos debe intervenir el Tribunal.

Esta sentencia establece que la existencia de disposiciones legales que prohíban las relaciones sexuales consentidas entre más de dos hombres en privado viola el art. 8.1 CEDH.

Otro elemento importante en el proceso de legalización y normalización de las relaciones entre personas del mismo sexo es la igualación de la edad de consentimiento. Ya que, a finales del siglo pasado, existe una diversidad de edades en diferentes países y estas varían de acuerdo con la orientación sexual de la persona y el ordenamiento jurídico. Si bien la Comisión Europea de Derechos Humanos rechaza demandas que impugnan la existencia de normas que fijan una edad de consentimiento más elevada en el caso de prácticas sexuales entre hombres homosexuales. El Tribunal cambia su criterio a partir de 1997 con la sentencia del caso *Sutherland contra Reino Unido, de 1 de julio*. En ella el Tribunal considera que una edad de consentimiento mayor para los gais es discriminatoria y viola el derecho al respeto de la vida privada. En esta sentencia el demandante interpone una demanda contra el hecho de que la edad de consentimiento para las mujeres sea de 16 años, independientemente de su condición sexual, y que, para las relaciones homosexuales entre hombres, este límite se fija en los 18 años. Según el demandante la situación implica un trato discriminatorio y viola el art. 14 CEDH. A raíz de este caso, el Parlamento Británico modifica la Ley de Delitos Sexuales e iguala la edad mínima de consentimiento a 16 años tanto para hombres como mujeres, indistintamente, de su condición sexual.

Posteriormente, el TEDH confirma la postura en materia de edad de consentimiento en dos sentencias el 9 de enero de 2003, *L.V. contra Austria* y *S.L. contra Austria*. En ambos casos los demandantes impugnan el art. 209 del Código penal austríaco que penaliza los actos homosexuales de hombres adultos con adolescentes de entre 14 y 18 años, pero no así las relaciones heterosexuales o entre mujeres en esas mismas condiciones. El Tribunal considera que la prohibición tiene su razón de ser en la protección del desarrollo de la vida sexual de los adolescentes. Sin embargo, también considera que no está justificado que la protección se aplique a las relaciones sexuales entre hombres de edades comprendidas entre los 14 y 18 años, y que no se aplique a las mujeres (sean homosexuales o heterosexuales contemplado en el art. 209 del Código penal austríaco y que el Tribunal Constitucional considera ya derogado). El Tribunal sentencia que se produce una violación del art. 14 CEDH en combinación con el art. 8 CEDH, apreciándose discriminación de trato legislativo.

En una segunda etapa se produce una evolución positiva importante en la cantidad de pronunciamientos del Tribunal en torno a las minorías sexuales. Sentencias que hacen referencia a las discriminaciones experimentadas por estos grupos sociales en el ámbito del Derecho civil en contravención de la cláusula de igualdad y no discriminación contempladas en el art. 14 CEDH (Spiry, 1996: 45). Este proceso desemboca en la prohibición de la discriminación por orientación sexual, equiparando esta causa con el resto de los motivos discriminatorios. Así lo confirma la sentencia del *caso Salgueiro da Mouta Silva, de 21 de diciembre de 1999*, dando origen a una línea jurisprudencial que continúa en sus pronunciamientos. Es a partir de este momento, que el TEDH no solo protege a las minorías sexuales, sino que comienza a reconocer ciertos derechos hasta

entonces restringidos para estos colectivos en un ámbito especialmente sensible como es el familiar. En este sentido, el TEDH reconoce derechos anteriormente exclusivos de las parejas heterosexuales, por ejemplo: el *asunto Karner, de 24 de julio de 2003.* En este caso, se reconoce a la pareja supérstite a subrogarse en el contrato de arrendamiento de la vivienda común. Anteriormente, este derecho está limitado a parejas formadas por personas de sexo opuesto. Con la reclamación del derecho de subrogación, se entiende que aquellos también conforman un núcleo familiar. Sin embargo, el hecho paradigmático del TEDH en cuanto a la protección de las minorías sexuales, y con relación a la interpretación del Convenio de Derechos de la Unión Europea, es el reconocimiento del derecho a casarse del art. 12 del Convenio.

Entre 1999 y 2002 el TEDH adopta una serie de sentencias relacionadas con el ámbito laboral. En ellas declara que el despido de homosexuales por motivo de su orientación sexual infringe el derecho al respeto de la vida privada. El 27 de septiembre de 1999 se producen las primeras sentencias: los casos *Lustig-Prean y Beckett contra Reino Unido* y el caso *Smith y Grady contra Reino Unido*. Los demandantes son dos ex integrantes de la Royal Air Force, que son sometidos a un interrogatorio para esclarecer su orientación sexual. En este interrogatorio son preguntados sobre detalles íntimos de vida y prácticas sexuales, y sobre la base de esta información, los demandantes son despedidos de sus puestos de trabajo. Por su parte, el Ministerio de Defensa alega que existe una prohibición explícita a la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas. Y que dicha prohibición está justificada para preservar la cohesión y la moral de las fuerzas armadas. De lo contrario, estas pueden verse afectadas negativamente con la presencia de homosexuales. En consecuencia, el Tribunal considera que solo el interrogatorio (que invade el derecho al respeto de la vida privada) está justificado si es considerado necesario en una sociedad democrática y en función de unos objetivos legítimos y de especial importancia. Y, en relación con la presencia de homosexuales en las Fuerzas Armadas, el Tribunal considera que el Gobierno de Londres no presenta evidencias concretas que demuestren la influencia negativa de estas personas homosexuales en dichas fuerzas armadas. El Tribunal sentencia que el despido de estas personas motivado por su orientación sexual es contrario al art. 8 CEDH.

Es a partir de estas sentencias sobre homosexuales en las Fuerzas Armadas cuando se produce una creciente aceptación, al menos formal e institucional de la homosexualidad. A raíz de estas resoluciones, el 12 de enero de 2000, el Secretario de Defensa británico anuncia que, con efecto inmediato, la orientación sexual deja de ser un impedimento para servir en las fuerzas armadas del Reino Unido (Dalvi, 2004: 467). Esta situación condiciona una visión aún más restrictiva por parte del TEDH sobre el *margen de discrecionalidad* de los Estados para determinar si las restricciones sobre la homosexualidad son necesarias en una sociedad democrática.

Con respecto a el derecho a la vida familiar de los homosexuales, el TEDH durante décadas estima que los derechos de los homosexuales se limitan a un contenido de tipo exclusivamente sexual, relacionado con el derecho a tener relaciones con personas del mismo sexo. Y, por este motivo, rechaza reconocer a estas personas el derecho al respeto de la vida familiar garantizada por el Convenio en el art. 8 CEDH. Este artículo

establece que la vida familiar es un aspecto colateral de la vida privada, y es un espacio libre de la intervención estatal. En este espacio cada individuo organiza su vida privada y familiar de manera autónoma e independiente a la intervención estatal. Por otro lado, el art. 12 CEDH relativo al derecho de contraer matrimonio, establece que la familia se halla vinculada a la institución del matrimonio protegida por el Estado (Grigolo, 2003: 1023). Tradicionalmente el TEDH interpreta el matrimonio como un derecho reservado a las parejas de sexo opuesto. Sin embargo, es a partir de la década de los noventa del siglo pasado cuando el Tribunal adopta un enfoque evolutivo e innovador a la hora de proteger el derecho al respeto de la vida familiar de homosexuales, bisexuales y transexuales, libre de las injerencias del Estado.

Como se detalla anteriormente, la primera vez que el TEDH juzga que una diferencia de trato basada en la orientación sexual de la persona viola la prohibición de trato discriminatorio prevista en el art. 14 CEDH, es la sentencia *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal, de 21 de diciembre de 1999*, se trata de la sentencia que marca la diferencia. El demandante, homosexual que, previamente, está casado con una pareja heterosexual. Y, fruto de esta relación, tiene una hija en común con su exmujer. Una vez divorciado, el demandante, inicia una relación afectiva con un hombre. Y, como consecuencia de dicha relación, es privado de la custodia de su hija. Por lo que el demandante considera que se manifiesta una clara discriminación debido a su orientación sexual. Si bien el demandante en un primer momento posee la custodia de su hija, el Tribunal de Apelación invalida la decisión judicial anterior y retira la custodia al padre y se la otorga a la madre exclusivamente tras juzgar que "*la condición de homosexual del padre es una anormalidad a la sombra de la cual un menor no debe crecer*". El demandante alega ante el TEDH intromisión injustificada en su vida privada y familiar y también trato discriminatorio contrario al CEDH. En consecuencia, el Tribunal considera en su sentencia que el Juez nacional interfiere en su vida privada, pero en beneficio de la menor, o sea, en función de un fin legítimo. Pero también estima que, la decisión es tomada fundamentalmente en función de la condición sexual del demandante. Y falla que se produce una diferencia de trato no proporcional y, por ende, discriminatoria basada en la orientación sexual del demandante violando el art. 8 CEDH en combinación con el art. 14 del Convenio. Esta sentencia es la primera en que el TEDH se refiere directa y expresamente a la orientación sexual como causa de discriminación.

El 26 de febrero de 2002 se produce la sentencia *Fretté contra Francia*. En este caso, el demandante, homosexual, se ve privado por los tribunales franceses del derecho de adopción debido a que su estilo de vida no garantiza que pueda proporcionar a un menor en entorno familiar, educativo y psicológico adecuado. El demandante considera que la negativa le es impuesta de manera discriminatoria por su orientación sexual. Y, que la denegación supone una intromisión injustificada en el derecho al respeto de su vida privada y familiar. Teniendo en cuenta que la razón de la negativa de las autoridades francesas es la orientación sexual, el TEDH argumenta que las autoridades francesas vulneran la igualdad de trato recogida en el art. 14 CEDH en combinación con el art. 8 CEDH. Aun así, el Tribunal sostiene que la denegación del derecho persigue un fin mayor que es proteger los intereses del menor. Finalmente, el Tribunal decide que el

Convenio no es violado ya que la diferencia de trato está justificada y se produce por un objetivo legítimo.

Tanto las sentencias Salgueiro como Fretté ponen en evidencia que el respeto de la vida familiar protegido en el art. 8 CEDH no garantiza el derecho a la adopción ni al simple deseo de fundar una familia. Este precepto presupone la existencia de una familia (Casadevall, 2007: 345). Es a partir del año 2008, cuando esta postura es corregida por el fallo del Tribunal en el caso *E.B. contra Francia, de 22 de enero de 2008*. El Tribunal condena a Francia por denegar una solicitud de adopción por motivo de la orientación sexual del demandante. El TEDH reitera que el art. 8 CEDH no garantiza el derecho a fundar una familia o a adoptar, pero tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico francés permite a una persona soltera adoptar. Y, por lo tanto, las autoridades francesas no pueden aplicar dicha normativa de manera discriminatoria. Por otro lado, el Tribunal considera que los tribunales nacionales deciden en función del bien e interés del menor. Pero, aun así, no es admisible que en diferentes estadios del proceso de adopción se haga referencia al estilo de vida del demandante. Ya que implica un factor discriminatorio y juega un papel importante en la denegación de la autorización para adoptar. El TEDH estima que se produce un trato discriminatorio en relación con la orientación sexual del demandante, produciéndose una violación del art. 14 CEDH en conjunción con el art. 8 CEDH. Esta es la primera sentencia del Tribunal en la que se condena a un Estado signatario del Convenio por discriminar a un homosexual en un proceso de adopción.

En términos generales, tanto gays como lesbianas, son privados de tener una vida de familia reconocida bajo el CEDH, al estar excluidos del derecho a contraer matrimonio contemplado en el art. 12 CEDH. Por lo tanto, las personas homosexuales solo pueden aspirar a tener el reconocimiento que tienen las parejas no casadas. Hasta el año 2003 el TEDH no juzga que el trato diferencial recibido por las parejas estables homosexuales (en algunos países del Consejo de Europa) violase las disposiciones del Convenio. Por ejemplo: en el caso *X. e Y. contra Reino Unido, de 3 de mayo de 1983*, la Comisión Europea de Derechos Humanos declara inadmisible una solicitud sobre la deportación de un hombre malasio que se encuentra en una relación afectiva con un nacional británico. La Comisión estima que, a pesar de la evolución social con respecto a la homosexualidad, la relación del demandante no está amparada por el art. 8 CEDH, dentro de la esfera de la vida familiar. En esos años, la vida familiar está exclusivamente contemplada en la vida de las relaciones heterosexuales, y se valora que el trato diferencial otorgado a las parejas hombre mujer se debe al interés legítimo de preservación de la institución familiar. Situación que origina un tratamiento restrictivo por parte de la Comisión como por parte del Tribunal a las parejas del mismo sexo. Se considera que las parejas del mismo sexo pertenecen a cuestiones del ámbito privado, pero no del ámbito familiar. Circunstancia solo reservada para las parejas heterosexuales.

En julio de 2003 el TEDH adopta una sentencia en la que se produce un progresivo reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo al respeto de la vida familiar. La sentencia *Karner contra Austria, de 24 de julio de 2003*, produce un giro en la

jurisprudencia del Tribunal. En esta resolución el Tribunal asimila por primera vez a una pareja heterosexual a una pareja homosexual a efectos de subrogar un contrato de alquiler. El demandante vive durante varios años con su compañero sentimental compartiendo la vivienda familiar y los gastos del alquiler. Una vez fallecida la pareja, el propietario prepara los documentos para extinguir la relación contractual. Ante esta situación, el demandante reclama su derecho a continuar viviendo en el inmueble en calidad de miembro de la familia y en virtud del derecho de subrogación contemplado en la legislación nacional. Por su parte, el Tribunal considera que las diferencias de trato basadas en la orientación sexual requieren razones de especial relevancia para poder estar justificadas. El Tribunal juzga legítimas las razones de los tribunales nacionales (austríacos) de proteger la unidad familiar tradicional. No obstante, considera que la medida de negación es una medida desproporcionada. Y que los tribunales austríacos sobrepasan su margen de discrecionalidad. En consecuencia, infringen el art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH.

En 2010, en la sentencia *Schalk y Kopf contra Austria, de 24 de junio*. El Tribunal mantiene que los Estados parte del Convenio son libres para decidir si las parejas homosexuales pueden contraer legalmente matrimonio. Los demandantes sostienen ante las autoridades nacionales que la imposibilidad legal de contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo constituye una violación del derecho a la vida privada y familiar, y también del principio de no discriminación e infringe el derecho a contraer matrimonio del art. 12 CEDH. En esta sentencia el TEDH sostiene que el derecho a casarse del art. 12 CEDH no debe ser considerado exclusivamente al matrimonio entre dos personas de sexo opuesto. Pero, también afirma que la cuestión sobre si está permitido o no el matrimonio entre personas del mismo sexo es una cuestión de la legislación nacional de los Estados contratantes. El Tribunal reconoce el *margen de apreciación* de las autoridades nacionales para fijar las condiciones de acceso al matrimonio en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Por ello, considera que el art. 12 CEDH no impone una obligación a los Estados de reconocer a una pareja homosexual el derecho a casarse. Y, en consecuencia, estima que no se produce una violación de dicho artículo.

En cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de reunión y de asociación recogido en al art. 11 CEDH. El Tribunal constata que en el caso *Baczkowski contra Polonia, de 3 de mayo de 2007,* se produce un trato discriminatorio en el ejercicio del derecho a la libertad de reunión y de asociación. Los demandantes son activistas por los derechos de los homosexuales. Y les deniegan el permiso de las autoridades locales para efectuar diversos actos públicos y manifestaciones en Varsovia en el contexto de una campaña contra la discriminación. El Ayuntamiento de Varsovia argumenta que los organizadores no presentan la documentación correspondiente y el plan de organización del evento. Por otro lado, el propio ayuntamiento alega que se preparan contramanifestaciones por lo que consideran que puede ser un evento de alto riesgo. Por su parte, el alcalde hace unas declaraciones públicas en las que declara que no está dispuesto a permitir ninguna manifestación ya que la propaganda sobre la homosexualidad no equivale al ejercicio de la libertad de reunión ni asociación. Los demandantes alegan ante el TEDH que son víctimas de una vulneración del derecho de

reunión y asociación y de un trato discriminatorio. El Tribunal falla que al denegar el permiso de manifestación se produce una injerencia en el art. 11 CEDH no prevista en la ley. Y, que la oposición expresada por el alcalde es un motivo de peso de las autoridades para denegar tal permiso. Concluye que se infringe el derecho a la libertad de reunión de manera discriminatoria, lo cual supone una violación del art.14 CEDH en conjunción con el art. 11 CEDH.

Paulatinamente, en relación con las personas transgénero, se extiende el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual y se plantean ante el TEDH dos cuestiones principales. Por un lado, el reconocimiento jurídico del cambio de género tras la operación de reasignación sexual. Y, por otro lado, el derecho de las personas transexuales a contraer matrimonio y fundar una familia. En ambas cuestiones, la jurisprudencia del TEDH sigue una realidad paralela a los países miembros del Consejo de Europa. En términos generales, la jurisprudencia del TEDH falla tradicionalmente en contra de solicitudes presentadas por transexuales en contraposición a la postura de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Este colectivo alega ser víctima de una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar. A partir de 1992, su posición da un giro y falla a favor del cambio de sexo y rectificación de este en las inscripciones registrales. El primer caso es *Van oostrwijck c. Bélgica, de 6 de noviembre de 1980*. Una ciudadana belga solicita el tránsito de mujer a hombre, después de someterse a tratamiento hormonal e intervención quirúrgica. El Estado Belga deniega la rectificación de sexo en su inscripción de nacimiento. La actora interpone recurso ante el TEDH amparándose en el art. 25 del Convenio de Roma y fundamentando su pretensión en que el Estado belga infringe los arts. 3, 8 y 12 del Convenio[260].

La argumentación jurídica se fundamenta en que esta persona usa una documentación que no se corresponde con su identidad real, y como consecuencia de esta situación, esto le impide casarse y fundar una familia, y ello conlleva un trato discriminatorio y degradante. Previamente la Comisión Europea de Derechos Humanos elabora un dictamen el 1 de marzo de 1979 favorable a acoger la demanda e informa que, existe una violación de los citados arts. 8 y 12 del Convenio. Sin embargo, el TEDH deniega la petición al considerar que la actora no agota las vías jurisdiccionales de su país, y que no alega en las instancias previas la violación de los preceptos del Convenio de Roma. Por ende, el TEDH no entra en el fondo del asunto, pero establece un requisito formal, agotar primero las vías jurisdiccionales internas de cada Estado.

El Tribunal progresa en el reconocimiento legal de la identidad de género y también del derecho a contraer matrimonio. Las primeras sentencias en reconocer los derechos de las personas transgénero son *Rees contra Reino Unido, de 17 de octubre de 1986* y

[260] El art. 3 establece que: "nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"; por su parte el art. 8 dispone: 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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y de las libertades de los demás"*; y el art. 12: "*a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*".

Coosey contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990. En ambos casos los demandantes reclaman la rectificación de la inscripción registral para reflejar su nueva identidad sexual en su acta de nacimiento. Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos emite informe favorable el 12 de diciembre de 1984, por unanimidad, considerando que el Reino Unido vulnera el art. 8 del CEDH. Sin embargo, los jueces del TEDH consideran que no se produce tal infracción atendiendo al margen de apreciación que tienen los Estados miembro; y entienden que la negativa de las autoridades británicas a modificar el registro civil no puede ser considerado como una injerencia del Estado en la vida privada del individuo. De esta manera, reconoce un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales.

En el *caso Coosey*, se plantea un caso similar al anterior, un ciudadano registrado como varón realiza el tránsito quirúrgico de hombre a mujer y solicita el cambio de inscripción registral. Solicitud que es denegada y provoca la interposición de recurso ante el TEDH por vulneración de su derecho a la intimidad y el art. 12 CEDH (derecho al matrimonio). Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos emite informe favorable el 9 de mayo de 1989 y el TEDH en la misma línea de las sentencias anteriores deniega la solicitud de la actora con los mismos argumentos esgrimidos en casos anteriores. El Tribunal entiende que no se vulneran el art. 12 en virtud de que el derecho al matrimonio se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto. Por lo tanto, no puede considerarse que sea una limitación que menoscabe la esencia del *ius connubii.* Además, considera que en las legislaciones y en la opinión pública de la mayoría de los Estados miembros no se evidencia un abandono general del concepto tradicional de matrimonio. Por lo que el mantenimiento de este concepto es suficiente razón para denegar la solicitud. En cuanto a la supuesta violación del art. 8 CEDH, la Corte estima que no hay violación y argumenta que en relación con la transexualidad no se ha producido ningún progreso significativo desde el *caso Rees* (1986), de manera que una operación quirúrgica de conversión sexual no conlleva la plena adquisición de todos los caracteres biológicos del sexo opuesto. En consecuencia, los Estados tienen un amplio margen de apreciación. Sin embargo, el TEDH reconoce la situación problemática en la que se encuentran las personas transexuales y deja la puerta abierta para una interpretación diversa y un posible cambio de posicionamiento.

En el *caso Norbert c. Francia, de 25 de marzo de 1992*, el TEDH se pronuncia nuevamente sobre la cuestión y se dictamina que la negativa del Estado francés a rectificar en el Registro Civil el sexo de un ciudadano transexual constituye una violación del art. 8 CEDH, aunque mantiene el mismo criterio en relación con la posibilidad de contraer matrimonio. Después de esta resolución, se plantea ante el TEDH el caso *Botella c. Francia, de 25 de mayo de 1992*. El Tribunal da un giro trascendental en relación con la consideración del cambio de sexo. Este supuesto se refiere a un ciudadano francés inscrito como varón en el Registro civil. Se somete a una intervención quirúrgica para adaptar su fisonomía a la de una mujer y su deseo es contraer matrimonio con su pareja masculina. Por lo tanto, solicita la rectificación de su identidad en el Registro civil, cosa que es denegada por las diferentes instancias judiciales, incluso en el Tribunal de casación francés que alega que su estado actual no es el resultado de elementos preexistentes a la operación quirúrgica, sino que es una

voluntad deliberada por parte del actor. El demandante presenta recurso ante el TEDH alegando que se infringen los arts. 8, 12 y 13 del CEDH. Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos emite informe favorable a la cuestión. En consecuencia, el TEDH admite la demanda con puntualizaciones, rechaza la infracción de los arts. 12 y 13 del Convenio, y considera que se infringe el art. 8 del mismo, entiende que en el sistema registral francés nada impide mencionar la situación actual del interesado. Además, estima que se viola la intimidad del sujeto pues en sus documentos consta el sexo originario contrario a su nueva apariencia y concluye que el transexual en Francia se encuentra situado en un lugar incompatible con el respeto debido a su vida privada, instando a este Estado a modificar tal situación. A partir de este momento, las diferentes cuestiones planteadas se resuelven en este sentido.

A partir del año 2002 se produce un importante avance en la jurisprudencia del TEDH en esta materia. Son los casos *Christine Goodwin contra Reino Unido* e *I. contra Reino Unido, ambos el 11 de julio de 2002,* en los que el Tribunal considera que, la negativa de las autoridades británicas a reconocer legalmente la nueva identidad sexual de los demandantes implica una clara vulneración de sus derechos. Así también reconoce la necesidad de cambiar los documentos de identidad y adecuarlos a la realidad y a su condición de transgénero. El Tribunal considera que esta situación representa una intromisión injustificada en su vida privada y, en consecuencia, una violación del art. 8 CEDH.

En el *caso Goodwin*, la demandante, que es una persona transexual, vive como mujer, pero legalmente sigue considerada como hombre. En Reino Unido, en estos años, los certificados de nacimiento están vinculados únicamente a criterios biológicos. Por lo que, para las personas transexuales, una vez reasignado nuevamente su sexo de manera quirúrgica, es imposible modificar o emitir un nuevo certificado de nacimiento. La demandante alega ante el Tribunal que se encuentra en una situación de falta de reconocimiento legal de su nueva identidad de género. Esta condición le crea problemas laborales, inconvenientes con el sistema de cotización a la seguridad social, el cobro de pensiones y la imposibilidad de contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto. En este momento, en Reino Unido el matrimonio de personas del mismo sexo está prohibido. Pero la imposibilidad de tener una nueva identidad que afirme que es una mujer le impide a la demandante tener la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto a su identidad.

Por su parte, en el caso *I. contra Reino Unido*, la demandante alega que se encuentra en una situación en la que le es imposible estudiar ni trabajar sin revelar la identidad anterior ante la imposibilidad de cambiar su identidad de género. En ambos casos, las demandantes alegan que la continuidad del estatus legal anterior a la operación de reasignación de sexo viola el derecho al respeto de la vida privada. El Tribunal considera que el Gobierno Británico no puede continuar escudándose en el *margen de apreciación* para seguir manteniendo a los transexuales en una situación anómala. Y falla que se produce una violación del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH. De esta manera, el TEDH adopta una interpretación dinámica y más flexible al constatar la

evidencia clara y progresiva de la aceptación a escala global de los transexuales y, también, de las nuevas identidades post operatorias. De esta manera, el Tribunal incorpora en sus interpretaciones y valoraciones cambios sociales y tendencias jurídicas globales (Australia, Canadá, Israel y Nueva Zelanda) (Rudolf, 2003: 716) para aplicarlos en los argumentos favorables a pretensiones individuales producidos en otros Estados, independientemente de su ámbito geográfico (González Vega, 2004: 165)[261].

En ambas sentencias cobra relieve el principio de *autonomía personal*. Entendiendo que la autonomía personal es la capacidad y el derecho que tienen las personas para escoger su propia identidad, incluida la identidad sexual. El TEDH no solo entiende el derecho al respeto de la vida privada como una obligación negativa de los Estados parte del Convenio de interferir en el disfrute de ciertos derechos (como es su postura tradicional), sino que reconoce la existencia de obligaciones positivas de los países miembros del Consejo de Europa a la hora de garantizar el respeto de los derechos de las personas transexuales.

Estas nuevas nociones jurídicas del Tribunal aparecen nuevamente en 2003 en el caso *Van Kück contra Alemania, de 12 de junio*. La demandante, transexual, denuncia la negativa de su compañía de seguro médico a reembolsarle los gastos asociados a la operación de reasignación de sexo. Los tribunales nacionales apoyan la postura de la compañía de seguro, argumentan que la intervención quirúrgica de la demandante no constituye un tratamiento médico necesario y que la demandante debía haber hecho previamente un tratamiento intensivo de psicoterapia. La demandante denuncia ante el TEDH que se produce una violación en su vida privada, y, un trato discriminatorio en base a su condición o estado psicológico. El Tribunal estima que es desproporcionado exigir a la demandante pruebas de la necesidad médica de la operación de reasignación de sexo. Y determina que en este caso no se encuentra un equilibrio justo entre los intereses de la compañía de seguro médico y los intereses de la demandante. Además, considera que los tribunales nacionales no tienen en cuenta ni respetan la voluntad de la demandante de definir libremente su identidad de género, por lo tanto, declara que se viola el art. 8 CEDH.

En relación con el derecho a contraer matrimonio de una persona transexual, en los casos *Rees y Cossey contra Reino Unido de 17 de octubre de 1986,* los demandantes alegan que mientras que el Reino Unido no reconozca su nueva identidad están imposibilitados para contraer matrimonio vulnerando el art. 12 CEDH. El TEDH entiende que el artículo mencionado no está vulnerado y el Tribunal razona que, sobre la base de los criterios biológicos para determinar el sexo de una persona a los efectos del matrimonio ya mencionados, es una competencia exclusiva de los Estados. Esta interpretación da un giro de envergadura en las sentencias *Goodwin e I contra Reino*

[261] Según este autor, en la *sentencia Goodwin* el Tribunal no "privilegia la idea del consenso europeo aun formalmente inexistente en esta materia, sino más bien la tendencia internacional continuada en pos del reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual". De este modo, "está por ver cómo encaja este nuevo concepto en la dinámica interpretativa del Tribunal, articulada tradicionalmente sobre la interacción entre consenso europeo y margen de apreciación de los Estados, pues hasta ahora la operatividad de esta herramienta de autocontrol judicial acuñada por el TEDH se vincula con la inexistencia de un consenso europeo en la materia de que se trate".

Unido. El Tribunal reconoce que los demandantes desean casarse con una persona del sexo opuesto a su identidad de género postoperatoria. Por lo tanto, la imposibilidad de modificar la identidad sexual registrada en el momento del nacimiento es un claro impedimento del derecho a contraer matrimonio. El Tribunal encuentra justificación suficiente que impide que las personas transexuales ejerzan el derecho a contraer matrimonio, y juzga que se produce una violación del art. 12 CEDH. De esta manera, el Tribunal declara que la determinación del género en una persona no puede basarse exclusivamente en criterios biológicos, determinando un verdadero punto de inflexión. Asimismo, considera que el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia no son derechos interdependientes. Ya que la incapacidad de reproducirse como especie no puede ser impedimento para ejercitar el derecho al matrimonio y formar una familia. Además, el derecho al matrimonio recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea intencionadamente no hace referencia a hombre y mujer[262]. El Tribunal rechaza que el matrimonio tenga como última y exclusiva finalidad la procreación. El art. 12 CEDH reconoce no sólo el derecho a casarse sino también fundar una familia. De esta manera, fundar una familia deja de ser visto como una condición para ejercitar el derecho al matrimonio.

Respecto del discurso del odio sobre la orientación sexual el caso *Vejdeland y otros contra Suecia, de 9 de febrero de 2012* se refiere a la condena de los demandantes por distribución en un establecimiento de enseñanza secundaria de un centenar de pasquines, juzgado por los Tribunales como injuriosos para los homosexuales. Las octavillas contienen declaraciones que presentan a la homosexualidad como una propensión a la desviación sexual con un efecto moralmente destructivo en cuanto a los fundamentos de la sociedad, y estando en el origen de la propagación del VIH y Sida. Los demandantes mantienen que de ninguna manera su intención es expresar desprecio hacia el colectivo homosexual como grupo, y que su acción tiene como objetivo el de promover un debate sobre la falta de objetividad en la enseñanza impartida en los establecimientos suecos. El TEDH estima que aún sin constituir un llamamiento directo a actos de odio, estas declaraciones revisten un carácter grave y perjudicial, y subraya que la discriminación fundada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación fundada en la raza, el origen, la religión, etc. En consecuencia, concluye que no hay violación del art. 10. Sin embargo, la injerencia en el ejercicio del derecho de los demandantes a la libertad de expresión se muestra necesaria y obligada en una sociedad democrática para la protección de la reputación y de los derechos ajenos.

En la sentencia *X c. Turquía, de 9 de octubre de 2012*, el recurrente denuncia ser víctima de intimidación y acoso por parte de otros presos a causa de su homosexualidad. Tras solicitar ser trasladado a una celda colectiva con otros homosexuales, en lugar de eso, es enviado durante ocho meses y medio, a una individual en muy malas condiciones y aislado del resto de reclusos, lo que le causa problemas psiquiátricos. La

[262] Según el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea relativo al derecho a contraer matrimonio y al derecho a fundar una familia: «*Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*». Por tanto, al no incluir la referencia al hombre y a la mujer, la Carta no impide el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, remitiéndose al Derecho interno de cada Estado miembro de la Unión.

administración penitenciaria basa su decisión en que el recurrente corre el riesgo de sufrir ataques que hacen peligrar su integridad. Por su parte, el TEDH estima que, aunque son temores fundados, ello no justifica una medida de exclusión total de la colectividad carcelaria y de salir al aire libre, por lo que concluye que las condiciones de detención son agravadas por la ausencia de un recurso efectivo, siendo un trato inhumano o degradante infligido en clara violación del art. 14 CEDH combinado con el art. 3 CEDH, ya que la orientación sexual del recurrente es la razón principal de la medida adoptada y esta no es proporcional al fin que se dice buscar: la seguridad de aquel.

A partir de los años ochenta y noventa del siglo pasado, la actividad del TEDH se centra en despenalizar ciertas conductas sexuales. Durante la década de los ochenta, la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos rechaza continuamente demandas contra leyes nacionales, prácticas administrativas y resoluciones judiciales que afectan negativamente la vida pública y privada de los ciudadanos en el ejercicio de una vida sexual más amplia que el modelo binario. Pero, a finales de la década de los años noventa del siglo XX, es cuando el Tribunal nuevamente está más receptivo ante casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género. A partir de este momento, el Tribunal se distancia de la jurisprudencia anterior considerada más restrictiva, y apuesta por un reconocimiento progresivo y paulatino de derechos de las minorías sexuales en los Estados parte del Convenio, configurándose una igualdad relativa ya que la situación dista de ser óptima (Borrillo, 2011: 15). Sin embargo, las decisiones del TEDH en relación con la orientación sexual y la identidad de género varían y evolucionan hacia un reconocimiento jurídico de los derechos solicitados por las personas LGTBI. El Tribunal da pasos significativos hacia la plena equiparación de derechos entre personas homosexuales, transexuales y heterosexuales en ámbitos delicados sobre los cuales aún existen amplias diferencias en los ordenamientos jurídicos de los Estados signatarios del Convenio. Y adapta paulatinamente la jurisprudencia a la evolución de la percepción social de la sexualidad, especialmente, en relación con la homosexualidad y la transexualidad, así como la actitud mayoritaria de los países miembros del Consejo de Europa al respecto.

2. La tradición legislativa europea: la cuestión de la libertad de expresión y el discurso del odio.

La libertad de expresión es un derecho fundamental de las personas, y es de suma importancia ya que está íntimamente vinculado a la libertad ideológica y a la libertad de conciencia. Estos son elementos básicos de los sujetos a la hora de manifestar sus diferentes puntos de vista tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Por otro lado, la libertad de expresión tiene un rol significativo en los asuntos públicos. Se configura como un principio estructural del Estado liberal de Derecho. Sin embargo, ante expresiones de odio o del lenguaje del odio (que generan escenarios de intolerancia) se plantean cuestiones como los límites posibles a este derecho fundamental. Así también, se plantea cuando, y, cómo está justificado que el Estado intervenga para limitar la libertad de expresión. Por lo tanto, la cuestión de que si en una

sociedad abierta de raíz liberal y plural, se debe prohibir el discurso destinado a propagar la intolerancia es una cuestión de máxima importancia sobre la libertad de expresión y el Estado de Derecho. Porque precisamente, una sociedad abierta está sostenida sobre el *ethos* de la tolerancia (Smolla, 1991: 151). Por su parte, Bollinger (1986: 39) sostiene que la libertad de expresión debe protegerse, precisamente, por cuanto la pluralidad de voces y discursos contribuyen al fomento de la tolerancia de la sociedad. Karl Popper en su obra *La Sociedad Abierta y sus enemigos* (1994: 512) sostiene que el discurso extremista es uno de los mayores enemigos de las sociedades abiertas. Afirma que: "si extendemos una tolerancia ilimitada incluso hacia quienes son intolerantes, si no estamos dispuestos a defender la sociedad tolerante frente a la embestida de los intolerantes, entonces el tolerante será destruido, y con él la tolerancia misma". Este autor denomina a esta situación la paradoja de la tolerancia: donde la tolerancia ilimitada sin ningún tipo de límites lleva indiscutiblemente a la destrucción de la propia tolerancia.

En el caso de Europa y su modelo de libertad de expresión, este está influenciado por los hechos históricos del último siglo y por su propia tradición jurídica. Es importante tener en cuenta que el modelo europeo constituye el entorno de influencia de la legislación y de la jurisprudencia española. A diferencia del modelo norteamericano, el modelo constitucional europeo responde al esquema de la *democracia militante* o democracia intolerante (Fox/Nolte, 1995: 2). Según este autor, es una democracia en combate con los enemigos de la democracia y, que, tomando decidida postura, priva de las garantías que ofrecen los derechos fundamentales a quienes se sirven de ellas para negarlas a los demás y, por ende, para subvertir el propio sistema democrático.

En el caso de la concepción alemana de la libertad de expresión, esta está relacionada con una concepción de la libertad positiva. Una interpretación de la libertad positiva es que los individuos requieran que el Estado tenga un papel activo para garantizar las posibilidades de realización de sus planes de vida (Berlín, 1998: 187). La libertad positiva implica poder controlar o participar en las decisiones públicas, incluyendo la decisión de restringir la libertad negativa.

Este enfoque es la respuesta que esta cultura jurídica presenta ante los procesos discriminatorios ejercidos contra ciertas minorías sociales en Europa. Ejemplos de esta situación son la experiencia del nacional socialismo alemán del siglo XX con su política discriminatoria y eugenésica concretada en el llamado *Holocausto*. El modelo sobre libertad de expresión alemán que prioriza la libertad positiva se adhiere al enfoque de la *democracia militante*. Desde el punto de vista jurídico, la democracia militante se plasma a través de ciertos preceptos tales como: los artículos 9 y 18 de la Constitución alemana que prohíben las asociaciones dirigidas contra el orden constitucional y privan de determinados derechos fundamentales entre los que se encuentra el derecho de libre expresión a todos aquellos que abusen de esos derechos para combatir y atentar contra la libertad y la democracia. También, existe la cláusula de abuso de derecho establecida por el art. 17 CEDH, herramienta muy utilizada por el TEDH en los casos donde es necesario restringir los límites de la libertad de expresión. Por su parte, el CEDH garantiza la libertad de expresión en su art. 10. Sin embargo, avala su restricción por

causas tales como: la seguridad nacional o pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o la protección de los derechos ajenos.

Esta interpretación de la libertad de expresión como libertad positiva en la tradición jurídica alemana, surge después de la segunda guerra mundial. En este ordenamiento jurídico, la libertad de expresión (a diferencia del modelo norteamericano) no es el valor constitucional más importante. Esta posición la ocupa la dignidad humana (Krotoszynski, 2004: 1549). La dignidad de las personas o de los colectivos se configura legítimamente en valores equiparables o superiores que actúan como límite de la libertad de expresión. Según el art. 1 de la ley Fundamental de Bonn[263]: la dignidad humana es el principio constitucional supremo y un derecho fundamental. E introduce el derecho al honor como límite constitucional a la libertad de expresión. La justificación alemana de una posible restricción de la libertad de expresión implica la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones, entre el individuo y la comunidad, y entre las necesidades de expresión personal de los emisores del mensaje y la estima propia y la dignidad de los receptores del mensaje (Rosenfeld, 2005: 180).

El art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn dice:

"*La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público*"

Esta norma de la dignidad de la persona (si bien parece gozar de un sentido absoluto), es tratada como una norma que en parte es una regla y, al mismo tiempo, en parte es un principio. Con un amplio grupo de condiciones a las cuales se les da un alto grado de seguridad acerca de que, bajo ellas, el principio de la dignidad de la persona precede en importancia a los principios opuestos que pudieran plantearse. Peces Barba (2002: 72) sostiene que la dignidad humana además de configurarse como un referente ético y racional, también se conforma en un presupuesto de la ética pública. Ante casos de lenguaje del odio deben ser rechazadas las manifestaciones o las expresiones que, defendiendo esas tesis excesivas, traspasan los límites de la libertad de expresión creando un claro y presente peligro de favorecer el paso de las palabras a los hechos. Es por lo que, cuando en ciertos casos colisionan el derecho de la libertad de expresión y la dignidad humana, la libertad de expresión ante esos contextos y situaciones debe ceder.

Otro aspecto de relevancia en cuanto a la democracia militante alemana es que el Estado no ofrece ningún tipo de protección a aquellas expresiones o manifestaciones que atenten contra el orden democrático o lo intenten destruir. Es aquí donde elementos y experiencias históricas como la dictadura de Adolf Hitler y sus consecuencias como los exterminios masivos denominados *Holocausto*, ejercen una importante influencia en la visión judicial de la libertad de expresión. En este sentido, la esfera pública no es neutral con respecto al discurso y, por ende, con la libertad de expresión. La esfera pública se define en torno a unos valores de los que se predica su superioridad ética. Determinando a su vez, e indirectamente una verdad oficial. Es por eso por lo que,

[263] La Ley Fundamental de Bonn es el nombre utilizado para designar la Constitución promulgada el 22 de mayo de 1949 para Alemania Occidental.

algunos valores disidentes y discursos susceptibles o catalogados de ser proscritos, son denominados antisistema. La prohibición del discurso antisistema en algunas ocasiones puede desencadenar en mecanismos de censura y persecución. Contrariamente a lo que caracteriza a la democracia: pluralidad de opciones, debate libre y compromiso con los derechos fundamentales como base del sistema democrático.

Y, en tercer lugar, la Ley Fundamental Alemana limita el derecho a la libertad de expresión, exhortando a ponderarla con otros intereses sociales.

Es a partir del caso *Lüth*[264] que resuelve el Tribunal Constitucional Federal, el caso fundacional para la interpretación de las libertades de opinión. En relación con los hechos, Veit Harlam, director de cine, colabora con la organización de propaganda nazi. Una vez acabada la segunda guerra mundial. Los aliados (a pesar de su colaboración activa con la administración nazi en el programa de genocidio) no le consideran culpable de crímenes de guerra. Posteriormente, en 1950 escribe y dirige la película *Immortal Beloved* (*Unsterbliche Geliebte*). Con notable éxito tanto en Alemania como en el exterior. Ante esta situación, Erich Lüth, presidente del club de prensa de Hamburgo indignado ante la reaparición de Harlam y en su capacidad privada como ciudadano organiza un boicot al filme de Harlam. Los productores del filme presentan un requerimiento judicial contra el boicot basado en una provisión del Código Civil alemán que establece una reparación contra la persona que "intencionalmente cause daño a otra persona en una forma contraria a las buenas costumbres". Haciendo una apelación a que el boicot es contrario a las buenas costumbres. Esta cláusula general es utilizada a menudo para proveer reparaciones de derechos de daños contra individuos que traicionan a otro como en la Gestapo durante la administración nazi.

El Tribunal de Hamburgo sostiene que el boicot es contrario a las buenas costumbres. Indistintamente de la participación de Harlam como creador de películas de la propaganda nazi. Incluso si no ha sido condenado por ello. Por lo tanto, el Tribunal declara que la apelación al boicot es declarada contraria a las convicciones democráticas del derecho y las costumbres del pueblo alemán. En consecuencia, Lüth recibe la prohibición por parte del Tribunal de Hamburgo de continuar con su defensa del boicot. Lüth presenta una queja ante el Tribunal Constitucional alegando que le son negados sus derechos de libertad de expresión. Es así como el Tribunal Constitucional Alemán considera y evalúa los motivos y metas de Lüth para llamar al boicot. El Tribunal considera que Lüth no está motivado por intereses económicos y tampoco está en competición económica con los productores de Harlam. Así, el Tribunal considera que Lüth actúa de buena fe y sobre la base de una convicción política sincera cuyo objetivo es que a Harlam no debe permitírsele reanudar su carrera profesional. Ya que la reanudación de la carrera profesional implica significar que en la sociedad alemana nada ha pasado después del Holocausto. Con las importantes consecuencias que este hecho tiene en la vida cultural alemana y la propia nación alemana. Teniendo en cuenta que la reputación de la sociedad alemana después de la segunda guerra mundial está en

[264] Se trata de un caso fundacional donde se invocan doctrinas novedosas como la *drittvirkung* o el *efecto recíproco* que tiene una importante influencia posterior. Es un caso que marca la jurisprudencia que ha seguido el Tribunal Constitucional alemán.

entredicho, por la velada, turbia y confusa colaboración con el régimen nazi. Apuntando directamente a cuestiones de responsabilidad en torno al Holocausto.

En la ponderación de este caso, no se le reconoce a Lüth un derecho frente al Estado. En su lugar, prevalece la visión de que el boicot defiende los valores centrales del consenso constitucional como democracia militante, con el objetivo de aumentar el bienestar general de la sociedad. De esta manera, se establece un firme y formal compromiso de la sociedad contra la vinculación de Alemania con el nazismo.

En el caso Lüth, se establece una teoría indirecta donde el Tribunal impone una obligación a los tribunales inferiores para usar sus poderes creativamente para alterar o adaptar una regla de Derecho Civil cuando un valor constitucional está implicado. Y, frente a la visión de los derechos fundamentales como derechos de no interferencia o de libertad negativa, el Tribunal desarrolla una variedad de deberes afirmativos y protectores que obligan al Estado y, especialmente, a los legisladores a proteger los derechos humanos contra las amenazas de los individuos privados o las amenazas de ciertos grupos (Limbach, 1999: 21). La decisión del Tribunal en el caso Lüth se considera como la fundación del paradigma de posguerra de la adjudicación de los derechos constitucionales, donde se produce una colisión entre valores y principios, y es necesaria una ponderación individual de los valores del derecho fundamental contra los valores de la ley general. Por lo tanto, una colisión de principios solo puede ser resuelta por la ponderación. Siendo esta, en el caso Lüth, la primera vez que se establece claramente el mecanismo de ponderación para resolver un caso.

Esta sentencia dispone por primera vez que la Ley Fundamental de Bonn no es neutral en cuanto a valores. Entiende que la sección sobre derechos fundamentales determina un orden objetivo de valores cuyo centro es la dignidad humana. Este valor es el criterio que calibra y evalúa todas las acciones de la legislación y de la administración pública. Después de la segunda guerra mundial. Alemania establece una serie de valores públicos en su Constitución y determina que la dignidad humana es considerada intangible y que la libertad de expresión es un derecho fundamental que se debe ponderar con otros derechos dependiendo de cada caso. De esta manera, el ordenamiento jurídico alemán se compromete con la sociedad y con el objetivo de prevenir los errores del pasado. Esta decisión constitucional afecta tanto al derecho público como al derecho privado. Esta es la doctrina del *Drittwirkung* que sostiene la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través de la acción de los tribunales. Posteriormente, genera un movimiento por parte de un número importante de tribunales de todo el mundo que adoptan el lenguaje de la ponderación judicial para justificar sus decisiones sobre derechos constitucionales (Bomhoff, 2008:122).

Uno de los intentos más notorios y controvertidos del ordenamiento jurídico alemán para combatir el discurso del odio se relaciona con las prohibiciones contra la negación del Holocausto o lo que se denomina *la mentira de Auschwitz*. En estas circunstancias se plantean dudas en relación con los límites adecuados entre hecho y opinión, circunstancia que está directamente relacionada con los límites de la libertad académica. Es en 1994 cuando el Tribunal Constitucional Alemán somete a consideración el *caso*

de Negación del Holocausto. En este caso, un grupo de extrema derecha alemán invita a una reunión pública al historiador revisionista británico David Irving. Este académico sostiene que el exterminio masivo judío durante el Tercer Reich no se produce y que forma parte del relato de los vencedores. Por su parte, el gobierno alega que solo otorga el permiso para realizar la reunión si se garantiza que no se niega el Holocausto. Ya que la negación implica una denigración de la memoria de los muertos, además de agitación delictiva, prohibido por el Código Penal Alemán. En consecuencia, el partido de extrema derecha interpone queja alegando violación de sus derechos a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional se pronuncia y confirma la denegación de la queja y enfatiza que los hechos cuya falsedad es demostrable no tienen una función genuina en la formación de la opinión. El Tribunal considera que la negación del Holocausto es percibida como una forma de despojar a los judíos de Alemania de su identidad y dignidad individual y colectiva y como una amenaza de socavar la obligación del resto de la población de mantener un entorno social y político en el que los judíos y la comunidad judía puedan sentirse como parte integrante.

La tradición legislativa norteamericana: la cuestión de la noción de la libertad de expresión y la Primera Enmienda en los Estados Unidos de Norteamérica.

El problema de los límites de la libertad de expresión es un tema que trasciende las fronteras del Derecho y se configura como una de las grandes cuestiones de la filosofía política. Autores norteamericanos como Rawls, Dworkin y el neozelandés Jeremy Waldron toman posición frente al problema de la libertad de expresión.

En el caso de Rawls (1996: 103), este afirma que:

"*restringir la libre expresión política, incluida la expresión subversiva, implica siempre una suspensión parcial de la democracia" es por eso que, […] "la prioridad de la libertad implica que no puede restringirse la libertad de expresión política a menos que pueda argüirse razonablemente a partir de la específica naturaleza de la situación presente, que existe una crisis constitucional en la que las instituciones democráticas no pueden operar efectivamente y no pueden funcionar sus procedimientos para resolver las emergencias*"

En el caso de Dworkin, se adhiere al enfoque liberal contrario a la restricción de la libertad de expresión. Fundamentalmente en los casos relacionados con el discurso del odio. Sin embargo, adopta otra postura, una posición diferente y contraria en relación con aquellas situaciones que merecen ser protegidas. Considera que la libertad de expresión debe ser restringida en aquellos casos donde se producen situaciones extremas de incitación directa a la violencia. Este autor sostiene que:

[…] *No debemos asumir que una opinión pueda ser restringida cuando aquellos que están en el poder estén convencidos de que es falsa o que su publicación puede herir profunda y comprensiblemente a un determinado grupo social*. (Dworkin, 1996: 218-225).

[…] *Es fácil dejarse tentar por la idea de que, al igual que todo otro derecho, la libertad de expresión ha de tener sus límites. […] Aquellos cuyas opiniones son demasiado amenazantes o contrarias al consenso moral o religioso han perdido su derecho a ejercitar su libertad de expresión; pero esa restricción destruiría el principio, dejaría espacio únicamente a la protección de ideas y gustos o prejuicios que aquellos en el poder aprueban o no, en todo caso, no temen. Tenemos, ciertamente, la posibilidad de silenciar a aquellos que aborrecemos, pero el precio a pagar sería la legitimidad política, que es más importante que ellos*. (Dworkin, 2011: 9 y ss.).

Por su parte, Waldron (2012: 65) recoloca a principios del siglo XXI, la discusión sobre los límites de la libertad de expresión. Frente a la tendencia natural de los autores académicos norteamericanos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de priorizar la libertad de expresión. Este autor concentra su atención en la dignidad de las víctimas del discurso intolerante y vejatorio. Considera y admite que el daño social provocado por tales manifestaciones puede legitimar la restricción de la libre expresión.

En el caso de la concepción norteamericana, de la libertad de expresión está próxima a una concepción de libertad negativa donde se propugna la libertad del Estado. Esta concepción implica la no interferencia en el ámbito individual por parte del Estado. El modelo sobre libertad de expresión norteamericano que prioriza la libertad negativa es una cultura jurídica que se conoce como *mercado de las ideas*, donde la libertad está por encima de la igualdad. Y, en lo que se refiere a los delitos de odio, especialmente al lenguaje del odio, este modelo implica un aumento de la libertad de expresión debido a la posibilidad de su ausencia para su ejercicio. Por lo tanto, en un contexto de discurso del odio en el que entran en conflicto la libertad de expresión y la dignidad humana, el sistema norteamericano opta por la protección del discurso y, por ende, de la protección de la libertad de expresión. Aunque el discurso resulte denigratorio y vejatorio para las personas o colectivos sociales.

En esta cultura jurídica lo importante es no ser obstaculizado por otros en hacer lo que uno desee hacer. Se decide por una tolerancia hacia el intolerante asumiendo como punto fundamental la neutralidad del Estado. Esta concepción de la libertad de expresión está imbuida por la desconfianza al poder injerente e intromisivo del Estado. Ya que no es papel del Estado prohibir ideas. Y, por otro lado, considera que el debate público y el libre discurso son elementos básicos de la solidez de la democracia. Esta tradición jurídica sobre la libertad de expresión tiene sus raíces en la *Primera Enmienda* de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Y ocupa un lugar predominante en el orden de derechos y valores constitucionales, no comparable al resto de democracias occidentales. La libertad de expresión no sólo es el derecho constitucional más apreciado, sino también uno de los símbolos culturales más importantes de los Estados Unidos de Norteamérica (Bollinger, 1986: 56). Este carácter absoluto con que se protege la libertad de expresión se ve claramente en la *Primera Enmienda* (Sunstein, 1993: 52). En ella se omite toda mención a otros valores que puedan modular o restringir su alcance. Siendo factible la regulación a partir de los tratados internacionales del resto del mundo.

La *Primera Enmienda* dice:

"El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios".[265]

La veneración por la libertad de expresión forma parte integral del *ethos* americano y está profundamente arraigada en la cultura americana (Carmi, 2008: 339). Si bien la libertad de expresión está basada en la *Primera Enmienda* es, a lo largo de los años, la jurisprudencia de la Corte Suprema la que define el precepto constitucional. El voto discrepante del juez Holmes en el caso *Abrams vs Estados Unidos*, es el que acuña el concepto *del mercado de las ideas*. Esta visión considera que el Estado no tiene el papel de prohibir las ideas, aunque estas sean equivocadas, ni la expresión de las ideas. Ya que el mejor criterio de verdad es el poder que tiene el pensamiento de ser aceptado en la competencia del mercado. Y, que la verdad es el único fundamento sobre el que sus deseos pueden cumplirse. La visión que subyace es que por perniciosa que una idea pueda parecer, su corrección depende, no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición con otras ideas (*Gertz v. Robert Welch Inc.*). En este sentido, y a diferencia de la concepción alemana, en los Estados Unidos de América se evita que exista una versión oficial de la verdad. El Estado permanece neutral respecto a los discursos en el ámbito público. La justificación a partir de la búsqueda de la verdad se origina en la filosofía utilitarista de John Stuart Mill (1859). Este considera que el descubrimiento de la verdad es un proceso empírico que se basa en el método de ensayo y error y que exige una discusión desinhibida. Esta postura es adoptada en la jurisprudencia norteamericana por el Juez Holmes. Ingrer (1984: 2) considera que existen dos asunciones del modelo norteamericano o del *mercado de ideas*. Primero: la verdad debe ser susceptible de ser descubierta. Cercana a un concepto objetivo más que a un concepto subjetivo o un concepto elegido. Y, segundo: el poder de la racionalidad de las personas puede separar la forma de la sustancia de las posiciones competitivas que se presenten. En consonancia con los principios del individualismo liberal.

Cuando los hechos o el discurso poseen *relevancia pública*, se halla en el núcleo de protección de la *Primera Enmienda*. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina especializada manejan una noción amplia del criterio de la *relevancia pública.* Ya que la expresión relativa a asuntos públicos es más que la expresión individual; es la esencia del autogobierno. Se está ante un discurso público cuando se aborda cualquier cuestión política, social o de otra índole relevante para la comunidad. O cuando es de interés general y de notable valor para el público. Por otro lado, la expresión sobre asuntos privados no goza de la protección de la *Primera Enmienda*. Por lo tanto, en el caso del discurso del odio, si este discurso es política o socialmente relevante, goza de la máxima protección que ofrece *la Primera Enmienda*. Su restricción supone que el Estado toma parte por una determinada opinión, discurso, ideología, etc. Y, de esta manera, se infringe el *principio de neutralidad*. Solo siendo legítimo prohibir en los casos de incitación directa a una acción lesiva inminente. Por lo

[265] "*Congress shall fake no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances"*

que resulta inviable excluir cualquier modalidad de discurso del odio del ámbito de protección reforzada de la *Primera Enmienda*.

Otro argumento de la defensa de la libertad de expresión es la doctrina *del foro público* o *public fórum*. Esta afirma que la libertad de expresión no existe en abstracto. Sino que, por el contrario, el derecho a expresarse solo tiene sentido si se permite ejercitarlo en un foro efectivo. El espacio público es el ámbito donde la libertad de expresión ha de ser protegida con mayor intensidad pues es el lugar donde tiene lugar el intercambio de ideas y el debate público (Sunstein, 1993: 113). La *Primera Enmienda,* según el Tribunal Supremo, abarca no solo el derecho abstracto a expresarse sin ser censurado, sino también, el derecho del individuo a utilizar un medio adecuado y efectivo para la expresión de sus opiniones.

La razón de ser de la defensa de la libre expresión radica, precisamente, en proteger los mensajes que puedan ser considerados equivocados o lesivos; en el debate público se debe tolerar el discurso ofensivo e incluso indignante en aras a proporcionar un adecuado espacio de actuación ("*breathing Space"*) a las libertades protegidas por la *Primera Enmienda*. Así, en relación con el discurso del odio: todo discurso extremista, racista, xenófobo o incitador del odio ha de incardinarse bajo el ámbito del discurso político, o del discurso sobre asuntos con relevancia pública, recibiendo la consideración de *high value speech* o discurso de alto valor y, con ello, la máxima protección de la *Primera Enmienda*. Toda regulación del discurso del odio habría de calificarse como basado en un determinado punto de vista, infringiéndose con ello el principio de absoluta neutralidad del Estado sobre las convicciones morales y políticas (Sunstein, 1993:163-186). Por su parte, el único límite que cabe poner al ejercicio de la libertad de expresión es el de la incitación directa a una conducta que genere peligro claro e inminente. Este criterio es establecido por el juez Holmes en el voto particular a la sentencia *Schenk v. United States* [249 U.S. 47 (1919)]. Y, posteriormente, consolidada por la sentencia *Brandenburg v. Ohio* [395 U.S. 444 (1969)]. En esta última sentencia el Tribunal Supremo sienta el principio de que las garantías constitucionales asociadas a la libertad de expresión no permiten ni siquiera a un Estado prohibir la apología del uso de la fuerza o de la violación de la ley. Excepto, cuando esa apología está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilícita y es adecuada para incitar o producir esa acción.

Por eso, en el contexto del discurso del odio, la *sentencia Brandenburg* plasma la idea de que en los Estados Unidos las restricciones a la incitación al odio racial solo pueden ser auspiciadas bajo la *Primera Enmienda,* cuando constituyen incitación al odio racial violento. E incluso, en tal caso, solo ante la excepcional circunstancia de que la incitación provoque inequívocamente a acciones violentas inmediatas, e incluso, en tal caso solo ante la aún excepcional circunstancia de que los miembros de la audiencia se muestren de hecho dispuestos a responder de modo inmediato a la proposición del hablante (Schauer, 2005: 36). Es así como el discurso del odio goza de un amplio margen de actuación proporcionado por el test de la incitación directa a un peligro claro y presente (*direct incitement to a clear and present danger*). Es tal el grado de exigencia

que impone el test de la sentencia *Brandenburg* que, en la práctica, supone una absoluta impunidad del discurso del odio (Carmi, 2008: 347).

Es a partir de la década de los ochenta del siglo XX, con la rápida expansión de la teoría feminista, la teoría crítica de la raza y los discursos alternativos que atacan el discurso oficial dominante por considerarlo intrínsecamente opresivo y dominador por los varones blancos. A partir de este momento, surge una nueva convicción en la pluralización y fragmentación del discurso. De esta manera, se redefine la función de la libertad de expresión en Norteamérica y pasa a ser la protección de los discursos de los oprimidos y marginados y de sus defensores contra las tendencias hegemónicas del discurso de los poderosos (Matsuda, 1993: 13).

En algunas oportunidades, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano influencia de manera notable la doctrina sobre libertad de expresión del TEDH y del TC español. Sin embargo, esta influencia no es recíproca, ya que el Tribunal Supremo norteamericano se muestra reacio a la influencia de tribunales o legislaciones nacionales o internacionales. En lo que respecta al discurso del odio, los enfoques, tanto norteamericanos como europeo, no solo son diferentes, sino que también son imposibles de reconciliar. Esta diferencia radica en el trasfondo político y moral de ambas concepciones.

3. Diferencias entre las tradición legislativa europea y norteamericana.

Las diferencias establecidas entre el sistema europeo y norteamericano son abundantes y de diferente naturaleza. Por este motivo solo mencionamos algunas con tal de especificar y comprobar la diferencia de criterios en torno a la libertad de expresión, y más en particular, el tratamiento de los delitos de odio y los posibles límites a la libertad de expresión.

Existen razones metodológicas entre el TEDH y el Tribunal Supremo norteamericano. Es importante situar estas razones metodológicas, en las razones lógicas de dos comprensiones políticas diferentes. Por un lado: sobre el papel del Estado en los asuntos públicos y, por otro, sobre la comprensión de la libertad. El constitucionalismo norteamericano está basado en el *liberalismo clásico* que considera que el Estado es un potencial enemigo de las libertades individuales. Esta concepción estima que la función constitucional se circunscribe a no limitar en exceso las libertades de los ciudadanos sin protegerlos de la lesión en sus derechos por parte de terceros. De aquí, surge la necesidad de una acción por parte del Estado como presupuesto para la protección en sede judicial de un derecho. Los derechos son concebidos en forma negativa, como derecho a la no interferencia del Estado (Rivera, 2009: 51). La doctrina sobre la *Primera Enmienda* es expresión de una cultura en la que el libertarismo, el *laissez faire,* y la desconfianza hacia el gobierno permanecen como las características básicas de una ideología netamente americana (Schauer, 2005: 46-47).

En el modelo europeo, este asume una postura positivista y promocional del Estado en la labor de la defensa de los derechos de los ciudadanos. Además, de impulsar y

proteger las condiciones que aseguran su validez (Douglas Scot, 1999: 344). Ferreras (2008: 1175) expone que, si se considera al Estado, ante todo, como un enemigo potencial de la libertad, la Constitución se centrará en regular las relaciones entre los individuos y el Estado. Si se pone acento, en cambio, en su papel como protector de la libertad frente a los ataques de terceros, se acoge más fácilmente a la idea de que la Constitución debe regular las relaciones entre los particulares.

La diferencia de modelos es notoria en la propia constitucionalización del derecho. La *Primera Enmienda* establece un grado de protección absoluto de la libertad de expresión. Por otro lado, el ordenamiento jurídico europeo incorpora otros valores con los que la libertad de expresión puede entrar en conflicto y, por ende, puede dar lugar a una limitación del derecho. Schauer (2005: 45) considera que la diferente manera de regulación de los preceptos es la causa del desarrollo de las diferencias entre el modelo europeo y el modelo norteamericano. Estas diferencias llevan a aplicar diferentes criterios de enjuiciamiento. Es así como el Tribunal de Estrasburgo enjuicia los límites de la libertad de expresión a partir de un criterio de ponderación. Y, el Tribunal Supremo norteamericano a partir de un criterio de categorización o delimitación, lo que implica estándares flexibles, por un lado, frente a reglas rígidas por otro. El modelo europeo utiliza una ponderación basada en el principio de proporcionalidad. De esta manera, coloca a la libertad de expresión en conflicto con otros valores *prima facie* equiparables. Y hace depender la prioridad de uno u otro en relación con las circunstancias del caso concreto (Weinstein, 2009: 90). Por ejemplo: es el proceder valorativo del TEDH en el ámbito del art. 10.2 CEDH. Por su parte, el Tribunal Supremo, parte de una previa y rígida delimitación conceptual entre lo que forma parte del derecho a la libre expresión y lo que no forma parte, y de la asunción de su prioridad frente a cualquier otro valor (Schauer, 2005:47). Otra diferencia de orden teórico y metodológico es la diferencia que existe entre ambos modelos en torno a la comprensión de los derechos fundamentales. En el constitucionalismo europeo (o en la mayoría de los países de la Unión Europea) se admite la existencia de un efecto horizontal de los derechos fundamentales. Por lo tanto, se asume que los derechos fundamentales tienen efectos entre particulares. Y, por este motivo, es menester ser reclamado al Estado protección frente al ataque de otros ciudadanos. En cuanto al constitucionalismo norteamericano, este es reticente a admitir el efecto horizontal de los derechos fundamentales. Por esta razón, el Tribunal Supremo establece como condición procedimental que la vulneración sea directa o indirectamente atribuible a la *state action*, es decir a la acción del Estado.

En cuanto a la función de los derechos fundamentales, el sistema europeo asume una función positiva de los derechos fundamentales. Estos son concebidos como valores objetivos cuya protección y fomento es tutelada por el Estado. En el sistema norteamericano, los derechos fundamentales son comprendidos como derechos subjetivos de defensa.

Desde el punto de vista ideológico, la oposición del modelo norteamericano y el modelo europeo responde a profundas diferencias relativas a la concepción de las relaciones entre el individuo con la comunidad y con el Estado (Greenawalt, 1996: 124). En los

Estados Unidos de Norteamérica el papel del Estado sobre la libertad de expresión se limita a la no intervención. Es por esta razón que cualquier actividad que limite el ejercicio de la libertad de expresión es considerada ilegal. Esta situación sumada al individualismo característico del sujeto de derecho norteamericano y de la sociedad implica que la libertad de expresión siempre se antepone a cualquier valor comunitario. No solo frente a los que otorgan identidad a comunidades culturales determinadas, sino incluso, frente a los que definen y cohesionan la propia comunidad política en su conjunto (Carmi, 2008: 300). En relación con el discurso del odio, la defensa radical de la libertad de expresión del modelo norteamericano implica que, ante delitos de odio en el mercado de ideas, es necesario *more speech*, un "discurso de defensa". Ya que solo esa opción respeta la autonomía del ciudadano y permite, además, formar un debate público en torno a ese tema (Sunstein, 1993:141). Existe una importante resistencia a restringir este tipo de discurso, incluso el discurso humillante. El Estado es neutral en aspectos morales e ideológicos. De esta manera, se asegura una igualdad básica en torno a dicha neutralidad.

En el modelo norteamericano, la libertad de expresión es, esencialmente, libertad frente al Estado, frente a la intrusión colectiva y frente a la subordinación del individuo a la sociedad, formando así la piedra angular de la libertad negativa, que se encuentra en el núcleo de la relación ideal entre el ciudadano americano y su gobierno (Rosenfeld, 2000: 470). La desconfianza respecto del Estado, y hacia el poder, es uno de los argumentos más esgrimidos para rechazar toda limitación de la libertad de expresión. Es por este motivo, que la doctrina norteamericana se decanta por una delimitación rígida entre lo protegido y lo no protegido por la Primera Enmienda. A diferencia del modelo europeo que utiliza la técnica de la ponderación.

En el modelo europeo, se denota un enfoque comunitarista típico de las socialdemocracias europeas. El Estado tiene el deber de proteger los valores que definen y determinan la sociedad y las distintas comunidades que conviven en ella (Schauer, 2005:45). En las sociedades europeas, la multiculturalidad existente (con sus diferencias) es lo que legitima la restricción del discurso público, en aras a la protección de la dignidad identitaria de las comunidades culturales, étnicas o religiosas, o de grupos tradicionalmente minoritarios y discriminados; en la tradición norteamericana es, precisamente, esa diversidad cultural lo que justifica un discurso libre (Alcácer Guirao, 2013: 71).

Por otro lado, las posiciones opuestas de los dos sistemas se evidencian en torno a dos conceptos fundamentales: la libertad y la dignidad. Es un lugar común la afirmación de que la Constitución norteamericana es una constitución de libertad, mientras que la Constitución alemana es una Constitución de la dignidad (Carmi, 2008: 323-361). En el modelo europeo, la traumática experiencia de las dos guerras mundiales y, especialmente, el *Holocausto,* lleva a situar a la dignidad humana no solo como el germen y fundamento de los derechos humanos, sino como un límite irrebasable a un ejercicio desproporcionado de aquellos[266]. La noción de dignidad está vinculada a otros valores y derechos como, por ejemplo: la igualdad de trato y la no discriminación. De

[266] *Ibidem*, p. 324.

esta manera, en un posible conflicto con la libertad de expresión ante un episodio de discurso del odio; la dignidad se configura como argumento y como elemento de restricción de la libertad de expresión. Además, la dignidad está vinculada con el honor personal. Este es un derecho autónomo cuya protección está perfectamente definida en las legislaciones europeas. Así, en el caso del ordenamiento jurídico alemán como también, en el ordenamiento jurídico español. La Constitución española en su art. 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. También, la jurisprudencia lo confirma: "la dignidad humana es el núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días" (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). En el ámbito del discurso del odio, la protección se extiende a la del honor del grupo o comunidad cultural, así como a conformar los márgenes del honor o reputación social digna de proteger en atención a los factores particulares que conforman la identidad de grupo (Whitman, 2005: 118). El odio y el desprecio a cualquier pueblo o a cualquier etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana. Y, la dignidad humana solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, y a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean (STC 214/1991, FJ 8).

En el modelo norteamericano la dignidad tiene menor trascendencia en el plano constitucional de los derechos y en su relación con la Primera Enmienda. Cuando se vincula la dignidad se hace esta vinculación a derechos tales como la igualdad, el honor o la identidad social (Carmi, 2008: 287). Se hace de esta manera, con el objetivo de potenciar la libertad no de restringirla. La apelación a la dignidad humana no se coloca en oposición a la libertad de expresión y en clara referencia a la víctima. Esta perspectiva coloca la dignidad a favor de la persona que emite el discurso ofensivo. Así, reconociendo la dignidad del emisor del discurso, se legitima su libre expresión como una forma de defender la dignidad del hablante (Waldron, 2012: 139). En esta tradición jurídica la esencia de la libertad negativa es la libertad de ofender (Dworkin, 1996: 219). A diferencia de la concepción europea en la que el insulto es el límite al ejercicio de la libertad de expresión. Al ser incompatible con la dignidad de la persona y, al ser el honor el derecho atacado. Es por este motivo, que en el ordenamiento jurídico norteamericano no es posible sancionar la difamación colectiva.

Con respecto a la neutralidad del Estado, el modelo norteamericano rechaza una noción sustantiva de la democracia. En una democracia de estas características el Estado puede determinar qué valores, opiniones e ideas son contrarias a la Constitución o a la democracia. Y, justificando su defensa, se determina la restricción de las expresiones potencialmente lesivas. La noción de democracia en los Estados Unidos de Norteamérica es una concepción basada en el mercado de las ideas. Ninguna opinión puede ser rechazada y todas deben ser oídas. Como herramienta de búsqueda de la verdad. Ya que no es función del Estado determinar lo que es verdadero. Por lo tanto, la restricción del discurso hostil, extremista y vejatorio deslegitima al Estado a la hora de la exigencia por parte de este, del cumplimiento de las leyes contrarias a dichas opciones políticas. Cuando un grupo de ciudadanos racionales acuerdan una sociedad

política, no delegan en su gobierno el poder de seleccionar entre los distintos puntos de vista existentes. Renunciando a la pretensión de fijar una verdad, el orden político moderno no toma posición cuando son expuestas una pluralidad de verdades. Debe fomentarse que el ciudadano exponga sus preferencias individuales, atribuyendo a cada una igual valor moral e igual legitimidad para su difusión (Fox/Nolte, 1995:15).

Por su parte, la concepción europea de democracia que acoge el CEDH, es una concepción de *democracia militante* o de *democracia intolerante*. Es una democracia que se otorga el derecho a defenderse y a combatir activamente cualquier signo de subversión o desestabilización. Esta defensa se plasma a través de la restricción de derechos fundamentales y de la restricción de los movimientos que atenten contra el sistema democrático. En la Constitución alemana, la protección de ciertos derechos como el derecho de asociación del art. 9, el derecho a la libre expresión del art. 18 o el de la formación de partidos del art. 2, declina en su protección en situaciones en los que se abusa del ejercicio de dichos derechos con el objetivo de destruir el sistema democrático. La prohibición del Partido nacionalsocialista de 1952, y la del partido comunista en 1956 por parte del Tribunal Constitucional Alemán se sostiene en esa finalidad de protección de la democracia[267]. Esta cláusula de abuso de derecho también está recogida en el art. 17 CEDH. Con la finalidad de que los enemigos de la democracia no se sirvan de los derechos reconocidos en el Convenio como caballos de Troya para desestabilizar el sistema democrático y los valores que lo conforman (Cannie/Voorhoof, 2011: 56-57).

Por último, es importante comprender que si bien existen razones jurídicas que denotan una diferencia sustancial entre el modelo norteamericano y el modelo europeo en cuestiones relativas a la libertad de expresión. También, es valioso comprender que la libertad de expresión juega papeles diversos en diferentes contextos socio históricos. Si hay dos arquetipos que, respectivamente, sintetizan la historia americana y europea de la libre expresión, son los del disidente y la víctima (Alcácer Guirao, 2013: 77). El Holocausto es la manifestación del mal radical en la memoria colectiva europea. Y, conforma el mito fundacional de las democracias constitucionales europeas, tras la segunda guerra mundial y el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos. Fruto de la tragedia humana vivida, surge la figura de la víctima como actor social y político. Cuya dignidad debe ser protegida frente a cualquier forma de acción y expresión dirigida a menoscabarla. El sufrimiento y la memoria de las víctimas no puede quedar olvidado. Desde los postulados de la *justicia anamnética*[268], Auschwitz es a la vez lo que no puede olvidarse y lo que no puede nombrarse, ni comprenderse. Pero, tampoco puede negarse, porque su negación es un atentado a la memoria de las víctimas y sobre todo su reconocimiento como tales. Porque si se les niega se perpetúa su condición (Mate, 2003: 151-162). Esta perspectiva es especialmente sensible al potencial lesivo de la libertad de expresión, vinculando su ejercicio con las consecuencias que la complacencia del discurso racista genera en la Europa de los años treinta del siglo XX (Revenga, 2004: 35). Es esa complacencia y su excesiva permisividad durante la

[267] *Ibidem*, p. 32-33.

[268] Es un concepto de justicia que se interroga por los derechos negados en el pasado, por la vigencia del daño que sufrieron las víctimas inocentes y, por los vínculos entre la injusticia presente y la pasada.

democracia de Weimar lo que, por un lado, permite el desarrollo del nazismo; y, por otro, se produce una creciente y paulatina deshumanización de colectivos algunos sociales, tales como el judío, los gitanos, los homosexuales, etc. Propiciando el escenario idóneo para concretarse en la masacre que posteriormente tiene lugar con el Holocausto. Comprobando una vez más que la tolerancia hacia los intolerantes genera monstruos y monstruosidades.

En el polo contrario se encuentra la óptica americana sobre los autores de expresiones de odio a disidentes políticos. Esta perspectiva está íntimamente asociada a la imagen del disidente. El derecho constitucional estadounidense se caracteriza por una fuerte protección al disidente, es decir, aquel que cuestiona, e incluso ridiculiza los valores comunitarios (Rivera, 2009: 56). La figura del disidente integra el individualismo y la desconfianza al Estado. Siendo el Estado una entidad opresora y amenazante de la libertad individual. Por lo tanto, la Primera Enmienda es concebida, ante todo, como un paraguas protector del disidente, del *outsider*, frente al Estado y frente a la tiranía de la mayoría (Brietzke, 1997: 961). A su vez, la protección del disidente se justifica como un aspecto inherente a una democracia dinámica, como toda necesidad de una sociedad libre (Sunstein, 1993: 209). Esta postura es sorprendente e incluso ofensiva para los ojos de un ciudadano europeo. Sin embargo, la defensa de la ciudadanía y de ciertas minorías, entre las que se encuentran grupos declaradamente xenófobos, implica que la restricción de la libre expresión debido a su capacidad de ofender a una comunidad concreta puede llevar a justificar la restricción de la libre expresión de otros grupos sociales.

En cuanto a las ventajas del sistema norteamericano, propicia límites perfectamente demarcados entre el discurso ilícito y el discurso lícito. Cuando el discurso del odio representa una pequeña amenaza para el grupo objetivo y, al mismo tiempo, es repudiado por una gran mayoría, es preferible la tolerancia representada por el *more speech*. En cuanto a las desventajas, el enfoque norteamericano no está en conexión con los daños potencialmente graves que pueden producirse, tanto en el corto plazo como en el transcurso del tiempo y en lugares remotos. Además, este enfoque insiste en no considerar el daño potencial que produce el discurso del odio en relación con la igualdad y la dignidad de las víctimas. Así también, insiste en no considerar las actitudes convicciones y dignidad del público al que no va dirigido el mensaje. Este público puede rechazar lo que se denomina el llamado explícito al odio, no obstante, puede verse influenciado e incluso menoscabado por el mensaje implícito, más difuso y latente bajo la superficie de ese llamado explícito.

En cuanto a las ventajas del sistema europeo, este propicia las condenas del discurso del odio por considerarlo desagradable y antidemocrático. También se configura en una herramienta importante a la hora de combatir a los movimientos antidemocráticos y extremistas. Por otro lado, la persecución de las expresiones de odio y discriminación apuntalan la seguridad, la dignidad, la autonomía y el bienestar de la comunidad. Así, se comunica que el mensaje del odio no sólo es repulsivo, sino que también es inaceptable en una sociedad multicultural y plural. Un discurso de este tipo, promotor del odio y de

la violencia, no es tolerado, y que aquellos que lo difundan y promuevan son castigados. En cuanto a las desventajas, el ordenamiento jurídico en cuestión debe enfrentarse a la difícil tarea de trazar las líneas divisorias que separa el hecho de la opinión. Ya que a través de la regulación se pueden producir efectos contraproducentes de forma involuntaria, difundiendo y legitimando discursos lesivos. Por otro lado, la regulación del discurso del odio puede, imprudentemente, conferir facultades de censura sobre la correcta y legítima expresión política, literaria y artística a los funcionarios públicos y a los jueces.

Como conclusión, puede inferirse que ninguno de los dos enfoques es perfecto ni ideal. Ya que ninguno de los dos sistemas constitucionales deja de regular el discurso del odio. Sin embargo, el enfoque norteamericano parece menos satisfactorio que el enfoque europeo. Esta observación está íntimamente relacionada con la regulación mínima practicada en los Estados Unidos y las consecuencias del ejercicio de la libertad de expresión en torno al discurso del odio. El enfoque norteamericano subestima el daño potencial que causa el discurso que no llega a constituirse en una incitación a la violencia. Por otro lado, sobreestima el potencial de la deliberación racional (*more speech*) como medio para neutralizar las incitaciones y expresiones de odio. Es evidente que, manifestaciones o expresiones como las de odio, se configuran en expresiones toleradas oficialmente y ponen en peligro valores como la seguridad, la dignidad, la autonomía y el bienestar de las minorías sociales. Y, ante un escenario global, la tan mentada neutralidad del Estado se conforma en una desventaja importante a la hora de prevenir eventos o manifestaciones de odio. Por otro lado, ante el impacto de internet, y, ante la reforzada protección de la libertad de expresión que ampara al discurso del odio, los Estados Unidos de Norteamérica se configura en un gran exportador de este tipo de expresiones (propaganda neonazi) a escala global. Por el contrario, las sociedades europeas, son estados plurales y multiculturales que parecen estar más comprometidos con el mantenimiento de sociedades diversas. Al mismo tiempo, esta situación de diversidad exige regulación que cada vez se torna más apremiante ante diversas manifestaciones y expresiones de odio. Estas democracias pluralistas institucionalizan un tipo de discriminación contra las expresiones de odio que atacan la dignidad. Y, se comprende y se toma conciencia que el fomento y protección de ciertos discursos vejatorios y lesivos de ninguna manera contribuyen a una democracia sólida y estable.

Capitulo VI: Los tipos penales del odio y la discriminación. Los delitos de odio del discurso y los delios de actos de odio.

1. Antecedentes y origen del tipo.

En este trabajo de investigación es importante la incitación al odio del art. 510 CP (que se refiere de forma más estricta a los delitos de propaganda discriminatoria o *hate speech*) y, por otro lado, la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP (que se refiere a los delitos de odio y discriminación de forma amplia o genérica, *hate crimes*).

La normativa internacional se presenta como el punto de partida de las legislaciones penales europeas antidiscriminatorias. Después de la Segunda Guerra Mundial y fruto de la experiencia de la humanidad en torno al Holocausto, se asienta en el ámbito internacional la corriente favorable a la represión de ciertos comportamientos discriminatorios. Como base de este tipo de reglamentación, el Convenio para la Prevención y la Sanción de los Delitos de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas. Además, es necesario recalcar que, como antecedente importante de la regulación posterior sobre provocación a la discriminación, se promulga el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966. En su art. 20.2 explica que: "*toda apología del odio nacional, racial, o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley*".

Durante la dictadura franquista tanto en los Códigos penales de 1944 y 1973 el art. 165 ter es el precedente directo del futuro art. 510 CP de 1995 y dice que: "*1. Los que provoquen o inciten, directamente, mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. 2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delitos*".

Por su parte, el art. 22.4 CP tiene su precedente en el art. 10.17 CP 1973 (de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal). Esta circunstancia se limita a los delitos contra las personas o el patrimonio.

Ocho meses después de la muerte del General Franco, se realiza la reforma del Código penal por la Ley 23/1976, de 19 de julio, que introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español la sanción penal de una conducta de discriminación, concretamente la de las asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica (art. 172.4), aunque su duración es efímera al quedar sin contenido a través de la LO 4/1980. Se promulga siguiendo el Convenio de 1965, que, a diferencia de otros países europeos, se realiza en

torno al delito de asociación y no de provocación xenófoba. Este cambio según muchos autores se realiza para contentar a las instancias internacionales en el contexto de la dictadura franquista, pero sin efectividad práctica (Landa Gorostiza, 2004: 61).

Tras la muerte del dictador, los sucesivos gobiernos españoles trabajan para obtener una rápida adhesión a la entonces denominada Comunidad Económica Europea. El resultado de esta aprobación, en principio económica, implica obligaciones para España como Estado miembro que la obligan a ajustar su ordenamiento jurídico interno conforme a una serie de principios básicos comunitarios. Previamente a la adhesión el Estado español se une al Consejo de Europa el 24 de noviembre de 1977: es decir, un año antes de la promulgación de la Constitución española de 1978. Y, en su art. 10.2 CE establece que: "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*". De esta manera, el conjunto jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pasa a aplicarse en el Estado español, en materia de interpretación de los Derechos humanos desde el momento en que la Constitución entra en vigor.

En 1983 se realiza la reforma del CP de 1944 operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, y se introducen dos tipos delictivos con la intención de castigar las conductas de denegación discriminatoria de prestaciones realizada por el particular encargado de un servicio público (art. 165) o por un funcionario público (art. 181 bis) por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato (Rodríguez Yagüe, 2007:3). En este escenario la legislación antidiscriminatoria continua siendo deficitaria y todavía no cumple las obligaciones y estándares internacionales.

En un segundo momento, iniciado a partir de los años noventa del siglo XX, la tutela penal experimenta un proceso de expansión tanto en las conductas típicas previstas en los Códigos penales y legislaciones especiales europeas como en las causas de discriminación contempladas que determina un giro de la inicial regulación penal antirracista hacia una regulación penal protectora del derecho a no ser discriminado[269].

Unos años más tarde de la incorporación de España a la Unión Europea, diversos países del norte de Europa (Dinamarca, Suecia, Noruega, Holanda y Bélgica) regulan por primera vez la institución de parejas de hecho[270]. Con la intención de dar también cobertura legal a las uniones de personas del colectivo LGTBI, situación previamente solo contemplada para parejas y uniones heterosexuales. Esta corriente defensora y tuitiva es seguida por el Parlamento Europeo y por Resolución de 8 de febrero de 1994 emite una contundente Recomendación (sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en el Unión Europea), a los estados miembros de la Unión Europea, al efecto de evitar la discriminación en el trato a las personas LGTBI, y

[269] *Ibidem*, p. 2.

[270] Dinamarca: Ley sobre Registro de Parejas, de 7 de junio de 1989; Suecia: Ley de cohabitantes de 23 de junio de 1944; Noruega: Ley sobre Registro de Parejas, de 26 de noviembre de 1994.

conmina a las autoridades a evitar agresiones provenientes de terceros contra estas personas.

Esta recomendación ejerce una influencia notable en los estados miembros y también en el Estado español, propiciando la aprobación de normas jurídicas internas en ese sentido, entre las que destaca el Código penal de 1995. Sin embargo, estos nuevos recursos jurídicos (a través de la práctica jurídica y jurisprudencial) para combatir la discriminación y la desigualdad causada por la orientación sexual y la identidad de género ponen en evidencia en nuestro país la debilidad de la cadena de intervención del Derecho penal en este ámbito (De la Rosa Fernández, 2011: 30).

Es el Código penal alemán el modelo elegido por el legislador español para configurar el delito del art. 510 CP. El parágrafo 130 del Código alemán prevé una serie de conductas discriminatorias que abarcan la incitación al odio, a la violencia, a las injurias y calumnias contra un determinado grupo de la población. En dicho precepto se exige un ataque a la dignidad a través de incitaciones directas al odio, violencia e injurias, amenazas que posean la suficiente idoneidad *ex ante* para perturbar la paz pública.

Un Breve apunte sobre Principio de Igualdad y Prohibición de Discriminación. El bien jurídico protegido.

En nuestro ordenamiento jurídico y más precisamente en el Código penal, se prevén un buen número de comportamientos típicos en los que se sancionan determinadas conductas discriminatorias y de odio de manera separada. Es importante comprender que el debate realizado en torno al principio de igualdad y de la prohibición de no discriminación en sede constitucional, sienta las bases para su ubicación en sede penal y, también para la interpretación que le otorga la jurisprudencia (Rebollo Vargas, 2018: 195).

Estas previsiones para el ámbito penal se ubican en el marco constitucional previsto en la Constitución española, fundamentalmente, en el art. 14. El bien jurídico protegido es la igualdad de las personas protegidas en dicho artículo del texto constitucional y, en consecuencia, el derecho a no ser discriminado en íntima conexión con el respeto a la dignidad de la persona del art. 9 CE. En el art. 14 CE, se ponen en evidencia dos mandatos incuestionables. El primero, relativo al inciso de igualdad y, el segundo, referente a la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Esta interdicción de discriminación por distintas razones no está compuesta por un elenco cerrado de supuestos. El constituyente extiende la prohibición a cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación que tiene por objeto proteger la igualdad se traslada al Código penal estableciendo la prohibición de comportamientos discriminatorios, por ejemplo: la discriminación en el empleo (art. 314 CP), la provocación a la discriminación (art. 510 CP), la denegación de prestaciones correspondientes a un servicio público o privado (arts. 511 y 512 CP), o las

asociaciones ilícitas que promueven o inciten a la discriminación (art. 515 CP), además de la agravante genérica de discriminación del art. 22.4 CP[271].

El Tribunal Constitucional señala que en el principio de igualdad ante la ley se pueden distinguir dos manifestaciones distintas: la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. El primer supuesto responde al principio de igualdad tradicional. Y el segundo, se refiere a que los aplicadores de la ley no pueden diferenciar entre supuestos de hecho de forma arbitraria (Glück, 2004: 44). En consecuencia, se produce una violación del principio de igualdad en el momento que un mismo precepto se aplica en casos iguales de manera diferente por motivaciones arbitrarias, no fundado en razones jurídicas atendibles (STC 8/81, de 30 de marzo).

La discriminación no es una diferenciación en sentido neutro, se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual a los miembros de un grupo o colectivo social no solo se dispensa un trato diferente, sino inferior y, en muchos casos, despectivo y minusvalorizante. Las personas pertenecientes a estos grupos sociales minoritarios poseen ciertos rasgos o características inherentes (que los diferencian de la mayoría social) sobre los que carecen de capacidad de elección. Esta situación produce una indiscutible marginación que tiene raíces históricas, sociológicas y culturales muy arraigadas (Rodríguez Yagüe, 2007: 61). En este sentido, el trato discriminatorio implica una negación de igualdad entre los seres humanos fundamentada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia (Laurenzo Copello, 1996: 235).

Una de las diferencias sustanciales entre el principio de igualdad y la prohibición de no discriminación residen en la existencia de una serie de manifestaciones negativas en las que se prohíben comportamientos discriminatorios contra ciertos colectivos, a lo que cabe añadir la necesidad de corrección material de las situaciones que objetivamente sean discriminatorias (Rebollo Vargas, 2018: 198). Por lo tanto, cuando se comete un delito de odio, por ejemplo, hacia una persona LGTBI únicamente por su orientación sexual, por su identidad o su expresión de género, no solo se vulneran los derechos fundamentales de la víctima, sino que se lanza un mensaje de intolerancia y rechazo hacia todas las personas LGTBI, que se puedan dar por aludidas y que puedan sentir miedo a sufrir una agresión por pertenecer a este colectivo social. El delito de odio es un atentado a la dignidad de la víctima y también a la de todo el colectivo al que esta pertenece. Además, de a la paz pública o la sensación de seguridad.

El delito de odio vulnera los siguientes derechos fundamentales recogidos en la Constitución española:

Art. 1: la igualdad, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Art. 10: la dignidad de la personas y el libre desarrollo de la personalidad.

Art. 14: el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

[271] *Ibidem*, p. 196.

Una correcta y adecuada explicación del origen y fundamento de los delitos de odio no puede ignorar que la igualdad y la no discriminación solo pueden se consideradas como la expresión de la dignidad humana. Esta debe interpretarse como el respeto que debe otorgarse a cualquier ser humano por el mero hecho de serlo. Se trata de una cualidad inherente, que se reconoce y protege pero que no se otorga, y que se conforma como el presupuesto que posibilita el libre desarrollo de la personalidad, es decir, la libre elección que toda persona tiene para optar por un proyecto de vida digna dando cauce a sus capacidades, naturales o adquiridas, al margen de cualquier consideración (Circular de la Fiscalía 7/2019: 7).

Por su parte, el art. 9.2 CE establece que 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 efectivos; 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.

2. El Código Penal de 1995.

A partir de los años ochenta del siglo XX, se dan las condiciones para el aumento de las ideologías xenófobas o racistas. El contexto está marcado por una fuerte crisis económica y aumento del paro. España pasa de ser un país emisor a receptor de inmigración. Por ende, en la década de los años noventa del siglo pasado proliferan brotes racistas y xenófobos, como lo certifica el informe anual del Defensor del Pueblo (1992: 33). *"Durante 1992 la sociedad española se ha visto afectada por hechos de marcado significado discriminatorio racial producto de ciertas actitudes xenófobas y de rechazo a grupos étnicos, que, por las cambiantes circunstancias internacionales, se ven obligados a inmigrar a otros países, entre ellos España"*.

Hasta el momento no existe un rechazo social y abierto al inmigrante, al extranjero, al diferente. La situación cambia a partir de las políticas de control de los flujos migratorios, concretada en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y reforzadas por la necesidad de armonización con las políticas de la Unión Europea. Es así como las políticas activas de inmigración se convierten en políticas contra la inmigración, generando una imagen negativa y estereotipada del inmigrante económico, y un posterior rechazo social, siendo en buena medida responsables de esta situación los poderes públicos (Landa Gorostiza, 2001: 34).

Este contexto genera manifestaciones xenófobas que alcanzan su punto álgido de contestación y alarma social, con el asesinato de la joven inmigrante dominicana Lucrecia Pérez, el 13 de noviembre de 1992, en Aravaca, Madrid. El fallo de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 6ª, de 4 de julio de 1996, confirmada por el Tribunal Supremo, declara la concurrencia de motivos discriminatorios: "*Todo lo anterior se ha traído a colación precisamente para destacar que los procesados estaban vinculados todos ellos por los mismos sentimientos racistas y xenófobos y esta fue la causa, los móviles, absolutamente repudiables, de que acudieran a la discoteca*

Four Roses" (Díaz López, 2013: 34). Siendo esta la primera sentencia por crimen racista de la democracia española.

A raíz de estos hechos, se produce una difusión importante en los medios de comunicación masiva que genera una fuerte presión social contra estos actos de racismo y xenofobia. Situación que también tiene su eco en la actividad parlamentaria. Estos incidentes de discriminación y su popularización (que sufren ciertas personas por compartir o poseer alguna característica identitaria como la raza, la lengua, la religión, la orientación sexual, etc., que les distingue del grupo social mayoritario o de los cánones de normalidad establecidos por la sociedad) favorecen a la toma paulatina de conciencia tanto en el ámbito nacional como internacional de los procesos de marginación social.

El Código penal de 1995 presta una atención desconocida hasta el momento por el propio ordenamiento a las conductas discriminadoras. Optando por la vía punitiva para hacer frente a este tipo de comportamientos delictivos, y respondiendo a las tendencias expansivas internacionales en materia de política criminal (Laurenzo Copello, 1996: 223). Este texto legal surge al abrigo de la atmósfera de intranquilidad, y del ataque a la paz social o el orden público como justificación de la intervención penal (Cuerda Arnau, 1995: 5248), ya que previamente y solo de manera tímida el legislador presta atención a los comportamientos discriminatorios en el texto legal del año 1983. La clara opción del legislador por una vía sancionadora para combatir las conductas discriminadoras genera objeciones de la doctrina mayoritaria desde el punto de vista del principio de intervención mínima del Derecho penal, ya que se procede a adelantar de modo sistemático las barreras de protección o extender la punición a casi todos los ámbitos de la vida social.

También en este periodo es importante destacar la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional en torno al principio de no discriminación del art. 14 CE que permite el desarrollo de esta nueva legislación. La conducta discriminadora atenta directamente contra un bien esencial de toda persona: el derecho a ser tratado como un ser humano en igualdad de condiciones que el resto de las personas, siendo condición básica de la existencia de cualquier persona y se lo relaciona con la idea de dignidad personal. Si bien es evidente que nos encontramos ante un bien jurídico individual, en ocasiones algunas conductas colocan en una situación de marginación y desventaja a ciertos grupos sociales (minorías sociales). Por otro lado, las conductas dirigidas a discriminar a determinadas personas o grupos afectan directamente al modelo de convivencia trazado por la Constitución como bien jurídico y, de esa manera, pone en peligro uno de los pilares sobre los que se asienta el Estado social y democrático de Derecho (STC 176/1995, de 11 de diciembre). Ya que las conductas discriminatorias suponen la creación o la profundización de las desigualdades entre los miembros del cuerpo social por razón de sus características diferenciales. El TC establece una estrecha relación en las conductas de discriminación y la dignidad humana. Y ante la gravedad de la capacidad lesiva de la discriminación, se funda la justificación de la intervención penal (STC 214/1991, de 11 de noviembre)[272].

[272] *Ibidem*, p. 5245.

Es así como se produce la reforma de modificación del Código penal español LO 4/1995, de 11 de mayo, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. Se incorpora el delito de provocación (art. 165 ter CP 1973), e irrumpe la agravante genérica antidiscriminatoria en nuestro ordenamiento (art. 10.17 CP 1973), precedente del art. 22.4 CP, coincidiendo con el Año Internacional de la Lucha contra la Intolerancia. El art. 10.17 CP 1973 establece que: *"son circunstancias agravantes. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima*".

Posteriormente, con la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal entra en vigor dicho texto legal y en este la circunstancia agravante del art. 22.4 CP. De esta manera, se pasa de un ordenamiento deficitario a nivel antidiscriminatorio, con la LO 8/1983, a igualar o incluso superar a los modelos más expansivos, de tradición latina y los estándares internacionales en la materia (Landa Gorostiza, 2001: 50).

Asimismo, con la agravante se introducen numerosos tipos penales antidiscriminatorios, que se encuentran diseminados por el CP, que en caso de concurrir dichos tipos penales la agravante no puede ser aplicada, en virtud del principio *non bis in idem.* Estos tipos penales antidiscriminatorios conforman un catálogo de delitos de odio y discriminación, ampliamente aceptado por la doctrina jurídica, aunque no unánime, y son los siguientes:

-La agravante del art. 22.3 CP

-El delito de amenazas contra grupo social o cultural art.170.1 CP

-El delito de discriminación en el ámbito laboral art. 314 CP.

-El delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación y el delito de difusión de información injuriosas. Art. 510 CP.

-El delito de denegación de una prestación por el encargado de un servicio público o por el funcionario público art. 511 CP.

-El delito de denegación de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales art. 512 CP.

-Delito de asociación ilícita para promover el odio, la violencia o la discriminación art. 515.5 CP.

-Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos art. 522 a 525 CP.

-Los delitos de genocidio y lesa humanidad art. 607 y 607 *bis* CP.

-Delito de clonación para la selección de la raza art. 16.3 CP.

-Descubrimiento y revelación de secretos 197.5 CP

-El delito de prácticas de segregación racial con ocasión de conflicto armado art. 611.6CP.

Para prevenir el fenómeno de la discriminación este texto legal penal cuenta con cuatro delitos: dos de ellos, los de provocación a la discriminación y asociación ilícita (recogidos en el apartado dedicado al ejercicio de los Derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución y dentro del Título XXI de los delitos contra la Constitución) y los otros dos: el genocidio y la difusión de doctrinas con él vinculadas (en el Título XXIV relativo a los delitos contra la Comunidad Internacional).

En el Código penal de 1995 no existe un criterio de sistematización de los preceptos antidiscriminatorios. Sin embargo, podemos organizarlos convenientemente en medidas antidiscriminatorias genéricas y otras de carácter más específico dependiendo de los ámbitos a los que se otorga la protección. Dentro del primer grupo, son preceptos que intentan prevenir conductas que fomenten o favorezcan la discriminación en el conjunto de la sociedad (contra minorías sociales). En esta clase y ante la gravedad de la conducta corresponde citar al delito de genocidio art. 607.1 CP. También, debe mencionarse el delito de provocación a la discriminación del art. 510 CP, y el de asociaciones ilícitas que promuevan el odio o la violencia del art. 515.5 CP. Asimismo, el delito de difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen las practicas genocidas del art. 607.2 CP. Y, por último, la circunstancia agravante del art. 22.4 CP. A diferencia de la agravante del Código penal anterior, la agravante ya no limita su aplicación a un conjunto determinado de delitos, sino que se extiende a todos los delitos. En el segundo grupo, las disposiciones antidiscriminatorias están relacionadas con ámbitos y bienes concretos. El legislador tiene en cuenta aspectos de la vida de las personas que pertenecen a algún colectivo social minoritario, y por esta razón, se ven afectados en sus vidas con mayor frecuencia a situaciones de marginación y hostilidad. En esta categoría están agrupados los delitos como la discriminación en el empleo art. 314 CP, denegación de prestaciones correspondientes a servicio público o privado arts. 511 y 512 CP. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos art. 197.5 CP y de amenazas art. 170 CP. También el delito de selección de la raza del art. 161.2 CP.

Todas estas conductas discriminatorias tienen en común la creación de actitudes intolerantes y hostiles hacia ciertos colectivos que pueden desembocar en la marginación de sus miembros. Es por esta razón que se produce un adelantamiento general de la protección ante conductas idóneas para lesionar ciertos bienes jurídicos tutelados. Otro elemento que concede cierta unidad (amén del delito de genocidio, en el que los colectivos protegidos están determinados por la legislación internacional y la circunstancia agravante del art. 22.4 CP que exige un análisis específico debido a su naturaleza circunstancial) en todos los demás supuestos son las causas de discriminación, concretándose en las siguientes características del sujeto o del grupo afectado: raza, etnia, nacionalidad, ideología, religión u otras creencias, situación familiar, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía (Laurenzo Copello, 1996: 245). Sin embargo, el legislador no elije una redacción única para definir las causas de discriminación, en algunos preceptos se decide por formulaciones reiterativas (duplicidad) difíciles de delimitar que dan lugar a equívocos en la interpretación de su

contenido, como por ejemplo la agravante genérica del art. 22.4 CP y en el delito del art. 510 CP.

Del contenido de estos preceptos se desprenden tres conclusiones importantes para el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI. En primer lugar, el legislador español cataloga la orientación sexual entre los derechos fundamentales y libertades públicas, aun cuando nuestra Constitución no la menciona expresamente en la relación que de estos hace en los arts. 15 y ss. En segundo lugar, establece que cabe la discriminación contra las personas por razón de su orientación sexual, aunque en el art. 14 de la Constitución no mencione la misma, lo cual subraya la idea de que hay que considerarla incluida en dicho precepto. Es la primera vez, que en un texto legal se habla de discriminación por razón de orientación sexual. Y, en tercer lugar, sanciona las conductas que discriminen a las personas por su orientación sexual, lo cual significa que les dota de una protección jurídica de la que carecen hasta el momento. Todo ello pone de manifiesto que nuestro Código penal se sitúa en las antípodas de la legislación penal que hasta el momento rige nuestro ordenamiento jurídico (Alventosa del Río, 2008: 176)

El art. 510 CP. El delito de provocación a la discriminación, al odio, o a la violencia.

En sociedades como la nuestra con una discriminación estructural importante (Álvarez Rodríguez, 2019: 51), el pasado histórico discriminatorio forma un *background* que revive una y otra vez con el discurso del odio, y que trae a la mente de las minorías victimizadas y al recuerdo de la sociedad los peores pasajes de la historia de la humanidad (De Pablo Serrano, 2017a: 150). Por parte de la doctrina especializada, Cueva Fernández (2012: 100) define el discurso del odio como: "cualquier expresión cuyo propósito principal sea el de insultar o denigrar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, religión u orientación sexual, etc., o para despertar enemistad u hostilidad contra él". En este sentido, el art. 510 CP es uno de los más destacados instrumentos político-criminales con los que cuenta el sistema penal español en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia (a los miembros de las minorías sociales) y cualquier tipo de discriminación, a pesar de importantes conflictos con ciertas libertades (Gómez Martín, 2016: 2).

Asimismo, existen varias infracciones penales relativas al *hate speech* en diversos artículos del Código penal. El art. 510.1 CP relativo a la prohibición de provocar a la discriminación, al odio o a la violencia; el art. 510.2 CP relativo a la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos en relación con la ideología, religión o creencias; el art. 170.1 CP relativo a las amenazas a grupos sociales; el art. 607.2 CP relativo a la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos relativos al genocidio. Además, existen otros tipos penales más o menos conectados al discurso del

odio. Sin embargo, desbordan el área de nuestra investigación[273] que se ciñe a los delitos de odio de delitos agravados y del discurso del odio.

El artículo está incluido en la Parte Especial del Código penal, en la Sección 1º ("De los delitos cometidos con ocasión de ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución") del Capítulo IV ("De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas") del Título XXI ("Delitos contra la Constitución") del Libro II del CPE, el art. 510 sanciona las conductas de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra determinados grupos o asociaciones. El precepto establece:

"Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, su orientación sexual, enfermedad, o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses".

El delito de provocación a la discriminación, odio y violencia que contempla el art. 510 CP representa el problema de la intervención penal ante la nuda manifestación de la palabra (*hate speech o propaganda discriminatoria*) y de cómo y dónde fijar los límites para evitar que un derecho tan fundamental como el de la libertad de expresión quede malherido y con él la propia democracia (Landa Gorostiza, 2012: 298). El derecho a no ser discriminado y a la dignidad de las minorías en el caso del discurso del odio puede entrar en conflicto con la libertad de expresión (Portilla Contreras, 2015: 717). Se trata de conductas excluyentes y xenófobas de corte populista y clasista en las que se difunden de forma generalizada mensajes alarmistas que equiparan peligrosamente delincuencia con personas extranjeras o diferentes y se asocian todo tipo de rumores negativos con el fin de estigmatizar a esos grupos sociales (Aguilar, 2011: 6). En consecuencia, estas conductas atentan contra la convivencia y la pluralidad de la sociedad, alentando a través de la hostilidad (en tiempos de crisis social y económica) el rechazo, la exclusión y la discriminación.

El Derecho penal tiene dos funciones claramente definidas: es una herramienta de protección de bienes jurídicos y, también es un mecanismo de control social ante las conductas desviadas de la ciudadanía. En los últimos años, el Derecho penal es utilizado como medio de limitación de determinados derechos fundamentales, en lugar de ser los propios derechos fundamentales especialmente recogidos por la carta magna los que limiten el uso del Derecho penal. Bajo la promesa de una mayor protección, se utilizan ciertos instrumentos penales, entre los que se encuentra el art. 510 CP, y se reprimen

[273] Por ejemplo: el art. 523 CP el que con violencia amenaza…; el art. 524 CP castiga al que en lugares de culto realice actos de profanación…; el art. 525.1 CP castiga al que ofenda lo sentimientos religiosos a través de publicaciones o manifestaciones haga escarnio de una confesión...; y el art. 615 castiga la provocación y la proposición para la ejecución de delitos. Los arts. 205 y 207 CP que castigan la calumnia, los arts. 208 -201 CP que castigan la injurias, el art. 22 CP las asociaciones que persiguen fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales y el art. 18.1 CP cuando se incita directamente a la provocación y a la apología por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante.

libertadas consagradas constitucionalmente, poniendo en evidencia las tensiones del binomio seguridad-libertad. Esta atípica utilización pone en entredicho los límites del Derecho penal, en consonancia con el principio de mínima intervención, carácter subsidiario y de última *ratio* del ordenamiento punitivo. En sentido contrario, con una visión conservadora y tuitiva, el fiscal Dolz Lago (2016: 19) considera que este conflicto es artificial y no existe enfrentamiento entre los delitos de odio con las libertades de expresión, manifestación y asociación.

Por tanto, dependiendo de cómo se materialicen los delitos de odio queda delimitada su naturaleza jurídica, a pesar de que la fiscalía lo considera un delito de peligro efectivo, estableciendo como bien jurídico protegido el derecho fundamental a la igualdad y la protección de minorías sociales vulnerables[274]; la mayoría de la doctrina considera que debe tenerse en cuenta únicamente la puesta en peligro de un bien jurídico, con independencia de su materialización, siendo suficiente con que pueda dar lugar a una conducta antidiscriminatoria. De esta manera, no se observa una vulneración efectiva del derecho, sino su puesta en peligro por las posibles consecuencias que puedan derivarse, tratándose de un delito de peligro abstracto. Sin embargo, es sustancial analizar el contexto y el foro de la situación, no se puede afirmar que existan conductas que en abstracto sean siempre peligrosas para incitar a la comisión de delitos motivados en las características de un individuo perteneciente a un colectivo social determinado, ya que depende de su modalidad y de las circunstancias concurrentes. Por ejemplo, y haciendo referencia a los diferentes canales de comunicación dentro de las nuevas tecnologías, los canales cerrados de comunicación son de acceso restringido y su imposibilidad de acceso implica unas conductas llevadas a cabo en éstos menos peligrosas, al no crear una situación de peligro efectivo para una persona o colectivo. Por el contrario, en los canales abiertos de comunicación la misma conducta puede resultar mucho más peligrosa, puesto que no se pueden predecir las consecuencias de los actos, dependiendo del receptor de estas.

El concepto normativo de peligro, como concepto válido para el Derecho penal, se ha de definir como probabilidad de lesión de un bien jurídico penal. El grado de probabilidad exigible será lo que determine en un primer momento, la idoneidad de ese peligro para lesionar el bien jurídico (Corcoy Bidasolo, 1999: 45). En este sentido, la jurisprudencia propone "delito de peligro hipotético o potencial", un híbrido a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto en el que no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también que la conducta sea potencialmente peligrosa, idónea para la creación de un peligro concreto, sin necesidad de que éste se materialice (STS, Sala Segunda, 865/2015, de 14 de enero).

En términos generales, el discurso del odio se puede definir como una acción comunicativa orientada a promover y alimentar las manifestaciones de odio y rechazo hacia determinadas personas o grupos de personas, utilizando expresiones de desprecio hacia el grupo en cuestión por sus características específicas. No todos los discursos de odio son punibles. Al respecto, el discurso de odio punible (delito) hace referencia a las acciones comunicativas que constituyen delito de acuerdo con el Código penal español,

[274] *Ibidem*, p. 11.

al tener como finalidad fomentar, promover o incitar públicamente al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra una persona o contra un grupo. La definición de qué tipo de contenido y en qué circunstancias constituye discurso de odio punible es un tema muy complejo que genera desencuentros en la doctrina en torno al derecho fundamental a la libertad de expresión y su posible utilización para justificar los prejuicios y el odio.

La definición de discurso de incitación al odio ha sido y es objeto de polémica a nivel internacional. Y esta controversia surge de la tensión entre la necesidad de clarificar y delimitar su contenido y la de ofrecer un abanico suficientemente amplio para abarcar infracciones muy diversas. A nivel internacional existen dos definiciones fundamentales: la primera es la del Consejo de Ministros del Consejo de Europa que en su Recomendación R (97) 20 lo define como: "*todas las formas de expresión que extiendan inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia"*. En su principio nº 4 concede al discurso del odio una finalidad concreta: "*el discurso del odio está dirigido a la destrucción de los derechos y libertades establecidos en la Convención o a su limitación en mayor medida que la prevista en la misma*". Esta definición es tachada por algunos autores como forzada (Díaz López; 2013: 66), sin embargo, es plenamente aceptada y adoptada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por los tribunales nacionales. Siendo un concepto autónomo que no se encuentra vinculado a la clasificación que hacen los tribunales internos (Quesada Alcalá, 2015: 8).

En esta primera definición se impone a los gobiernos e instituciones la responsabilidad de prohibir y rechazar los discursos que promuevan y legitimen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de discriminación y odio basado en la intolerancia. Sin embargo, no se acota el concepto de discurso de odio, y mezcla los conceptos de promoción e incitación al odio (que pueden ser interpretados o equiparados a agresión), a la violencia e intimidación contra un determinado colectivo, cuando tienen distintos significados. De esta manera, se amplía la capacidad de censura del tipo y se pone en entredicho la función garantista del Derecho penal. Teniendo en cuenta que una cosa es promover o incitar a un determinado sentimiento y, otra cosa, es incitar o promover a la violencia, intimidación o discriminación hacia terceros (incitar a conculcar derechos y libertades) motivado por la intolerancia y el odio. La promoción o incitación a un sentimiento estaría amparado por el derecho a la libertad de expresión y el derecho inherente de la persona a experimentar un sentimiento; mientras que la incitación o la promoción a la violencia serían conductas subsumibles a categorías jurídicas como la apología y la provocación para delinquir (Cámara Arroyo, 2017: 11).

Para poder contextualizar y entender mejor la evolución del art. 510 CP, es útil citar el origen. La norma está inspirada en lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención de la Asamblea General de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial

de 1965[275], y tiene como precedente al artículo 165 ter del CPE 1944/1973[276]. Asimismo, el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley). Por lo tanto, el precepto supone la traslación al plano legislativo del compromiso asumido por el Estado español al ratificar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación. Hasta la adopción de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, el legislador no modifica el Código penal de 1973, que hasta entonces no incorpora la tipificación de la apología de los delitos de genocidio, provocación y apología de la discriminación y agravamiento del racismo.

La circunstancia de que una de las herramientas más poderosas (art. 510 CP) de la Política criminal española en la lucha de la discriminación venga representada por un precepto en el que se castiga la provocación a la discriminación, el odio o la violencia, no debe verse como algo casual. Paulatinamente, en el entorno europeo se impone la tesis de que la lucha penal contra la discriminación debe realizarse, predominantemente, a través de la tipificación de conductas de provocación o incitación a la violencia, la discriminación o el odio racial, homófobo, etc., se trata de conductas que están en los límites de la participación intentada de una discriminación efectiva y que se castigan, aunque no se produzca esta (Gómez Martín, 2016: 3).

La particularidad de este delito radica en que la lesión del bien jurídico se produce por una conducta que es llevada a cabo por el autor en el ejercicio de un derecho fundamental, la libertad de expresión y opinión. El legislador regula el posible conflicto entre derechos fundamentales de forma que marca los límites de quienes en el ejercicio fundamental a la libertad de expresión y de participación activa en la vida social y política lleva a cabo las conductas descritas en los arts. 510.1 y 510.2 CP, donde actos

---

[275] *Artículo 4: "Los Estados partes condenan toda propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial cualquiera que sea su forma, y se comprometan a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y con este fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otros, las siguientes medidas: a) declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluidas su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella".*

[276] *1.Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. 2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito.*

del habla o similares están dirigidas a la subordinación a la marginación de unos contra otros inhibiendo el disfrute de derechos que permiten la participación política en igualdad de condiciones. El límite entre el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales mencionados y la conducta penalmente relevante se concreta en provocar dolosamente a la discriminación, violencia u odio o difundir informaciones injuriosas contra grupos o asociaciones. Se trataría de proteger la dignidad en el sentido de la existencia social básica de las personas, su reconocimiento como iguales (Waldron, 2010: 1610) y la salvaguarda de las condiciones de seguridad básicas de desenvolvimiento de los miembros de un grupo social (Landa Gorostiza, 2000: 315).

La delimitación de las conductas típicas se concreta en la intención del legislador español de castigar la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia. El precepto exige que estas modalidades sean dirigidas contra grupos o asociaciones en situaciones de especial vulnerabilidad. En primer lugar, por lo que se refiere a la provocación a la discriminación, restrictivamente, se exige que la discriminación debe tener como objeto un hecho ilícito, no necesariamente penal. Sin embargo, el trato desigual debe calificarse en sentido jurídico, de discriminador. En segundo lugar, se incriminan las conductas de provocación al odio, exigiendo que dichas conductas se dirijan a ahondar actitudes de auténtica hostilidad hacia determinadas personas. Y, como tercera modalidad delictiva, el art. 510.1 CP sanciona la provocación a la violencia que, igualmente debe recaer sobre grupos o asociaciones colocadas en una especial situación de vulnerabilidad (Jericó Ojer, 2005: 194), es calificado como delito de xenofobia en sentido estricto (Vives Antón, Carbonell Mateu, 2004: 998) y como delito de peligro abstracto (García Álvarez, 2004: 227). Esto significa que la acción típica, la provocación, no origina una situación concreta de desventaja para una persona, sino que, en todo caso, crea las condiciones para que esa situación sea ocasionada en un futuro por otros.

Generalmente, se entiende que el bien jurídico que se protege es el derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social (Laurenzo Copello, 1996: 236 y ss). Se configura como un bien jurídico supraindividual orientado a la protección de la seguridad y de la indemnidad de ciertos colectivos especialmente vulnerables frente a comportamientos hostiles, intolerantes y discriminatorios. Aunque existen sectores de la doctrina que consideran que existe un interés individual, es decir, el derecho a ser tratado como un ser humano igual que los demás (Camarero González, 2013: 13). Para la doctrina mayoritaria el bien jurídico protegido en este delito es el derecho a la no discriminación del art. 14 CE, como derecho autónomo al derecho a la igualdad y con una dimensión individual y colectiva (Tapia, 2010: 1780).

Como delito de peligro abstracto, Laurenzo Copello (1996: 250) considera que la conducta puede considerarse peligrosa para el bien jurídico tutelado, pero no ser ilícita. El determinante de la intervención penal requiere un acto concreto de discriminación. Cuando una persona es relegada a una situación de desventaja debido a su raza, etnia, creencias, etc., se conculca su derecho a ser tratado como una persona igual que las demás. Por lo tanto, las conductas que no implican directamente ese resultado suponen

un peligro para el bien jurídico, pero no lo lesionan. No es necesario que la conducta provocadora cree un peligro directo para alguno de los integrantes de un grupo social, sino que basta con que sea idónea para originar una hostilidad que puede concretarse en un acto de discriminación[277]. Se exige la peligrosidad de la acción, de la aptitud de la conducta para originar un peligro para el bien jurídico tutelado[278].

La conducta típica: *provocar a la discriminación* significa incitar a que otros discriminen, a que otros lesionen los bienes jurídicos tutelados (art. 14 CE). La provocación es una conducta peligrosa, aunque no lesiva, que crea las condiciones para que esa situación sea ocasionada por otros. Lo más frecuente es que tales comportamientos vayan acompañados de consideraciones despectivas hacia el colectivo social de pertenencia y, en consecuencia, pueden producir una lesión del honor de las personas pertenecientes al mismo (STC 214/1991, de 11 de noviembre). El precepto menciona como posibles destinatarios de la discriminación a los grupos o asociaciones, prescindiendo, al menos en apariencia, de sus miembros individuales. A diferencia, de lo que sucede en el art. 165 ter del Código penal anterior, donde la referencia normativa son las personas o grupos.

El legislador pone el punto de referencia en el colectivo social (grupos o asociaciones), y así pretende evitar que se cree en los ciudadanos una actitud hostil de rechazo hacia los caracteres que distinguen al grupo del resto de la sociedad. Actitud que sentaría las bases para posibles actos de discriminación hacia sus miembros. Sin embargo, el objeto de tutela son los miembros individuales del grupo, lo que no excluye que la conducta discriminadora pueda dirigirse a varias personas reunidas en una asociación o grupo social. El principio de legalidad obliga a comprender que el art. 510.1 CP exige que las conductas provocadas deben recaer sobre grupos o asociaciones; aunque resulta evidente que implica la provocación respecto de los miembros individuales (Jericó Ojer, 2005: 206). La protección ante comportamientos discriminadores se adelanta doblemente, dando lugar a un espectro excesivamente amplio de conductas punibles. Este adelantamiento se produce debido a la importancia de los bienes jurídicos tutelados. El legislador sanciona las conductas descritas y lo justifica porque son idóneas para poner en peligro a los objetos protegidos.

La conducta prohibida que consiste en provocar también es una conducta que está definida en el Código penal en el art. 18.1 CP y consta de la siguiente manera: *"La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas a la perpetración de un delito*". Esta definición no puede ser transcrita al art. 510 CP, ya que la incitación a cometer un delito del art. 18 CP no está presente en el propio art. 510 CP. En este último artículo, se trata de provocar a la discriminación, al odio o a la violencia y ninguno de estos tres términos presupone por sí mismo una conducta delictiva. No obstante, ese distanciamiento en las definiciones de ambos artículos existe una correlación entre ellos que permite hacer valoraciones paralelas y conducir a una cierta confusión. En primer lugar, en la génesis

[277] *Ibidem*, p. 252.
[278] *Ibidem*, p. 253.

del art. 510 CP se produce la desaparición de la apología como forma específica de la provocación a la discriminación (art. 165 ter del Código penal anterior). La ausencia de la apología no implica que la apología deje de ser una forma punible de provocación a la discriminación, sino que el legislador se remite al art. 18.1 CP, donde se describen con carácter general los requisitos de la apología punible. Por otro lado, el art. 510 CP implica un adelantamiento importante de las barreras de protección penal debido a la importancia de los bienes jurídicos tutelados. En el caso del art. 18 CP las razones de punición no son diferentes, y también, se adelanta notablemente la tutela, considerando punibles actos que no pasan del ámbito de la preparación del delito. En consecuencia, nos encontramos ante dos supuestos valorativamente paralelos: tanto la genérica provocación para cometer delitos definida en el art. 18 CP, como la provocación a la discriminación del art. 510 CP implican un adelantamiento notable de las barreras de tutela penal, justificada por su idoneidad para poner en peligro ciertos bienes jurídicos (Laurenzo Copello, 1996: 255).

Parece lógico remitirse al art. 18.1 CP a la hora de completar el alcance de la provocación tipificada en el art. 510 CP. De esta manera, dos son los elementos para tener en cuenta en la definición legal de provocación y trasladarse a la conducta típica del art. 510 CP: la publicidad y la exigencia de que constituya una incitación directa. Así, el nuevo Código penal aclara una situación conflictiva de la legislación anterior, la provocación necesariamente debe realizarse con publicidad (Del Rosal Blasco, 1986: 120). Y, la incitación privada queda impune (pero no en virtud del art. 510 CP, sino conforme a las reglas de participación: como inducción). Por un lado, teniendo en cuenta la publicidad, el hecho de incitar públicamente y llegando a una pluralidad de personas incrementa el peligro de esta clase de conductas, y por esta razón, tiene sentido que sea un presupuesto de su punibilidad. Por otro lado, la otra particularidad legal de provocación que debe trasladarse a la conducta típica del art. 510 CP, es la exigencia de que la conducta implique una incitación directa. El término directamente, que recoge de manera explícita el art. 18 CP, se interpreta en el sentido de que la provocación debe estar expresa e inequívocamente orientada a conseguir los resultados que el provocador se propone. La creación en otros de la voluntad de realizar actos de discriminación o violencia o de actitudes hostiles hacia colectivos protegidos[279].

La mayoría de la doctrina penal española que se ocupa del análisis del art. 510 CP, manifiesta su oposición respecto a aspectos formales del tipo y cuestiona el fundamento legítimo de incriminación de este tipo de conductas (García Alvarez, 2004: 256; Tamarit Sumalla, 2004: 1898). Se encuentran objeciones formales a la redacción del tipo, por ejemplo: a expresiones tales como antisemitas, al entender que no existe diferencia entre cometer el delito por motivos racistas o antisemitas o motivados por la discriminación a una raza o etnia (Landa Gorostiza, 2000: 235). La situación familiar al no ser esta situación una fuente clara de desvaloración social en lugar de otras que si lo son como la precariedad económica (Laurenzo Copello, 1996: 246). La orientación sexual, al considerar que se debe hacer referencia a las tendencias sexuales, al carácter de homosexual, bisexual o heterosexual, pero no al modo en que se ejerce la sexualidad,

[279] *Ibidem*, p. 116.

otorgando gran amplitud al tipo[280]. Asimismo, la enfermedad y el origen nacional. Otros autores hacen hincapié en los problemas de redundancia y ambigüedad que plantea el tipo, además de los problemas de prueba que surgen en el proceso penal (Del Rosal Blasco, 2005: 1038).

La doctrina considera también que la tipificación penal de las conductas de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia como delito de peligro abstracto supone un excesivo adelantamiento de la barrera de protección penal, lo que causa que el precepto adopte un carácter simbólico y sea muestra de la tendencia expansiva al castigo en el ámbito del Derecho penal. El legislador castiga una conducta de provocación a un sentimiento o emoción como es el odio, que en ningún caso es constitutivo de delito (Grupo de Estudios de Política Criminal, 1998: 34). Mientras la opinión doctrinal mayoritaria lo rechaza existe un sector doctrinal que así lo entiende y considera que se debe restringir el art. 510 CP a la provocación directa y pública a hechos constitutivos de delito (García Alvarez, 2004: 246). El problema es que el dolo directo de la provocación al odio se encuentra con la dificultad probatoria en sede judicial y no es delito sino un sentimiento. La situación requeriría de una adecuada justificación basada en una necesaria inferencia del vínculo causal entre hechos y consecuencias conforme a los principios del Estado de Derecho. Solo cuando son puestos en peligro otros bienes jurídicos, la doctrina comprende justificada la intervención penal, aunque existen otros tipos penales que contemplan tal situación (Pérez de la Fuente, 2010: 140).

Teniendo en cuenta la provocación genérica del art. 18 CP y el principio de intervención mínima. Se debe castigar la provocación a la discriminación, entendiendo por ésta la realización de un acto discriminatorio constitutivo de delito. Pero por lo que se refiere a la provocación al odio, y como provocar al odio, una vez más, no es ningún delito. Solo serían admisibles aquellas incitaciones que solo de un modo indirecto podrían concretarse en actos de discriminación prohibida o de violencia, esto es, previa transformación del sentimiento de hostilidad en una auténtica voluntad de realizar aquellos actos. De esta manera, como función expansiva del Derecho penal, se intentaría evitar la antesala de la violencia, suponiendo una limitación importante e inaceptable de la libertad de expresión (Laurenzo Copello, 1996: 265). Por lo tanto, no se debería permitir que sea delictiva la incitación a experimentar emociones negativas contra un grupo determinado, por muy despreciables que sean. Sin embargo, esta propuesta choca con el tenor literal del propio precepto, que castiga expresamente la provocación al odio. La referencia al odio implica la criminalización de una sensación interna, por lo que la inclusión de esta modalidad de provocación es claramente rechazable (Jericó Ojer, 2005: 205). Por su parte, Del Rosal Blasco (2005a: 1038) considera que esta interpretación convierte en superfluo el delito de provocación al odio ya que es dudoso que deba ser delito provocar al odio, a un sentimiento y por lo tanto no puede concertarse en un acto contrario a la Ley. Y, en relación con la técnica legislativa, este autor considera que o se trata de actos de discriminación o violencia donde hay una provocación directa a acciones previstas en el art. 510 CP, o bien una incitación indirecta o encubierta, que no es punible según el art. 18 CP.

[280] *Ibidem*, p. 247.

La doctrina también pone en evidencia que la redacción del precepto vulnera principios básicos limitadores del *ius puniendi*. El art. 510.1 CP vulneraría el principio de proporcionalidad, ya que no solo castiga de igual manera la conducta de provocación a la violencia que la provocación a la discriminación o al odio, sino fundamentalmente porque la pena que lleva aparejada este delito es superior a la del delito de discriminación del art. 511 CP, suponiendo una incoherencia punitiva (Del Rosal Blasco, 2005: 1039). O también a la pena de alguno de los delitos provocados (Bernal del Castillo, 1998: 85). Se produce una mayor pena para la provocación a un delito de peligro indeterminado que para la provocación a un delito de resultado, como pueden ser las lesiones del art. 147.1 CP (Jericó Ojer, 2005: 197). La excesiva carga punitiva que lleva aparejada el precepto cuestiona ampliamente el principio de proporcionalidad. También se señala que el castigo de estas modalidades de provocación supone la vulneración del principio de intervención mínima. Resulta incoherente castigar la provocación a una violencia que, en muchos casos, da lugar a unos tipos (delitos de faltas de daños, coacciones, amenazas, malos tratos o faltas de lesiones) respecto de los cuales no está prevista la punición expresa de la provocación, tal y como exige el art. 18.2 CP (Grupo de Estudios de Política Criminal, 1998: 35).

Otra cuestión problemática es la falta de consenso en la doctrina en torno a la delimitación del bien jurídico protegido del art. 510.1 CP. Entre otras posturas, se defiende que lo que el legislador intenta proteger con la incriminación de estas conductas es la relación de grupos vulnerables en las condiciones de seguridad existenciales (Landa Gorostiza, 2000: 366), la dignidad humana[281] o la paz pública (Borja Jiménez, 1999: 293). García Alvarez (2004: 257) menciona incluso la existencia de diferentes bienes jurídicos según se trate de la provocación a la discriminación. En este caso, sería el derecho a no ser discriminado, o de provocación a la violencia, en donde se pone en peligro tanto el derecho a no ser discriminado como los bienes jurídicos afectados (la vida, la integridad, la libertad, la propiedad, etc.). Sin embargo, se comprende de manera general que el bien jurídico común que se protege es el derecho fundamental a no ser discriminado.

Por otro lado, la doctrina se plantea si las conductas de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia pueden ir dirigidas no solo contra grupos y asociaciones, como exige el tipo, sino también contra miembros individuales del grupo. Algunos autores optan por entender típicas las conductas solo cuando van dirigidas contra grupos o asociaciones, ya que así lo impone el principio de legalidad. Landa Gorostiza (2000: 222) sostiene que se trata de un tipo autónomo de peligro destinado a la evitación de actuaciones que afecten a un grupo vulnerable en su conjunto, si bien estima que los miembros individuales pueden ser calificados como objeto del delito, aunque no como sujeto pasivo. Por su parte, Ferreiro Galguera (2003: 240) considera que es incongruente sancionar penalmente conductas cuando van dirigidas a grupos o asociaciones y dejar impune la provocación cuando va dirigida contra sujetos individuales. En consecuencia, existen autores que, a pesar del tenor literal del precepto, abogan por el castigo de las modalidades de provocación cuando estas van dirigidas

[281] *Ibidem*, p. 346.

exclusivamente contra los miembros individuales del grupo, al entender que la provocación contra grupos implica indefectiblemente la provocación a los miembros individuales de estos (Laurenzo Copello, 1996: 251; Bernal del Castillo, 1998: 84).

Una de las mayores controversias suscitadas en la doctrina es la relativa a si el artículo 510.1 CP es un tipo dependiente de la provocación genérica del artículo 18.1 CP, o, por el contrario, es un tipo autónomo. Existen dos corrientes diferenciadas: en primer lugar, aquellos que consideran que la noción de provocación debe ser interpretada según el sentido del art. 18.1 CP. Esta postura exige en la incitación unos mínimos, como es el hecho de que ésta llegue a los destinatarios y que estos resuelvan cometer actos de violencia o de discriminación (Cancio Meliá, 1997: 1274; Bernal del Castillo, 1998: 76; Muñoz Conde, 2004: 825; Del Rosal Blasco, 2005: 1038). Por el contrario, otros autores entienden que la provocación prevista en el art. 510.1 CP es autónoma respecto de la que regula el art. 18.1 CP. La no aplicación directa de lo dispuesto en el art. 18.1 CP vendría motivada por la exigencia en este precepto de la incitación a la perpetración de un delito, lo que no se exige en el art. 510.1 CP (Laurenzo Copello, 1996: 253; Tamarit Sumalla, 2004: 1899). Además de la desaparición en este precepto de cualquier referencia a la apología como forma específica de provocación o a la publicidad (Laurenzo Copello, 1996: 253). Igualmente, Landa Gorostiza (2000: 342) sostiene que la potencial lesividad de las conductas tipificadas contra grupos o asociaciones impide interpretar que esta provocación es similar a la contemplada en el artículo 18.1 CP.

El hecho que el art. 510.1 CP castigue conductas de provocación plantea dudas de cómo se debe sancionar, por ejemplo, la conducta de provocación a la violencia cuando esta va seguida de la perpetración del delito. Ya que si se tiene en cuenta la previsión del art. 18.2 CP que castiga como inducción los casos en los que la provocación genérica a delinquir haya seguido la perpetración del delito, esto conduciría a resultados punitivos absurdos. Laurenzo Copello (1996: 262) afirma que para evitar incongruencias punitivas es necesario recurrir al castigo a través del concurso de delitos. Sin embargo, considera que tampoco es una solución técnica depurada.

El supuesto más polémico de los que recoge el art. 510 CP, es, indudablemente, la provocación al odio. Si bien es un término presente en el ámbito internacional y en las legislaciones de nuestro entorno. Su introducción en la legislación positiva es ampliamente criticada por la doctrina y calificada como fórmula muy poco feliz, al incluir ampliamente ciertos supuestos relacionados con los juicios de valor de la ciudadanía[282]. Es decir, la incitación implicaría el ejercicio de derechos constitucionales, en particular, los derechos de opinión y expresión. En esta modalidad, a diferencia de las otras dos anteriores, la provocación ya no tiene por objeto hechos ilícitos. Incitar al odio no significa incitar a la realización de un hecho ilícito contra algún miembro de los grupos protegidos. En este supuesto se recogen incitaciones, que solo de un modo indirecto pueden concretarse en actos de discriminación o violencia perseguidos penalmente. El sentimiento de hostilidad debe transformarse en una auténtica voluntad de realizar actos de discriminación. Con la sanción de estas conductas se intenta evitar la antesala de la violencia o del holocausto, el estadio previo que puede desembocar en

[282] *Ibidem*, p. 263.

hechos ilícitos. En consecuencia, este supuesto sobrepasa los límites de la intervención penal, se observa un profundo distanciamiento entre la conducta sancionada y los bienes jurídicos tutelados. Y, además, su prohibición supone una limitación inaceptable del derecho fundamental a expresar libremente las ideas[283].

Parte de la doctrina mayoritaria eleva voces abogando por la eliminación del precepto del Código penal. En este sentido, Bernal de Castillo (1998: 81) sostiene que se castigan con penas de prisión sentimientos que contienen una carga de menosprecio hacia los grupos protegidos, modos de pensar y actitudes vitales que, aunque sean moralmente reprochables, entran dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión y opinión y que, mientras no se traduzcan en actos discriminatorios delictivos, no pueden ser objeto de intervención del Derecho penal. Landa Gorostiza (2000: 366) sostiene que el art. 510.1 CP no puede ser de aplicación general en un Estado social y democrático de Derecho. Este autor considera que solo sería admisible su aplicación en aquellos casos en los que existan colectivos inmersos en una situación crítica, y que las provocaciones contenidas en el tipo pudieran ocasionar una situación amenazante para ese grupo social. Sin embargo, estima que no se produce tal situación en nuestra sociedad. Por lo tanto, según este autor afirma que se utiliza el instrumento penal como modo coactivo de adhesión a valores dominantes constitucionalizados, resultando funcional a las aspiraciones expansivas del Derecho penal, pero limitando de manera inaceptable la libertad de expresión, según modelos próximos al Derecho penal de autor. Asimismo, Landa Gorostiza (2001: 252) sostiene que es un claro ejemplo de legislación simbólica, indeterminada, inefectiva y de difícil aplicación, que envía un mensaje tranquilizador a la opinión pública y subraya la gravedad de ese tipo de conductas, mientras que la inaplicación efectiva de la ley conlleva la deslegitimación del Derecho penal y un contra efecto simbólico-negativo al frustrarse las expectativas preventivas que se suscitan. En palabras del jurista: “Lo que quería ser un mensaje de rechazo al racismo y la xenofobia se convierte en una auténtica palmada en la espalda para los racistas y xenófobos en forma de impunidad”.

Jurisprudencia del art. 510 CP 1995.

En España la jurisprudencia en esta materia no es uniforme. Además, el art. 510 CP es poco invocado ante los Tribunales para defender los derechos de las personas, lo que redunda en la inexistencia de jurisprudencia sobre el tema. La ECRI, en su informe sobre la cuarta evaluación del Estado español de 7 de febrero de 2012[284], y ante las escasas condenas por el art. 510 CP, pregunta al Estado español sobre su nula aplicación. Las respuestas de las autoridades estatales consisten en que se trata de un delito “muy poco frecuente”. Entre las múltiples causas referidas se encuentran: la reticencia de gran parte de la judicatura a aplicar un delito concebido como ideológico, juntamente con el desconocimiento generalizado de los estándares y precedentes internacionales sobre discurso de incitación al odio. Existen dos posturas ideológicas desde donde se abordan los diferentes casos concretos de discurso de incitación al odio.

[283] *Ibidem*, p. 265.
[284] Disponible en: http://www.cje.org/descargas/cje3138.pdf

Por un lado, se encuentra el sector doctrinal que considera injustificado el excesivo avance de la barrera del derecho penal, en detrimento de la libertad de expresión, y, por otro lado, el sector doctrinal que entiende que su penalización está justificada por el cumplimiento de las obligaciones internacionales y el mandato de proteger a las minorías sociales (Serra Perelló, 2018: 66).

Las dos posiciones ideológicas influyen en el principal debate tanto en la doctrina como en la judicatura. Este consiste en determinar cuál es la interpretación correcta del verbo típico *provocar* contenido en el art. 510 CP, amén del art. 18 CP que ya contiene una definición del término provocación de aplicación general a todos los delitos. De esta controversia derivan tres posiciones enfrentadas: 1) un primer sector que cree que el término provocación debe interpretarse de acuerdo con el art. 18 CP. La consecuencia lógica de esta postura-interpretación es la de avocar en la práctica jurídica a la inaplicación del art. 510 CP. Restringiendo su uso a los casos en los que el discurso provoque a la incitación a un delito de discriminación. Este criterio restrictivo tiene mucha aceptación y es determinante en la mayoría de las absoluciones que se dictan. 2) el segundo grupo es partidario del criterio restrictivo, pero sustentado en la idea de que la provocación no es delito, sino la adopción de actitudes de auténtica hostilidad, la llamada antesala de la violencia, en consonancia con los postulados norteamericanos. Solo los discursos que generen un peligro real e inminente de estallido de hechos discriminatorios o violentos pueden ser sancionados. Y 3), por último, la tercera postura partidaria de un criterio no restrictivo que entiende que la voluntad del legislador es la de castigar toda difusión de ideas intolerantes, peligrosas por sí mismas, tratándose de un delito de peligro abstracto que no necesita la producción de un resultado, ni siquiera la puesta de un peligro concreto (Comas d´Argemir, 2016: 9 y ss.)

Es así como estas posiciones enfrentadas ante la penalización del discurso de incitación al odio y sus criterios interpretativos son claramente perceptibles en las sentencias dictadas. En definitiva, las sentencias partidarias de penalizar el discurso de incitación al odio justifican las condenas según el mandato derivado de los compromisos internacionales suscritos por el Estado español en materia de no discriminación. Y las sentencias reticentes a hacerlo se justifican en una interpretación literal y restrictiva del art. 510 CP y en la falta de legitimidad de avanzar excesivamente las barreras del Derecho penal.

Desde la entrada en vigor del CP 1995 son muy pocas las condenas que se producen por el delito de provocación del artículo 510 CP y menos aún si nos referimos a condenas firmes. En consecuencia, la realidad jurisprudencial del tipo penal en cuestión es casi nula. La interpretación tan sumamente restrictiva del precepto puede dar lugar a la inaplicación de este (Aguilar, 2011: 1). En estas sentencias se exige para poder aplicar el art. 510 CP que exista un peligro real y próximo casi inminente para las personas o colectivos a los que va dirigida la conducta. Esta interpretación restringida lo convierte en un artículo testimonial que es incompatible tanto con el espíritu del legislador de 1995, que da redacción al art. 510 CP, como discrepante con las exigencias de los tratados y compromisos internacionales suscritos por España, y contraria a la

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[285]. Ya que la voluntad del legislador no es perseguir las conductas que generan un peligro real o inminente o la "antesala de la violencia" para los colectivos afectados, sino reprimir cuantas conductas puedan significar la difusión o apología de ideas racistas o xenófobas. Por otro lado, la interpretación restrictiva del término provocación, hace que queden impunes muchas de las conductas que incitan de forma directa o indirecta al odio y a la discriminación.

Frente a un panorama tan amplio de posibles grupos diana de las conductas de provocación típica el grueso de los casos enjuiciados por la jurisprudencia se concentra en torno a supuestos que tienen que ver con el núcleo duro de la xenofobia (la provocación xenófoba del art. 510 CP), aunque también hay algún supuesto que apunta a la incitación a la discriminación o violencia contra la mujer y residualmente algún otro supuesto de archivo o absolución respecto de cuestiones de índole ideológica o relativas a la salud. Los casos más emblemáticos son los correspondientes a la actividad propagandística filonazi y revisionista (Landa Gorostiza, 2012: 304).

La primera condena en instancia se produce por Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, el 16 de noviembre de 1998 (*Caso Varela o caso librería Europa*)[286]. Diez años más tarde la Audiencia Provincial en apelación revoca la condena relativa al delito de provocación (art. 510 CP) y mantiene la que hace referencia a la apología del genocidio (art. 607.2 CP). La demora por la resolución de la apelación se debe a la interposición de una cuestión de constitucionalidad relativa al delito de apología del genocidio (art. 607.2 CP) que es resuelto por sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, por la que declara parcialmente inconstitucional dicho precepto y expulsa del ordenamiento jurídico penal la incriminación de la negación del genocidio. En esta resolución la interpretación de los jueces, inspirada en la doctrina, hace casi inaplicable el delito de incitación al odio.

La exigua utilización del art. 510 CP se traduce globalmente en cuatro condenas en instancia que devienen firmes (2 en el año 2004[287], una en el año 2006[288] y otra en el año 2010[289]) ante la ausencia de apelación; dos condenas (*caso Varela*) en instancia que son apeladas y revocadas por la Audiencia Provincial; una condena en instancia en el año 2009[290], revocada por la primera sentencia del Tribunal Supremo en la materia (STS 259/2011, de 12 de abril: *caso librería Kalki*)[291]; y finalmente, un conjunto de supuestos

[285] *Ibidem*, p. 3.

[286] En este caso se enjuicia al director de la librería Europa de Barcelona que se dedica a la venta y distribución de material gráfico y visual que vierte manifestaciones vejatorias para la comunidad judía con evidente contenido xenófobo y discriminatorio.

[287] Caso del Imán de Fuengirola

[288] Caso de una página web de orientación Skin head

[289] Condena de conformidad después de una cuerdo entre la defensa y la fiscal.

[290] SAP Barcelona de 7 de octubre de 2009, condena a los acusados de asociación ilícita, delito de provocación y apología del genocidio por almacenar, vender y distribuir material en la que se denigra a la comunidad judía incitando directamente a la discriminación.

[291] Esta sentencia está muy influenciada por la doctrina interpretativa de la STC 235/2007, sobre la figura de la negación y la justificación del delito de genocidio (art. 607.2 CP). El Tribunal constitucional ante la propaganda nazi, establece un marco de legitimidad constitucional sobre la materia y condiciona todo el universo de incitación racista, xenófoba y discriminatoria. Sobre todo, para los delitos de propaganda entre los que se encuentra el art. 510 CP.

objeto de absolución o directamente inadmitidos[292] por Auto de sobreseimiento antes de celebrarse juicio oral.

La STC 214/1991, de 11 de noviembre, *asunto Violeta Friedman*, a pesar de ser una sentencia de tutela de los derechos fundamentales de la jurisdicción civil, es considerada la primera sentencia sobre el discurso de incitación al odio. En una entrevista realizada a Leon Degrell, antiguo jefe de las Waffen SS, en la revista Tiempo, el entrevistado manifiesta una serie de ideas que llevan a la Sra. Friedman a interponer una demanda por vulneración del derecho del honor. El Tribunal Constitucional valora que se trata de afirmaciones con connotaciones racistas y antisemitas, que solo pueden interpretarse como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. En consecuencia, estas manifestaciones constituyen un atentado contra el honor de la demandante y de todas aquellas personas que, como ella y su familia, han sido internados en campos de concentración nazis. Si bien las opiniones de Degrelle están amparadas por su derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 CE en relación con el derecho a la libertad ideológica del art. 16 CE, el juicio que se hace sobre los hechos históricos comporta imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, es decir, los integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacional socialismo. Sin embargo, ni la libertad de expresión ni la libertad ideológica comprenden el derecho a manifestar expresiones racistas o xenófobas. El deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal se encuentra fuera de los límites admisibles para la libertad de expresión. Y como dispone el art. 20.4 CE no existen derechos ilimitados, y ello es contrario no solo al honor de la persona del art. 18 CE, sino también, a la dignidad humana del art. 10 CE., que han de respetar tanto los poderes públicos como la ciudadanía arts. 9 y 10 CE (FJ 8).

Por otro lado, el seis de octubre de 1991 unos neonazis asesinan a una mujer transgénero Sonia Rescalvo en Barcelona y un acto de similares características en Madrid pone fin la vida de Lucrecia Pérez, una mujer inmigrante dominicana. Siendo este crimen el primero reconocido como delito de odio en nuestro ordenamiento jurídico.

Otro caso relevante y en la misma línea que la sentencia anterior (*asunto Friedman*) es la sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 de diciembre, *asunto Makoki S.A*. Diversas entidades formulan una querella contra el director y editor de la referida editorial, por delito de injurias graves y de escarnio de confesión religiosa por la publicación del comic "*Hitler=SS"*. En esta resolución, se establece un claro límite a la interpretación del discurso del odio y el TC alega que: al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución protege incluso a aquellos que la niegan. La libertad de expresión es válida no solo para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o vistas con indiferencia, sino

[292] El Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 1º) de 15 de febrero de 2002, declara la inexistencia del delito en el caso de la redacción de unos formularios a rellenar por hemodonantes de sangre donde se hace constar el ofrecimiento de autoexclusión a los grupos de riesgo.

también, para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte de la población. Aun así, el TC avala la constitucionalidad de la condena, y alega que la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas, no tiene cabida en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Y sostiene que el uso de este derecho que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional. Un comic como este que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca ha de calificarse como libelo, por buscar deliberadamente y sin ningún escrúpulo el vilipendio del pueblo judío, menospreciando sus cualidades para lograr el desmerecimiento de la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o de la deshonra. Por lo tanto, está claro que la Audiencia Provincial de Barcelona aplica el tipo delictivo desde la perspectiva constitucional adecuada.

La sentencia que señala las bases de cómo los tribunales deben interpretar el discurso de la incitación al odio es la STC 235/2007, de 7 de noviembre, *asunto Librería Europa*, donde inclina la balanza hacia la libertad de expresión. Aunque la sentencia no es unánime, ya que contiene algunos votos discrepantes (Lascuráin Sánchez, 2010: 69).

En este caso, la Sección Tercera de la Audiencia de Barcelona antes de dictar sentencia, formula ante el TC una consulta sobre la constitucionalidad de la redacción del art. 607.2 CP, de negación del genocidio. La sentencia del TC que resuelve la cuestión sitúa y consolida una postura que trasciende hasta el día de hoy sobre los límites constitucionales de la punición del discurso de incitación al odio. Y manifiesta: "*Como se sabe, en nuestro sistema, a diferencia de otros de nuestro entorno, no tiene cabida un modelo de democracia militante, es decir, un modelo en el cual se imponga no ya el respeto, sino la adhesión al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución*" (FJ 4). De esta manera, veta el castigo de la expresión de meras ideas, por muy tóxicas que sean. Para avalar la punición de este delito de negacionismo, además de la divulgación de estas ideas, se exige un plus. El FJ 9 expone: *"La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en peligro la propia esencia de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal, sin ruptura constitucional castigue la justificación pública de este delito, siempre que esta justificación opere como incitación indirecta a su comisión; es decir, incriminando conductas que, a pesar de ser de forma indirecta, supongan una provocación al genocidio. Por este motivo, el legislador puede dentro de su configuración, perseguir estas conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE, en conexión con el art. 20 CE. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo un delito de genocidio se busque algún tipo de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico. De tal manera, que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en unos actos específicos de discriminación".* La sentencia

declara inconstitucional la inclusión de la expresión "*nieguen o*" en el primer inciso del art. 607.2 CP y condiciona la constitucionalidad de la condena por este delito a aquellos supuestos.

Mas tarde, la sentencia que marca un punto de inflexión en el debate interpretativo del art. 510 CP es la sentencia de Tribunal Supremo 259/2011, de 12 de abril, del *asunto Librería Kalki*. La Sección décima de la Audiencia Provincial de Barcelona dicta condena, siendo revocada por parte del Tribunal Supremo. La sentencia del TS, se hace eco de la STC 235/2007 (*asunto librería Europa*) que reafirma y actualiza la postura doctrinal restrictiva. La resolución expone que la sanción penal de los delitos de odio a través del lenguaje de la intolerancia puede justificarse mientras requiera de la existencia de algún peligro para el bien jurídico protegido que, aunque sea abstracto, debe ser real y no presunto. Es decir, para que se produzcan los elementos del tipo penal es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos concretos de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo. Respecto a la acusación por el art. 510 CP se absuelve porque el término provocación debe ajustarse a los parámetros del art. 18 CP, con la exigencia de probar la existencia de una incitación directa encaminada a la ejecución de los hechos dados con una mínima concreción que permitan su calificación como hechos delictivos.

Respecto a la acusación del art. 607.2 CP se absuelve porque no se prueba que la divulgación de estas ideas y doctrinas constituyan una incitación indirecta a la comisión de delitos o a la creación de un clima de hostilidad, susceptible de concretarse en actos de violencia. La sentencia sostiene que la CE no prohíbe las ideologías que se sitúan en los extremos del espectro político, por muy rechazables que fueren desde la perspectiva de los derechos constitucionales. Y respecto de la penalización de los delitos de peligro abstracto, manifiesta que: el legislador puede establecer sanciones penales para aquellos hechos que supongan la causación de un resultado de lesión o la creación de un peligro, que, aunque sea abstracto, debe ser real para aquellos bienes protegidos. De esta manera, la exigencia de la existencia de un peligro real introduce por la vía de la interpretación un plus que el legislador no había contemplado en la redacción del art. 510 CP. Si bien esta sentencia es paradigmática en la interpretación del art. 510 CP, sentencias posteriores modulan el criterio interpretativo, específicamente la STS 372/2011, de 10 de mayo, asunto *Blood & Honour* y la STS 1396/2011, de 28 de diciembre, asunto *Hammerskin España*. En estas resoluciones basándose en el art. 515.5 CP consideran que son punibles las asociaciones ilícitas: 5º las que promueva la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello. Sin que resulte preciso que efectivamente consigan el resultado. Es la primera vez en España que condenan por este motivo. No obstante, estas sentencias contribuyen a incrementar la falta de acuerdo respecto de la interpretación de este delito (Serra Perelló, 2018: 68).

Los dos casos emblemáticos de las librerías acaban ambos en absoluciones respecto del delito de incitación del art. 510 CP y responden a un patrón de propaganda nazi organizada. Las condenas firmes por delito de provocación del art. 510 CP, sin embargo, abren el arco etiológico hacia conductas más aisladas, no tan organizadas, y con grupos diana no tan centrados en la agitación antisemita o filonazi (Landa Gorostiza, 2012: 305).

Como se puede comprobar, las sentencias relevantes en materia de interpretación de los límites a la libertad de expresión en los casos de discurso de incitación al odio emiten un dictamen que viene acompañado de votos discrepantes de diversos magistrados, reflejando las pugnas conceptuales internas y, al mismo tiempo, debilitando la autoridad jurídica y moral de los criterios interpretativos que contienen.

Problemas en la práctica jurídica del art. 510 CP 1995.

Un problema importante en relación con los delitos de odio es la recolección y registro de datos estadísticos. Si bien se realizan las estadísticas del Ministerio del Interior, se echa en falta un desglose pormenorizado que permita conocer la casuística con mayor detalle. También, el deficiente registro y seguimiento de las causas por delitos de odio por parte de la Fiscalía impide conocer la evolución de los procedimientos en este tipo de delitos. La inexistencia de datos fiables contribuye a la invisibilización del sufrimiento de las víctimas y, en muchas ocasiones, a minimizar, banalizar o negar el problema (Gómez Martín; Aguilar, 2015: 69).

Ante las particularidades de esta figura delictiva, es necesario tener en cuenta la problemática que presenta tanto durante su investigación como en su enjuiciamiento. La forma de determinar cuál es el motivo que mueve al autor de este tipo de delitos se realiza a través de la prueba indiciaria. Se trata de la prueba principal para determinar la intención del autor a través de una conclusión razonable, puesto que no se da una prueba directa, sino que se trata de un conjunto de circunstancias que permiten llegar a una conclusión final. No obstante, se debe partir de la base que en la mayoría de las situaciones es complicado determinar la motivación de los delitos de odio debido a su difícil probanza y también porque en repetidas oportunidades los hechos no son correctamente delimitados ni calificados, por lo tanto, estas conductas discriminatorias quedan impunes. El TS considera que debe existir una pluralidad de indicios que lleven a desvirtuar la presunción de inocencia del investigado (STS 314/2015 de 4 de mayo).

Para evitar estas situaciones es imprescindible una correcta investigación, un enfoque preciso de la situación desde que se tiene conocimiento de los hechos. Entre los indicios más habituales la *Guía de persecución de delitos de odio* (2016) de la OSCE-ODIHR, explica que encontramos la propia percepción de la víctima, su pertenencia a determinado colectivo, expresiones xenófobas, símbolos presentes en el momento de la agresión, el lugar de la agresión, la relación del investigado con grupos ultras de futbol, entre otros. Y, tiene especial importancia la declaración de la víctima del delito de odio, no solo por la utilidad en orden de la detención del agresor, sino también para determinar la posible existencia de una motivación discriminatoria.

Otra prueba para tener en cuenta en este tipo de delitos es la prueba pericial de inteligencia, que pretende articular la prueba de indicios, teniendo como principales objetivos la acreditación de la motivación discriminatoria, así como descubrir la existencia o no de grupos organizados tras alguna lesión (Gómez Martín; Aguilar, 2011: 323). Se trata de una variante de la pericial a la que se refieren los arts. 456 LECrim y el art. 335 LEC cuya finalidad es suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos con el objetivo de fijar una realidad no constatable directamente por el Juez que no es vinculante para él, sino que, como el resto de las probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica debidamente fundada en los términos del art. 741 LECrim (STS 263/2012, de 28 de marzo). Los encargados de realizar estos informes, pueden ser funcionarios policiales como también personas expertas en determinados asuntos que auxilian al Tribunal aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos de la causa. Si las conclusiones que se extraen son racionales y debidamente expuestas y argumentadas pueden ser asumidas por el Tribunal.

Una de las principales dificultades que presentan las nuevas tecnologías es el anonimato, es complicado en ocasiones lograr identificar al autor de un delito. A pesar de la obligatoriedad del registro con los datos personales para la admisión y acceso a una red social, estos pueden ser falseados. La complicación se incrementa cuando la conducta se realiza desde un ordenador situado en otro país, o en aquellos casos en que se borra un comentario y se vuelve prioritaria la colaboración del proveedor de servicios informáticos. Siendo prioritarios los protocolos de comunicación denominados datos de tráfico y de navegación. Además, debido a la mutabilidad de la información en internet, se requiere el clonado de datos. Se trata de una medida de aseguramiento de la prueba electrónica que consiste en la realización de una copia de la evidencia aprehendida realizada por una clonadora en presencia del Secretario Judicial, con el objeto de precintar el efecto original para guardarlo en lugar seguro bajo custodia del Juzgado por si se precisa para copias ulteriores y trabajar así con la copia espejo del original, sin miedo a las mutaciones que pudiera sufrir en su análisis durante la elaboración de la prueba pericial (Rayón Ballesteros, 2014: 9).

En los procedimientos en los que el objeto del proceso es el discurso del odio punible realizado en internet, la prueba digital es fundamental. La prueba electrónica es aquel medio que permite acreditar hechos relevantes para este tipo de procesos, ya sean hechos físicos o incluso electrónicos, y que se compone de dos elementos necesarios para su existencia, los cuales determinan la especialidad de la prueba electrónica en relación con el resto de los medios probatorios: un elemento de hardware y un elemento de software. Y dentro de esta se pueden encontrar dos modalidades diferentes: los datos o informaciones almacenados en un dispositivo electrónico y, los que son transmitidos por cualquier red de comunicación abierta o restringida, como internet, telefonía fija, móvil u otras (Delgado Martín, 2017: 2).

La prueba electrónica es modificada recientemente por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Y en

este ámbito también ha de tenerse presente la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. Esta ley se encarga de la transposición de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante dicha privación de libertad. Asimismo, se ocupa de la adaptación del ordenamiento jurídico al auge de las nuevas tecnologías y el avance de la sociedad de la información. Con la nueva regulación se introducen una serie de novedades en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que afectan la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes y el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

En el proceso de obtención de la prueba electrónica deben respetarse en todo momento las disposiciones legales previstas como así también los derechos fundamentales. De lo contrario, nos encontraríamos ante una prueba ilícita que no puede incorporarse al proceso. El art. 1.1 de la LOPJ establece que en todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buen fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o las libertades fundamentales. En un Estado de Derecho, la búsqueda material de la verdad no justifica cualquier medio, sino que son los medios normativizados con garantías constitucionales los que justifiquen y legitimen la verdad procesal obtenible.

En el art. 282 bis LECrim se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación y que a su vez necesitará autorización especial para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación.

Por su parte, el nuevo art. 588 bis a LECrim establece la posibilidad de adoptar medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, siempre y cuando exista autorización judicial dictada en base a una serie de principios. Se permite la intervención de las comunicaciones de cualquier clase a través de medios telemáticos, aunque debe estar minuciosamente determinado el ámbito objeto y subjetivo de la medida, así también la duración de la medida en función de su utilidad, con un máximo de tres meses prorrogable hasta un máximo de dieciocho meses. No cabe la intervención de las comunicaciones de forma masiva. Además, se regulan una serie de medidas de aseguramiento de la prueba para preservar la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición de la autoridad judicial. En este sentido, se establece un sistema de sellado o firma electrónica, garantizando la veracidad de la información volcada. Se permite sin autorización judicial la utilización de dispositivos de seguimiento, localización y grabación de imágenes en espacios públicos, siempre que no se produzca la afectación de ninguno de los derechos fundamentales regulados en el art. 18 CE.

En caso de que los derechos fundamentales de los investigados se vean afectados, se requerirá para ello una autorización judicial. Por esta razón, se debe determinar en qué casos será necesaria una autorización judicial, ya que no todos los datos digitalizados merecen la consideración de datos propios del contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Para este proceso, es recomendable seguir la Circular FGE 1/2013 encargada de analizar los casos en los que se afecta el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad del art. 18 CE.

En relación con el listado de llamadas de un teléfono móvil y otra serie de datos, se debe tener en cuenta que esta información se encuentra incluida en el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, por lo que requiere autorización judicial para acceder a ellas. El Tribunal Supremo considera que merecen una protección reforzada tanto los datos indicativos del origen y el destino de las comunicaciones, el momento y duración de éstas; el volumen de información trasmitida, así como el tipo de comunicación y sus propios intervinientes (STSS 249/2008, de 20 de mayo, 230/2007, de 5 de noviembre). Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que este tipo de medidas debe adoptarse a través de un auto. Aun así, si se realiza mediante providencia ello no afectaría a la nulidad de las actuaciones.

Requiere también autorización judicial la grabación de conversaciones por parte de un tercero no interviniente en éstas, y no cuando es uno de los intervinientes el que lo graba o permite a la policía el acceso a sus conversaciones. En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige, no implica contravención de los dispuesto en el art. 18.3 CE la retención por cualquier medio del contenido del mensaje, pues sobre los comunicantes no pesa el deber de secreto (STC 114/1984, de 29 de noviembre).

En relación con el acceso a mensajes de texto SMS de un teléfono móvil, se encuentra protegido por el derecho a secreto de las comunicaciones, siempre que el destinatario no lo haya leído primero. Sin embargo, se plantea la duda en aquellos casos en que se leen los mensajes. El Ministerio Fiscal considera que hasta que haya jurisprudencia consolidada debe requerirse autorización judicial para su acceso, teniendo en cuenta que conforme a la doctrina constitucional los datos externos de las comunicaciones quedan protegidos con independencia de que estos datos se traten de averiguar una vez finalizado el proceso comunicativo (STC 230/2007, de 5 de noviembre).

También se requiere autorización judicial para la intervención de un teléfono móvil sustraído a través de su identificación en la red de telefonía por su correspondiente número IMEI[293](STS 745/2010, de 26 de julio). El Ministerio Fiscal considera necesaria la autorización judicial mediante auto motivado la grabación y escucha directa de conversaciones, sin utilización de medios telefónicos, en recintos cerrados. Por el contrario, considera innecesaria la autorización judicial para la escucha de una conversación telefónica por quien escucha en las inmediaciones del lugar en que se produce, sin utilizar ningún medio técnico o electrónico (Circular FGE 1/2013: 35).

[293] El número IMEI (International Mobile Equipment Identity) es un identificador único que tiene cada teléfono móvil, a modo de DNI. Este número está formado por 15 dígitos y es necesario en casos de reparación, garantía y robo.

La captación del IMSI[294] y el IMEI por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el marco de una investigación no requiere de autorización judicial. Se trata de datos públicos no amparados por el secreto de las comunicaciones. En cambio, es necesaria autorización judicial cuando se solicite la identificación concreta del número de teléfono a las operadoras de telefonía a partir de estos datos. La recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su funcionalidad si lo requiere ya que se produce mediante la cesión de datos que obran en poder de los ficheros de la operadora de telefonía móvil. Por lo tanto, si impone el control jurisdiccional de su procedencia (STS 248/2008, de 20 de mayo). Por su parte, la averiguación de una dirección IP[295], no requiere autorización judicial porque se trata de datos públicos. En cambio, cuando se pretende una identificación y localización de una persona que tiene asignado dicho número, si se requiere autorización judicial.

En relación con el correo electrónico, actualmente se considera un medio de comunicación asimilable a un teléfono móvil. Con los mensajes que se mandan a través de este medio ocurre algo similar a lo que sucedía con los mensajes de texto o SMS. Se requerirá autorización judicial para aquellos mails que el destinatario no haya leído o abierto, en aquellos que ya han sido leídos y abiertos hay discrepancias. Se considera que el proceso de comunicación ya ha finalizado, quedando éstos amparados por el derecho a la intimidad, y no por el secreto de las comunicaciones. Por su parte, no será necesaria autorización judicial en aquellos casos en que se trate de comunicaciones a las que pueda acceder cualquier usuario de internet, como foros o chats. Será necesaria en las comunicaciones bidireccionales cerradas entre usuarios, conforme a la propia naturaleza del acto comunicativo y protegido por las garantías del art. 18.3 CE.

Para introducir la prueba en el proceso la información obtenida se debe tener en cuenta una serie de requisitos (Delgado Martín, 2017: 6). La prueba electrónica debe ser pertinente y necesaria, debe ser relevante en relación con la demostración de los hechos objeto del proceso. También, debe ser lícita e introducirse en el proceso de acuerdo con la normativa. Cuando la prueba se incorpora al proceso, cualquiera de las partes puede considerar necesario que se pruebe su autenticidad, ante una probable manipulación.

También, es sustancial entender que a partir de la reforma procesal de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales en relación con el control de los atestados y con los plazos del art. 324 LECrim, se introduce un elemento discrecional que *a priori* podría parecer una ventaja en la dinámica procesal. Sin embargo, puede vulnerar algún derecho fundamental. El control de los atestados ya no se realiza directamente por el Juzgado de guardia. La Policía eleva los atestados con autor o con detenido sin perjuicio de un control judicial posterior

[294] IMSI es la abreviación de International Mobile Subscriber Identity (identidad internacional del suscriptor de un móvil y puede estar compuesta hasta por 15 dígitos. Los primeros tres números de la serie representan el Código del país del teléfono, seguido por el Código de la red.

[295] Una dirección IP es una etiqueta numérica que identifica a una interfaz (elemento de Comunicación/conexión) de un dispositivo, habitualmente un ordenador, dentro de una red que utilice el protocol IP (Internet Protocol), que corresponde al nivel de red de protocol TCP/IP. El IP no identifica por sí al usuario (Circular FGE 1/2013: 54)

por parte de los juzgados. En relación con los derechos fundamentales, era usual y ordinario que los juzgados de guardia recibieran todos los atestados de la policía hasta el más pequeño o sencillo. Y desde el juzgado de guardia, el juez convertido en juez y garante de libertades examinaba el contenido de las actuaciones, incluidas las intervenciones de naturaleza policial. Esta situación no ocurre ahora lo que se presta a excesos, xenofobia institucional, excesiva discrecionalidad, etc. Para salvar estas situaciones de conculcación de derechos, el ciudadano debe acudir a un juez de lo contencioso administrativo para impugnar un acto administrativo, tiene la obligación de acceder a una justicia rogada con un coste pecuniario determinado que también actúa de límite, a veces infranqueable, en la protección de sus derechos. De esta manera, se produce una situación de indefensión debido a la falta de control judicial del respeto y protección de los derechos fundamentales por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por su parte, los jueces critican la técnica legislativa aplicada a los tipos penales que hacen una redacción ambigua, confusa e indeterminada que a su vez provoca problemas en su aplicación. Demandan una reforma de los tipos penales de cara a obtener una mayor certeza que facilite la emisión de sentencias y aporte más seguridad jurídica.

3. La circunstancia agravante 4ª del art. 22 CP.

Los delitos de odio y discriminación suponen una de las mayores expresiones de intolerancia y rechazo a las personas por el hecho de ser diferentes. Estos comportamientos destruyen la pluralidad y la diversidad, la cohesión y la convivencia social. Estos procederes reprochables generan miedo, y este se convierte en el principal enemigo de la libertad al condicionar la vida de las personas. Estas conductas son un ataque a los principios de libertad, a la dignidad de las personas y a los derechos que le son inherentes, a aquellos valores superiores que conforman el fundamento del Estado social y democrático de derecho. Estos comportamientos lesivos no solo tienen efectos para las víctimas inmediatas e individuales (que son seleccionadas por una característica específica e identitaria), sino también, se atemoriza al colectivo social de pertenencia. Esta situación produce sentimientos de temor e inseguridad, que también amenazan indirectamente la seguridad y la tranquilidad de toda la sociedad.

La idea de agravar la responsabilidad penal atendiendo a la motivación prejuiciosa de su autor, y con ello la aparición de los denominados *hate crimes* o delitos de odio y discriminación tiene su origen en el ordenamiento jurídico norteamericano. En los años sesenta del siglo pasado en Estados Unidos de Norteamérica, los movimientos políticos y sociales luchan por obtener la igualdad y derechos para las minorías sociales (raciales, étnicas, religiosas, etc.), tradicionalmente discriminadas. Por su parte, en Europa existen delitos de provocación, asociación y apología, dirigidos contra ideologías filonazis casi en exclusiva (Landa Gorostiza, 2004: 65). El crecimiento de la economía, el aumento de la conciencia política de la ciudadanía fruto del desarrollo económico y de la presión política y social de los movimientos políticos, produce efectos, y a finales de la década de los años sesenta surge en los Estados Unidos de Norteamérica la Ley federal 18 US

245, de 1969, de delitos de odio, que considera delictivo impedir a una persona el acceso a servicios o actividades públicas (acceso a colegios o transportes públicos, entre otros) debido a su raza, color, religión u origen nacional.

Pero no es hasta finales de los años setenta, cuando comienzan a tipificarse o agravarse penalmente conductas calificadas como crímenes de odio (*hate crimes*). En 1978 el Estado de California aprueba la primera *Hate Crimes Act* de EEUU, que establece una agravante para el delito de asesinato si se comete por razón de odio y prejuicio hacia una víctima por razón de su raza, religión, color u origen nacional. Paralelamente, surgen diversas iniciativas similares en diferentes estados de los Estados Unidos, hasta que el Estado de California en 1987 establece una agravante genérica para cualquier delito en que concurra, además del propio delito, una conducta discriminatoria del autor hacia la víctima, similar al artículo 22.4 de nuestro Código penal. Con motivo de la resolución judicial del caso *R.A.V. vs. St. Paul,* en 1992, la Corte Suprema norteamericana declara inconstitucional la penalización de las expresiones provocadoras. Y, en consecuencia, el legislador norteamericano emplea de forma preponderante la técnica legislativa consistente en agravar la pena de determinados delitos cuando su autor los comete impulsado por motivos discriminatorios. De esta manera, la técnica legislativa del tipo agravado por la motivación racista es compatible con la libertad de expresión y el principio de responsabilidad por el hecho, ya que el objeto de la sanción no es la motivación interna del sujeto activo, sino el hecho objetivo lesivo del bien jurídico (Gómez Martín, 2016: 6).

En Europa, tras la recuperación económica que se produce después de la II Guerra Mundial, se producen importantes incrementos y movimientos demográficos, como así también diversas crisis económicas. Posteriormente, se originan diversos cambios políticos como la desintegración de la Unión Soviética o conflictos bélicos como el de la ex Yugoslavia. Es así como a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado, y en medio de una fuerte crisis económica con grandes flujos migratorios y cambios políticos acelerados, surgen sentimientos ultranacionalistas e identitarios. Además, las políticas activas migratorias nacionales estigmatizan al inmigrante, creando una imagen negativa y estereotipada del inmigrante económico y, por ende, generando un cierto rechazo social. De esta manera, se crea el caldo de cultivo para el auge de ideologías intolerantes y xenófobas. Asimismo, surgen partidos políticos de extrema derecha que consiguen alarmantes cuotas de poder en países como Francia o Bélgica. De esta suerte, proliferan grupos de ideología neonazi y, en consecuencia, aumentan las conductas delictivas discriminatorias contra grupos sociales minoritarios (Díaz López, 2013: 21).

Ante la alarma social creada por estos hechos, la década de los años ochenta en Europa se caracteriza por la incorporación en los ordenamientos europeos, principalmente a través del Reino Unido, de los delitos de odio y discriminación; y también, por la celebración de las primeras conferencias sobre la intolerancia. En 1981 se celebra la Primera Conferencia sobre Intolerancia en Europa, y la posterior Declaración del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre la intolerancia de 14 de mayo de 1981. Mas adelante, se realiza la II Conferencia sobre la intolerancia en Europa, celebrada en Estrasburgo, del 10 al 15 de mayo de 1989. Esta coyuntura ideológica es la

propicia para introducir, en los diferentes países europeos, modificaciones legislativas, que incluyen nuevas figuras delictivas o subtipos agravados, relativos al revisionismo o negacionismo del Holocausto o la incitación y/o comisión de delitos por motivos racistas o discriminatorios en países como Italia en 1993, Alemania y Francia en 1994, Portugal y España en 1995.

En España, en la década de los años ochenta del siglo XX se produce el aumento de las ideologías xenófobas o racistas por lo que el inmigrante se erige en victima potencial de gran parte de los comportamientos discriminatorios. El asesinato de la dominicana Lucrecia Pérez es prueba de ello. En este contexto de proliferación de violencia racista se inicia la historia de la agravante en el ordenamiento jurídico español con el Proyecto de Código penal de 1992, donde las motivaciones de la agravante se circunscriben a la etnia y a la nacionalidad (Landa Gorostiza, 2018: 199). Esta circunstancia agravante es introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal por la LO 4/1995 de 11 de mayo, que modifica ese concreto apartado del entonces vigente Código penal de 1973, con el objeto de adaptar nuestra legislación al Convenio para la prevención y sanción de los delitos de genocidio, Nueva York, de 9 de diciembre de 1948. Finalmente, con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, entra en vigor el Código penal de 1995 y con él la circunstancia agravante por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP que sanciona, más gravemente, los llamados delito de odio y discriminación y que puede enmarcarse dentro de lo que se conoce como normativa penal antidiscriminatoria. Es una agravante con un amplio registro que puede ser aplicada a la comisión de cualquier tipo de delito.

La exposición de motivos de la ley justifica la introducción de esta circunstancia agravante por la gravedad que conlleva este tipo de delitos, y por el actual contexto histórico, político y económico caracterizado por un escenario de crisis económica que anima a la proliferación de episodios racistas y antisemitas e ideología nazi ocurridos en Europa. El libro I del Código penal dedicado a las disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas y las medidas de seguridad, en su Capítulo IV, bajo la rúbrica "De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal", regula en su artículo 22.4º: "*Son circunstancias agravantes: Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca"*.

Esta agravantes es el complemento penal general del art. 14 CE, en cuanto sanciona, con un plus agravatorio, los delitos cometidos con un móvil discriminatorio, suponiendo un endurecimiento de la pena, que puede llegar cuando concurren más de dos agravantes y ninguna atenuante a aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior (art. 66.4 CP). Para la utilización de la agravante se requiere la evidencia de que el hecho delictivo obedece a razones contrarias al principio de igualdad y a la tolerancia que exige la convivencia social. No es un delito autónomo sino una agravante específica basada en la discriminación.

Se trata de valorar el elemento subjetivo referido al ánimo o móvil específico de actuar (intencionalidad) del sujeto activo precisamente por alguna de las motivaciones a las

que el precepto hace referencia, pero no solo con respecto a la comisión del hecho delictivo sino también, en relación con la motivación discriminatoria por la cual el sujeto activo ha actuado en ese sentido. Y, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Los extremos que deben ser probados, además del hecho constitutivo de delito, es la condición de las víctimas o de los perjudicados y la motivación e intencionalidad del delincuente.

Para aplicar la agravante además del hecho delictivo en sí mismo, se requiere acreditar la condición de la víctimas y la intención o motivación del agresor (que el sujeto activo actúe movido por una motivación discriminatoria en relación con determinadas cualidades de las víctimas). La concurrencia de esta agravante será efectiva incluso en casos donde por error el sujeto activo realice la conducta delictiva contra una determinada persona siempre y cuando haya un móvil discriminatorio y con independencia de la condición real de la víctima. El problema se presenta cuando el motivo no concurre en el agredido. Pese a ello, se puede aplicar la agravante siempre que exista una relación directa entre la motivación y la agresión. En sentido contrario, por el simple hecho de que concurra en la víctima alguna de las circunstancias recogidas en el artículo, no significa la aplicación de la agravante en todo caso. Por ejemplo: la sentencia 152/2015 de 4 de marzo de la Audiencia Provincial de Málaga no aprecia agravante en una agresión a homosexuales puesto que el detonante del acto lesivo no es su orientación sexual, sino las malas relaciones previas por otras causas entre agresor y víctima.

El catálogo de motivaciones limitado en el Proyecto de 1992 a la etnia y a la nacionalidad, en el Código penal de 1995 se amplía a las racistas, antisemitas u otras relativas a la ideología, religión o creencias de la víctima. A las que se añaden las vinculadas a la salud, el sexo y la orientación sexual y, posteriormente, se agrega la identidad sexual en la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal. Decisión aplaudida por algunos autores, argumentando que permite dar respuesta a los casos de transfobia (Dopico Gómez-Aller, 2010: 643; Hortal Ibarra, 2012: 39). Si bien los motivos son de diversa índole, *son numerus clausus*, es decir, solo aplicables a los especificados por la ley.

Desde el punto de vista de la investigación de los hechos es importante incidir en los indicadores de polarización que permiten demostrar la comisión de delitos con un trasfondo de odio y basados en circunstancias personales de las víctimas siendo susceptibles de aplicación de la agravante con independencia de la consignación de los elementos probatorios en la elaboración de los atestados policiales.

Esta circunstancia agravante nace con una enérgica oposición de la doctrina que critica su redacción: primero porque definen la redacción de la agravante como casuística, redundante e imprecisa (Alonso Álamo, 2002: 539) y segundo, por su proximidad al rechazable concepto de Derecho penal de autor, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor. E impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, qué es un comportamiento discriminatorio. Por tanto, nos encontramos ante la averiguación, en

términos de carga de la prueba, de un elemento motivacional que sólo podrá deducirse de indicios. Por lo tanto, la prueba de este elemento es problemática.

La expresa mención a los motivos podría ser interpretada como una manifestación del Derecho penal de autor contrario al principio de culpabilidad. Y, por otro lado, la permanente extensión de sus márgenes de aplicación contraviene los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal. Algunos autores señalan que la fórmula anterior del art. 10.17 CP 1973, hace referencia clara a los motivos que constituyen el elemento esencial de la agravación. En la fórmula del art. 22.4 CP se señala que concurrirá la agravante cuando se cometa por *"motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a"*, no dice por motivos discriminatorios en este segundo inciso del precepto, del que puede derivarse una tendencia a la objetivización[296]. También se critica la falta de diversos motivos como la situación económica (aporofobia) y colectivos étnicos discriminados como los gitanos (romanofobia) (Díaz López, 2013: 324).

El Tribunal Constitucional en sus SSTC 65/1986 y 14/1988 considera que el Derecho penal de autor es una concepción incompatible con el Estado de Derecho. No es legítimo un Derecho penal de autor que determine las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (Landrove Díaz, 1994: 159). Además, no basta que el autor de la conducta criminal seleccione a la víctima en la concurrencia en ella de alguno de los caracteres diferenciales que expone la ley, sino que ese comportamiento debe reflejar la voluntad del autor de colocar al sujeto pasivo en una posición de inferioridad y humillación (Laurenzo Copello, 1996: 274).

Con relación a los delitos abarcados por la agravante, la doctrina considera que esta circunstancia resulta incompatible e inaplicable tanto con los ilícitos integrados en la legislación penal antidiscriminatoria en sentido estricto (arts. 314 discriminación en el empleo; 510, 511 promoción incitación al odio y hostilidad, 512 CP prestaciones profesionales) como las agravaciones específicas previstas en algunos delitos (arts. 22.3 precio, 170.1 y 2 amenazas, 174 tortura y 515.5 CP asociaciones ilícitas). También, los delitos de libertad de conciencia y sentimientos religiosos arts. 522 a 525 CP. Los delitos de genocidio y lesa humanidad arts. 607 y 607 bis CP. Delito de clonación para la selección de la raza art. 16.3 CP. Descubrimiento y revelación de secretos 197.5 CP y el delito de prácticas de segregación racial con ocasión de conflicto armado art. 611.6 CP. Y los delitos de lesiones de los arts. 148.4, 153, 172.2 y 173.2.

Aunque no se encuentra prevista expresamente la circunstancia por la conducta típica, y el fundamento de la agravante sea análogo al del delito, no puede aplicarse. La STS 51/2008, Sala de lo Penal, de 6 de febrero sostiene que: *"En este sentido el art. 67 CP establece la prohibición de doble valoración de las circunstancias típicas en el momento de la individualización de la pena. La razón de este precepto es clara: cuando el legislador ha contemplado en la descripción típica una circunstancia determinada,*

[296] *Ibidem*, p. 540.

también ha considerado su concurrencia al fijar la consecuencia jurídica del delito. En este punto la doctrina es prácticamente unánime".

Al compartir idéntico fundamento su aplicación simultánea constituiría un flagrante *bis in idem*. Alonso Álamo (2002: 534) señala que su fórmula legal permite su aplicación a cualquier delito, salvo situaciones de incompatibilidad e inherencia. Se ha planteado también cuestiones de inherencia respecto de los delitos de terrorismo, que es prácticamente unánime, ya que necesariamente parecen guiados por razón de ideología, nación, religión, etc. En contraste, Laurenzo Copello (1996: 284) defiende su incompatibilidad con todos aquellos ilícitos cuyo bien jurídico es la dignidad personal.

Hay supuestos problemáticos en cuanto a la aplicación de la agravante, en el marco de la violencia de género, donde el motivo discriminatorio es el sexo, existe acuerdo unánime para su inaplicación. En el juicio debe practicarse prueba relativa a la intencionalidad del autor para acreditar que este no solo quiere detener ilegalmente, sino también que comete los hechos ilícitos por razones de género, que la acción criminal es el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquella por el hecho de ser su esposa o su compañera sentimental. Aunque las posturas de la doctrina divergen cuando los ataques se producen a personas de otra raza. Otro caso es el de las injurias art. 208 CP, donde una expresión o acción lesiona la dignidad de las personas, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. En este caso no se aprecia la agravante cuando el contenido de la injuria incorpora alguna de las motivaciones de la circunstancia. En sentido contrario, si la expresión injuriosa es no solo con *animus iniurandi*, sino también con ánimo discriminatorio, se aprecia la agravante ya que los bienes jurídicos son diferentes: el honor y la dignidad, por un lado, y por otro, el derecho a un trato igualitario y no discriminatorio. Por tanto, para poder ser aplicada la agravante el sujeto activo debe actuar con un dolo difamatorio, y un dolo discriminatorio, así como que las acciones injuriosas sean distintas y que el sujeto activo del delito realice las mismas por motivos del art. 22.4 CP (Chacón Ledesma, 2016: 9).

No se apreciará en los delitos imprudentes ya que la agravante lleva aparejado un elemento intencional reforzado, ni tampoco en los casos en los que la motivación carezca de relieve, atendidos los hechos y circunstancias concurrentes en la comisión del delito. Por el contrario, será aplicable a los partícipes en los que concurra el móvil discriminatorio por la regla de comunicabilidad, siempre que en los partícipes del delito concurra el móvil discriminatorio del autor del delito[297].

En cuanto a la regla concursal el art. 177 CP establece una regla común a todos los delitos previstos en este título. De acuerdo con esta regla: si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquel ya se halle especialmente castigado por la ley. Debe apreciarse un concurso real de delitos.

[297] *Ibidem*, p. 10.

Uno de los más habitualmente afectados es la integridad física. Se producen agresiones físicas que son casos de agresiones y violencia gratuita realizadas con la finalidad de humillar y vejar a la víctima, creando en la misma un sentimiento de terror, angustia e incluso de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido, lesionándose de esta manera gravemente su dignidad. Este tipo de ataques normalmente responden a motivos discriminatorios contemplados en la circunstancia agravante del art. 22.4 CP, por lo que deberá también ser apreciada[298].

La incorporación de la circunstancia agravante convierte a nuestro ordenamiento jurídico de deficitario, a ser uno de los más expansivos, superando los estándares internacionales y sin ser sometido a un debate previo, sosegado y riguroso, sobre el contenido y el alcance de la normativa penal antidiscriminatoria, sobre todo lo que representa el art. 22.4 CP. La crítica al legislador por parte de la doctrina es general en torno a la deficiente técnica legislativa que dificulta su comprensión y su interpretación. Existe una falta de consenso en el ámbito del derecho, fundamentalmente en la doctrina científica, como así también entre los diferentes operadores jurídicos, sobre la necesidad, la utilidad, el fundamento y la interpretación de esta normativa penal antidiscriminatoria.

Fundamento de la agravación.

El fundamento de la agravante es una de las cuestiones más complejas relacionadas con la circunstancia ya que no existe acuerdo en la doctrina, dando origen a diversas interpretaciones. El efecto ampliador de la circunstancia agravante causa cierta inquietud ante el efecto discriminador que convierte a cualquier delito en merecedor de una mayor sanción. La forma en que el legislador busca conceder protección a ciertos bienes jurídicos a través de tipos específicos es demasiado intensa. Esta intensidad por prevenir los comportamientos discriminatorios lleva a la incongruencia de adelantar las barreras de protección por encima de lo que el propio legislador se permite respecto de otros bienes iguales o aún más importantes. Lo que demuestra que el legislador va demasiado lejos y que no bastan las buenas intenciones para alcanzar resultados satisfactorios. Por su parte, la jurisprudencia opta sin demasiados matices por una determinada opción interpretativa que es la que configura la doctrina mayoritaria. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

El debate sobre el fundamento jurídico de la agravante radica, por un lado, en su pertenencia a la categoría de culpabilidad o del injusto, y dentro de este al injusto objetivo o al injusto subjetivo, acabando con posiciones que podríamos denominar mixtas, y, por otro lado, la controversia sobre si la fundamentación se basa en el principio de igualdad sean cuales sean las condiciones personales (Díaz López, 2013: 353). Por lo tanto, la discusión no se articula, solo en torno al fundamento objetivo, subjetivo y mixto de la agravante, sino también, sobre si se fundamentan sobre el

[298] *Ibidem*, p. 12.

principio de igualdad de todos los ciudadanos, o si, por el contrario, se enmarca dentro de la normativa penal antidiscriminatoria, en una lógica de acción positiva.

Ante la torpeza cometida por el legislador al utilizar la mención "*por motivos*" en su redacción típica y la necesidad de superar las críticas de quienes sostienen que estamos ante un delito de pensamiento, caben tres opciones (Hortal Ibarra, 2012: 44). Se establecen tres líneas interpretativas. La primera, probablemente la mayoritaria, entiende que nos encontramos ante una agravante predominantemente subjetiva, razón por la que la sitúan en sede de culpabilidad; la segunda: la trata de objetivar, y, por lo tanto, optan por un mayor injusto subjetivo y, finalmente, una tercera postura que sostiene que la circunstancia implica una mayor culpabilidad sobre la base de un desvalor adicional del injusto.

Todas las posturas coinciden, y en buena medida, se debe al tenor literal del precepto del art. 22.4 CP, que es más acorde con una fundamentación subjetiva. Y sobre la fundamentación del principio de igualdad o de no discriminación, si bien no existe postura mayoritaria en este aspecto, la jurisprudencia se inclina hacia una fundamentación bajo el principio de igualdad para todos. Sin embargo, las propuestas que fundamentan la agravante en elementos objetivos se ajustan mejor a nuestro ordenamiento jurídico y a su tradición, adolecen de menos errores, o sus consecuencias, parecen menos negativas. Por el contrario, las propuestas subjetivas se acercan peligrosamente al Derecho penal de autor y se ajustan peor a nuestro ordenamiento. Finalmente, las interpretaciones mixtas, son las de mayor consenso, aunque no terminan de solucionar totalmente los problemas interpretativos, ni de las interpretaciones subjetivas ni objetivas.

a. La tesis subjetiva: es la tesis mayoritaria de la doctrina (Bernal del Castillo, 1998: 68), como de la jurisprudencia y es la que se ajusta en mayor medida al criterio del legislador, así como a la dicción literal del precepto (Laurenzo Copello, 1996: 274). El elemento fundamental sobre el que se articula la agravante es la interpretación que se le da al motivo del comportamiento del sujeto activo. Desde esta postura se admite que no se ha de prestar atención a los elementos externos de la conducta, por ejemplo, sus efectos sobre la víctima o la sociedad, sino a la motivación que guía al autor a cometer el delito. En el autor, concurre un móvil abyecto o indeseable que implica la exigencia de una mayor reprochabilidad, lo cual supone una mayor culpabilidad que justifica una mayor penalidad (Rebollo Vargas, 2018: 202). Son circunstancias basadas en una actitud personal del autor contraria a valores, como la dignidad o la igualdad, y no en la acción concreta cometida, por ello se incardinan en la culpabilidad y no en el tipo de injusto. Es por ello por lo que es una circunstancia eminentemente subjetiva, deben darse en el móvil de forma específica los motivos a los que hace referencia el art. 22.4 CP. Siendo requisito fundamental que las motivaciones sean determinantes para cometer el delito y así poder ser aplicada la agravante. Esta circunstancia se aplicaría, aunque la víctima no pertenezca a los colectivos discriminados a los que hace referencia el art. 22.4 CP, bastando que las motivaciones del autor si fueran dirigidas a un individuo de dichos colectivos.

Esta interpretación subjetivista tiene importantes críticas. Laurenzo Copello (1996: 285) sostiene que es una interpretación poco adecuada debido a que no permite la diferenciación de situaciones distintas desde la perspectiva de los bienes jurídicos que pretende tutelar. Se llega al absurdo de tratar con la misma dureza al que realmente lesiona un bien esencial del sujeto pasivo que al que solo pone una condición indirecta para posibles ataques futuros contra alguna de las personas que realmente pertenezcan al colectivo que se pretende agraviar.

García Álvarez (2004: 287) considera que la mayor reprochabilidad de la conducta por la motivación abyecta del autor tiene mucho más que ver con su personalidad que con la verdadera entidad del delito cometido, lo cual acerca a la situación a un Derecho penal de autor en lugar de a un Derecho penal del acto. Por su parte, Dopico Gómez-Aller (2004: 149) plantea la inadecuación del término "motivo" para fundamentar juicios de responsabilidad penal, debido a su indeterminación conceptual como así también por los problemas de prueba que suscita y la imposibilidad de determinar las motivaciones relevantes de las predominantes. Mir Puig (2011: 630) señala que la gravedad del delito depende de la gravedad de la lesión, del carácter antijurídico del hecho, mientras que la culpabilidad condiciona la posibilidad de imputarla o no, ya sea de forma completa o disminuida, pero no determinando su gravedad, no teniendo cabida, la agravante del art. 22.4 CP dentro de la categoría de culpabilidad. Hortal Ibarra (2012: 43) piensa que el concepto motivo en la descripción típica es eminentemente psicologizante y tiende a caracterizar al sujeto activo, siendo poco respetuosa con el principio de responsabilidad penal por el hecho. Aunque siendo esta postura coherente, es estéril debido a la tendencia del Tribunal Constitucional a enmendar la plana al legislador. Por último, Díaz López (2013: 348) sostiene que la gravedad del delito no puede determinarse atendiendo a la gravedad de la culpabilidad; ya que la gravedad del delito depende de la gravedad de la lesión; mientras que la culpabilidad se refiere a la mayor o menor posibilidad de imputar al sujeto activo el desvalor de esa lesión o de la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

b. Tesis objetiva o de un mayor injusto subjetivo: el sector doctrinal que incluye la agravante del art. 22.4 CP dentro de la categoría del injusto subjetivo, admite su carácter eminentemente subjetivo, coincidiendo con el sector doctrinal que lo atribuye a la culpabilidad. Sin embargo, señalan que a pesar del tenor literal que parece indicar otra cosa, en el art. 22.4 CP se hace referencia a una *finalidad* y no a un *móvil*, siendo un elemento subjetivo intencional y no motivacional. El motivo discriminatorio origina la intención de cometer el delito, pero no se sanciona el motivo en sí, sino la intención discriminatoria al cometer el hecho, la agravación radica en la intención criminal que se proyecta sobre el hecho[299]. Se entiende el fundamento del art. 22.4 CP como intencionalidad, no como culpabilidad; y de esta manera, permite dar una mayor gravedad al hecho, situándola en el injusto subjetivo, ya sea por la intención de causar daño a un grupo que comparte las características de la víctima o por negar el principio de igualdad, de manera más amplia o genérica.

[299] *Ibidem*, p. 356.

En nuestro país la propuesta inicial de esta tesis es de Mir Puig (2011: 632) que sostiene que todas las circunstancias agravantes aumentan el injusto penal del hecho (desvalor), dado que supone una negación del principio de igualdad que consagra la CE, y entiende que mientras unas inciden en la parte objetiva otras lo hacen sobre la subjetiva. Por lo tanto, se dota a la expresión por motivos de una significación objetiva desvinculada de los móviles o de las intenciones internas que pudieran impulsar al sujeto activo a perpetrar el delito en cuestión. La motivación discriminatoria incrementaría el tipo subjetivo de injusto cometido, lo que se proyecta en la negación del principio de igualdad consagrado en la Constitución, se trata de un hecho más grave merecedor de mayor pena.

Este planteamiento es asumido completamente en la SAP Madrid (29ª) 53/2010, de 30 de junio (FJ 7º) en que se concluye que: "*Esta agravante tiene su fundamento en el mayor desvalor del hecho que representa el atentado contra el principio de igualdad, que proclama la constitución en su art. 14, motivación que aumenta el injusto subjetivo del hecho"*

En este caso, los motivos son un elemento subjetivo del delito a los que se aplica la agravante y que justificaría la mayor pena a imponer. Esta propuesta parte del dolo atendiendo su carácter intencional y pretende derivar de una específica intención la mayor gravedad del hecho. Sin embargo, el dolo no sólo es intención, sino conocimiento del riesgo y los motivos no afectan a ese conocimiento del riesgo[300]. Por lo tanto, esta postura es criticada porque no puede equipararse el dolo a esa intencionalidad generada por motivos discriminatorios, ya que el dolo no solo es intencionalidad sino también conocimiento del riesgo. Los motivos no afectan a dicho conocimiento de riesgo, el motivo discriminatorio es compatible con el dolo directo, pero también en el eventual, no pudiendo encuadrarse dentro del injusto subjetivo. Díaz López (2013: 355) sostiene que lo que se valora es un hecho, no las motivaciones o intenciones del autor al margen de este que, de ser así, ello supondría valorar un elemento subjetivo de forma aislada (el móvil) y, por tanto, estar sancionando el pensamiento. También es criticado este fundamento dado que conlleva un peligro de sanción de la actitud interna y el Derecho penal de autor, si bien intenta objetivizar el fundamento haciéndolo recaer en el hecho, se valoran las motivaciones o intenciones subjetivas del autor, no aportando soluciones reales a dicho problema. Hortal Ibarra (2012: 45) sostiene que esta postura, aunque formalmente intente desvincular la agravante de la actitud interna del sujeto actuante, materialmente la acaba conectando a ella.

Otros autores señalan que estas perspectivas eminentemente subjetivas, la categoría de culpabilidad y la del injusto subjetivo, están prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico si así se fundamentaran, pues el legislador no está legitimado para prohibir

[300] La STS 114/2006, de 23 de noviembre pone de manifiesto que el dolo no debe confundirse con el móvil, a pesar de que ambos atienden a la subjetividad del autor pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad, discrepancias ideológicas, etc.), de modo que solo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que las recojan.

ideologías y sentimientos y tampoco lo está, por tanto, para agravar una conducta o delito fundamentado en ellas (Dópico Gómez-Aller, 2004: 146).

c. La mayor o menor intensidad en la objetivación del injusto o posición mixta.

Si bien esta postura introduce elementos de fundamentación objetivos, continúa fundamentándose en elementos subjetivos, asimilándose a las anteriores propuestas interpretativas.

En los delitos discriminatorios, se lesionarían preventivamente dos bienes jurídicos diferentes: el propio del delito ejecutado (vida, integridad física, propiedad) y otro que permitiría justificar la mayor gravedad del injusto y, en consecuencia, elevar la pena impuesta. Este bien jurídico complementariamente menoscabado tendría una naturaleza dual, un referente individual y supraindividual. El primero consiste en el derecho de toda persona a ser tratado igual con independencia de los rasgos identitarios que lo diferencian de la comunidad social mayoritaria. Además, se lesionaría otro bien jurídico que trascendería a la propia víctima y que le dotaría de un plus de antijuricidad que reforzaría la legitimidad del incremento punitivo: el sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado (discriminación racial, xenófoba, homófoba, islamofóbica, etc.) y el riesgo de su repetición en el futuro. Lo que se traduce en una limitación de la libertad individual y grupal (Hortal Ibarra, 2012: 46).

Con el objetivo de acomodar la agravante a las garantías y principios del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho y así alejarlo de toda vinculación con el Derecho penal de autor, destaca la tesis propuesta por Laurenzo Copello (1996: 282) quien fundamenta el plus de agravación de los delitos cometidos por motivos discriminatorios en el desvalor adicional del injusto que comporta la lesión del otro bien jurídico penal lesionado en estos casos, *"el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro"*. La fundamentación de la circunstancia del art. 22.4 CP a partir de la lesión de un bien jurídico adicional ofrece bases más sólidas para resolver los problemas de incompatibilidad con ciertos delitos. Sin negar la vertiente subjetiva de la agravación, se exige la concurrencia de un desvalor adicional del injusto identificado con la lesión del bien jurídico penalmente protegido en los delitos cometidos por motivaciones discriminatorias. El injusto se divide en una parte objetiva y en una parte subjetiva, donde la lesión se ubica en la parte objetiva y la motivación especialmente indeseable que impulsa al sujeto activo a cometer el delito se sitúa en la segunda, estando dichas partes íntimamente conectadas (Hortal Ibarra, 2012: 46).

Esta postura parte del presupuesto de que la circunstancia agravante aumenta la gravedad del injusto objetivo, dado que los motivos añaden un desvalor adicional al hecho (resultado). Dando prioridad no al móvil discriminador en sí mismo, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo. Esta interpretación es menos acorde con el tenor literal de la norma que hace referencia a un elemento subjetivo (motivos) y genera problemas interpretativos sobre si puede ser aplicada en casos en que la víctima no pertenece al colectivo que se pretendía agraviar

con la conducta lesiva (Laurenzo Copello: 1996: 283). El fundamento de la agravante reside en promover la seguridad de determinados colectivos vulnerables, discriminados históricamente, el mayor desvalor objetivo derivaría del perjuicio, que despliega la conducta, no sólo contra el individuo, sino también contra el grupo al que pertenece.

De esta manera, se otorga eficacia a los errores en que incurre el sujeto activo en torno a la condición de la víctima, a diferencia de la tesis subjetivista, donde al importar, única y exclusivamente, su motivación interna resulta plenamente justificada la aplicación también en tales casos. Podría ser aplicable incluso cuando el sujeto activo no actúa con ánimo discriminatorio, bastaría que su conducta generara efectos discriminatorios para que pudiera ser agravada su responsabilidad penal. Esta interpretación, no hace referencia a las motivaciones del autor, sino a las consecuencias para el colectivo discriminado, podría ser aplicada a los partícipes que conocieran los efectos discriminatorios. A modo de compensación, la objetivización de la agravante permite su comunicabilidad a los partícipes que tuvieran conocimiento de esta motivación discriminadora al tiempo de la ejecución del delito o de su cooperación al mismo art. 65.2 CP. Esta propuesta ofrece bases más sólidas para resolver los problemas de incompatibilidad con otros delitos, como el delito de injurias o contra la integridad moral (Hortal Ibarra, 2012: 43).

Próximo a Laurenzo Copello se encuentra la propuesta de Landa Gorostiza (2001: 188) que considera que los efectos de la conducta del autor no recaerían sobre la víctima concreta, sino sobre el grupo o colectivo al que pertenece, dotando al bien jurídico lesionado un contenido supraindividual. El desvalor adicional del injusto viene determinado por la idoneidad de esas conductas para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable al que pertenece el sujeto contra el que se comete el delito común por razones de raza, etnia, ideología, orientación sexual, etc.

Este autor considera que el art. 22.4 CP forma parte de la normativa penal antidiscriminatoria, cuya piedra angular es el delito de provocación, mientras que el art. 510 CP hace referencia a propaganda, manifestación y difusión a la discriminación, odio y violencia, en la agravante del art. 22.4 CP el vehículo transmisor del mensaje amenazante y discriminatorio es el propio delito al que se aplica la propia agravante. Ya que a afectos de aplicación de la agravante solo es preciso la comprobación de que el autor conozca las circunstancias y el contexto en el que lleva a cabo la conducta delictiva y sea consciente que dicho comportamiento será comprendido tanto por el colectivo especialmente vulnerable como por toda la sociedad.

Por su parte Dopico Gómez-Aller (2004: 166) señala que la fundamentación de la agravación de la conducta se deriva de la lesión de un bien diferente al del propio delito. E indica que, en los delitos de odio y discriminación, no solo se produce una infracción de las pretensiones de indemnidad de determinadas personas, sino que conlleva un acto intencional de propaganda por el hecho. Por lo tanto, este autor sostiene que el delito al que se le aplica la agravante del art. 22.4 produce un efecto comunicativo intimidante, un anuncio serio y creíble de futura agresión, similar al de los atentados terroristas. Esta interpretación a cualquier referencia a la motivación alude al dolo (la agravante entra

dentro del injusto objetivo) y no conlleva problemas en la práctica real ya que se entiende que el autor tiene conocimiento de las características de la víctima como perteneciente a un colectivo amenazado[301].

En oposición a la eficacia de los errores, Hortal Ibarra (2012: 48) considera que esta agravante no resultaría de aplicación a los supuestos en que el sujeto activo yerra sobra la condición de la víctima, ya que su aplicación no cohonesta con la idea de un Derecho penal del hecho, acercándose peligrosamente al Derecho penal de autor. En este caso estima que no se lesionaría el derecho de la víctima a no ser discriminado por razón de su orientación sexual (por ejemplo), aunque el colectivo LGTBI pueda sentirse intimidado con motivo de la agresión e incluso si se acreditara un cambio en sus hábitos sociales. De ahí que este autor muestre su disconformidad con la propuesta de *lege ferenda* formulada por el Fiscal encargado del Servicio de Delitos de odio y discriminación en Barcelona de añadir una cláusula final en el art. 22.4 CP del siguiente tenor: "*con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*". Propuesta fundada en un argumentario de la órbita del *Common Law,* que, el autor considera que se caracteriza por una rudimentaria dogmática y la preminencia en materia penal de lo procesal sobre lo sustancial. Situación que socava los pilares de la imputación subjetiva, pilar fundamental de la Teoría General del Delito.

García Alvarez (2003: 289) entiende que la interpretación plausible de esta agravante en el ámbito de la discriminación por razón de sexo reside en el hecho de que en el momento de la comisión delictiva, además de afectarse el bien jurídico objeto de protección en el comportamiento típico, la motivación que preside el actuar del sujeto activo es discriminatoria con respecto a la víctima del mismo, por lo tanto, se trata de una agravante dotada de un mayor componente objetivo, y por lo tanto, vinculada al desvalor del injusto.

Esta interpretación es criticada por Díaz López (2013: 373) porque contraviene el tenor literal de la ley, "motivos", y puede suponer una lesión del principio de legalidad. Este autor considera que el principal problema es interpretar los motivos como efectos. Se pueden interpretar los motivos sin que necesariamente se sancione la actitud interna. Cuando un sujeto comete un hecho delictivo por motivos discriminatorios, no tiene justificación, valorando los motivos como parte del hecho lesivo, y esta ausencia de justificación es lo que conlleva un plus de injusto objetivo. Los motivos indican la gravedad objetiva de la conducta, no se sancionan por sí mismos.

Los autores que abogan por una fundamentación mixta, objetivo-subjetiva, de la agravante reconocen su caracter eminentemente subjetivo, aunque incluyen elementos objetivos. La especial motivación del autor, aspecto subjetivo de la agravante, constituye su elemento nuclear. Pero la agravante presenta también una dimensión objetiva que la delimita. No cualquier motivo sino precisamente los motivos discriminatorios son tomados en cuenta por la ley. La discriminación constituye el referente objetivo de la agravante. No solo ha de darse la especial motivación

[301] *Ibidem*, p. 167.

discriminatoria del autor, requisito subjetivo, sino que el sujeto pasivo, sobre el que recae la conducta, ha de pertenecer a un colectivo discriminado o poseer dichos rasgos diferenciales para que actúe la discriminación, requisito objetivo.

Catálogo de causas discriminatorias.

No todo delito en el que la víctima es una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual haya de ser aplicada la agravante, si no se puede acreditar que se actúa contra la víctima por esos motivos (STS 314/2015, de 4 de mayo).

La doctrina mayoritaria considera que la tipificación del listado general y la expresa mención a algunas causas en particular está realizada de una manera imprecisa, redundante, excesiva y asimétrica (Laurenzo Copello, 1996: 244; Bernal del Castillo, 1998: 68; Landa Gorostiza, 2001: 195 y 200; García Alvarez, 2003: 291). Redundante porque según el tenor literal del precepto, por ejemplo: a la motivación racista se le suman por razón de raza, etnia etc. Las innecesarias reiteraciones constituyen un argumento para tachar el catálogo legal de excesivo. De igual manera sucede con la expresión a las creencias de la víctima junto con la ideología y la religión. Este tipo de alusiones innecesarias fomentan un artificial casuismo que constituye un claro indicio de ausencia de técnica legislativa (Hortal Ibarra, 2012: 61). Asimismo, la doctrina critica severamente la descoordinación en la configuración del listado de causas en el conjunto de la legislación penal antidiscriminatoria (Bernal del Castillo, 1998: 39). Se produce una asimetría entre las causas previstas en la agravante y las contenidas, por un lado, en los arts. 314 y 510-512 CP, donde se añade la discriminación por razón de situación familiar (soltería, separado-divorciado, relaciones *more uxorio* o coexistencia diaria, etc.) Y, por otro lado, entre el art. 22.4 CP y los arts. 314 y 510.1 CP en que, respectivamente, se suma “el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español”. Además, de la innecesaria mención de los motivos racistas, antisemitas etc.

La referencia a los actos discriminatorios por razón de enfermedad que padezca o a su discapacidad genera dudas al cuestionar la oportunidad de garantizar su protección a través del Derecho penal. Su expresa mención carecería de base fenomenológico-criminológica y tampoco responde a un déficit de instrumentos extrapenales con los que combatirlos. El predominio social del SIDA en los años noventa del siglo XX pudo influir en su inclusión en el catálogo de causas de discriminación del texto legal de 1995. La doctrina y el legislador de 1995 identifica esta causa con las personas seropositivas. El VIH se vincula a ciertos colectivos como los toxicómanos, las prostitutas y a una comunidad claramente diferenciada formada por gays, lesbianas y transexuales, padeciendo así una evidente estigmatización. Sin embargo, los avances médicos en su tratamiento (utilización de retrovirales) y posterior cronificación, el desarrollo de la labor administrativa en términos informativos y asistenciales, como así también, la actividad del sector asociativo (educativa, apoyo y asistencial), habrían restado fuerza autónoma a esta incriminación. En términos dogmáticos y político-criminales, resulta criticable atendiendo al fundamento de la agravación, ya que lo

determinante no es la enfermedad en sí misma, sino el grado de marginación social al que potencialmente se aboca la persona víctima del acto discriminatorio (Laurenzo Copello, 1996: 247).

En referencia al componente sexual, Hortal Ibarra (2012: 63) considera que no resulta necesaria por tres motivos: primero, porque esta referencia denota un cierto paternalismo en torno a la percepción tradicional de la mujer como sujeto débil y, consiguientemente, necesitaría de una mayor y especial protección; segundo, porque el desarrollo de la perspectiva del género en la llamada violencia ocasional y habitual, proporcionaría ya una tutela penal a las mujeres por ser el colectivo mayoritario que se erige en sujeto pasivo de dichos comportamientos; y tercero: porque así lo aconseja el endurecimiento penológico de la delincuencia sexual de los últimos tiempos, como así también la constatación criminológica de la mayor prevalencia de estos delitos sobre el colectivo femenino.

En cuanto a la orientación sexual de la víctima como causa discriminatoria, la doctrina critica su indeterminación (Abel Souto, 2010: 8). La voluntad del legislador es amparar a los homosexuales por ser un grupo diana u objeto de atención de grupos de ideología neonazi. Sin embargo, su indeterminación no concuerda con los requerimientos del principio de taxatividad, lo que promueve una sustitución de esta causa genérica por una más determinada o concreta dada la importancia cuantitativa del grupo social en cuestión, lo que también legitimaría una mayor penalidad.

En el año 2010 a través de la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal retoca la circunstancia agravante, al introducir la identidad sexual junto a la orientación sexual, y la discapacidad o enfermedad, en lugar del término minusvalía que se usa hasta el momento. Esta modificación se realiza con el objetivo de evitar toda conducta que entrañe injusta discriminación de las personas, contraria al principio constitucional de igualdad proclamado en el art. 14 CE. En la reforma de 2010, el legislador extiende la tutela a los transexuales mediante la mención a la identidad sexual, aplaudida por la doctrina mayoritaria y criticada por un sector minoritario que entiende que debido a la significación cuantitativa del colectivo social en cuestión no justifica la puesta en peligro de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad e intervención mínima (Hortal Ibarra, 2012: 61). Asimismo, la doctrina echa en falta una alusión a la condición o situación económica de la víctima dado el contexto de crisis económica y de exclusión social. Ello garantizaría la tutela a los sintecho, pero también de personas que sin ser indigentes son susceptibles de ser agredidos y discriminados debido a la mala situación económica y a una mayor exposición a situaciones peligrosas. A parte de configurar un colectivo social diana y vulnerable como sucede con los homosexuales objeto de los ataques de los grupos neonazi[302].

Finalmente, su redacción vigente es introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo de modificación del Código penal que introduce la agravante por razones de género, al considerar que el género puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias

[302] *Ibidem*, p. 65.

diferente del que abarca la referencia al sexo, entendido de conformidad con el Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de abril de 2011, como los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

La jurisprudencia del art. 22.4 CP.

La jurisprudencia de la circunstancia prevista en el art. 22.4 CP se caracteriza por ser no muy profusa pero sí confusa en relación con el fundamento de la circunstancia. Sin embargo, la toma de postura de la jurisprudencia en esta materia se decanta por una agravante interpretada en clave subjetiva. Desde la incorporación de la gravante al Código penal en 1995, resulta que en algo más de veinte años desde su entrada en vigor, el número total de pronunciamientos apenas ronda los noventa. Estas sentencias se califican como técnicamente discutibles y poco afortunadas ya que la referencia a la agravante en las que se pone de relieve que la discriminación implica una afección al derecho a la igualdad del art. 14 CE son prácticamente testimoniales (Rebollo Vargas, 2018: 209).

Una de las primeras sentencias en que se aplica la agravante por motivos discriminatorios, donde se avanza la posición interpretativa que se consolida con el tiempo (subjetiva), es la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de marzo de 2000. Los hechos se remontan a la madrugada del 14 de septiembre de 1996 cuando varios jóvenes después de haber pasado parte de la noche por varios puntos de la población de Sitges (Barcelona), acuden a una calle donde se localizan establecimientos frecuentados por público homosexual. El autor del hecho discriminatorio se acerca a la puerta de uno de estos locales y grita de forma provocadora a dos clientes que en esos momentos salen, “esto está lleno de maricones”. Uno de ellos le pregunta si tiene algo contra ello, y el agresor le contesta: “me dan asco”. Acto seguido, el acusado con decidido propósito de menoscabar la integridad física de la víctima, le propina un fuerte golpe en la espalda, cayendo la víctima al suelo, siguiendo toda suerte de agresiones físicas, golpes, patadas e insultos por parte del acusado y por parte de otros acusados que se suman a la agresión. En esta sentencia y en su fundamento jurídico nº 5, se decide que la circunstancia agravante tiene un substrato decididamente subjetivo y responde a un móvil reprobable. Si bien se hace eco de algunas críticas doctrinales que censuran el precepto por ser un instrumento de promoción de valores y por descansar en el fuero interno del autor; asegura que se trata de un ataque frontal a la igualdad y dignidad personal como bienes constitucionales y que, además, desprecia la libre determinación sexual de la persona. Se da por probado que la agresión es un delito de lesiones (que se impone en su máximo de 3 años), y este acto lesivo se comete precisamente por la condición de homosexual de la víctima (motivo). Esta sentencia es confirmada por el Tribunal Supremo en la STS 1341/2002, de 17 julio, en la que

predominan los aspectos motivacionales. La agresión se lleva a cabo frente a personas que se suponen homosexuales.

La línea expresa de interpretación que circunscribe la agravante en términos subjetivos a la categoría de culpabilidad y que remite a una investigación de los motivos para identificar cuál es el determinante, es hasta día de hoy, la jurisprudencia consolidada en la materia.

Indistintamente de las críticas doctrinales, la consideración preponderante subjetiva de la agravante implica dos consecuencias importantes: 1) los motivos y los problemas de prueba y 2) las dudas en los problemas de error. En cuanto a la primera cuestión: una fundamentación subjetiva entra de lleno en el terreno valorativo y con ello en una indeseada discrecionalidad que presenta problemas de prueba para dirimir el juicio interno del autor. Este discernimiento solo puede deducirse de indicios, como, por ejemplo: la ideología nazi se considera acreditada por la estética skin neonazi, por el discurso específico, etc. (STS 364/2003, de 13 de marzo). En consecuencia, en relación con la necesidad de conformar los indicios y el juicio interno del autor, se dan lugar a algunas resoluciones judiciales controvertidas. Un ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 62/2002, de 31 de marzo, donde se dirime la aplicación de la agravante de racismo en el caso de dos personas que sospechan que quien les roba la maquinaria es magrebí y, por ello, inician una búsqueda (cacería) en el pueblo llegando a encerrar en una furgoneta y golpear para que confesaran el robo a las personas que localizan de esa etnia. El Tribunal considera que la motivación de los acusados es la recuperación de lo robado a pesar de que el criterio empleado para la identificación de las víctimas no es otro que su raza o etnia.

En relación con la segunda cuestión, la relativa a los problemas de error, es la que mayores dudas reporta. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito, por cualquiera de las circunstancias previstas en el precepto. El problema se presenta cuando el sujeto activo actúa motivado por alguno de esos móviles. Sin embargo, resulta que no concurre, es decir, la pertenencia o no de la víctima a determinado colectivo social. El caso típico es el propuesto por Laurenzo Copello (1996: 278), en el que unos individuos se dedican a perseguir y a agredir a supuestos miembros del colectivo homosexual, no probándose posteriormente que el agredido o agredidos sean de ese colectivo.

En las distintas resoluciones judiciales tanto en tribunales inferiores, como en apelación y también en casación (Audiencia Provincial de Navarra 144/2005, de 8 de julio; Tribunal Superior de Justicia de Navarra 3/2005, de 14 de diciembre; Tribunal Supremo 1145/2006, de 23 de noviembre), se reitera que es necesario atender al elemento subjetivo, al ánimo o móvil específico de actuar. Si bien las resoluciones ponen de relieve los riesgos que supone una excesiva interpretación subjetiva, por no respetar el principio de responsabilidad por el hecho, así como la necesidad de eliminar la incriminación fundada em la idea de un Derecho penal de autor. Las sentencias se caracterizan por contradecir lo que afirman en párrafos precedentes. Y afirman que la aplicación de la agravante no ofrece dudas, el fundamento de la agravante se hace

residir en el motivo o móvil particularmente reprobable de la decisión delictiva. También las resoluciones estiman que el sujeto activo tiene el propósito de menospreciar a una persona en atención a su pertenencia a un determinado grupo social o colectivo. En consecuencia, la suposición errónea de las causas que dan origen a la motivación no debería excluir la consideración de la circunstancia agravante. El fundamento de la agravación no se sitúa en la víctima, sino en una motivación determinante para cometer el delito, lo que se reprocha es el móvil, no sus efectos. Tanto sea sobre el sujeto pasivo, o sobre el colectivo social al que la víctima pertenece. Por ello, una de las consecuencias de priorizar el elemento subjetivo de la agravante, el ánimo de un sujeto que actúa por alguna de las motivaciones, a las que alude el precepto, es la estimación de la agravante cuando el sujeto activo ha errado sobre la condición de la víctima que origina el delito (Rebollo Vargas, 2018:217).

Sin embargo, una jurisprudencia contradictoria pone en duda lo referido respecto al error desde una fundamentación subjetiva. En ciertas sentencias (STS 1341/2002, de 17 de julio; 314/2015, de 4 de mayo) se sostiene que la circunstancia discriminatoria debe referirse a la víctima, lo que exige la prueba de la condición de esta y la intencionalidad del autor. Por lo tanto, no operará la agravatoria cuando la cualidad personal objeto del móvil no concurre en el sujeto pasivo. Esto nos lleva a pensar que unas lesiones que obedecen a una motivación discriminatoria por la condición de homosexual de la víctima y, posteriormente, no quede acreditada, dado que tal cualidad no concurre en el sujeto pasivo, el autor actuaría bajo los presupuestos de un error al revés. Si bien es verdad que desde una aproximación subjetiva lo importante es el móvil abyecto del autor. La jurisprudencia hace referencia a la prueba de la condición de la víctima. Otorgando una relevancia a dicha condición que opta por una mayor objetivación del injusto, a pesar de que en las resoluciones se opta por un criterio subjetivo.

La STS 1145/2006, de 23 de noviembre en su FJ 6º sostiene que esta agravante es objeto de críticas doctrinales , por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, que es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estará acreditado de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución. Para la aplicación de esta circunstancia es necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE. Se trata de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo aquellos supuestos en los que las circunstancias carezcan de relieve. Resulta innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra

ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

En este sentido, la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los extremos del espectro político. La tolerancia a todo tipo de ideas está amparada por la libertad ideológica y de expresión. Pero, en cualquier caso, los actos o actividades que, en el desarrollo de esas ideas o ideologías que vulneran otros derechos constitucionales no se encuentran bajo la protección constitucional. Esta agravante es el complemento penal del art. 14 CE, en cuanto sanciona, con un plus agravatorio, los delitos cometidos con un móvil discriminatorio (por la víctima inmigrante, negro, homosexual, etc.), suponiendo un endurecimiento de la pena, que puede llegar cuando concurran más de dos agravantes y ninguna atenuante, a aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior (art. 66. 4ª). Para su aplicación se requiere la evidencia de que el hecho delictivo obedece a razones contrarias al principio de igualdad y a la tolerancia que exige la convivencia social.

Existen algunas resoluciones que generan una controversia extraordinaria dada la demostración de cierta xenofobia institucional en los operadores de justicia. El Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en su sentencia 5/2008, de 23 de octubre, en donde se dilucida el delito de prevaricación por un retardo malicioso en la administración de justicia (art. 449.1 CP) con la agravante de desprecio a la condición sexual. Se trata de un juez de Primera Instancia que retrasa la resolución del expediente de adopción de una niña debido a su condición de homosexuales de la madre biológica y su cónyuge adoptante. Situación que da origen a una condena por voluntad homófoba discriminatoria. No obstante, la resolución es recurrida en casación. En su STS 1243/2009, de 30 de octubre, casa la anterior y la anula por no apreciar la circunstancia agravante del art. 22.4 CP. Y argumenta que: a pesar de considerar que la conducta es discriminatoria frente a los homosexuales, entiende que tal discriminación carece, en su caso, de la sustantividad separable de la conducta típica, por lo que la acumulación de la penalidad por agravación a la correspondiente al tipo básico implica penar doblemente unos mismos elementos fácticos. El Tribunal concluye, sorprendentemente, que la discriminación imputada (a un proceso sin dilaciones y discriminación por orientación sexual) carece de sustantividad separable de la conducta típica.

Problemas en la práctica jurídica del art. 22.4 CP.

Desde una perspectiva práctica, desde el ingreso de la agravante al sistema judicial, es utilizada en pocas ocasiones, no tanto por la ausencia de delitos de odio y discriminación. Sino por las particularidades propias de este tipo de delitos y de sus víctimas en particular.

Desde la incorporación de la circunstancia agravante al ordenamiento jurídico español en el Código penal de 1995, se hacen importantes avances en torno a los delitos de odio y discriminación y de sus víctimas. Se crean secciones especializadas en cada una de las

fiscalías provinciales, siendo la primera la de Barcelona. Se mejora la recopilación de datos y la publicación de los informes estadísticos. También, se dota a los diversos operadores jurídicos de mejores y, en su caso, de nuevos protocolos de actuación e investigación. Asimismo, se diseña (cursos) y articula nueva formación (manuales). Sin embargo, se detectan algunos problemas que pueden alterar el buen funcionamiento de la norma, de la actividad y el desempeño de los diferentes operadores jurídicos a la hora de administrar justicia.

El desconocimiento del número de hechos que se cometen por violencia discriminatoria tiene dos vertientes, por un lado, está el desconocimiento de hechos denunciados, y por otro, el desconocimiento de hechos que se producen y no se denuncian. Con respecto al desconocimiento de los hechos denunciados, esta situación poco a poco se corrige desde las instituciones. Por impulso del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía de Barcelona, en el año 2010, la Generalitat de Cataluña, es la primera administración de justicia en dotarse del primer protocolo para la investigación de delitos de odio y discriminación, comenzando a ofrecer las primeras estadísticas en esta materia. Como así también, los Protocolos de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. A partir del año 2011, se introducen modificaciones en el Sistema estadístico de Criminalidad que permite computar "todos los hechos" con motivaciones de odio y discriminación, publicándose en el año 2014 el primer informe del Ministerio de Interior correspondientes al año 2013. Sin embargo, es importante comprender que estos nuevos datos aportan una leve idea o imagen del problema real pero incompleta, ya que esta aproximación cuantitativa evita abordar el tema de las violencias que no son delito, la discriminación no punible, entre otras circunstancias. Por lo tanto, un amplio porcentaje de los episodios discriminatorios quedaría ocultado por los datos o por el diseño estadístico determinado de estos informes.

En cuanto al desconocimiento de los hechos que se producen y no se denuncian (*cifra negra*) existen diversas razones: puede destacarse la normalización de la discriminación como parte de la vida cotidiana de los grupos sociales históricamente vulnerables y discriminados. Por otro lado, las víctimas tienen la creencia de que, aunque denuncien no obtendrán ningún resultado favorable debido a la xenofobia institucional (xenofobia y discriminación en la aplicación de los mecanismos y protocolos policiales, judiciales, asistenciales, etc.) histórica contra grupos sociales como los homosexuales, gitanos, transexuales, etc. En otro orden de cosas, las víctimas de estos grupos sociales están supeditadas a la desconfianza que provoca la agresión, este temor condiciona su libertad de movimientos y la posibilidad de participar en igualdad de condiciones. Por lo tanto, tienen miedo a las represalias que una posible denuncia y su posterior visibilización pudiere provocar. Por otra parte, este tipo de víctimas pertenecen a colectivos vulnerables, debido a su situación personal, social y económica, produciéndose una interseccionalidad de los factores de discriminación (ser negro, homosexual, extranjero y pobre, por ejemplo), colocándolos en riesgo de exclusión social. Asimismo, el desconocimiento de la ley es una razón importante para no denunciar, lo que impide el conocimiento de los derechos y el ejercicio de los mecanismos de denuncia. Un caso de indefensión significativo es el caso de los extranjeros indocumentados, víctimas potenciales de abusos y objetivos de los delitos de odio y discriminación, de los grupos

neonazis y de extrema derecha, entre otros. Al carecer de permiso de residencia y trabajo, y ante el temor de una apertura de expediente gubernativo de expulsión del territorio nacional no denuncian. Las víctimas de delitos de odio y discriminación se enfrentan a un sufrimiento de vergüenza superior al daño que producen otro tipo de delitos, ya que están siendo victimizados por su identidad. Y ante el temor de la estigmatización social, en ocasiones, niegan que son víctimas (Aguilar, 2011: 70).

La falta de formación de los operadores jurídicos en ocasiones conduce a una tipificación errónea de los hechos o que se tipifican como delitos leves, poniendo en entredicho y cuestionando la credibilidad del testimonio y relato de la víctima. De esta manera, se reproducen los estereotipos y prejuicios predominantes en la sociedad, en el ámbito judicial. Asimismo, las investigaciones policiales y judiciales, en este tipo de delitos, deben probar una motivación o efecto específico discriminatorio, y esta situación conlleva una dificultad especial. Es por ello, prioritario la correcta realización de las declaraciones y una mejora de las actuaciones policiales (actas de inspección, protocolos, trato, etc.).

Otro problema considerable es la falta de atención, orientación e información a las víctimas de los delitos de odio y discriminación. Por una parte, el correcto comportamiento y eficiencia de los operadores de justicia en el desempeño de sus funciones y aplicación de los protocolos es imprescindible para la efectividad en el tratamiento de este tipo de víctimas. De lo contrario, se victimiza secundariamente a este tipo de víctimas, y también, se desvirtúa el funcionamiento de los mecanismos existentes y se mina la confianza en las instituciones en este tipo de casuística.

Por último, uno de los mayores problemas es la propagación del odio, tanto en actos públicos como a través de medios de comunicación masiva, y especialmente a través de internet. La clase política como los medios de comunicación son responsables de manera importante en este proceso. Ciertos partidos políticos conservadores fomentan, promueven e incitan un tipo de discurso lesivo e irresponsable en aras del rédito político. Tanto los medios de comunicación tradicionales como electrónicos son fuente de propagación de estereotipos y prejuicios, lo que facilita una amplia discriminación con consecuencias impredecibles. Las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información permiten una difusión masiva en poco tiempo y con poco esfuerzo, llegando a millones de usuarios.

4. La Reforma del Código penal de 2015.

El 30 de marzo de 2015 el legislador aprueba la LO 1/2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, una amplia reforma que suprime artículos y amplía normas. En la exposición de motivos de la ley, el legislador insiste en la necesidad de reforma debido a la evolución social y las necesidades generales. Sin embargo, no se introducen en el articulado formas típicas novedosas que regulen actividades delictivas desconocidas. La inclusión de preceptos y la tipificación de nuevos delitos en relación con ciertas conductas son innecesarias ya que son susceptibles de ser castigadas con normas existentes o bien no resulta necesario castigar

dichas conductas (Quintero Olivares, 2015: 41). Por otro lado, tampoco parece que el legislador dé solución a las situaciones que requerían verdadera reforma, y que el tratamiento de ciertos delitos reciba un trato idóneo (Manzanares Samaniego, 2015: 23). Es así como la solución que aporta el legislador complica la determinación y aplicación de normas ya conocidas (Valle Mariscal de Gante, 2015: 319).

Ante una reforma de tal calado nos limitaremos al objeto de estudio que nos atañe: los delitos de odio y discriminación. El texto penal precedente, el Código penal de 1995 incorpora en su articulado dos preceptos polémicos que sancionan las conductas relacionadas con los fenómenos del discurso del odio y del revisionismo (arts. 510.1 y 607.2 CP). En relación con estos artículos, la doctrina remarca que el tenor literal de los preceptos es muy amplio e impreciso, ya que abarcan conductas cuya criminalización resulta rechazable por conculcar los principios básicos jurídico-penales y constitucionales. Estos delitos dan lugar a una considerable anticipación de las barreras de la protección penal, por delante de los actos preparatorios, sin que haya motivos que justifiquen esta inusual anticipación de la respuesta penal. Además, ambos delitos plantean fricciones con el derecho a la libertad de expresión.

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, presentado el 24 de septiembre de 2013[303], aborda una reforma de los delitos de discurso del odio y negacionismo en una dirección radicalmente opuesta a las propuestas formuladas por la doctrina. Los tipos que constituyen el correlato de los delitos vigentes en el art. 510 CP (CP 1995), se realizan en la línea de la legislación penal alemana (130 StGB), y devienen aún más amplios e imprecisos, y, por ende, más discutibles (Alastuey Dobón, 2014: 2)

El Proyecto de Ley Orgánica, incide en el ámbito de la política criminal relacionado con la protección de las minorías sociales, fundamentalmente en los delitos de genocidio del art. 607 CP e incitación a la discriminación, al odio y a la violencia del art. 510 CP. A través de esta reforma, el legislador incorpora una nueva regulación de estas conductas uniendo ambos artículos y alegando dos motivos principales: por un lado, la STC 235/2007, de 7 de noviembre que impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limita su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías. Además, el tribunal Constitucional analiza el discurso del odio a la luz del art. 20 CE, por lo que la sentencia también repercute en la interpretación del antiguo art. 510.1 CP, que debe ser tenida en cuenta en la exégesis del nuevo art. 510 CP. Y, por otro lado, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI[304], relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Esta norma se refiere a las conductas de negación, justificación y apología del genocidio y otros delitos. El artículo 1 de la DM exige el castigo por parte de los Estados miembros de toda una serie de conductas relacionadas con delitos de carácter racista y xenófobo. Entre otras, reclama la tipificación de la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un

[303] Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de octubre de 2013.
[304] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al33178

miembro de tal grupo, definido en relación a la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico (art. 1.1 a); y de la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, de los crímenes de guerra y de los crímenes definidos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, dirigidas contra grupos diana como los anteriores (art. 1c y d) (Teruel Lozano, 2015: 5).

Siguiendo el Preámbulo XXVI de la Ley, hemos de distinguir dos grandes bloques dentro del artículado, situando, por un lado, con una mayor carga de pena, a los que incitaren al odio o a la violencia contra este tipo de grupos; y en segundo bloque castigados con menor pena, a los que actúen humillando, con menosprecio o justificando o enalteciendo los delitos. Asimismo, la reforma introduce una nueva causa de agravación en el art. 22.4 CP, actuar por motivos de género. Así, el Parlamento español se une a las recomendaciones de las Conferencias Internacionales de Naciones Unidas a todos los Estados, en las que se promueve la utilización del vocablo género, el cual sirve para expresar las diferencias estructurales, culturales (que denotan desigualdad) y no biológicas que existen en nuestras sociedades.

En los años de vigencia del Código penal de 1995 los preceptos relativos a los delitos de odio son objeto de un amplio y crítico tratamiento doctrinal. Estos tipos penales adolecen de una técnica de redacción jurídica deficiente, lo que provoca problemas de interpretación y, por ende, de aplicación. Indistintamente de las opiniones, los planteamientos parten de premisas comunes: por un lado, sobre el tenor literal de los preceptos en los que se encuentran regulados, resultan difícilmente conciliables con los principios básicos limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho, fundamentalmente con el principio de intervención mínima, desde el momento en que se adelantan excesivamente las barreras de intervención del Derecho penal (García Alvarez, 2004: 261; Gómez Martín, 2012: 199); y, por otro lado, al ser delitos de opinión se produce la lógica fricción con el derecho constitucional a la libertad de expresión (Bernal del Castillo, 1998: 92; Landa Gorostiza, 2001: 248). Siendo estos los puntos de partida unánimes de la doctrina.

Los penalistas centran sus esfuerzos en analizar estos preceptos de manera restrictiva, para librarlos de ciertas objeciones, y reclaman de *lege ferenda* una nueva regulación más precisa y acorde con los principios y derechos comprometidos (Alastuey Dobón, 2016: 7). Por su parte, los jueces y tribunales condenan en muy pocas ocasiones por estos delitos, y son aún más escasos los pronunciamientos condenatorios firmes. Por su parte, el Tribunal Supremo en su sentencia 259 de 12 de abril de 2011 se pronuncia por primera vez y absuelve a los acusados por los delitos de los arts. 510 y 607.2 CP y demuestra claramente la asunción por parte de la jurisprudencia de los criterios mayoritariamente restrictivos utilizados por la doctrina en la interpretación de estos preceptos.

Teruel Lozano (2015: 32) concluye que la reforma es insatisfactoria desde el punto de vista del acotamiento del término odio (como era necesario), aportando aún más indefinición y, por ende, más confusión. La doctrina mayoritaria se pronuncia sobre esta reforma de forma peyorativa, expresando un sentir de desazón y preocupación ante la

apertura en demasía al arco tipificador, creando una especie de cajón de sastre que permite reprimir casi cualquier disidencia poniendo en grave riesgo los principios de *última ratio* y de *intervención mínima* del Derecho penal. El legislador se excede claramente en su labor en algunos aspectos (Portilla Contreras, 2015: 717). En este sentido, mientras la norma comunitaria (DM) solo sanciona los supuestos de incitación pública al odio y violencia, el legislador español, extiende el castigo a otros actos que, sin llegar a ser actos preparatorios, previos a los mismos (o participaciones intentadas) pueden promover o incitar indirectamente al odio, a la vez que incluye el concepto de hostilidad que no exige la Decisión Marco. Y en cuanto a la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el delito de negación al genocidio, el legislador no respeta el límite trazado por el Tribunal, de modo que, junto a los casos de incitación directa o indirecta, amplía la conducta típica a supuestos que no serían más que participaciones intentadas (Rodríguez Ferrández, 2014: 168).

También se añade la identidad sexual que busca extender la punición a supuestos de transfobia (Portilla Contreras, 2015: 738), junto a la ya prevista orientación sexual; y, por otro lado, como elemento común en la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se sustituye el término minusvalía por el de discapacidad (en consonancia con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia). Asimismo, se introduce en la circunstancia 4º del art. 22 CP una nueva motivación: por razones de género. Las motivaciones por razones de género y por sexo contienen un elemento subjetivo que no es requisito esencial en las figuras de violencia de género. Estas solo atienden al dato objetivo de la relación sentimental, presente o pasada, entre ofendida y ofensor. Tal criterio, es inaceptable para numerosos penalistas, por lo que tiene paradójicamente de sexista y discriminación generalizada del varón, mal puede mantenerse ahora en el tipo penal cuando se valora esta circunstancia.

A fin de comprender las razones por las cuales el legislador de la reforma del año 2015 modifica la redacción de los delitos del odio y de la discriminación y, más específicamente, aquellos relacionados con el discurso del odio es necesario saber cuál es la configuración, exégesis y problemas que se mantienen desde 1995 hasta la fecha de la reforma y señalar los problemas de interpretación y aplicación de los tipos penales en cuestión a lo largo de los últimos veinte años de vigencia del Código penal de 1995.

<u>El panorama antes de la Reforma penal de 2015. La interpretación de la regulación del discurso del odio y el negacionismo al amparo del Código penal de 1995, los problemas dogmáticos y las propuestas de reforma: artículos 510.1, 510.2 y 607.2 CP.</u>

La doctrina trata estos preceptos ampliamente y de forma muy discrepante. Para un sector de la doctrina, muy crítica con la opción del legislador, considera que se da lugar a un adelantamiento excesivo de las barreras de intervención del Derecho penal y que se tratan de delitos de opinión que colisionan con el derecho constitucional a difundir libremente ideas u opiniones, es decir la libertad de expresión del art. 20.1 CE. Sin

embargo, para otro sector de la doctrina y en consonancia con la jurisprudencia del TEDH, consideran que estos preceptos deben modificarse y trasladar a nuestro Código penal las Decisiones Marco o Convenios internacionales que obligan a los Estados a legislar a favor de la protección de los derechos de igualdad que afectan a minorías sociales históricamente vulnerables y discriminadas.

Existe un intenso debate sobre la adecuación de estos dos artículos a los principios esenciales del Estado democrático de Derecho y el papel que dentro de este debe jugar el Derecho penal. Parte de la doctrina considera que el excesivo adelantamiento de la barrera punitiva supera en buena medida la última ratio que posee la jurisdicción penal, por ser el último instrumento que debe ser utilizado para castigar ciertos comportamientos delictivos. También, teniendo en cuenta que la tipificación en cuestión es bastante dudosa y se presta a una interpretación ambigua, por una parte, limita el ejercicio de derechos fundamentales recogidos en la Constitución; y por otra, inhibe la correcta aplicación de los tipos penales.

Un problema importante en los tipos penales de provocación como figuras delictivas autónomas se encuentra en la capacidad de justificar un contenido suficiente de injusto que legitime la intervención penal limitadora ante un derecho fundamental. En esta situación es necesario identificar el bien jurídico amenazado y la forma ofensiva de la conducta. Aquellas conductas lesivas que se quieren prevenir y que probablemente se confirman como consecuencia de la realización de la conducta típica. El resultado lesivo se pone en relación con el bien jurídico protegido, ya que su realización supone el daño que se quiere evitar. Este resultado lesivo se concreta en un acto ilícito. En el caso de la provocación al odio, a la discriminación o a la violencia, sí que suele coincidir el acto al que se provoca con el resultado temido (la realización de los actos de violencia y discriminación); mientras que en los discursos negacionistas el acto ilícito no coincide con el hecho negado o justificado, lo habitual es que el resultado lesivo se trate de un acto de hostilidad concreto. En estos tipos penales se debe valorar la peligrosidad, como el grado de probabilidad de que la acción dé lugar a un resultado lesivo temido (De Pablo Serrano, 2014: 82). Teniendo en cuenta el grado de probabilidad y la inmediatez exigidos para fundar el reproche penal. En el caso de las provocaciones, la relación de causalidad es de tipo psicológico o psico-social, y por tanto, ajena a posibles verificaciones empíricas, ya que es una persona la que influye sobre otras para que cometan un resultado lesivo.

<u>La problemática identificación de la protección frente al discurso del odio de los arts. 510 CP y 607.2 CP con el Derecho penal del enemigo.</u>

Parte importante de la doctrina identifica la protección de los artículos 510 y 607.2 CP con el llamado Derecho penal del enemigo o Derecho penal de la excepción teorizado en 1985 por Günter Jakobs. La evolución de las sociedades liberales exige una actualización del Derecho penal para hacer frente a nuevas conductas delictivas que ponen en peligro bienes jurídicos y derechos merecedores de protección penal. Es así como en el contexto de la sociedad del riesgo y, en consecuencia, del Derecho penal del

riesgo (Díez Ripollés, 2005: 9), el legislador penal crea los delitos de peligro dentro de la tutela del riesgo, adelantando las barreras de punición penal a estadios anteriores a la materialización efectiva de la conducta que se pretende evitar. Paralelamente, al surgimiento de esta nueva tipología delictual se observa la aparición de un Derecho penal de corte autoritario que poco tiene que ver con la modernización y actualización del Derecho penal. Más bien se trata de la justificación moderna de decisiones cada vez más frecuentes de decisiones político-criminales con escaso respeto a los derechos fundamentales y las libertades básicas. Este giro se caracteriza por la intensificación del Derecho penal en ámbitos de delincuencia clásica, delincuencia organizada (terrorismo y narcotráfico), la delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual y la criminalidad de la marginación y la exclusión social (Rodríguez Montañés, 2012: 25). Uno de los problemas más importantes es que estas nuevas figuras delictivas, en algunas oportunidades, no se utilizan para combatir los nuevos modelos de delincuencia, sino que se utilizan para perseguir viejos paradigmas delictivos que ya se combatían mediante los tipos clásicos y las actuales decisiones político-criminales expanden su punición, sin tener en cuenta el recorrido histórico de los tipos penales y sin atender si la respuesta que ofrecían ya era adecuada y suficiente para enfrentar a las conductas lesivas[305].

Jakobs define el Derecho penal del enemigo, teoría que intenta dar una respuesta a la creación de ciertos tipos delictivos incluidos en el Código penal alemán. Este autor defiende dos derechos penales distintos: por una parte, el Derecho penal del ciudadano; y, por otra, el Derecho penal del enemigo, con la justificación y pretexto de dar respuesta a las nuevas formas de tutela del peligro o la inseguridad en las sociedades del riesgo (2006: 42). Respecto del Derecho penal del ciudadano, el Derecho penal debe esperar a que el ciudadano exteriorice su conducta para poder actuar. Este tiene la consideración de persona, que, aunque actúa de manera equivocada o delictiva, se le puede calificar de delincuente precisamente porque es persona, y, por ende, ciudadano. Su conducta no es peligrosa y será subsumible a lo que dispone el Código penal para los ciudadanos, gozando de las garantías tradicionales del Derecho penal. Por otro lado, el Derecho penal del enemigo actuará contra aquellas personas calificadas como enemigos de la sociedad y del Estado, consideradas como tales aquellas que niegan la legitimidad del ordenamiento jurídico y pretenden acabar con el (Ambos, 2007: 27). Ante esta situación, lo recomendable según Jakobs es actuar en una fase previa a la comisión de los delitos ante la elevada peligrosidad de las conductas. Según este autor, nadie puede ser obligado a entrar en el estado de ciudadanía y participar de los beneficios del concepto de persona. Por lo tanto, aquellos que se niegan a participar de la sociedad bajo sus normas, el Estado está legítimamente facultado para castigarles con arreglo al concepto de enemigo dado que quien gana la guerra determina la norma (Jakobs, 2006: 41).

El enemigo no puede gozar de los beneficios que tiene el concepto de persona, de ciudadano, porque carece de los fundamentos cognitivos necesarios que le haga cumplir con los deberes para con el Estado de una persona o ciudadano. Además, las conductas

[305] *Ibidem*, p. 27.

emanadas del enemigo se configuran por su elevada peligrosidad en elementos que pretenden destruir el Estado democrático de Derecho[306]. En consecuencia, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: 1) se produce un amplio adelantamiento de las barreras de punición penal hasta un momento anterior a la comisión del delito ante la peligrosidad de las conductas; 2) la perspectiva jurídico-penal prospectiva castiga un hecho futuro y no es retrospectiva y 3) se produce una relativización o suspensión de determinadas garantías penales y procesales (Rodríguez Montañés, 2012: 35).

El intento de dividir a la ciudadanía en dos categorías persona/ciudadano y enemigo/no-ciudadano, es una clasificación que no se realiza en base a ninguna ordenación legal. Ya que una división en tal sentido significaría garantizar de forma diferente ciertos derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, lo que supone un ataque al Estado social y democrático de Derecho (Ambos, 2007: 28-29). Por ende, los arts. 510 CP y 607.2 CP encargados de tipificar el discurso del odio, no pueden ser identificados con el Derecho penal del enemigo por tres cuestiones fundamentales: 1) el control constitucional de los tipos, 2) la justificación del adelantamiento de las barreras de punición penal y la no suspensión de las garantías penales o procesales de punición penal 3) la no suspensión de las garantías penales o procesales en las investigaciones policiales o en los juicios (Gascón Cuenca, 2016: 135).

Respecto del control constitucional de los tipos, las conductas reprochables de los arts. 510 CP y 607.2 CP consisten en provocar que otros lleven a cabo conductas discriminatorias violentas u odiosas, que pongan en peligro bienes jurídicamente relevantes como la dignidad, la igualdad, la no discriminación o el honor. Estos valores están protegidos por la Constitución que es límite asimismo de la actividad del legislador y cuya interpretación por parte del Tribunal Constitucional no puede ser limitada por el Derecho penal. A las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado por los derechos fundamentales (Gracia Martín, 2005: 199). Por su parte, los delitos de peligro abstracto suponen un adelantamiento importante de las barreras de punición penal respecto a los delitos clásicos, en los que se necesita indefectiblemente la materialización de las conductas para observar daño alguno. El Derecho penal del enemigo faculta al Derecho penal a intervenir antes de que el sujeto exteriorice su conducta de forma voluntaria mediante la intromisión en su esfera privada. En el caso del discurso del odio no es posible la intervención penal en este sentido y esta diferencia es esencial en la distinción entre este Derecho y los delitos de peligro. Finalmente, con respecto a la suspensión de las garantías penales o procesales, el modelo político criminal que propone la teoría del Derecho penal del enemigo identifica al delincuente con el enemigo, al que tiene que suprimir y no juzgar, circunstancia que desnaturaliza a todo el sistema de garantías procesales, deformando el principio de legalidad ya que el reo debe ser castigado por lo que es y no por lo que hace, dando como resultado otra alteración en la que el juez se convierte en enemigo del reo (Ferrajoli, 1997: 13). Esto no es identificable en la aplicación de los arts. 510 y 607.2 CP, por cuanto estos son de aplicación general y no

[306] *Ibidem*, p. 47.

se prevén procedimientos especiales o la suspensión de ninguna garantía en la aplicación.

Cualquier manifestación del Derecho penal del enemigo debe ser rechazada dado que en su esencia está la negación de la propia dignidad y de la igualdad de las personas a las que se identifica como enemigos y no personas, circunstancia inadmisible en un Estado social y democrático de Derecho.

5. Los problemas comunes de los arts. 510 y 607.2 CP.

Los problemas comunes que la doctrina atribuye a estos tipos penales son: en primer lugar, la identificación de estos delitos con el Derecho penal de autor; en segundo lugar, la elección de la jurisdicción penal para su castigo; en tercer lugar, la creación de los delitos de peligro; en cuarto lugar, el efecto desaliento o *chilling effect* que se les presupone y, en quinto lugar, la falta de proporcionalidad de las penas.

Con respecto al primer problema, la doctrina hace una crítica importante al discurso del odio identificándolo con el Derecho penal de autor (Gómez Martín, 2012a: 196). Una parte de la doctrina piensa que la intención de estos artículos es castigar conductas que intentan provocar actitudes o comportamientos consistentes en despertar en terceros una actitud interna de rechazo (Gómez Martín, 2012: 114), sin que estas conductas se materialicen en la comisión de un delito, castigando a aquellos que piensen de una determinada manera y expresen lo que opinan (Bernal del Castillo, 1998: 81). Esta crítica es defendida por aquellos autores que identifican las conductas de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia o de justificación de los delitos de genocidio, como actitudes moralmente reprochables que únicamente pretenden castigar las actitudes racistas del fuero interno del individuo, circunstancia que debería ser ajena al Derecho penal. Estos autores afirman que el juez debe tener en cuenta la finalidad de carácter preventivo especial, además de la mayor o menor gravedad del hecho, en especial las circunstancias personales del reo y, su nivel de peligrosidad (Gómez Martín, 2012: 112). Por lo tanto, no se tiene únicamente en cuenta la responsabilidad por el hecho, sino que también se pone atención en las características personales del autor que comete el delito. En sentido contrario, Gascón Cuenca (2016: 138) considera que, las conductas típicas descritas en los artículos no penalizan el racismo del fuero interno del reo, lo que penalizan es la manifestación externa de esa voluntad interna de querer provocar en otras personas la adopción de actitudes discriminatorias, violentas y odiosas. Por lo tanto, aunque el sujeto que realice una conducta típica lo haga movido por una actitud racista o xenófoba interna, la regulación de estas conductas no pone el acento en una actitud interna inmoral sino en la realización de la conducta. Para que se observe la consecución de los comportamientos típicos es necesario la confluencia de una pluralidad de factores en los que, en todo caso, no puede figurar la esfera volitiva interna del acusado en este tipo de delitos.

En segundo lugar, es muy discutida la elección de la jurisdicción penal para regular la libertad de expresión dentro del marco del discurso del odio debido a las consecuencias perjudiciales que puede implicar. También, esta elección puede suponer una reducción

importante del debate público. Además, utilizar esta jurisdicción penal para castigar estas conductas conlleva abandonar el principio de intervención mínima del Derecho penal. El Derecho penal debe ser utilizado cuando el resto de las soluciones de conflictos no ofrecen suficientes garantías para poder ofrecer una respuesta adecuada (García -Pablos de Molina, 1996: 251). En este sentido, combatir el odio debe ser una tarea que se afronte desde diferentes ámbitos. Por esto los ataques que se pudieran cometer contra los bienes jurídicos en cuestión, deben ser tutelados por el Derecho penal en última instancia.

La tercera crítica está relacionada con la creación de los delitos de peligro abstracto. Un sector importante de la doctrina asegura que estas nuevas figuras delictivas no identifican de forma clara el bien jurídico que defienden y, además, que las conductas en sí no son ideales para provocar un daño concreto en los bienes jurídicos protegidos por cuanto se intenta garantizar una suerte de derechos colectivos o bienes supraindividuales cuyos contornos son imprecisos (Fuentes Osorio, 2006: 21). Además, la determinación del peligro que hacen estos tipos penales es *ex ante* y no *ex post* (Cerezo Mir, 2002: 50), lo que supone un adelantamiento de las barreras tradicionales de punición penal que un sector importante de la doctrina considera una extralimitación del legislador penal (Landa Gorostiza, 2004: 69). En tal sentido, las sociedades cambian y también las formas de poner en peligro los bienes jurídicos y los derechos fundamentales. En nuestro caso, los delitos de peligro tutelan valores importantes y derechos constitucionales del ser humano como la dignidad personal. Es este sentido, la única manera de proteger efectivamente ciertos colectivos que son objeto del discurso del odio es a través de este tipo de figuras delictivas que tienen como finalidad evitar la materialización de conductas que creen un clima de hostilidad. Esta crítica sería aceptable si en la aplicación de los tipos, se asumiera que las conductas son ideales para lesionar el bien jurídico. Sin embargo, para que se efectúe una condena por alguno de estos artículos es necesario la observación de una pluralidad de requisitos (Cerezo Mir, 2002: 52).

En cuarto lugar, se critica a ambos artículos por el efecto desaliento o *chilling effect* que la jurisdicción penal puede suponer para aquellos individuos (que da lugar debido a la indeterminación de las conductas típicas) que puedan dejar de ejercitar su derecho a la libertad de expresión por temor a ser sancionados (Cuerda Arnau, 2007: 17). Lo que se argumenta en función de la doctrina norteamericana del *chilling effect* (que el discurso del odio no puede ser prohibido al entrar en conflicto con la *Primera Enmienda*) es que en una regulación tan discutida como la del discurso del odio la sanción penal supone un castigo excesivo que puede desanimar a la ciudadanía en el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad de expresión (Alcácer Guirao, 2012: 92). Este efecto puede ser provocado por la falta de indeterminación de los tipos penales como por la desproporcionalidad en las penas previstas en estos (Díez Ripollés, 2005a: 82). En este sentido, no parece que se estuviera produciendo un efecto disuasor, las Memorias presentadas por el Ministerio del Interior en relación con los delitos de odio muestran un alarmante crecimiento de este tipo de delitos. Es un claro indicador que las penas previstas no producen el efecto disuasorio pretendido en los sujetos activos.

Por último, respecto de las penas se las acusa de cierta desproporcionalidad. La punición de la provocación en relación con determinados delitos puede resultar mejor tratada que el delito previsto en el art. 510 CP, mientras que la provocación no seguida de la perpetración se castiga con pena inferior en uno o dos grados a la prevista en el delito correspondiente (Aguilar, 2011: 2). Dado que la provocación a la comisión de delitos se considera el escalafón más bajo de todos los delitos que tipifican conductas discriminatorias por tratarse de un estado previo a la materialización, no se entiende que se puedan castigar más gravemente esas conductas que las previstas en los tipos que castigan específicamente las conductas discriminatorias (Camarero González, 2013: 18). La provocación a la discriminación, a la violencia o al odio, en contra de un grupo o colectividad o la justificación de los delitos de genocidio son los delitos que pueden castigarse de forma más grave que aquellos que solo tienen como objetivo la protección de bienes jurídicos individuales. Ya que la validez de la mayor penalidad radica en la voluntad de tutela colectiva que se adscribe a los arts. 510 y 607.2 CP donde las conductas típicas ponen en peligro derechos reconocidos individualmente a los integrantes del grupo a quienes se dirigen las manifestaciones (Landa Gorostiza, 2000: 228). Así, una sola conducta es apta para lesionar los derechos de una pluralidad de personas y se debe atender a la voluntad de protección colectiva de los bienes tutelados para encontrar una justificación válida para el castigo más gravoso de dichas conductas.

Críticas al art. 510.1 CP: la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia.

El Código penal de 1995 castiga las conductas de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia relacionadas con el discurso del odio del art. 510 CP. La particularidad de este delito radica en que la lesión al bien jurídico se produce por una conducta llevada a cabo por el autor en el ejercicio de un derecho fundamental: la libertad de expresión en relación con la participación activa en la sociedad. El bien jurídico se sitúa en la dignidad humana, pero con un matiz o dimensión social o colectiva, y en el derecho a la igualdad y a la no discriminación (Landa Gorostiza, 2000: 217). Acercándose al bien jurídico protegido en la legislación penal antirracista occidental, la paz pública, como sentimiento de tranquilidad de los distintos grupos sociales[307]. El tema fundamental consiste en distinguir entre el llamado discurso del odio o *hate speech* (que no está protegido por la libertad de expresión) y el discurso ofensivo o impopular (que si está protegido por la liberta de expresión).

Una de las mayores críticas identificadas por la doctrina consiste en la mala técnica jurídica empleada por el legislador penal en la redacción del artículo[308]. El legislador español no incluye ninguna cláusula limitante, ni vincula la prohibición de las conductas con los valores y derechos fundamentales que se intenta proteger. Asimismo, no incorpora el requisito de publicidad, imprescindible para poder castigar únicamente

[307] En la legislación penal antirracista occidental, junto a la dignidad de la persona (que implica recibir un trato no discriminatorio por el hecho de su consideración como ser humano), el Derecho penal también intenta preservar la paz y el orden público ante el peligro de que ciertos comportamientos racistas generalizados conduzcan o incrementen un situación de explosión social

[308] *Ibidem*, p. 363.

aquellas conductas que efectivamente pongan en peligro algún bien jurídico digno de protección. Esta situación deriva en una falta de aplicación de los tipos penales por parte de los tribunales pese a la confirmación del aumento de casos del discurso del odio (Movimiento contra la Intolerancia Raxen, 2010: 23).

El problema de la construcción de este delito viene dado por el resultado lesivo temido (la generación de odio, actos de violencia, etc.), que resulta tan indeterminado que frustra cualquier intento de dotar de concreción al bien jurídico de la figura. Se adelanta la barrera punitiva para sancionar aquellas conductas que generen un clima psicológico, creando condiciones de violencia u hostilidad que comprometen la tranquilidad de grupos sociales especialmente vulnerables (Landa Gorostiza, 1999: 697). Así, la doctrina critica la falta de taxatividad en la indeterminación de las conductas, lo que da lugar a un alto grado de indeterminación en las conductas castigadas justamente por no encontrarse identificadas de forma clara en el articulado del Código penal (Roig Torres, 2014: 191). Esta imprecisión colisiona directamente con los requisitos del *ius puniendi* y su principio de intervención mínima (Grupo de Estudios de Política Criminal, 1998: 34).

Con respecto al bien jurídico protegido, la mayoría de la doctrina está de acuerdo que el precepto preserva el derecho individual a no ser discriminado (Bernal del Castillo, 1998: 30; García Alvarez, 2004: 57). En tal sentido, Laurenzo Copello (1996: 236), considera que se protege un bien jurídico individual, el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás, relacionado con la dignidad personal, junto con un bien jurídico colectivo: el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte la Constitución española. No obstante, estos aspectos no tienen la misma trascendencia a la hora de fundamentar los tipos[309]. La tutela individual encuentra un obstáculo en el tenor literal del precepto. La conducta típica se dirige contra grupos o asociaciones, los denominados grupos diana (Landa Gorostiza, 2012: 303) y parece deducirse que el sujeto pasivo del delito es el grupo y no los individuos del colectivo social (Laurenzo Copello, 1996: 251). Para un sector de la doctrina, esta entiende que, aunque se parta de que el precepto protege el principio de no discriminación, debe considerarse sujeto pasivo el grupo, quedando impune la discriminación contra una persona individual (Portilla Contreras, 1997: 686; Rebollo Vargas, 2004: 2427). En oposición, otro sector considera que pese a la redacción del precepto han de incluirse los supuestos de provocación a la discriminación de individuos concretos (Laurenzo Copello, 1996: 251; Muñoz Conde, 2015: 840).

En cuanto a los problemas interpretativos del término provocar, la mayoría de las propuestas de interpretación del delito de provocación a la discriminación se centran en acercar los elementos del tipo a las características del acto preparatorio del concepto provocación definido en el art. 18.1 CP, es decir, debe haber una incitación directa a cometer un delito concreto. En este sentido, se distinguen claramente dos líneas interpretativas: 1) aquellos autores que consideran que es necesario identificar la provocación propia del art. 510.1 CP con los requisitos de la provocación del art. 18.1 CP; y del concepto legal de provocación se deduce que sus elementos constitutivos son

[309] *Ibidem*, p. 241.

la publicidad, el carácter directo de la incitación y que esta se dirija a la realización de un acto constitutivo de delito (Rebollo Vargas, 1997: 78). Otro sector doctrinal adopta la premisa inicial de que el art. 510 CP no obliga a adoptar esta primera interpretación, ya que los conceptos de discriminación, violencia y odio no implican necesariamente la realización de una conducta delictiva. Es así como estos autores entienden que no es posible trasladar todas las definiciones del concepto provocar a la conducta típica del art. 510 CP. Si bien es consabido que la provocación genérica del art. 18 CP y la provocación típica del art. 510 CP comparten el mismo fundamento, el adelantamiento de las barreras de la tutela penal se produce por la idoneidad de las conductas para poner en peligro ciertos bienes jurídicos. Así, son trasladables al art. 510.1 CP los dos elementos contenidos en la definición de la provocación: la publicidad y la exigencia de que sea una incitación directa (orientada a la consecución de los resultados que el provocador se propone: hechos ilícitos) (Barber Burusco, 2004: 247). Esta es la tesis defendida por Laurenzo Copello (1996: 253) y asumida por el TS en la sentencia Kalki.

Estas dos posturas se enfrentan con la tercera modalidad típica: la provocación al odio. El odio es una emoción humana, no es un delito y, por tanto, no es posible sostener que se penaliza la incitación a cometer un delito, sino la incitación al rechazo hacia determinadas personas debido a su pertenencia a los grupos mencionados en el precepto. El castigo a la incitación a un sentimiento colisiona con el derecho a la libertad de expresión, siendo una modalidad típica rechazada de plano por muchos autores (Portilla Contreras, 1997: 688; García Alvarez, 2004: 251). Otros estudiosos hacen una interpretación restrictiva en un intento de reconducir el concepto de odio a la creación de actitudes hostiles. Aun así, no es posible acomodar la provocación al odio a todos los elementos que se exigen para el resto de las modalidades típicas.

La interpretación del precepto como un supuesto más de provocación presenta problemas para su explicación. Si se interpreta el tipo como provocación a la realización de actos delictivos, permanece al margen el supuesto de provocación al odio, con lo que no se consigue una interpretación unitaria del precepto (Alastuey Dobón, 2016: 4). Pero si en el odio se incluyen actos lesivos para los miembros del grupo social, se trata en realidad de una provocación a la violencia o a la discriminación y se deja sin contenido la provocación al odio (Alcacer Guirao, 2012: 18). En opinión de la mayoría de la doctrina, para combatir por la vía penal el fenómeno del discurso del odio solo sería legítimo un tipo que sancionase la incitación directa y pública a concretos actos antijurídicos de violencia o discriminación con exclusión de los supuestos de incitación al odio (Portilla Contreras, 2015: 728). Por otro lado, es necesario aclarar cómo es posible que se tipifique como delito antidiscriminatorio la incitación a conductas que pueden no ser delictivas. Y si se exige que sea delito aquello a lo que se provoca, en ocasiones, la incitación se castigará con una pena superior a la del delito a cuya perpetración se incita (Landa Gorostiza, 2001: 132).

Para un sector minoritario de la doctrina, aunque con una importante acogida, encabezado por Landa Gorostiza (1999: 224), sostiene que solo es posible una interpretación satisfactoria de esta figura delictiva, si se le desvincula por completo de las características del acto preparatorio de la provocación, y se parte de que el bien

jurídico protegido es de naturaleza supraindividual que tutela determinadas minorías sociales vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y hostiles contra ellas. Por lo tanto, el bien jurídico en cuestión debe ponerse en relación con las condiciones que determinan el sentimiento de seguridad del colectivo social. Siendo objeto de protección: las condiciones de seguridad de grupos o colectivos especialmente vulnerables[310]. Con esta interpretación, el precepto no se orienta a proteger derechos individuales, sino pretende incriminar preventivamente la "antesala del holocausto", conductas que ponen en marcha un proceso de agresión colectiva contra determinados colectivos especialmente vulnerables[311]. Sin embargo, este autor advierte del peligro que una incriminación preventiva puede conllevar, debido a la indefinición del fenómeno que se pretende regular y ante actividades de alto contenido ideológico. Dando legitimidad a conductas que sancionen actos dirigidos a crear un clima favorable a la realización de actos delictivos (delitos de clima). Situación que debe ser rechazada por la potencialidad de configurar un delito de opinión y tiene que ser neutralizada a través de criterios restrictivos[312].

En consecuencia, para este autor, la conducta que afecte al bien jurídico colectivo, para ser típica, debe mostrar un nivel relevante de dañosidad social, que evite el castigo de una mera opinión disidente, debe mostrar un efecto amenazante coactivo[313]. Lo que implica una amenaza directa a cometer un delito grave. En este sentido, las conductas de provocación descritas en el art. 510.1 CP no cumplen estos requisitos, ya que son amenazas indirectas, genéricas e insuficientemente graves. De esta manera, se puede utilizar el instrumento penal como modo coactivo de adhesión a valores dominantes, limitando de manera inaceptable la libertad de expresión, según modelos punitivos próximos al Derecho penal de autor. Y entiende que solo pueden detectarse ciertos comportamientos lesivos, en un contexto de crisis, próximo al estallido de un enfrentamiento civil (Landa Gorostiza, 2012: 341). Fuera de ese contexto es inadmisible en un Estado social y democrático de Derecho (Landa Gorostiza, 1999: 352). Para este autor, lo relevante no es que la incitación respecto de actos concretos (sean o no delictivos) sea directa o indirecta, sino que el discurso tenga la fuerza y eficacia suficiente para alterar las condiciones de seguridad existencial del colectivo social al que se dirige. Por ende, la perspectiva supraindividual es la que ha de servir de guía para la exégesis del precepto, quedando los bienes jurídicos individuales medianamente protegidos[314].

Así, es una posible interpretación al art. 510.1 CP que solucione las incoherencias fruto de las interpretaciones del concepto de provocación del art. 18.1 CP. Sin embargo, ante una redacción sumamente imprecisa del precepto, las conductas no alcanzan la entidad suficiente para ser constitutivas de ilícito penal, de ahí la exigencia del contexto de crisis. No obstante, esta situación no se da en la sociedad española actual. Por lo tanto, Landa Gorostiza concluye que el delito del art. 510 CP es político-criminalmente

[310] *Ibidem*, p. 238.
[311] *Ibidem*, p. 360.
[312] *Ibidem*, p. 700.
[313] *Ibidem*, p. 319.
[314] *Ibidem*, p. 351.

inoportuno y no debería aplicarse[315]. Así pues, si bien su tesis no se ajusta a la legislación vigente, sería coherente con su propuesta de *lege ferenda*, a saber: la supresión del art. 510 CP y la redacción de un nuevo precepto, restringido a los actos de provocación xenófoba (sin incluir otros grupos) que incluya la necesidad de que las conductas produzcan un efecto amenazante para la vida o la integridad física de los miembros del colectivo, precepto que debería tener una vigencia limitada a las aludidas situaciones de contexto crítico[316].

Podemos concretar que los problemas del art. 510 CP se concentran en las interpretaciones que lo acercan al art. 18 CP y, también que se alejan de él cómo tipo autónomo. También, a una interpretación que discrepa de esas dos posturas iniciales entendiendo que la voluntad del legislador es reprimir no solo las conductas que sean la antesala de la violencia, sino todas aquellas que supongan una difusión de ideas racistas y xenófobas. El argumento que el término provocación del art. 510 CP equivale a incitar directamente a la comisión de actos violentos es contrario a la voluntad del legislador plasmada en la exposición de motivos de la reforma del Código penal de 1995. Así, el art. 510.1 CP se refiere a actos que, sin llegar a la categoría de acto preparatorio o participaciones intentadas, abarcan fomentar, promover, o incitar indirectamente al odio; donde la difusión de determinados mensajes xenófobos, homófobos y difamatorios, son en sí mismos considerados peligrosos y atentatorios contra los destinatarios, entre ellos, inmigrantes, musulmanes, judíos, minorías étnicas o raciales, gitanos u homosexuales.

Críticas al art. 510.2 CP: la injuria colectiva

Este artículo supone la tipificación de la injuria colectiva provocadora (Landa Gorostiza, 2000: 231), como complemento al régimen general de injurias (Bernal del Castillo, 1998: 86). Dos son las críticas principales a este artículo: en primer lugar, la falta de concreción de la conducta típica y su no afección a todos los supuestos que podían calificarse como injurias, sino únicamente aquellas relacionadas con la difusión de informaciones; y segundo: el posible concurso de normas al ser esta un conducta parecida castigada por el artículo 607.2 CP (Landa Gorostiza, 2000: 234).

Primero es importante destacar que el delito de injurias, en la modalidad de imputación de hechos graves del artículo 208 CP, contempla los mismos elementos típicos que el art. 510.2 CP, es decir, considera como injurias graves aquellas que se cometan con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad. Lo que podría dar a un concurso de tipos penales, así también, a la indefinición de la figura *temerario desprecio hacia la verdad*. La mezcla de conceptos distintos como difusión de información e injuria, resulta confusa. Y la referencia a los grupos o asociaciones como sujetos pasivos se revela inadecuada. En segundo lugar y respecto al posible concurso ideal de normas entre el art. 510.2 CP y el art. 607.2 CP se observa la existencia de un ámbito común que puede llevar al problema de marcar o delimitar con claridad los límites entre

[315] *Ibidem*, p. 345.
[316] *Ibidem*, p. 366.

ambas conductas. La doctrina es bastante crítica con este precepto dado que su redacción adolece de una técnica jurídica poco depurada que provoca, por un lado, una cierta inseguridad y, por otro lado, la posible existencia de un concurso de normas (Gascón Cuenca, 2016: 147).

Críticas al art. 607.2 CP: La justificación del genocidio.

A este artículo se le critica su excesivo alcance jurídico que se materializa en una falta de concreción de la conducta típica consistente en justificar delitos de genocidio, con el consecuente riesgo para la seguridad jurídica puesto que castiga conductas indirectas que se entiende que no son ideales para crear de forma objetiva ningún tipo de peligro determinado y concreto (Bernal del Castillo, 1998: 138), por lo que parte de la doctrina aboga por su supresión[317].

El Código penal de 1995 opta por mantener el castigo de la apología a pesar de las críticas de la doctrina. A la hora de configurar la figura de la apología el legislador funda la punición como forma de provocación del delito, situándola en los actos preparatorios. Situación no exenta de críticas debido a la dificultad conceptual que implica, ya que supone concebir la apología como una provocación. Además, teniendo en cuenta la provocación del art. 18 CP, esta figura queda sin un ámbito punitivo propio y se solapa con el castigo de la provocación que recoge el propio precepto. Este delito es interpretado mayoritariamente como una figura de peligro abstracto, y lo que se pretende evitar es una suerte de clima, que protege frente a un ánimo social hostil a personas que pertenecen a grupos sociales especialmente vulnerables (Gómez Martín, 2012: 96). El resultado lesivo temido no es que se produzca un genocidio, sino hechos anteriores que adelantan la barrera punitiva hasta el castigo de provocaciones que puedan desatar una chispa de la que puedan degenerar actos ilícitos (hostilidad, violencia, odio), los cuales a su vez generan un clima en el que pueda cuajar un genocidio (Feijoo Sánchez, 1998: 2272): la antesala del Holocausto (Landa Gorostiza, 1999: 711). El bien jurídico reside en la tranquilidad pública o en un sentimiento de paz pública[318] o, en valores como la dignidad humana y el derecho a la no discriminación (Laurenzo Copello, 1996: 237).

Este artículo tipifica la difusión de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de delitos de genocidio. La literalidad de este precepto choca frontalmente con el derecho a la libertad de expresión; y el contenido del injusto manifestado para estos tipos penales es insuficiente para justificar la intervención penal. Se trata de un delito de opinión que castiga la actitud interna (Laurenzo Copello, 1996: 269). Muñoz Conde (2015: 709) con el objetivo de mantener el precepto en los cauces constitucionales defiende que debe interpretarse como apología del genocidio en los términos que se define la apología en el párrafo segundo del art. 18.1 CP y con los

[317] *Ibidem*, p. 140.

[318] Así lo interpreta la STS de 13 de abril de 2011 (nº recurso 2071/2010), dándole un significado supraindividual FJ 1º.

límites que allí se establecen (Silva Sánchez, 1997: 155), siendo el bien jurídico protegido el mismo que en el delito de genocidio. Sin embargo, este intento de restricción no encuentra aceptación. Esta interpretación no permite explicar la modalidad de negación del genocidio, sino que en el resto de las conductas típicas no es posible deducir las exigencias del art. 18 CP, ya que ninguna de ellas constituye una incitación directa a cometer el delito de genocidio. Además, la provocación para cometer el delito de genocidio ya se castiga en el art. 615 CP, con una pena superior a la prevista en el art. 607.2 CP (Cuerda Arnau, 2001: 1142).

Del tenor literal del precepto no se puede deducir que estamos ante un supuesto de apología, definida como incitación indirecta a la comisión de un delito mediante el enaltecimiento del delito o de su autor (Silva, 1997: 157). Para hacer apología de delito es necesario asumir los hechos como algo positivo, no negarlos. La finalidad del negacionismo es lavar la imagen del delincuente, y ello implica un juicio de valor negativo sobre los hechos cuya existencia se niega, lo que es incompatible con la incitación, aunque sea indirecta a la comisión del delito (Gil Gil, 1999: 344). Con respecto al resto de modalidades típicas, el precepto no exige una interpretación en términos de apología *stricto sensu,* y pueden reconducirse a este concepto realizando una interpretación restrictiva[319]. Siendo esta la interpretación acogida por el TC en la sentencia 235/2007 (cuestión de inconstitucionalidad).

La doctrina mayoritaria desvincula el delito del acto preparatorio de provocación y considera su naturaleza de delito autónomo (Laurenzo Copello, 1996: 265; Landa Gorostiza, 2001: 168). A partir de esta premisa inicial, dos son las posturas fundamentales: por un lado, quienes, si bien abogan por la derogación del precepto de *lege ferenda,* intentan hacer una interpretación restrictiva que lo reconduzca y lo salve de *lege lata* (Laurenzo Copello, 1996: 268; Landa Gorostiza, 2001: 171); y, por otro lado: quienes consideran que estos esfuerzos de reconducción del precepto son vanos ya que entienden que es inconstitucional (Cuerda Arnau, 2001: 1138).

En cuanto al delito de negacionismo del art. 607.2 CP, de la literalidad del precepto se concluye que éste castiga cualquier difusión pública de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio, entendido éste según la definición del tipo penal, como delito de genocidio, o que pretendan la rehabilitación de regímenes que amparen tales prácticas características del delito de genocidio. Su lectura no ofrece rastro de la exigencia de incitación o provocación a la comisión del delito, ni directa ni indirecta. Se castiga la difusión de ideas o doctrinas por sí mismas, sin necesidad de que se actúe provocando a la comisión de delito alguno (Vives Antón, 2011: 820). La conducta se perfecciona al difundir la idea o doctrina en cuestión, sin que requiera la vejación o la humillación de las víctimas (Nieto Martín y Pérez Cepeda, 2007: 1119). La conducta lesiva implica un delito de mera conducta que se consuma con la difusión pública de tales ideas o doctrinas (Cuerda Arnau, 2001: 1136). Y el dolo abarca el conocimiento y la voluntad de difundir ideas y doctrinas que tiene tal contenido (Fernández García, 2000: 22). Por lo tanto, el discurso negacionista por su propia naturaleza no puede suponer más que una incitación indirecta o encubierta, como mucho una forma de

[319] *Ibidem*, p. 343.

apología. En atención a elementos externos al mensaje comunicativo se puede concluir que el mismo es una provocación a la comisión de un acto. Negar o banalizar ciertos hechos, incluso justificarlos no tiene por qué implicar una incitación a su comisión (Teruel Lozano, 2015:26).

Ante la amplitud de la definición típica del delito de negacionismo, la doctrina y la jurisprudencia se empeñan en realizar una interpretación restrictiva de *lege lata* con el objetivo de circunscribir el ámbito punitivo del precepto. Es así como el Tribunal Constitucional hace una interpretación correctiva del art. 607.2 CP y se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad en la STC 235/2007, de 7 de noviembre y en ella recoge y desarrolla la doctrina sentada en las sentencias 214/1991 (*asunto Violeta Friedman*) y 176/1995 (*asunto Hitler= SS*). En esta sentencia se sientan dos ideas fundamentales que influyen la política criminal del legislador español en la legitimación de los delitos de opinión, y en concreto, de la forma extrema de éstos que constituye el llamado discurso del odio, desde la perspectiva de los límites de la libertad de expresión y la libertad ideológica (Alcácer Guirao, 2012: 2; Gómez Martín, 2016: 109).

Primero, el Tribunal declara la falta de constitucionalidad de la tipificación de las opiniones que constituyen una mera negación de los hechos de genocidio. Y segundo: determina la constitucionalidad de los actos de justificación y enaltecimiento de estos delitos, diferenciándolos de los actos de provocación directa al genocidio. Como consecuencia de la conformidad con la Constitución de la tipificación de la justificación o enaltecimiento no directos del genocidio, se abre paso a una doble interpretación respecto a su naturaleza y regulación sistemática en el Código. Por una parte, pueden considerarse como una forma autónoma de incitación indirecta al genocidio, diferenciándose claramente de la provocación directa del art. 615 CP. Y también puede fundamentarse su naturaleza antijurídica como actos dirigidos a la violencia, al odio y a la hostilidad de colectivos o personas miembros de los mismos. Esta última interpretación permite la posibilidad de trasladar estas conductas en una posible reforma posterior al ámbito de los delitos discriminatorios en otro título diferente del Código penal, y con la reconsideración de su contenido de injusto (Bernal del Castillo, 2016: 3). Además, una de las consecuencias y cuestiones más problemáticas de la declaración de inconstitucionalidad del precepto, es la separación de esta sentencia de la orientación seguida por otras legislaciones europeas que sí regulan el delito de negación del Holocausto, así como su posible contradicción con diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaran conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos la tipificación del delito de negación del genocidio (Suárez Espino, 2008: 11; Luther, 2008: 261).

De esta manera, la doctrina constitucional española se sitúa claramente en el debate sobre la tipificación del discurso del odio con una postura divergente de la interpretación severa del fenómeno negacionista o revisionista tal y como se comprende en muchos países europeos, donde se excluye la negación o revisión del Holocausto del marco legítimo de la libertad de expresión, por entender que se trata de una postura ideológica que manipula el pasado yendo más allá del simple estudio histórico (Landa Gorostiza, 1999a: 692). La tendencia mayoritaria europea, aunque no unánime, de

entender el fenómeno de la negación del genocidio no implica que el TEDH imponga un modelo único común en Europa a la hora de regular los delitos de negación, justificación o apología de estos delitos que pueda ir más allá de los compromisos exigidos en la normativa internacional (Bernal del Castillo, 2016: 4).

El TC adapta al contexto jurídico español la doctrina del Tribunal europeo, aceptando la constitucionalidad de aquellas opiniones o declaraciones sobre los genocidios históricos que no implican un mínimo de peligrosidad hacia bienes jurídicos o derechos de relevancia constitucional, concluyendo con la declaración de inconstitucionalidad de la tipificación del art. 607.2 CP de la mera negación de los genocidios (Lascurain Sánchez, 2010: 73).

El Tribunal declara la inconstitucionalidad de castigar la conducta de *negar,* pero deduce la idoneidad para incitar como elemento tendencial implícito en la conducta de *justificar* reescribiendo así el precepto (Teruel Lozano, 2015: 22). Sin embargo, basar el contenido de injusto en la generación de un peligro cierto de que se genere un clima de hostilidad termina dando lugar a formas de peligrosidad presuntas incompatibles con las exigencias mínimas de antijuricidad material (Lanada Gorostiza, 2012: 339). Por su parte, los órganos jurisdiccionales dan una lectura a este precepto como un delito de mera conducta y de peligro abstracto por la difusión pública de contenidos justificadores del delito, e igualmente buscan circunscribir sus elementos típicos[320]. Asimismo, la doctrina intenta restringir el sentido típico de la conducta circunscribiendo los términos típicos (Rodríguez Mourullo, 1997: 1424). E indaga distintas posibilidades interpretativas: busca el contenido del injusto de la sanción no en el contenido de las ideas, sino por el aspecto comunicativo de la conducta; o reinterpretando el precepto al abrigo del art. 18 CP, como una forma de provocación directa (Nieto Martín y Pérez Cepeda, 2007: 1119). Por lo tanto, el tipo penal se interpreta como una apología impropia, una forma de instigación indirecta fuera de las exigencias del art. 18 CP, configurada como una figura de peligro abstracto que se consuma con la mera realización de la conducta, sin exigir un resultado (Cuerda Arnau, 2001: 1136). En consecuencia, la doctrina concluye que el legislador se excede en el adelantamiento de la barrera punitiva al configurar esta figura de apología impropia que resulta inconstitucional, siendo necesaria su anulación o modificación[321].

En esta decisión el Tribunal Constitucional define los límites de la intervención penal ante los fenómenos del discurso del odio y, especialmente, del revisionismo. Los FJ 4º y 5º se refieren al contenido de la libertad de expresión y a su contenido. Se puede sintetizar en la idea de que la libertad de expresión ampara la difusión de ideas contrarias a la Constitución, siempre que no se lesionen otros derechos constitucionalmente protegidos. Se argumenta que nuestro sistema constitucional no sigue el modelo de la *democracia militante*, en el sentido que las garantías constitucionales también protegen a quienes rechazan dicho sistema, con el límite de la creación de un peligro para las instituciones o los derechos fundamentales. En consecuencia, el Tribunal afirma que no es misión del Derecho penal la defensa de la

[320] STS de 13 de abril de 2011 (FJ 1º); SAP Barcelona, de 26 de abril de 2010 (259/2010).
[321] *Ibidem*, p. 1164.

memoria histórica en sí misma, o lo que es lo mismo la negación histórica de unos hechos que busquen su justificación o el ensalzamiento de los autores. Se entiende que el nacimiento de los delitos de negación del genocidio está relacionado con la experiencia del Holocausto. Por lo tanto, resulta lógico que la evolución social desborde el marco del propio Holocausto (que pierde fuerza) y se hace necesaria una nueva interpretación relacionada con las experiencias de la convivencia multicultural actual (Rodríguez Yagüe, 2007: 13).

Mas tarde, en el FJ 6º se centra en el art. 607.2 CP en relación con otros tipos penales, especialmente, los arts. 615 y 510.1 CP, considera que, como modalidad específica de incitación al delito, dota al precepto de ámbito punible propio y específico distinto de la provocación directa al genocidio del art. 615 y también de la provocación del art. 510 CP.

El TC interpreta que el art. 607.2 CP contiene un tipo penal que castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas sin exigir expresamente elemento suplementario alguno (como podría ser la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos), es una difusión neutra. Y considera que las conductas descritas en el precepto consisten en la mera transmisión de opiniones. La literalidad del precepto parece perseguir una conducta que, aunque amparada por la libertad de expresión es un límite infranqueable para el legislador penal. El TC afirma que en nuestro ordenamiento no se permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables. Y concluye que por lo que respecta a la conducta de la negación del genocidio, no es posible hacer una interpretación del precepto conforme a la Constitución. La mera difusión de conclusiones en torno a la existencia de hechos sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuricidad afecta el ámbito de la libertad científica. Por su parte, la mera negación del delito, frente a conductas que comportan adhesiones valorativas al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta insustancial, vano. Ya que la referida conducta permanece en un estado previo al que justifica la intervención penal. No es un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados en la norma. Por lo que su inclusión supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (FJº 8).

Por otro lado, las conductas consistentes en la difusión de ideas que justifiquen el genocidio se tratan de expresiones de un juicio de valor donde es posible apreciar el elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. De esta manera, el legislador penal, sin quebranto constitucional puede castigar la justificación pública de ese delito, siempre que la justificación opere como incitación indirecta a su comisión y suponga una provocación al genocidio. Cuando la justificación de tan abominable delito suponga una provocación indirecta a la perpetración y cuando la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos sociales (color, raza, religión, origen nacional, etc.), de tal manera que represente un peligro cierto de crear un clima de violencia y hostilidad que puedan concretarse en actos específicos de discriminación (FJº 9).

La doctrina acoge con satisfacción la declaración de inconstitucionalidad de la modalidad típica de negación de genocidio, como consecuencia de las críticas recibidas

(Suárez Espino, 2008: 11; Iñigo Corroza, 2011: 630). Sin embargo, con respecto a la interpretación de la criminalización de la justificación del genocidio, se señala que las conclusiones son confusas. Y, en términos generales, la doctrina mayoritaria indica que la sentencia no resuelve los problemas de legitimidad del precepto (Cuerda Arnau, 2008: 82).

La interpretación que hace el TC de la modalidad de justificación del genocidio exige que dicha justificación suponga un modo de incitación indirecta a la comisión del genocidio, pero no puede aplicarse a la negación del genocidio, ya que solo desde la valoración positiva de un hecho puede incitarse a su comisión (Alastuey Dobón, 2016: 8). La doctrina critica la equiparación que realiza el Tribunal en las conclusiones entre la incitación indirecta al genocidio y la provocación mediata a la discriminación, al odio o a la violencia. Si entendemos la justificación del genocidio como ensalzamiento del crimen, con una intención de incitar indirecta, este es claramente un supuesto de apología *stricto sensu*. El TC declara un supuesto de apología desvinculado de los requisitos de provocación. Sin embargo, no queda claro a que hace referencia cuando se alude a la justificación del genocidio que suponga una provocación al odio hacia determinados grupos (Alonso Rimo, 2010: 58).

El TC no pretende adelantar las barreras de la intervención penal a una fase previa a la apología del genocidio. Así, el art. 607.2 CP debe interpretarse como justificación del genocidio con intención de incitar indirectamente a su comisión. Sin embargo, el precepto no está libre de críticas, aunque el propio Tribunal lo declare acorde a los principios constitucionales, se producen peticiones de declaración de inconstitucionalidad incluso, también del inciso "*justifiquen*" (Ramos Vázquez, 2009: 135). Es así como la libertad de expresión se limita en exceso si se deja fuera de su amparo la incitación indirecta al delito. En este sentido, la diferencia entre acción y expresión se diluye hasta hacerse indistinguible cuando no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de que una acción tal se produzca como consecuencia de la provocación mediata, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata (Rodríguez Montañés, 2012: 317).

Se adelanta la intervención penal a un momento lejano a la comisión del genocidio, y ese adelantamiento que implica una excesiva limitación del derecho a la libertad de expresión y un adelanto de las barreras de protección penal no parecen justificadas en nuestro contexto social (Gómez Martín, 2012a: 221).

Capítulo VIII: La tipificación expansiva y simbólica.

1.El nuevo art. 510 del CP tras la reforma penal de 2015.

Es importante comprender que las manifestaciones de odio como delitos de expresión no son hechos aislados, estos necesitan de un escenario determinado que permita su expresión y, que, fundamentalmente, se enmarcan en el más amplio contexto del derecho fundamental a la libertad de expresión. Y dentro de esa libertad de expresión y no fuera de ella es donde se estudia el discurso del odio (Sandel, 2008: 306). En la literatura académica se habla de discurso del odio como conducta delictiva, obviando que dicho discurso lesivo está incrustado en un contexto sociopolítico específico que puede ser consecuencia de un clima de intolerancia previo. Las sociedades desarrolladas o sociedades del riesgo se caracterizan por fomentar un clima de intolerancia o de escenarios de miedo social (Formoso Araujo, 2019: 325). En este contexto, las provocaciones y expresiones de odio son aupadas al abrigo de las diferentes crisis, pero también por algunas instituciones públicas, líderes de opinión y operadores privados que inciden de manera sutil y muchas veces de forma flagrante en la diferencia, en el odio y la discriminación. En este sentido, Martín Herrera (2014: 84) explica que: "no solo las expresiones y actos de odio son ejecutados por los intolerantes, y que *a fortiori*, en múltiples oportunidades son las propias instituciones las que incitan y ejecutan el odio o hacen un uso indebido de las restricciones impuestas por las propias convenciones".

El discurso del odio como práctica discriminatoria se encuentra en pleno auge en las sociedades de la información al abrigo de la revolución digital. Esta manifestación de los delitos de odio deriva de diferentes conflictos sociológicos con raíces históricas, religiosas o culturales. Sin embargo, el surgimiento de internet y de las redes sociales agrava la casuística por su potencial lesividad, dado su fácil acceso y la gran capacidad para la difusión y divulgación de ideas, pensamientos e información. El incorrecto uso de la libertad de expresión ya sea por ignorancia o por mala fe, puede conllevar graves perjuicios para el bienestar social en un Estado de derecho debido a su vinculación directa con ciertos derechos fundamentales.

El 20 de septiembre de 2013 el Gobierno aprueba la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley Orgánica para la modificación del Código penal de 1995. El nuevo texto legal, aunque con notables cambios con respecto al Anteproyecto[322], solo enmienda parcialmente las críticas de los órganos consultivos[323] en relación con los delitos de

[322] En el Anteproyecto se castigan con las penas más graves (prisión de uno a cuatro años y multa) las conductas de incitación al odio o a la violencia, y también a quienes lesionaran la dignidad de las personas mediante actos de humillación o menosprecio. No obstante, se impone una pena menor para conductas de producción, elaboración de material provocador al odio o a la violencia.; las de enaltecimiento o justificación de los delitos de odio; y las de negacionismo. En el Proyecto se adopta la sistematización que luego se refleja en el texto definitivo: se castigan con mayor pena las conductas de incitación al odio y a la violencia, las de producción y elaboración de materiales incitadores y las de negacionismo, y se impone una penalidad menor para las conductas de humillación y menosprecio, y para el enaltecimiento o justificación de los delitos de odio. Y se incorpora en el Proyecto la identidad sexual en el elenco de motivaciones discriminatorias.

[323] Consejo General del Poder Judicial: Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, p. 246. Consejo de Estado: Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código penal, p. 66.

odio. El art. 510 CP abre la Sección Primera, titulada "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución", del Capítulo IV ("De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas"), incardinado dentro del Título XXI, que tipifica los Delitos contra la Constitución. En este precepto se incluyen tres clases distintas de delitos: los delitos de odio, delitos de discriminación y delitos de racismo y xenofobia (Valls Prieto, 2015: 865). Todos ellos con objetos de protección diversos pero relacionados entre sí (Alcácer Guirao, 2012: 22).

Del proceso de adaptación a la legislación penal española de la Decisión Marco 2008/913, y en referencia a su art. 1.1 a) se conmina a los Estados miembros a regular la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, color, religión, origen nacional o étnico. Sin embargo, por lo que a este delito respecta no era necesario modificar el art. 510.1 CP. Dando origen a un tipo penal con un alcance sancionatorio mucho más amplio que el demandado por la Decisión Marco. Este texto legal no se pronuncia si la incitación debe ser directa o indirecta, ni impide la tipificación exclusiva de la incitación a cometer delitos. Por otro lado, el legislador, decide no hacer uso de ninguno de los elementos restrictivos otorgados por la propia Decisión Marco en su art. 1.2 en virtud del cual: los Estados pueden optar por castigar únicamente las conductas que den lugar a perturbaciones del orden público, o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. Tampoco viene impuesta la elevación del límite máximo de la pena de prisión de tres a cuatro años. De acuerdo con el art. 3.2 de la Decisión Marco: cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en el art. 1 se castiguen con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo. Asimismo, la DM establece que la reforma de la ampliación del tipo debe ser congruente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el discurso del odio.

También, la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI), en su Recomendación 15, *General Policy Recomendation*, de 8 de diciembre de 2015 hace referencia al hecho que el discurso del odio debe entenderse como el fomento, promoción o instigación , en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así también como su acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza respecto de la persona o grupo en cuestión y la justificación de estas manifestaciones por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, discapacidad, lengua, religión, creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condiciones personales.

Esta segunda definición, después de la Recomendación R (97) 20, hace un esfuerzo notable por aclarar y delimitar el concepto de discurso de odio. Este concepto incluye conductas como el fomento, la promoción o instigación, del odio, la humillación, el menosprecio, el acoso, el descrédito, la difusión de estereotipos negativos, la estigmatización, las amenazas y la justificación de dichas conductas. Asimismo, la negación, trivialización, justificación o condonación pública de los delitos de genocidio,

los delitos de lesa humanidad o el enaltecimiento de las personas condenadas por su comisión. Y sostiene que tiene por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas. La Recomendación establece que existen ciertos límites, ya que hay formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan pero que no constituyen discurso de odio. Asimismo, la Recomendación ayuda al intérprete del Derecho a establecer los puntos de los juicios de inferencia atendiendo las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso del odio.

El problema de fondo se encuentra en que la Recomendación advierte que la intención de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación no es imprescindible para esta forma grave de discurso. Y se considera que existe discurso de odio cuando cabe esperar, como consecuencia de dicho discurso se cometan actos delictivos. Nuevamente como en la Recomendación anterior se produce un adelantamiento de la punibilidad que convierte ciertas conductas en delitos de peligro abstracto. Además, en el delito de enaltecimiento como en el delito de incitación al odio, se prescinde de un elemento subjetivo específico, estos tipos no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que debe ser constatado a partir de las expresiones vertidas (Cámara Arroyo, 2017: 13). De esta manera, se quebrantan supuestamente las barreras limitadoras del Derecho penal, y se abre la posibilidad del castigo indiscriminado ante opiniones ideológicas políticamente incorrectas, sin que sea necesario que la persona que las emita tenga la intención de incitar ni directa o indirectamente a la comisión de un delito.

El punto 20 del *Memorándum* explicativo de la Recomendación informa: de la definición de la ECRI se deducen dos dimensiones del discurso de odio: una social que atañe a los mensajes fruto de ideologías o sentimientos de carácter público o privado que fomentan, promueven o instigan al odio y a la intolerancia y, cuya prevención y reproche es responsabilidad de las instituciones educativas y de la implicación ciudadana. La autorregulación debe provenir tanto de las instituciones públicas como también de las instituciones privadas, del Derecho civil y administrativo. Y una segunda dimensión: la penal. Esta modalidad comprende aquellos casos en los que el mensaje difundido públicamente (que se predica exclusivamente en el hecho delictivo) tenga por finalidad incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra determinados colectivos.

En la misma línea interpretativa se encuentra el *Plan de Acción de Rabat*[324]. Este texto recomienda que dentro del concepto discurso del odio es necesario hacer una diferenciación entre la expresión constitutiva de delito penal y la expresión que no es penalmente punible. Aunque esta última manifestación sea susceptible de un procedimiento civil o administrativo ya que genera problemas de intolerancia e incivismo y falta de respeto hacia otras personas. En consecuencia, en el ámbito del discurso del odio existe una prohibición legal pero no penal, y, por otro lado, una

[324] Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add. 4, 11 de enero de 2013.

prohibición estrictamente penal con una zona de permisividad amparada en la libertad de expresión. El Plan de Acción de Rabat como la Recomendación 15 introducen unos criterios de inferencia o prueba para diferenciar el delito de odio del discurso intolerante no punible, siendo necesario el análisis del contexto, del orador, la intención del orador, el contenido y forma del discurso, el alcance y la magnitud de la expresión y la posibilidad de que se produzca un daño y su inminencia.

El Plan de Acción de Rabat introduce la intención del orador, un elemento subjetivo imprescindible a la hora de diferenciar la finalidad del mensaje y su conducta dolosa. A diferencia del documento de la ECRI, donde cabe la posibilidad de cometer esta clase de conductas de manera imprudente y no existe una intencionalidad de incitar a la comisión de hechos delictivos. De esta manera, considera punible el discurso del odio en su dimensión social[325].

A la hora de redactar el precepto, el legislador se inspira en las propuestas del Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona D. Miguel Ángel Aguilar García. Este fiscal no comparte la opinión de doctrina mayoritaria ni de la jurisprudencia de una interpretación restrictiva, que sería la causante de la escasa aplicación del precepto. Según su criterio se trata de una interpretación contraria a los mandatos de las normas internacionales ratificadas por España y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En consecuencia, este fiscal propone una reforma del art 510.1 CP articulada en los siguientes ejes: 1) eliminar el término provocación y usar en su lugar el verbo incitar y además, para no dejar resquicio de impunidad, los verbos promover y difundir; 2) exigir que la incitación sea pública; 3) abarcar las conductas que supongan directa o indirectamente incitación al odio, la violencia, o la discriminación debiéndose añadir el término hostilidad previsto en el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 4) perseguir los hechos cualquiera que sea el medio o procedimiento utilizado, de forma que sea posible sancionar el discurso del odio efectuado mediante sistemas modernos de comunicación e información e 5) incorporar como sujetos pasivos no solo a los colectivos, sino también a personas individuales, siempre que el motivo del delito sea la discriminación y el odio a su condición personal. Y como se puede constatar, todas estas propuestas son plasmadas en la nueva regulación (Güerri Fernández, 2015: 23). Ninguna de las razones aducidas como pretexto de la reforma consiguen justificarla, ya que no se necesita una regulación de este tipo para cumplir con los compromisos internacionales y, además, la mayor parte de los tipos no se ajustan a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (Alastuey Dobón, 2016: 34).

Tras la reforma, el actual art. 510 CP normaliza desde el punto de vista legal la tipificación de ciertas conductas delictuosas como delitos de odio. El tenor literal del art. 510 CP queda considerablemente ampliado, dado que cuenta con seis apartados (Valls Prieto, 2015: 865). Si bien el nuevo artículo pretende responder de forma integral a las deficiencias aplicativas de su predecesor, la nueva formulación recibe duras críticas de un sector mayoritario de la doctrina. Un notable grupo de catedráticos de Derecho penal

[325] *Ibidem*, p. 15.

considera que la redacción del precepto se caracteriza por una notable pobreza técnica que prescinde de la tradición jurídica española, olvidando las elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales que han permitido superar en los últimos tiempos los problemas de interpretación. Con propuestas que beben político criminalmente de las peores fuentes del siglo XIX, de las corrientes reaccionarias, más autoritarias, por todos denostadas. En definitiva, con estos delitos que castigan formas de apología y provocación como figuras autónomas se resucita ese fantasma que recorre la democracia (Vives Antón, 2011: 814; Díez Ripollés, 2013: 59). Se castiga de una forma más exhaustiva toda forma de discurso del odio y se identifica erróneamente delito de odio con discurso del odio (Teruel Lozano, 2015: 32). De ahí se puede afirmar que sólo hay sombras, sin luces, en la reforma de los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia[326].

Cuando se trata de restringir un cierto discurso que implica el ejercicio de una libertad fundamental, es necesario ser prudente con las pautas que justifiquen el establecimiento de límites. Ninguna libertad es absoluta, y la libertad de expresión puede colisionar con algunos bienes jurídicos, acciones como humillar, insultar, amenazar o provocar son ejemplo de ello. En relación con estos límites nuestro ordenamiento jurídico cuenta con instrumentos legales suficientes para castigar tales excesos sin que sea necesario plantear una respuesta excepcional a través de tipos penales *ad hoc* antidiscriminatorios[327].

El nuevo precepto además de hacer referencia, entre los motivos discriminatorios, a las razones de género, se divide ahora en tres apartados, se tipifican las conductas de: fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Todas las conductas castigadas en el artículo tienen un sujeto pasivo común, el cual es un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel siempre que la conducta de que se trate se realice con el siguiente elemento subjetivo: por motivos racistas, antisemitas u otros refrentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza, o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. A diferencia de la anterior redacción (CP 1995), el legislador modifica la denominación de los denominados *grupos diana* (Landa Gorostiza, 2012: 303) que anteriormente eran grupos o asociaciones, y añade la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran a personas determinadas, aunque siempre por adscripción al grupo de pertenencia.

El bien jurídico protegido.

Con relación a los bienes jurídicos protegidos frente a los delitos del art. 510 CP, la interpretación de los conceptos de violencia, hostilidad y discriminación apunta como objeto de protección a un conjunto de valores de diversa naturaleza que van desde la seguridad física y moral o la integración social de las minorías hasta el reconocimiento y disfrute colectivo e individual de los derechos fundamentales y ciudadanos (Bernal del Castillo, 2016: 15). Sin embargo, para determinar el objeto de protección hay que partir

[326] *Ibidem*, p. 42.
[327] *Ibidem*, p. 39.

del art. 14 CE que establece la igualdad ante la ley. Por lo tanto, el bien jurídico o motivación para dar lugar a la protección y regulación de determinadas conductas calificadas como delitos de odio sería el establecimiento de una motivación basada en el hecho de pertenencia a un grupo, el cual es discriminado por poseer unas características comunes o rasgos de identidad propios. Además, se hace necesario violentar algún otro bien jurídico de los tipificados en el Código penal. Podemos inferir que el delito de odio posee una doble vertiente: un componente subjetivo, basado en los prejuicios hacia un determinado colectivo; y, por otro lado, un componente objetivo basado en acciones susceptibles de ser consideradas como delitos pero que necesitan como requisito ser relacionadas con la pertenencia a dichos colectivos sociales.

Parece que el nuevo artículo 510 CP se configura como un figura pluriofensiva que pretende tutelar, *in primis*, el derecho a no ser discriminado (Portilla Contreras, 2015: 722) y, también la dignidad humana en su dimensión colectiva a favor de grupos sociales que se identifican como grupos diana, y de sus miembros. En los casos de justificación y enaltecimiento del genocidio se resalta la dimensión colectiva de los sujetos pasivos como grupo contra quienes se dirigen las opiniones o discursos, el nuevo texto admite que los sujetos directamente señalados por el discurso sean parte de los miembros de ese colectivo o uno solo de sus miembros. Por lo tanto, se inserta en la dignidad de la persona individual como sujeto cuya dimensión social sustenta la protección de los grupos en los cuales se integra (Bernal del Castillo, 2014: 387). Por su parte, De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros (2017: 2) consideran que la dignidad entronca con el orden social o el orden público y este debe abrazar el interés de que cada persona tenga conciencia y un sentido propio de su posición respetable en la sociedad. Esta debe estar comprometida en el aseguramiento del sustrato básico de dicha posición respetable, vinculada a la dignidad de cada persona. Y el discurso del odio cuestiona ese estado de cosas, la confianza y el aseguramiento y pretende erigir un entorno de hostilidad para los colectivos victimizados. Por ello, las leyes que penalizan el discurso del odio no solo tutelan ese basamento que es la dignidad de los ciudadanos, sino que bloquean la construcción de ese entorno social envenenado.

El honor también es un bien jurídico penal de suficiente envergadura como para limitar la libertad de expresión. Entendido como la legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano en tanto que miembro de pleno derecho de una comunidad jurídica, que le asiste en atención al modo personal y al plan de vida que hay elegido libremente y a partir del cual el individuo pueda participar en igualdad de condiciones. Una concepción como esta no solo protege al individuo de los ataques en formas de injurias y calumnias, sino también, le permite ser reconocido. La invocación de un honor colectivo sanciona la discriminación de las personas individuales, pero, al mismo tiempo, restablece la igualdad de los grupos sociales para una participación equitativa en sociedad. De esta manera, el derecho al honor se colectiviza, adquiriendo un interés supra individual y colectivo[328].

También una de las opciones más sólidas para defender la legitimidad de la restricción penal del discurso del odio oscila sobre el bien jurídico igualdad y el bien jurídico

[328] *Ibidem*, p. 3.

derecho a no ser discriminado. El propio discurso del odio provoca discriminación, sin necesidad que incite a la realización de actos discriminatorios, ya que el discurso de este tipo en sí mismo es discriminador. En España, el contenido jurídico del derecho a la igualdad es frágil. Al contrario, el contenido de la prohibición de discriminación es potente y robusto. Y las propuestas de criminalización del discurso del odio se construyen en torno al derecho a no ser discriminado. El bien jurídico derecho a no ser discriminado tiene un componente individual claro. Pero este bien jurídico también tiene una dimensión colectiva que refuerza la antijuricidad del comportamiento, estas conductas atacan el modelo de convivencia y amenazan los valores del pluralismo, la tolerancia y el respeto de las diferencias que están en la base del Estado social y democrático de Derecho[329]. El trato discriminatorio implica un trato peyorativo, un menosprecio que intensifica la situación de marginación (Laurenzo Copello, 1996: 235).

Asimismo, por la agravación, se tutela la paz pública y la tranquilidad de las personas. Para la mayoría de la doctrina son unos bienes jurídicos inconsistentes, sin base material y de difícil definición, que, a juicio de muchos autores, no pueden justificar la intervención penal y tampoco un límite a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista (Insolera, 2009: 253; Alonso Álamo, 2012: 35; Teruel Lozano, 2015: 38). En cualquier caso, la mayoría de las conductas típicas están lejos de representar un peligro relevante para el mencionado bien jurídico. De esta manera, la respuesta penal se avanza de manera inaceptable sin atender el principio de intervención mínima. El verbo típico ya no es provocar, sino fomentar, promover o incitar y dichas conductas pueden ser directas o indirectas. Iglesias García (2020: 808) explica que el bien jurídico a proteger en los delitos de odio es básicamente cualquier acción delictiva que tenga como elemento subyacente cualquier tipo de discriminación, y con el fin último de evitar conductas delictivas que, si bien pueden ser consideradas en un inicio como no excesivamente graves desde el punto de vista penal, puedan a medio y largo plazo, si no se evitan, tener una repercusión mucho mayor derivando en otro tipo de delitos relacionados con la integridad física de las personas o incluso la propia vida.

En cuanto al objeto de la incitación, se mantiene la discriminación y la violencia, y también, la incitación al odio, con los problemas interpretativos que conlleva. La discriminación y la violencia siempre se pueden reconducir a hechos ilícitos, cosa que no sucede con el odio al ser un sentimiento (Alastuey Dobón, 2016: 16). Se exige la publicidad en la incitación subsanándose el defecto en que incurría el Proyecto de Ley, e incluye a las personas individuales entre el objeto de la acción, pero no como sujetos pasivos del delito (Rueda Martín, 2016: 774). Aunque no se exige una incitación explícita a la realización de actos concretos, dado que la incitación ya no tiene que ser directa necesariamente (Del Rosal Blasco, 2016: 1287).

Alcácer Guirao (2012: 2) sostiene que es relevante diferenciar entre expresiones que tienen el deliberado ánimo de provocar a la discriminación, de injuriar o de humillar de aquellas conductas que, por el empleo de un lenguaje virulento u hostil hacia algún grupo social, puedan ser idóneas para ocasionar rechazo hacia esos grupos en la opinión pública. La lectura jurídico penal de esa diferencia se encuentra referida a la

[329] *Ibidem*, p. 4.

configuración del dolo exigido por el tipo. Desde una perspectiva subjetiva, las conductas calificadas como discurso del odio persiguen la creación de una clima social de hostilidad, que suponen un peligro real y cierto contra aquellas personas que pertenecen a un determinado grupo. Y desde una perspectiva objetiva no es posible afirmar que todo discurso del odio es idóneo para provocar a la violencia o a la discriminación. En todo caso, la descripción del elemento subjetivo debe estar presente en la acción del sujeto activo que añade los motivos de su conducta. En consecuencia, como afirma Cámara Arroyo (2017: 34) prescindir de determinados elementos subjetivos en los delitos de odio supone la aplicación de un automatismo inflexible característico de las últimas reformas penales y su exégesis jurisprudencial: se trata de un proceso legislativo e interpretativo que podría denominarse como: "objetivación de lo subjetivo y subjetivación de lo objetivo".

Este autor considera que prescindir de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales más allá del dolo genérico se realiza por dos razones: 1) por las dificultades que entraña el análisis de los aspectos internos de la conciencia humana y 2) porque expresamente no se encuentran recogidas en el tipo penal, de modo que para evitar vulneraciones del principio de legalidad se eliminan de la exégesis de la norma. La aplicación automática de la norma sin atender a las circunstancias concretas de cada caso, y sin atender al análisis de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales lleva a soluciones extremadamente defensistas y conservadoras. Situación que se asume por parte de nuestros Tribunales sin ambages.

Naturaleza Jurídica.

El encuadre de estas conductas dentro del ámbito del art. 510 CP manifiesta su naturaleza como delitos de peligro abstracto. Donde la peligrosidad se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto queda excluida de antemano; y, además, el comportamiento peligroso sea idóneo para producir el menoscabo lesivo, aunque no se requiera una concreta puesta en peligro *ex post*. Pérez Sauquillo (2015: 3) afirma que, a pesar de la ausencia del desvalor del resultado en el injusto material, se constata la existencia de un desvalor objetivo de la acción y junto a ello, un desvalor potencial de resultado. Consecuencia de la posibilidad de que en una situación concreta se produzca un peligro efectivo para el bien jurídico en cuestión. En sentido contrario, Fuentes Osorio (2017: 14) manifiesta que: "la escasa lesividad de los comportamientos incluidos dentro de estas categorías (delitos de odio) no se parecía cuando nos centramos en las necesidades preventivas que dan origen a los mismos y los justificamos con la técnica de los delitos de peligro abstracto. Su exigua ofensividad salta a la vista cuando se cambia el enfoque y se analiza su naturaleza desde la perspectiva de la intervención delictiva".

El objetivo del legislador, siguiendo la orientación de la DM de 2008, ya no es garantizar directamente la supervivencia de los grupos o sus miembros, supuesto que permanece en el ámbito del genocidio al estar significados esos grupos por características raciales, étnicas o de otra naturaleza. Mas bien se pretende adelantar la intervención penal para evitar la creación, mediante la palabra o el escrito, de unas condiciones sociales que se pueden calificar de rechazo, violencia y hostilidad hacia

esos grupos sociales y personas, conductas que además tienen la potencialidad de generar un peligro para alguno de los derechos fundamentales de los sujetos pasivos. Se trataría de proteger las condiciones básicas necesarias para que los miembros de los grupos mencionados en el precepto puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad (Landa Gorostiza, 1999: 351).

Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, la ubicación sistemática de la conducta típica del art. 510.1 c) confirma la opinión doctrinal que desvincula las conductas que implican la justificación de los delitos de genocidio y de sus autores respecto de la apología de art. 18 CP. Con la nueva redacción del precepto se pierde por completo el vínculo con la provocación definida en el art. 18.1 CP, y, en consecuencia, se desestima la interpretación del delito que realiza la doctrina mayoritaria, asimismo, como la jurisprudencia (Alastuey Dobón, 2016: 203). Al incluir la incitación indirecta, el precepto va más allá del concepto de apología que da el art. 18 CP, que exige para que la apología sea delito como forma de provocación el que por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer un delito, pero la STC 214/1991, de 17 de diciembre, refiriéndose concretamente a la apología del genocidio (anterior art. 607.2 CP), considera que es suficiente para justificar el castigo de estas conductas el que las mismas supongan una incitación indirecta o provoquen de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia (Quintero Olivares, 2015: 702).

El tenor literal del precepto no utiliza el término apología con la intención de evitar una interpretación en los términos del art. 18.1 CP. Si bien las conductas de enaltecimiento del delito o de su autor tienen un contenido apologético, la apología que se tipifica es más débil que la apología en sentido estricto (Bernal del Castillo, 2016: 9). En función del sentido de discriminación, este precepto comprende todas aquellas conductas o tendencias sociales que impidan o dificultan la integración de personas o grupos en la sociedad, aunque no impliquen en particular la realización de actos propiamente antijurídicos. Se produce una excesiva ampliación de la intervención penal en la prevención de unas situaciones poco definidas, confirmando la necesidad de una aplicación restrictiva del art. 510.1 c. ante la potencialidad de las opiniones o discursos enaltecedores del genocidio o similares para fomentar la posibilidad de generar un ámbito o marco discriminatorio (clima de violencia y hostilidad).

La ampliación del ámbito típico del precepto no se compensa con la incorporación de los elementos restrictivos demandados por la doctrina, ni se exige un efecto amenazante ni un contexto de crisis. Además, el precepto no se restringe a los supuestos de provocación xenófoba, sino que amplía el ámbito de aplicación a otros colectivos. La voluntad y objetivo del legislador parece clara: se centra en ampliar el ámbito de aplicación del precepto y evita los posibles resquicios de interpretaciones restrictivas de su tenor literal. El legislador (castigando incitaciones implícitas a que otros lleven a cabo actos o sentimientos hostiles contra determinados grupos sociales) pretende impedir la creación de un caldo de cultivo, una situación de crispación, o un clima favorable a la potencial realización de actos hostiles, violentos y discriminatorios hacia determinadas personas por razón de su pertenencia a determinados grupos. Pero es importante comprender, que aquí no se castigan los actos de hostilidad, violencia y

discriminación; estas conductas ya son castigadas en otros preceptos del Código penal (delitos contra el honor, contra la integridad moral, lesiones, denegación de prestaciones, etc.). Tampoco se castiga la creación del clima que puede favorecer estos actos, ya que la incitación individual no puede crearlo, salvo que el contexto social sea propicio. En consecuencia, el objeto de la intervención penal es la mera promoción del clima, es decir, la antesala del clima. De esta manera, los delitos de clima entran en nuestra legislación penal y, sin ningún criterio restrictivo que los compense (Alastuey Dobón, 2016: 18).

Este precepto presenta serias dudas de constitucionalidad y no superaría un *juicio de adecuación* sobre la justificación de la intervención penal, en el que se valorara la racionalidad del prius lógico que ha de fundar cualquier intervención legislativa, al fallar el fundamento ofensivo de las conductas tipificadas (STC, de 2 de octubre de 1997, FJ 10º)[330]. La construcción típica resulta confusa y presenta un débil contenido ofensivo con sucesivos encadenamientos y juicios difusos de peligrosidad que desvirtúan la antijuricidad material de las conductas que se pretenden castigar. Tampoco superaría un *juicio de proporcionalidad,* juicio que debería verse reforzado como consecuencia del principio de *extrema ratio*, en el que se pone en relación el reproche de injusto propio de la conducta tipificada con la magnitud de la respuesta jurídica y en el que se valore la necesidad de estas medidas en una sociedad democrática. Mir Puig (2010: 74) explica que: "otros límites materiales generalmente reconocidos por los penalistas, además de la exigencia de proporción entre delito y pena, como los principios de necesidad de la pena, de subsidiariedad, ultima ratio, fragmentariedad e intervención mínima, de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos-penales, pueden integrarse en el principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio. De esta manera, se vulneran principios constitucionales que rigen el *ius puniendi* del Estado, especialmente el principio de ofensividad.

En principio, no parece que nuestra sociedad necesite una protección tan extrema como la que se plantea en el art. 510 CP. Este precepto está compuesto por unos tipos penales cuya magnitud de penas es cuestionable que se justifique con el grado de ofensa que suponen. Además, se conduce la intervención penal a sus últimos consecuencias castigando actos de provocación como formas de peligrosidad indefinidas, e incluso, se castigan actos preparatorios de la propia provocación. Esta situación genera un efecto disuasorio o intimidatorio denominado también *chilling effect*, que actúa directamente y coacciona la libertad de expresión.

El art. 510 CP es el precepto central en el ámbito de la lucha contra la discriminación y es la figura nuclear de los delitos de opinión que incitan a la violencia o al odio contra grupos o colectivos por las características que definen a esos colectivos. El texto

330

Sería un juicio de adecuación previo que pasaría no sólo por identificar los bienes constitucionalmente relevantes, sino también para evaluar las pautas o cánones de las que se haya valido el legislador para construir el tipo normativo.

definitivo del art. 510 CP también acumula los delitos de negacionismo (antiguo delito de justificación del genocidio del art. 607.2 CP) y configura un extenso tipo penal de confusa y dudosa interpretación. Por este motivo, es necesario transcribir el tenor literal del precepto para extraer su significación, reflejando sus puntos críticos.

Artículo 510 CP:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

    a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

    b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

    c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.
4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.
5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

En una primera aproximación a la nueva redacción del art. 510 CP, lo primero que llama la atención, es que el legislador castiga de forma exhaustiva toda forma de discurso del odio y discurso negacionista, identificando discurso del odio con delito de odio. En cuanto a las conductas típicas, estas se agrupan en dos bloques. El primero: con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, se castigan las conductas de incitación al odio o a la violencia (letra a del aparatado 1º), las conductas de producción, posesión y difusión de materiales idóneos a incitar al odio o a la violencia (letra b del aparatado 1ª), y las conductas de negacionismo o enaltecimiento de crímenes de guerra o contra la humanidad (letra c del apartado 1º). El segundo bloque: con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, tipifica los actos de humillación o menosprecio por motivos discriminatorios (letra a del apartado 2º). Todas estas conductas tienen un elemento subjetivo común en todos los tipos delictivos, actuar por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, etc. Asimismo, los diferentes tipos del art. 510 CP coinciden en identificar un grupo diana frente a los que dirigir las conductas discriminatorias (contra un grupo, una parte de este o contra una persona determinada por razón de pertenencia a aquel). Estos elementos caracterizan a estos delitos en el marco de la legislación contra el racismo y la xenofobia. Se trata de figuras autónomas que de *lege lata* parece imposible poner en relación con el castigo de la provocación y de la apología conforme al art. 18 CP. (Teruel Lozano, 2015: 32).

Conductas del primer bloque.

La primera de las figuras típicas es el delito de incitación al odio o a la violencia que recoge una amplia variedad de acciones típicas. En la letra a del apartado 1º del art. 510 CP se castigan las acciones de fomentar, promover, incitar directa o indirectamente, con la exigencia de que ello se realice públicamente. Los verbos típicos fomentar y promover, considerados sinónimos entre sí tienen un significado similar al verbo incitar (Roig Torres, 2015: 1255), cuyas conductas son más indirectas (Gómez Martín; Aguilar, 2015: 203). A estos verbos típicos, se agregan dos adverbios modales: públicamente y directa e indirectamente; y enfocan no solo su acción hacia la discriminación, el odio o la violencia (presentes en la redacción anterior), sino también hacia la hostilidad. Fomentar significa impulsar, provocar el desarrollo o la realización de algo, de conductas delictivas. Estas conductas serían actos de odio, hostilidad,

discriminación o violencia. En consecuencia, la desvinculación con el verbo típico de la anterior redacción del precepto no es total en términos lingüísticos, ya que permanece presente en segundo plano. Por su parte, Lamarca Pérez (2016: 942) explica que, tras la reforma, la acción es quizás de un carácter más amplio, pero consiste igualmente en la provocación, es decir, realizar un acto preparatorio de un delito, que con carácter general ya está previsto en el art. 18 CP como incitación directa por medios que faciliten la publicidad. Son conductas que se encuentran en el límite de la participación intentada (Portilla Contreras, 2015: 717). Sin embargo, fruto de los problemas de proporcionalidad y de indeterminación de los delitos base sobre los que se sustenta el acto preparatorio punible se impone una interpretación del art. 510 CP como un delito de provocación *sui generis* (Gómez Martín y Aguilar, 2015: 214). Si bien está basado en el art. 18 CP, es autónomo de este. De esta manera, lo que se castiga es la provocación a la intolerancia, el odio y la discriminación en lugar de castigarse la provocación a la comisión de delitos basados en la intolerancia o la discriminación con importantes consecuencias en la restricción de derechos y libertades. En este sentido, Portilla Contreras (2015: 725) afirma que lo que se hace es convertir en un delito autónomo lo que no son más que actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llega a la categoría de actos preparatorios.

La conducta a la que se debe incitar constituye el resultado lesivo temido que justifica el reproche penal. Sin embargo, incitar es una modalidad de inducir que se caracteriza por la mayor intensidad de la manipulación psicológica que produce la intención delictiva en el sujeto activo del delito. Asimismo, inducir significa provocar, siendo la causa de una conducta posterior. La diferencia se encuentra en que, si la conducta lesiva es posterior a la provocación, hablaremos de inducción, mientras que la incitación o provocación se considera un acto preparatorio punible (Jericó Ojer, 2006: 153). La nueva redacción suprime el termino provocación en lo que se entiende que es una voluntad clara del legislador de desvincular las conductas descritas en el art. 510 CP y las conductas definidas en el art. 18 CP. Sin embargo, la indeterminación de los conceptos en la nueva redacción contribuye al mantenimiento de la imprecisión del delito (De Pablo Serrano; Tapia Ballesteros, 2017: 5).

Una comprensión y entendimiento del tipo penal sin hacer una clara distinción del alcance y del significado del concepto discurso del odio tiene importantes consecuencias desde el punto de vista de la función del Derecho penal. La conducta consistiría en despertar o fomentar en terceras personas una actitud interna de rechazo hacia personas de otras razas u orientación sexual o hacia minorías sociales, sin necesidad de que esta actitud se traduzca en la comisión de un delito discriminatorio. Para que el discurso del odio sea punible, la provocación no solo debe ser a la discriminación sino también al uso de la violencia. La mera provocación al sentimiento de odio o la utilización de un lenguaje políticamente incorrecto quedan fuera de los límites del Derecho penal.

Sin embargo, al incumplir y no reconocer la diferencia fundamental entre discurso del odio social y el discurso del odio punible, se producen importantes consecuencias, como fuertes restricciones a la libertad de expresión inviables en un Estado social y

democrático de Derecho. En tal sentido, Bernal del Castillo (1998: 81) y Del Rosal Blasco (2005: 1056) afirman que esta manera de entender el tipo penal conduce a manifestaciones del denominado Derecho penal de autor; y se supone un uso del Derecho penal como una herramienta potente de protección de intereses exclusivamente morales (Gómez Martín, 2016: 10). Así, el delito comprendido de esta manera se configura como un delito de lesión incluido en una política criminal de corte funcionalista. El Derecho penal ejerce una mayor injerencia en el sistema de valores democráticos sustituyendo vías menos gravosas para la solución de problemas sociales y vulnerando el principio de mínima intervención y carácter subsidiario. En consecuencia, el bien jurídico protegido de carácter colectivo es "la seguridad" de ciertos grupos sociales especialmente vulnerables ante posibles procesos de violencia, hostilidad o discriminación, manteniendo la consideración de delito de peligro abstracto.

Otra limitación importante se encuentra en la interpretación de la incitación directa e indirecta. La doctrina critica de manera severa la posibilidad de castigar la provocación indirecta a la comisión de hechos delictivos (Gascón Cuenca, 2015: 75). No obstante, el TC admite su posibilidad siempre que exista peligro cierto. Por lo tanto, una interpretación no restrictiva en este sentido lleva a una ampliación desmesurada de las conductas punibles (Lamarca Pérez, 2016: 942). La referencia a una incitación indirecta incrementaría la responsabilidad exigible del sujeto activo, y de esta manera, se le imputaría la posibilidad de que el mensaje emitido pueda producir en el futuro (riesgo abstracto) la comisión de hechos delictivos motivados por la intolerancia y la discriminación. Provocando una abstención o inhibición en la emisión de los mensajes so pena de incurrir en una acción delictiva. De esta suerte, no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de que una acción tal se produzca como consecuencia de la incitación o la provocación, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata (Rodríguez Montañés, 2012: 317). Por ende, este modo de comprender la incitación indirecta supone una ampliación desmesurada de las conductas punibles y una fuerte limitación de la libertad de expresión fuera de los cauces de lo constitucionalmente permitido.

En relación con el término odio, la doctrina reclama un acotamiento del concepto. Sin embargo, con la reforma no solo no se procede a su delimitación, sino que se agregan los actos de hostilidad. Mientras que para los actos de violencia y discriminación se puede hacer una interpretación restrictiva como actos delictivos, en el caso del odio y la hostilidad, no ocurre lo mismo ya que son conceptos vagos, y, además, no tienen por qué implicar actos delictivos. El odio no es un delito ni un ilícito, por lo tanto, resulta censurable castigar actos cuya realización no es delictiva. Esta situación obliga nuevamente a interpretaciones restrictivas en orden de salvaguardar la constitucionalidad del precepto. Es un delito de peligro abstracto ya que el tipo penal se configura como un delito que se consuma con la mera conducta. El precepto acaba con la definición del sujeto pasivo identificado en los grupos diana (o parte de este o sus miembros) y las motivaciones discriminatorias como elementos subjetivos.

En cuanto a la pena aplicable, para estas conductas y para las restantes del actual art. 510.1 CP, se prevé prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses. Ello

supone una elevación del límite máximo de la pena privativa de libertad con respecto al precepto derogado, ya que anteriormente estaba fijado en los tres años de privación. La duración de la pena pecuniaria, en cambio, permanece inalterada.

La letra b del apartado 2 del art. 510 CP extiende el castigo a acciones como producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribuir, difundir, vender escritos o cualquiera otra clase de material o soporte que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Se trata de comportamientos previos a los de la letra anterior del precepto y, por ello, constitutivos de menos desvalor jurídico penal. Razón por la que la doctrina critica la equiparación penal de ambos apartados (Portilla Contreras, 2015: 740). A este respecto, Roig Torres (2015: 1257) afirma que esta equiparación tiene su origen en una recomendación incluida en el Informe del Consejo General del poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica. Este órgano argumentaba que el prelegislador, al prever en el texto mencionado una pena más leve para estos casos, estaba confiriendo un trato penal más beneficioso a conductas que, incluso, denotan una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido, habida cuenta los medios en que se proyectan al exterior las conductas sancionadas. Así, estas conductas se consideran con la suficiente entidad para fomentar, promover e incitar al odio, la hostilidad y a la violencia o discriminación y en todo caso lesionan la dignidad personal. El legislador tipifica las conductas lesivas mediante escritos u otros materiales, entre los que se entiende que se encuentran las imágenes (Gascón Cuenca, 2015: 77). Se exige en el precepto que tales conductas se dirijan contra los sujetos pasivos previamente definidos y por motivaciones discriminadoras.

Los verbos típicos producir y elaborar pueden interpretarse como sinónimos, sin que se exija ninguna proyección sobre terceros; aunque podría extenderse la finalidad de estos actos a la distribución que se exige a la conducta de poseer. Asimismo, se sancionan las conductas de facilitar a terceras personas el acceso (que pueden entenderse como sinónimos de distribuir y difundir); y vender sería subsumible a la categoría de distribuir, aunque con la característica de mediar un precio. En el caso de los libreros o editores no se exige que estos se adhieran al contenido del mensaje plasmado en los textos o materiales, simplemente se les castiga por el desempeño de su profesión (Portilla Contreras, 2015: 742)

El tipo no exige que la conducta se haga de forma pública, tratándose de actos de distribución privados. Este dato es importante ya que es precisamente la publicidad lo que permite que un considerable número de personas tengan acceso al mensaje incitador. Es aquello que dota de una cierta peligrosidad que justifica el contenido del injusto a las figuras delictivas en los casos de provocación. Además, se castiga la mera producción de ciertos materiales o su posesión con la finalidad de distribuirlos, pero sin la necesidad de que se haga efectiva dicha difusión a terceros, en un nuevo adelanto punitivo. El núcleo del injusto del delito se encontraría en la idoneidad de los materiales producidos, poseídos o difundidos para fomentar o incitar al odio, hostilidad,

discriminación o a la violencia en los términos del apartado 1. a del precepto (Teruel Lozano, 2015: 33).

En relación con el elemento subjetivo del tipo de esta modalidad, se requiere un dolo de consumación, es decir, desear que se consume el delito y que se incite a la realización del delito como autor o coautor por motivos de intolerancia y discriminación (Portilla Contreras, 2015: 726). Lo que implica asimismo un ánimo subjetivo específico del sujeto activo (Rodríguez Ferrández, 2014: 176), lo que implica cualquier posible inculpación en supuestos de mera adhesión ideológica, informativa, crítica e, incluso, artística, por muy inmoral que pueda resultar la manifestación (Dolz, 2016: 24). En otro orden de cosas, existen opiniones encontradas de la doctrina acerca de la posibilidad de estimar la comisión dolosa eventual de este tipo delictivo. A favor de esta postura se encuentran autores como Bernal del Castillo (2014: 39) y en contra: Portilla Contreras (2015: 738) y Dolz Lago (2016: 46).

Por consiguiente, el castigo de las conductas de la letra a: por incitar al odio o a la violencia requiere el enjuiciamiento en concreto de la conducta provocadora para comprobar efectivamente que se provoca al odio o a la violencia. Es un delito que se consuma con la mera conducta sin necesidad de un resultado, y esa conducta requiere al menos que públicamente se provoque al odio o al violencia. No ocurre lo mismo con la figura de la letra b: ya que se castiga por producir, poseer o difundir materiales que resulten idóneos para provocar la incitación. También es un delito de mera conducta, pero a diferencia del anterior, bastará con que el material difundido o producido potencialmente sea susceptible de provocar al odio o a la violencia (idoneidad). La diferencia entre la letra a y la letra b es importante ya que el contenido del injusto de la letra b queda reducido a producir, poseer o elaborar unos contenidos que tienen una idoneidad potencial para incitar al odio o a la violencia, ni siquiera para generar en sí actos de violencia. De esta manera, pone en evidencia la debilidad del fundamento del reproche penal de la figura y cuestiona la constitucionalidad de esta (Teruel Lozano, 2015: 34).

La letra c del apartado 1º del art. 510 CP incorpora una sustancial novedad, la reformulación del delito de negacionismo. Esta reubicación es coherente con la legislación contra la xenofobia de los países del entorno europeo como lo prevé la Decisión marco contra los delitos contra la Comunidad Internacional. Sin embargo, no está exenta de críticas por parte de la doctrina por su excesivo adelantamiento. Se introducen en el tipo algunos elementos para ajustarlo a las exigencias de la normativa europea y también a la jurisprudencia constitucional. Las conductas sancionadas suponen realizar públicamente alguna de las siguientes conductas: negar, trivializar gravemente y enaltecer. Estos comportamientos se refieren a los delitos de genocidio (art. 607 CP), de lesa humanidad (art. 607 bis) o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado (arts. 608 a 614 bis).

De esta manera, se integran las tres acciones prescritas por la Decisión Marco europea. Se prefiere el verbo enaltecer al de hacer apología. Así, se evitan confusiones con el castigo de la apología como acto preparatorio del delito. Tanto el tipo como la Decisión Marco europea prevén que las acciones castigadas sean públicas: y, los crímenes objeto

de la negación deben ser: delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Sin embargo, se añade algo no previsto en la norma europea, el enaltecimiento a sus autores. La cualificación ofensiva de las conductas se encuentra en la exigencia de que tales actos promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Se configura un delito que puede ser considerado como de peligro concreto, con la exigencia de que la conducta negacionista promueva o favorezca tal clima de hostilidad, siendo este el resultado de peligro del tipo. Así, el legislador incorpora la doctrina del Tribunal Constitucional que admite la constitucionalidad de castigar penalmente el discurso negacionista cuando se diera "*un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación"*. Sin embargo, la construcción del tipo penal de peligro concreto por parte del legislador implica ciertos problemas de relevancia. En este tipo de situaciones el resultado de peligro puede ser un estado macrolesivo con una delimitación vaga, como es el clima de hostilidad. Ante estas tesituras los jueces deben hacer valoraciones sociopolíticas de difícil consistencia para justificar el castigo penal (Landa Gorostiza, 1999: 702).

Esta reubicación y resucitación de las conductas de negación del genocidio del antiguo art. 607.2 CP, en el cual se establecía que la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que negaran o justificaran el delito de genocidio, o pretendieran también la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismo, era castigada con la pena de prisión de uno a dos años, inferior en su límite máximo a los cuatro que, contempla la franja punitiva aplicable a la nueva conducta típica. Este nuevo emplazamiento se produce ante el asombro de la mayor parte de la doctrina tras ser declarado inconstitucional por la STC 235/2007. Este replanteamiento se hace adaptando la doctrina constitucional e incorporando la exigencia de que tales conductas promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra determinados grupos de personas (Bernal del Castillo, 2016: 11). Ante esta nueva proposición cabe la posibilidad de una equivocada interpretación de la jurisprudencia constitucional por parte del legislador (Alastuey Dobón, 2016: 5), ya que la manera de eludir la inconstitucionalidad del precepto es imprecisa, forzada e innecesaria. En consecuencia, el precepto penaliza de manera excesiva la libertad de expresión por cuanto las conductas que niegan la existencia de este tipo de delitos no son idóneas para generar este clima con una entidad suficiente para considerar conveniente la intervención penal (Gascón Cuenca, 2015: 79).

Además del delito de negacionismo, se incluyen como modalidades las conductas de trivializar gravemente y la de enaltecimiento del genocidio o de sus autores. En relación con la primera conducta resulta exagerado y atentatorio contra el principio de mínima intervención el castigo de aquellas expresiones que simplemente tengan el objetivo de restar importancia al genocidio por mucho que se adjetiven como graves (Gómez Martín; Aguilar, 2015: 204). Y en relación con el enaltecimiento del genocidio o sus autores, de contenido similar a la apología, se configura como una modalidad de incitación indirecta al odio u hostilidad contra los grupos víctimas de aquellos delitos, por lo que su tipificación resulta superflua, sin más valor que el meramente simbólico (Alastuey Dobón, 2016: 30). Se castiga el enaltecimiento o justificación por cualquier

medio de expresión pública o de difusión contra un grupo o persona o por razón de su pertenencia a determinados grupos, con cierta vocación de despertar en los demás una idéntica valoración (Gómez Martín; Aguilar García, 2015: 205). La Decisión Marco de 2008 pide únicamente la sanción de la apología de delitos concretos. De esta manera, se introduce en el Código penal una apología de cualquier delito que se cometa por motivos discriminatorios. En opinión de un sector de la doctrina, este precepto constituye un grave atentado contra la libertad de expresión, ya que supone el castigo de los precursores de los delitos de odio y no una incitación directa al odio, la violencia o la hostilidad. Llama la atención la amplitud de acciones típicas que pueden ser interpretadas como meros actos preparatorios, ya que pueden tratarse de delitos muy variados en los que ni siquiera está previsto el castigo de la provocación para delinquir (Muñoz Conde, 2015: 712; Alastuey Dobón, 2016: 32).

En ese sentido, Portilla Contreras (2015: 743) citado por Rodríguez Ferrández (2014: 183) afirma que junto a la negación y la trivialización se castiga el enaltecimiento en lugar de la apología, se califica la conducta de trivialización como grave en vez de como flagrante, y finalmente no se incluye la sugerencia del artículo 104 de la norma comunitaria, según la cual solo se castigarían dichos tres comportamientos en caso de que los delitos concernidos hubieran sido establecidos por resolución de un tribunal nacional de una Estado miembro o un tribunal internacional o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional.

Finalmente, de la propia redacción del precepto se comprende que el grupo diana (o una parte de él o de sus integrantes) es el sujeto pasivo de los delitos objeto de negación o justificación como el propio delito de negacionismo. El precepto establece que los crímenes de genocidio o contra la humanidad deben cometerse contra un grupo, demarcando así el sujeto pasivo de los crímenes negados; y, por otro lado, en el inciso final establece que la acción de promover o favorecer el clima de hostilidad que fundamenta el delito de negacionismo debe ser contra los mismos.

Por ende, De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros (2017: 7) entienden que se establece un adelantamiento desmesurado de las barreras de protección al vincularse la negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio, o en general, contra la Comunidad Internacional, a la promoción o el favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación y no a la incitación de la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro de este, como exige la DM 2008. De esta manera, la tipificación implica un delito de clima, sin ningún criterio que lo compense y, además, no existe peligro para los valores tutelados.

Las conductas del segundo bloque.

La primera figura del segundo bloque castiga los actos de humillación o menosprecio por motivos discriminatorios, distinguiéndose dos tipos de conductas típicas en la letra a del apartado 2º del art. 510 CP. Se castiga a quienes lesionen la dignidad de las personas a través de acciones que impliquen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos diana o de parte de estos o de sus integrantes. Como en el resto de las figuras incluye el elemento subjetivo de las motivaciones discriminatorias. Esta figura sustituye

con notables cambios, el delito de difusión de informaciones injuriosas por móviles discriminatorios del antiguo art. 510.2 CP. Pérez de la Fuente (2010: 150) considera que nos encontramos frente a un delito de injurias impropio, donde las conductas lesivas calificadas como graves permiten fomentar una actitud violenta y hostil hacia las personas que forman parte de ese grupo, agravándose las penas cuando dichas conductas promuevan o favorezcan la creación de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra dichos grupos.

En cuanto a los verbos típicos del precepto para su correcta interpretación es necesario adherirse a la doctrina y a la jurisprudencia relativa a los delitos contra el honor (Gómez Martín; Aguilar, 2015: 205). La humillación es una acción que implica una ofensa y un atentado contra la dignidad humana que tiene por objetivo someter, degradar, cosificar y vejar; y no posee la misma significación que el mero menosprecio (conceder menos valor o importancia) o el descrédito (difamación, pérdida de reputación o fama). El bien jurídico queda perfectamente delimitado, la dignidad humana y se puede incorporar también como un delito contra la integridad moral, el honor de los sujetos pasivos (Muñoz Conde, 2015: 715). Alastuey Dobón (2014: 8) entiende que este es un delito que presenta menos problemas de legitimidad que los restantes recogidos en este artículo 510 CP. Sin embargo, al ponerse en relación el bien jurídico y con el sujeto pasivo, surgen dudas. Existe un reconocimiento colectivo de la titularidad de la dignidad humana, de las personas concretas que puedan sentirse ofendidas y del colectivo en sí mismo. En consecuencia, esta titularidad colectiva puede ser razón de posibles difamaciones colectivas.

Igualmente, como en la letra b del apartado 1, en este apartado (2 letra a), se castigan también las conductas de producción, elaboración, posesión con finalidad de facilitar a terceras personas el acceso, distribución, difusión o venta de escritos o materiales que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de los grupos, parte o integrantes de estos. Algunos autores consideran que la exigencia en este inciso que la humillación sea grave a diferencia de la no exigencia para el primero, es una tacha de mala técnica legislativa. Asimismo, llama la atención que para estas conductas no se exija el elemento subjetivo de la motivación discriminatoria (Teruel Lozano, 2015: 36). Basta en este caso con un peligro para los citados bienes jurídicos, incurriéndose en el error de castigar el peligro con la misma pena que la lesión. Roig Torres (2015: 1261) explica que no se comprende la previsión de una pena inferior en este delito a la establecida para las conductas del apartado primero del precepto, teniendo en cuenta que aquí si se requiere la lesión de un bien jurídico, y no la mera promoción de un clima favorable a la realización de hipotéticos actos hostiles.

Con la tipificación de todas estas acciones el legislador español amplía el ámbito de los comportamientos considerados delictivos más allá de lo sugerido por la DM de 2008 (Rodríguez Ferrández, 2014: 154). En este sentido, Alastuey Dobón (2014: 8) explica que la razón de esta tipificación se encuentra en la voluntad del legislador de acoger la reiterada idea del TC según la cual quedan al margen del amparo constitucional, por atentar contra el principio de dignidad de la persona, las conductas que impliquen un

descrédito, menosprecio o humillación de personas o grupos por razón de determinadas condiciones o circunstancias personales étnicas o sociales. Portilla Contreras (2015: 746) manifiesta que ante estas conductas delictivas se plantee un concurso de normas con otros preceptos que protegen la dignidad de la persona tales como los arts. 208, 173 o 525 CP, en el que la norma especial sería el art. 510 CP por su específico y completo ámbito de protección.

En cuanto a la pena prevista de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a doce meses supone una dulcificación de la privación de libertad respecto a su predecesor (el antiguo art. 510.2 CP), que preveía una franja punitiva de uno a tres años e idéntica extensión a la actual para la pena pecuniaria. En este sentido, la doctrina considera que tal reducción de pena debería incrementarse para el elenco de conductas de puesta en peligro que recoge en su segunda parte este artículo 510.2.a CP, como está redactado ahora el precepto, se están castigando con la misma pena conductas de lesión y conductas de puesta en peligro, lo cual es totalmente contrario al principio de proporcionalidad[331].

Por su parte, la letra b del apartado 2º del art. 510 CP recoge el delito de enaltecimiento de los delitos cometidos por motivos discriminatorios contra ciertos grupos sociales o sus miembros y guarda una cierta similitud con la conducta recogida en el art. 510.1.c CP, en tanto que vuelve a castigarse el enaltecimiento público de delitos y delincuentes contra el sujeto pasivo aludido en el precepto. Sin embargo, el tipo exige que dichas conductas se realicen por cualquier medio de expresión pública o de difusión. De lo que se deduce que el mensaje debe llegar a varias personas, sin que necesariamente se tenga que hacer de manera pública. El objeto enaltecido no se refiere solo a los tipos penales recogidos en los arts. 607 a 614 bis, sino que son aquellos delitos cometidos contra el sujeto pasivo y sus características: un grupo, una parte de este, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel (Portilla Contreras, 2015: 748); o a quienes hayan participado en su ejecución. De esta manera, se define el sujeto pasivo de los delitos justificados o enaltecidos, pero no del delito en sí mismo de enaltecimiento. Aunque lo habitual es que sean coincidentes. Y se exige que estas conductas de enaltecimiento se produzcan por motivaciones discriminatorias. Se trataría de un delito de mera conducta que se consumaría con la simple difusión de un mensaje con un cierto contenido de enaltecer o justificar unos delitos y por una concreta motivación discriminatoria. La ofensa se presume en la acción de enaltecer o justificar tales delitos con una cierta difusión y en el componente subjetivo del tipo. Por último, no se contempla el elemento consistente en que la conducta promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra el sujeto pasivo, que sí está contemplado al final del art. 510.2 CP para, en caso de concurrir en la conducta, resituar la pena al nivel de gravedad del art. 510.1.c CP (Valls Prieto, 2015: 869).

En relación con la justificación de estas conductas lesivas, el legislador no tipifica correctamente la conducta de justificar. No respeta una vez más el contenido de la DM 2008, no contempla en este tipo penal la existencia por parte del Tribunal Constitucional de que tal justificación suponga una incitación indirecta a la discriminación contra los

[331] *Ibidem,* p. 746.

grupos implicados en el precepto. Tal elemento lo contempla como un tipo agravado en el último inciso del art. 510.2 CP.

El tipo agravado común para los supuestos del art. 510.2 CP con equiparación de la pena a la del art. 510.1 CP se concreta en el último inciso del apartado 2º. Y se castigan con las mismas penas que en el primer apartado a aquellas conductas que favorezcan o promuevan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación con los mencionados grupos. Equipara las conductas de enaltecer y justificar los delitos concernidos y a los intervinientes de estos, sin elemento típico adicional, basta la realización de estas para poder ser aplicado el art. 510.2. b CP, sin necesidad de demostrar que tales conductas tienen la capacidad de generar *ex ante* un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación hacia determinados colectivos, lo cual contradice al Tribunal Constitucional (Portilla Contreras, 2015: 749).

Por clima debe entenderse una atmósfera o estado de opinión propicio para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminatorias contra determinados colectivos protegidos (Gómez Martín; Aguilar García, 2015: 206). No se castiga la creación del clima que puede favorecer los actos delictivos, ya que la incitación individual es incapaz de generarlo, salvo que el contexto sea propicio. El objeto de intervención penal es la mera promoción del clima, la antesala del clima. Por lo tanto, no tiene la misma significación punitiva generar un contexto de odio que un clima de violencia, hostilidad o discriminación. De esta manera, el precepto estaría vulnerando al principio de proporcionalidad de las penas, al prever la misma sanción para conductas con distintos niveles de ofensividad (Alastuey Dobón, 2016: 19). En relación con la proporcionalidad, Gascón Cuenca (2015: 81) considera positiva la reforma por cuanto castiga con más intensidad las conductas que además de lesionar el núcleo esencial de la personalidad de los grupos o de las personas individuales tiene también la potestad de crear un clima de tensión que cuestiona la pacífica convivencia entre una minoría y la mayoría social. De esta manera, se materializaría el fomento, la promoción o la incitación directa o indirecta al odio, a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia. Si se producen estos hechos delictivos la pena privativa de libertad aplicable se incrementa tanto en su límite mínimo (de seis meses a un año) como en su límite máximo (de dos a cuatro años). En este sentido, Roig Torres (2015: 1263) afirma que, para aplicar esta agravación, en todos los casos se ha de crear un riesgo real de desencadenar actos violentos o discriminatorios.

Dentro de la parte subjetiva del delito se exige un elemento específico, la necesaria comprobación de la finalidad de atentar contra la dignidad y el honor de las víctimas. Y quedan al margen del precepto, por atípicas, aquellas informaciones objetivas, declaraciones y opiniones que se enmarcan dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión (que no tengan como finalidad la burla o vejación de dichos colectivos) (Portilla Contreras, 2015: 746). También deben quedar fuera del alcance del precepto las creaciones artísticas de tono provocador, el humor negro y la crítica mordaz por muy irreverente e incómoda que pudiera parecerles a tales colectivos, siempre que la única finalidad no sea la de degradar a dicho colectivo[332]. En todo caso se debe analizar el

[332] *Ibidem*, p. 748.

contexto concreto de las expresiones para evaluar si existe ánimo por parte del autor de vejar, humillar o degradar al colectivo. Sin embargo, algunas sentencias evidencian lo contrario, como la STC 176/1995, de 11 de diciembre que ratifica la condena de la Audiencia Provincial de Barcelona a los autores de un cómic en el que se humilla a las víctimas del Holocausto. Así, la jurisprudencia parece prescindir de los elementos subjetivos específicos en esta clase de delitos y asumir directamente el dolo genérico.

También el art. 510 CP incorpora una serie de agravaciones, algunas consecuencias particulares del delito y otras medidas. El apartado 3º del art. 510 CP impone la pena en su mitad superior "*cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de medios de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas*".

Se introduce un subtipo agravado común para los apartados 1 y 2 previsto en el art. 510.3 CP que eleva la pena en su mitad superior cuando los hechos se realicen a través de un medio de comunicación social como internet. La sencillez y amplio alcance de los pensamientos, ideas y mensajes a través de esta red, requiere unos límites y normas con el fin de evitar un uso abusivo de la libertad de expresión que perjudique a terceras personas en su honor e imagen. Internet es un medio objetivamente adecuado para llegar a un número masivo de personas, en contraposición al resto de tipos penales que comprenden medios de comunicación no masiva como charlas, conferencias, etc. (Gómez Martín; Aguilar García, 2015: 206). En este sentido, Roig Torres (2015: 1263) considera que la explicación de tal cualificación está relacionada con la potencialidad de su difusión y con la utilización de seudónimos o avatares en los medios virtuales y así evitar la impunidad. Así, se evidencia que no es una omisión involuntaria cuando el legislador al definir las conductas típicas no exige que se realicen públicamente y castiga la mera difusión, aunque sea en círculos restringidos y a través de medios privados. Esta situación, pone en entredicho la peligrosidad abstracta de las conductas previamente definidas que es precisamente ese acceso al elevado número de personas lo que justifica el reproche penal en este tipo de delitos de provocación. En cuanto a las conductas privadas, Laurenzo Copello (1996: 256), considera que no pueden ser típicas ya que no es posible prohibir los encuentros privados en los que se realizan este tipo de comportamientos.

El tipo agravado común se prevé en el art. 510.4 CP por razón del desvalor de resultado. El apartado 4º del art. 510 CP castiga con la pena en su mitad superior que puede elevarse hasta la superior en grado en función de un mayor desvalor de la conducta (elemento sugerido por la DM de 2008), cuando los hechos resulten idóneos para alterar *la paz pública* (concepto distinto al sugerido por la DM, *orden público*) o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo. Esta agravación está basada en la potencial idoneidad para perturbar la paz pública y con una concepción en sentido subjetivo como tranquilidad o sentimiento de seguridad de los integrantes de un grupo social. Frente a las diferentes concepciones de la paz pública, se da tutela a los sentimientos, a la tranquilidad como ausencia de temor, circunstancia inasumible como bien jurídico penal. Esta noción dota al término de mayor certeza para poder determinar

el núcleo que fundamenta la agravación (Roig Torres: 2015: 1264). También, hablar de un sentimiento de inseguridad o temor, como se contempla en la segunda parte de la agravación, supone emplear conceptos mucho más difusos que el anterior que además suscitan problemas de deslinde con las figuras básicas[333].

Esta cláusula pone en evidencia las deficiencias en la dotación de un contenido de injusto en las figuras típicas recogidas en el art. 510.1 y 2 CP. En este apartado el agravamiento de la pena cuando se altera la paz pública o la seguridad de los grupos sociales pone en entredicho el bien tutelado en el tipo básico (Teruel Lozano, 2015: 38). Lamarca Pérez (2016: 943) afirma que se trata de conceptos poco precisos y que no mantienen la misma gravedad ni significación jurídica. A este respecto, Landa Gorostiza (2000: 351) sostiene que el concepto de paz pública es utilizado como concepción similar a la de seguridad ciudadana definido como la protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidad. Por su parte, Alastuey Dobón (2016: 19) explica que la alusión a un sentimiento de inseguridad o temor sea este real o no, hace orbitar el castigo sobre el mayor o menor nivel de alarmismo social, el cual no es un criterio jurídico.

Este tipo agravado es aplicable para los tres primeros apartados del art. 510 CP, pues su redacción lo permite, el referirse textualmente "a los hechos a la vista de sus circunstancias", lo que engloba todos los hechos anteriormente tipificados dentro del precepto. En la práctica, en el caso que concurran los hechos tanto la agravación del art. 510.3 CP como la del art. 510.4 CP, la pena que corresponda (la del primer o la del segundo apartado del artículo) será incrementada, primero en su mitad superior (art. 510.3 CP) y, luego, sobre ese incremento, podrá aplicarse el cuarto superior de la franja punitiva resultante o incluso, incrementar la pena agravada por el art. 510.3 CP en un grado adicional (art. 510.4 CP) (Rodríguez Ferrández, 2014: 189).

En relación con las consecuencias adicionales y comunes, el apartado 5º del art. 510 CP prevé que, en todos los casos, además de las penas de prisión y multa correspondiente, impone las penas de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre. Roig Torres (2015: 1265) explica que esta pena tiene su origen en una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Mixto para atender el interés superior de los menores[334]. El objeto de esta es evitar que los condenados puedan utilizar su relación con los menores en los contextos previstos, para inculcarles ideas racistas y discriminatorias. Portilla Contreras (2015: 751) considera que la medida aniquila la libertad de expresión y que vulnera, entre otros derechos, la libertad de cátedra. Para la duración de la pena se establece una franja de tres y diez años por encima de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, estableciendo para su concreta determinación judicial la proporcionalidad respecto de la

[333] *Ibidem*, p. 1264-1265.

[334] Enmienda nº 98 al Proyecto de Ley Orgánica, firmada por Carlos Salvador Armendáriz (Unión de Pueblo Navarro), con la siguiente justificación: "La naturaleza y gravedad de los delitos comprendidos en este título hacen aconsejable regular una protección cualificada de los menores frente a la posibilidad de que sus autores puedan entrar en disposición de ejercer algún tipo de influencia en la formación o desarrollo educativo de los mismos".

gravedad del delito, así como los delitos y las circunstancias que concurran en el delincuente.

En relación con la eliminación del material utilizado o de sus soportes, el apartado 6º del art. 510 CP contempla una sanción accesoria a imponer obligatoriamente por el organo jurisdiccional (no contempla el precepto que sea una decisión facultativa o discrecional del Juez o Tribunal). Y prevé que el juez acuerde la destrucción, borrado o inutilización de los materiales o la retirada de los contenidos o su bloqueo si estuvieran accesibles a través de internet. En particular, en el caso de que las conductas lesivas se realicen a través de las tecnologías de la información y la comunicación se prevé en el primer párrafo la retirada de los contenidos. Y en el segundo párrafo, en los casos en los que, a través de un portal de internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan dichos contenidos, el órgano jurisdiccional ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación de este. Sin darle la opción de hacerlo o no. Lamarca Pérez (2016: 943) considera que la medida del numeral sexto es la medida más polémica y contraria a la libertad de expresión, y que puede tacharse ciertamente de censura y que no comulga con la idea expresada por el TC de que España no es una *democracia militante*. En sentido contrario, Portilla Contreras (2015: 751) se congratula públicamente como demandante de este ante la peligrosidad de los casos de adoctrinamiento yihadista.

Y, finalmente, el nuevo art. 510 bis CP es la última de las tres previsiones adicionales y prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de estos delitos y la aplicación específica del tipo agravado por razón del desvalor de acción del apartado tercero del art. 510 CP. Es importante denotar un error de redacción en el precepto, la previsión se refiere a los dos artículos anteriores, lo cual implica al art. 510 CP, pero también, sin sentido, al art. 509 CP, que está incluido en el capítulo anterior y tiene como sujeto pasivo a: Juez, Magistrado, autoridad o funcionario público (delito especial de usurpación de funciones) (Rodríguez Ferrández, 2014: 191). Roig Torres (2015: 1267) considera que el legislador se quiere referir a los dos primeros apartados del art. 510 CP. Sin embargo, dicha referencia tampoco es correcta ya que los dos apartados anteriores son: el quinto y el sexto del art. 510 CP.

En cuanto a las penas previstas para las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables por la comisión de las conductas previstas en el art. 510 CP, por un lado, son de multa de dos a cinco años, y, por otro lado, las recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP (cumpliendo con las reglas de aplicación del art. 66 bis CP). Por último, se establece que en caso de responsabilidad de personas jurídicas por las conductas tipificadas en el art. 510 CP, las penas señaladas pueden ser impuestas en su mitad superior si los hechos realizados por la persona jurídica los efectúa a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación, ya que ello supone la accesibilidad a un número elevado de personas.

<u>Críticas a la redacción actual del art. 510 CP.</u>

La actual redacción del art. 510 CP se aleja de las previsiones de la DM 2008/013/AJ, ya que esta permite tipificar conductas de manera menos restrictiva que el precepto con respecto a la libertad de expresión. La redacción del artículo surgida de la Reforma penal del Código penal de 2015 amplía de forma extensiva las conductas prohibidas y su redacción se hace de manera ambigua, utilizando conceptos jurídicos indeterminados que provocan inseguridad jurídica en su aplicación. Esta manera de redactar, juntamente con la falta de interpretaciones jurisprudenciales autorizadas y consolidadas, abre la puerta a una aplicación de los tipos equivocada, arbitraria, y en ocasiones, contradictoria de su contenido. Como dato para tener en cuenta, la práctica jurídica en países del área de la *common law*, (espacio donde se tipifica y aplica mayoritariamente este tipo de crímenes), demuestra que cualquier fisura en las definiciones y significaciones de los conceptos desemboca en sentencias divididas, dispares o contradictorias.

Por otro lado, esta situación pone de manifiesto una cobertura legal determinada que a través de la aplicación de dicha legislación evidencia el conservadurismo de los jueces (Portilla Contreras, 2015: 717). Al tratarse de la punición de actos preparatorios (incitación directa pero también indirecta), cabe interpretar su contenido en clave restrictiva, donde la intencionalidad y el impacto potencial deben ser criterios determinantes. El hecho que la sanción por este delito interfiera en el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión sugiere una interpretación restrictiva y un análisis exhaustivo de los datos del caso concreto, y también exige una ponderación de los derechos en colisión[335].

La Reforma penal de 2015 con respecto al art. 510 CP implica una ánimo punitivo mayor que su precedente del Código penal de 1995, donde además de la incitación directa se castiga la incitación indirecta en las formas de participación en actos preparatorios. Si desde la incitación directa se intenta proteger la seguridad de los colectivos afectados como bien jurídico, en el caso de la incitación indirecta se intenta proteger el potencial peligro del peligro abstracto que lleguen a terceros y asuman las tesis discriminatorias para que en un momento indeterminado puedan llevar a cabo comportamientos o conductas lesivas y de hostilidad contra esos grupos vulnerables. Evidenciando rotundamente su capacidad censora. Ya no se trata de penar al apologeta, sino también de penar a aquel que incite indirectamente al odio. En el caso del discurso del odio y los delitos de enaltecimiento y justificación existe una tendencia de convertir a las víctimas en agentes de política criminal perdiendo el principal y verdadero objetivo que debe guiar la ley que es fundamentalmente la protección de las víctimas. Confirmando el expansionismo del Derecho penal que pone en entredicho la salud y la calidad de la democracia. El despliegue de una función preventiva del Derecho penal ahoga las libertades ya que contradice su verdadero cometido de ultima ratio (Del Rosal Blasco, 2016: 1287).

La elevada penalidad, cuando se trata de la divulgación del discurso de incitación al odio mediante las redes sociales, o mediante internet, con penas de hasta cuatro años de prisión, impone igualmente un criterio restrictivo. La propia Fiscalía especializada sugiere la necesaria reforma del art. 510 CP para modular las penas en determinados

[335] *Ibidem*, p. 737.

casos, así también, como prever la aplicación de penas alternativas, ya que el art. 510 CP no ofrece la posibilidad de penas variables que permitan adaptar y graduar la respuesta sancionadora. Asimismo, este artículo omite la incorporación de una cláusula de adecuación que explique la exclusión de la producción artística o científica. De lo contrario, nos encontramos con consecuencias indeseables tanto en la práctica jurídica como en las vidas particulares de los ciudadanos. En relación con la pena accesoria que comporta este artículo es muy elevada y aboca al enjuiciamiento indebido de estos delitos ante las Audiencias Provinciales. La decisión de ceñir esta pena accesoria tan solo al ámbito docente es muy discutible.

En cuanto a la práctica de los operadores jurídicos, la respuesta del Estado se dirige hacia los responsables individuales, no hacia las personas jurídicas que promueven la incitación al odio, como los medios de comunicación, los partidos políticos, las instituciones religiosas o las empresas, entre otros. La judicatura acostumbra a ser reticente a dar importancia y a desplegar recursos para investigar y sancionar los delitos de odio y, especialmente, el discurso de incitación al odio. Sin embargo, es propicia a aplicar medidas desproporcionadas caracterizadas por la dureza y rozando la prevaricación. Por su parte, la Fiscalía y la Policía hacen un uso controvertido de los tipos penales y los procedimientos en cuestión. La jurisprudencia dictada hasta hoy es contradictoria y revela que no siempre se tienen en cuenta la normativa y los estándares internacionales en la penalización del discurso del odio. La falta de penas alternativas y la alta penalidad del art. 510 CP pueden provocar que algunas de las condenas dictadas por discurso de incitación al odio acaben siendo revocadas por el TEDH, no por la legitimidad de su contenido, sino por la desproporción de la sanción aplicada. Estas sentencias pueden provocar el efecto contraproducente de avalar determinados discursos nocivos (Teruel Lozano, 2015: 7).

También, existe un desconocimiento de cuales tipos de expresiones se pueden considerar discurso de incitación al odio punible y cuáles no. Este desconocimiento tiene el doble efecto: de alimentar la infra denuncia de las personas agraviadas, y de generar autocensura (efecto disuasorio o *chilling effect*) por el miedo de no saber cuál es el límite de lo que se puede expresar. La falta de divulgación de las sentencias condenatorias colabora a este desconocimiento. En el Estado español existe un déficit de mecanismos de recogida, comparación y análisis de datos, amén de las estadísticas ofrecidas por el Ministerio del Interior, que impide conocer y dimensionar el impacto de este fenómeno (odio e incitación del discurso del odio) y determinar qué violencias son o no son manifestaciones del odio, quién emite el discurso de incitación al odio, qué tipo de discurso prevalece y contra qué colectivos, qué lógica sigue la réplica de estos discursos, cuál es la cifra de infra denuncia o *cifra negra* que existe, cuántos casos se consigue condenar, con qué tipo de reparaciones se compensa a las víctimas, etc. Dado que no se realiza este análisis sobre la tipología de las sentencias dictadas, no se puede evaluar la efectividad de las reformas legales aprobadas ni la adecuación de los operadores jurídicos. Y también, se desconoce el grado de reincidencia de los autores condenados.

Con respecto a los derechos de las víctimas, dado que no se realizan encuestas de victimización, se desconoce el grado de satisfacción de las personas y de los colectivos agraviados respecto de los resultados y de la *praxis* judicial. Se desconoce qué tipo de reparaciones se otorga a las víctimas, tanto simbólicas como económicas y se ignora la adopción de medidas que aseguren una garantía de no repetición.

Finalmente, es importante denotar que existe una escasez y descoordinación importante de las herramientas legales que pueden ofrecer las diferentes jurisdicciones. El Estado español no cumple *el criterio de la triple graduación en la sanción* de los excesos de la libertad de expresión, que implica disponer de medidas graduales, integrales y compatibles entre sí que sigan los criterios de no intervención, sanción civil, administrativa y sanción penal. Ya que la jurisdicción administrativa cubre solo algunas conductas en ámbitos específicos y la jurisdicción civil está enfocada de la protección de la honorabilidad en clave de reputación.

2. El problema de la parte subjetiva del tipo penal.

La debida concepción de la parte subjetiva del tipo penal permite clarificar con mejor acierto la punibilidad de los delitos de odio, y también, establecer los límites al derecho a la libertad de expresión. En este tipo de infracciones penales es prioritario demostrar el ánimo de intolerancia o la intención del sujeto activo en la comisión del delito más allá de la pretendida objetivación de los "motivos". Ya que ello se encuentra conectado de una manera más racional y lógica con el fundamento del desvalor de la conducta en esta clase de crímenes. Además de permitir fundamentar la penalización de los delitos de odio, al mismo tiempo, admitiría la despenalización de determinados exabruptos, tales como los chistes de mal gusto, el humor negro, ciertas manifestaciones artísticas, etc.

El debate dogmático más importante que implica el art. 510 CP radica en dicha parte subjetiva de su tipo penal ya que para que pueda entenderse cometido un delito enmarcado en el discurso del odio debe apreciarse en el tipo el elemento tendencial del sujeto activo (que opera como una incitación indirecta a la comisión de un delito) de perseguir objetivamente la creación de un clima de hostilidad. El análisis detallado de la intención del sujeto activo (aparte de su motivación) permitiría marcar una diferencia notable entre un Derecho penal respetuoso con los principios constitucionales y un Derecho de tipo funcionalista y mecánico que amplía y aprovecha el arco punitivo de manera importante y, al mismo tiempo, preocupante para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales como el derecho a la libertad de expresión.

En términos generales, para que un tipo penal sea atentatorio contra un bien jurídico protegido requiere de una determinada intencionalidad, un elemento subjetivo específico, un ánimo o dolo concreto. Este elemento de la motivación es el que caracteriza a las infracciones penales. De lo contrario, sin la existencia de tal propensión solo algunas de las conductas podrían castigarse como imprudentes; y otras perderían su antijuricidad material, siendo insustanciales para el bien jurídico que pretenden proteger, e impunes desde el punto de vista penal. En los delitos de odio, el sujeto activo

debe actuar con conocimiento y voluntad deliberada de cometer el hecho típico, a sabiendas de su carácter delictivo y del daño que pueda ocasionar, o dolo. Y la conducta se realiza por motivo de odio o discriminación contra un determinado colectivo social o algún miembro de dicho grupo.

En cuanto a la configuración del dolo exigido para ese tipo de conductas (deliberado ánimo de provocar a la violencia o a la discriminación, ánimo de injuriar o de humillar), las líneas jurisprudenciales más recientes prescinden de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales más allá del dolo genérico. Asimismo, la Fiscalía General del Estado en su Circular 7 (2019: 24), sostiene que los delitos de odio se configuran como tipos delictivos dolosos, en los que no se exige un ánimo específico, sino que basta con el dolo genérico consistente en conocer los elementos del tipo penal y actuar conforme a esa comprensión. Así lo confirman las sentencias SSTS 820/2016, de 2 de noviembre y 846/2015, de 30 de diciembre. La misma Circular también afirma que la conducta odiosa contra un grupo social o grupos diana implica un elemento subjetivo tendencial que se introduce en la descripción típica de la acción, y que, como tal, ha de concurrir para que ésta pueda ser perseguida penalmente[336].

En la argumentación de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en su FJ 8º sostiene que para que pueda entenderse un delito enmarcado en el discurso del odio debe apreciarse en dicho tipo penal el referido elemento tendencial de perseguir objetivamente la creación de un clima social de hostilidad. No obstante, adelantar de este modo la barrera de punición del Estado lleva a castigar penalmente todas las manifestaciones que, de forma indirecta, generen un clima social de crispación, discriminación e intolerancia. Esta situación implica una multitud de conductas bastante alejadas de la lesión del bien jurídico en cuestión (García Álvarez, 2004: 239). Y ello porque dicho elemento tendencial puede operar como una incitación indirecta a la comisión de un delito (Ramos Vázquez, 2008: 788). Y en su FJ 9º, expone que el legislador puede perseguir conductas merecedoras de reproche penal si suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia. Existen dificultades en esta interpretación que van desde el problema probatorio (presunciones) hasta el obstáculo de diferenciar claramente una expresión de valor, la adhesión a una determinada ideología y el establecimiento de un peligro real para los bienes jurídico-penales[337].

El excesivo adelantamiento punitivo fruto de la incitación indirecta no necesariamente debe desterrar del conjunto de herramientas penales a los delitos de odio. Es perfectamente posible el castigo de la provocación o de la apología, mediante el discurso del odio para la comisión de delitos por razón de intolerancia. Sin embargo, es importante comprender que debido a dicho adelantamiento de la barrera punitiva no es aconsejable o no es posible castigar la apología y la provocación del sentimiento de odio entre la población, pero si es posible castigar la apología y la provocación de delitos motivados por la intolerancia (Cámara Arroyo, 2018: 11).

[336] *Ibidem*, p. 26.
[337] *Ibidem*, p. 793.

La jurisprudencia del TS sostiene que, el tipo penal previsto en el art. 510 CP no recoge expresamente en su dicción ningún elemento subjetivo, ya sea como componente del dolo o como integrante de un elemento subjetivo del injusto. Es suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de este tipo de delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no haya sido capaz de controlar (STS, 72/2018, de 9 de febrero, FJ único).

Sin embargo, el propio tribunal establece una esmerada doctrina en relación con los juicios de inferencia a través de la prueba indiciaria que permiten acreditar los elementos subjetivos de los tipos penales (en este sentido, STS 400/2013, de 16 de mayo, STS 333/2012, de 26 de abril, y STS 39/2013, de 31 de enero). Por su parte, la STS 846/2015, de 30 de diciembre, en su FJº 4 expone: "*la doctrina más moderna y también el Código penal de 1995 han abandonado las añejas construcciones gramaticales sobre elementos subjetivos especiales en los delitos paralelos de injuria y calumnia, levantadas sobre una débil y frágil base gramatical. La teoría del animus iniurandi en los delitos de injuria y calumnia se abandona, para solamente dar paso a un dolo genérico*".

Esta fundamentación es confirmada en diversas sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, en las STC 177/2015, de 22 de julio y STS 378/2017, de 25 de mayo. En dichas resoluciones se establece que se trata de comprobar si el comportamiento del sujeto activo del delito se ajusta a la descripción típica del delito, y si además concurre algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal. En consecuencia, la primera exigencia limitadora para la condena por esta clase de delitos es la constatación de la concreta intención del sujeto activo. Junto a esta primera exigencia, debe constatarse objetivamente una situación de riesgo real y cierto para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades. No obstante, en opinión de la doctrina no existen demasiados discursos de la intolerancia que puedan suponer *per se* un verdadero peligro para nuestro sistema de valores constitucionales. Y, este sistema, de ninguna manera puede quedar exclusivamente en manos de la protección y salvaguarda del Derecho penal.

Hay autores que exigen un elemento subjetivo adicional. Landa Gorostiza (2018: 225) considera que todas las conductas previstas en el art. 510 CP están coloreadas por un elemento subjetivo, motivacional, que sería la tendencia a la provocación de odio, violencia o discriminación. Por su parte, Teruel Lozano (2018: 40 y 41) demanda un dolo específico consistente en la intención de promover un clima de hostilidad contra un grupo social o sus miembros. Santana Vega (2014: 390) cree que debe acreditarse una motivación especial dentro del tipo subjetivo doloso de art. 510. Y, por último, De Pablo Serrano (2019: 103) explica que, recurriendo al criterio de interpretación teleológica orientada por el bien jurídico honor, cree que no hay dificultad en exigir en el tipo penal del art. 510 CP un elemento subjetivo adicional como una especial motivación humillante y denigratoria, una actitud de desprecio y ridiculización del sufrimiento histórico padecido por el sujeto pasivo del delito (en nuestro caso, del

miembro o del colectivo LGTBI), del mismo modo, que en los delitos contra el honor de los arts. 205 y ss CP se exige, sin problemas un elemento subjetivo adicional del tipo subjetivo, temerario desprecio a la verdad.

En relación con la parte subjetiva del tipo penal, las resoluciones de los diferentes tribunales ponen en evidencia una trayectoria errática y contradictoria que favorece de manera clara una práctica jurídica de tipo funcionalista que atenta contra el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. Para una mejor comprensión del tema analizaremos uno de sus ejemplos más representativos, el art. 578 CP directamente relacionado con el art. 510 CP. El delito de enaltecimiento del terrorismo es fuertemente criticado por la doctrina por su falta de respeto a los principios de lesividad, *ultima ratio*, fragmentariedad y proporcionalidad y su manifiesta falta de respeto a la libertad de expresión (Pena González, 2020: 2). Tanto en el art. 510 CP como en el art. 578 CP se castiga el enaltecimiento o justificación del terrorismo y el menosprecio o humillación de sus víctimas con penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. Ambos delitos presentan una estructura similar, de lo que el delito de enaltecimiento del terrorismo es la especie del genérico del art. 510 CP, y poseen una problemática parecida relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión.

El delito de enaltecimiento al terrorismo se introduce en el ordenamiento jurídico en el año 2000 y es fuertemente criticado por la doctrina por no respetar los límites que señalaba el art. 18.1 CP en relación con la apología que solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Posteriormente, el Tribunal Constitucional dicta diversas sentencias donde considera que es inconstitucional la penalización del elogio o defensa de las ideas o de acontecimientos históricos (Giménez García, 2007: 592). En consecuencia, este delito es considerado una suerte de apología *in genere* ya que no es un delito de terrorismo pese a su ubicación en la rúbrica correspondiente a los delitos de terrorismo.

El delito de enaltecimiento del terrorismo se introduce para perseguir los actos de reafirmación interna y los actos de cohesión de parte de la sociedad que se identificaba con ETA (Cancio Meliá, 2010: 278). Sin embargo, en la práctica jurídica y ante la debilidad y posible desaparición de la banda armada ETA, se produce el efecto contrario: la apertura o ampliación del abanico de supuestos a los que se aplica el art. 578.1 CP. Este artículo se emplea para las reclamaciones de reunificación y liberación de los presos miembros de ETA, para los asuntos relativos a la mejora de condiciones carcelarias, para las letras de canciones, para las expresiones vertidas en redes sociales (comentarios sarcásticos, satíricos, humorísticos, etc.) (Pena González, 2020: 3). Incluso el delito se continúa aplicando cuando ETA desaparece.

El paralelismo de los tipos mencionados es evidente, se tipifican conductas de enaltecimiento y justificación públicos de determinados delitos, en concreto de delitos de terrorismo y, en paralelo, comportamientos de humillación a las víctimas. Y se dispone de una agravación para aquellos casos en los que se proceda al acto lesivo a

través de medios de comunicación que permitan una publicidad masiva, como es el caso de internet. En tal situación cabrá la interrupción o bloqueo del servicio. Además, en ambos preceptos se prevé una agravación de la pena cuando el comportamiento resulte objetivamente adecuado para alterar gravemente la paz pública o crear un sentimiento grave de inseguridad o temor en la sociedad. Cámara Arroyo (2017: 43) asevera que al igual que ocurre en el caso del art. 510 CP, los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas se engloban dentro de los delitos de odio con base en el denominado discurso del odio; y una de las notas características de este tipo de delitos es el ánimo tendencial que da fundamento a la finalidad de discriminación o intolerancia.

En la evolución jurisprudencial de este precepto (art. 578 CP, humillación a las víctimas) existen tres momentos bien diferenciados, el primero representado por la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo que señalaba: "*en esta clase de delitos es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizados, las circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de enaltecimiento del terrorismo , es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada ocasión concreta"* (STS 812/2011, de 21 de julio en su FJ 2º). En este sentido y teniendo en cuenta la STS 224/2010, de 3 de marzo en su FJ 3º, sostiene que: *existe una zona intermedia entre el derecho a la libertad de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo. En todo caso, y como sucede con todas las libertades, la libertad de expresión no es ilimitada, pero ello no significa en ningún caso que la punición de cualquier discurso quede justificada*.

El segundo, caracterizado por la exigencia de solo el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En este sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia del TC 112/2016, de 20 de junio se pronuncia sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo, en ella se enjuicia un caso de aplicación del delito en relación con la STC 180/2012, de 14 de marzo, en la que se condena a Tasio Erkizia con motivo de su participación en un homenaje al antiguo dirigente de ETA conocido como Argala. De acuerdo con esta resolución, el tribunal dice en su FJ 2º que la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en 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 se enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión. Además, el TC en su FJ 4º determina que "*la sanción de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 CP suponen una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades*". Mediante esta resolución el TC hace extensible a los casos de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, de modo compatible con el criterio

sentado en su momento para la STC 235/2007 para las conductas de negación y justificación del genocidio previstas en el antiguo art. 607.2 CP integrado a partir de la Reforma penal de 2015 en el art. 510 CP. Teniendo en cuenta que la conducta represente un "peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación".

En la STS 378/2017, de 25 de mayo, el tribunal interpreta y considera que sólo es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque indirecta, a su comisión, debiendo producirse objetivamente "una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades y debe ser abarcada por el dolo del autor". En tal sentido, la STS 72/2018, de 9 de febrero, en su FJ único y en relación con la tipicidad subjetiva establece que tanto el delito de enaltecimiento al terrorismo del art. 578 CP como el de incitación al odio del art. 510 CP, no requieren un dolo específico siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar.

Y, un tercer y último momento, donde la STC 35/2020, de 25 de febrero establece que: "la intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho". De esta manera, la resolución otorga al derecho a la libertad de expresión un lugar preponderante como eje axiológico del sistema democrático y, por otro lado, aunque el tribunal evita declarar si la intención debe ser analizada objetivamente o como elemento subjetivo, indica indirectamente que, aunque no sea un elemento absolutamente determinante, debe valorarse en conjunto con otros elementos del tipo penal, siendo esencial en la exégesis de los distintos casos.

Por lo tanto, a la hora de evaluar la idoneidad de las manifestaciones o del texto para evidenciar la humillación y el desprecio también es necesario analizar el contexto, el momento, el tono y las circunstancias. Y si bien esta última sentencia del Tribunal Constitucional es determinante es necesario reconocer que no faltan ejemplos de sentencias emitidas por jueces o tribunales sumamente conservadores que acuden a un funcionalismo exagerado, en este tipo penal y otros relacionados.

El art. 578 CP es objeto de algunas de las más recientes y polémicas resoluciones de la Audiencia Nacional, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en particular, dos casos notables: los de Cassandra Vera y César Strawberry, cantante de Def Con Dos (precedentes del caso Valtonyc[338]). En el primero, la SAN (Sec. 4ª) nº 9/2017, de 29 de marzo, condena a Cassandra Vera por la publicación en la red social Twitter de trece chistes sobre el atentado de Carrero Blanco, a la pena de un año de prisión y siete de

[338] El 23 de agosto de 2012 Josep Arenas Beltrán (alias Valtonyc) fue detenido, acusado de enaltecimiento del terrorismo, apología al odio ideológico, incitación a la violencia e injurias a la Corona.

inhabilitación absoluta por la comisión de un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo con humillación de sus víctimas. Según la sentencia se trata de mensajes de odio que socavan las bases de la convivencia, se atenta contra el honor de Carrero Blanco, y se obliga a su familia al lacerante recuerdo de la vivencia de un asesinato (ocurrido hace más de 40 años) y, de esta manera, el tribunal sostiene que se legitima el terrorismo como fórmula de solución a los conflictos sociales.

Asimismo, César Montaña Lehman conocido artísticamente como César Strawberry es absuelto por la Audiencia Nacional en la SAN 20/2016, de 18 de julio para luego ser condenado por el Tribunal Supremo como autor de un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo con humillación de sus víctimas a una pena de un año de prisión y seis años y seis meses de inhabilitación absoluta por la publicación en Facebook de seis chistes de contenido diverso relativos a determinados atentados terroristas y sus víctimas, como así también, atentatorios contra la Casa Real. En la sentencia de la Audiencia se especifica que el acusado no pretendía hacer apología del terrorismo ni provocar el discurso del odio, sino hacer una crítica haciendo uso de la ironía. Además, el tribunal sostiene que la conducta no coincide con las exigencias del tipo penal donde los comentarios están desprovistos del carácter humillante o vejatorio requerido por más que sean de mal gusto y desafortunados.

Posteriormente, en la sentencia condenatoria 4/2017, de 18 de enero, el TS mantiene intacto el relato de los hechos probados de la resolución absolutoria de la Audiencia Nacional recurrida, en la que consta que: "no se ha acreditado que César Montaña Lehman con estos mensajes buscase defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas". Pero en su FJ 3º, la sala considera que basta con la plena conciencia y voluntad consciente de estar difundiendo un mensaje que evoque actos violentos o actos objetivamente enaltecedores del terrorismo o humillantes o injuriosos para las víctimas del terrorismo (Dópico Gómez Aller, 2017: 7). Basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo.

También en su FJ 6º afirma que resulta irrelevante conocer cuál es la intención del autor de los mensajes, y si esta es en concreto, la de defender los postulados de una organización terrorista o la de humillar a las víctimas del terrorismo. El tribunal incide en la diferencia entre móvil y dolo, de tal manera que convierte el delito en un supuesto de responsabilidad objetiva. El tribunal señala que el art. 578 CP solo exige el dolo (el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo). Por lo tanto, el tipo subjetivo se limitaría a una suerte de dolo cognitivo, muy limitado, en la medida que solo sería necesario saber que objetivamente se están ensalzando los crímenes terroristas o sus autores (Pena González 2020: 6). Así, se produce una doble limitación en el tipo subjetivo, por una parte y en relación con la intención del sujeto, ésta es indiferente; y, por otra parte, su comprensión se limita a un conocimiento objetivo, independiente de su voluntad en relación con los hechos. Así el dolo es hipotético, ya que el autor de los hechos si bien conoce su intención no atiende a la percepción objetiva de sus expresiones. Se prescinde del elemento volitivo y se restringe de manera importante el

elemento cognitivo, evidenciando una responsabilidad objetiva en la que es indiferente el carácter humorístico, irónico o sarcástico de los actos o de las manifestaciones[339]. Esta interpretación abre al castigo de toda expresión. De esta manera, la sentencia del TS concluye que la conducta del músico se enmarca en los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas y casa la sentencia anterior condenando a César Montaña Lehman a un año de prisión y seis años y seis meses de inhabilitación absoluta.

La discrepancia esencial de estas dos sentencias trata sobre la interpretación del art. 578 CP y, más en concreto, en el alcance del elemento subjetivo del tipo (Cámara Arroyo, 2017a: 12). El Tribunal Supremo cambia el significado de los hechos probados. Y dice que en el caso de César Strawberry, que este puede que no quisiera enaltecer el terrorismo (es decir, que su móvil u objetivo al cometer los hechos no era enaltecer) pero que claramente tenía dolo de cometer el delito de enaltecimiento. O sea, no quería enaltecer, pero si quería cometer un delito que consiste en enaltecer. El Tribunal concluye que no es necesaria la prueba de aquello que no exige el tipo subjetivo, refiriéndose a que resulta irrelevante aquí que se pruebe o no la intención directa de César Montaña de humillar a las víctimas y que, por tanto, aun la prueba de que no era esa la intención no descarta el delito, ya que basta probar que sabía lo que hacía y el efecto que sus palabras podían tener, aun cuando él no buscara con mala fe ese efecto.

La sentencia incurre en graves confusiones entre el móvil último y la intención el dolo y la dotación de sentido. Asimismo, la STS dice confusamente que, este es un delito diferente del delito del art. 510 CP y manifiesta en su FJ 2º que: "El discurso del odio no puede analizarse en relación con los problemas étnicos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos. El legislador ha querido que el mensaje de odio que socaba las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578 CP con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 CP del mismo texto punitivo".

Finalmente, las condenas tanto del *caso Cassandra Vera* como *César Strawberry* son anuladas los primeros días del mes de marzo de 2020. El Tribunal Supremo revoca por unanimidad la condena de la Audiencia Nacional y absuelve a Cassandra por sus chistes sobre Carrero Blanco. Los jueces entienden que no merece una condena penal lo que no pasa de ser unos chistes fáciles y de mal gusto sobre un atentado terrorista ocurrido hace más de cuarenta y cuatro años. Además, recuerdan que sobre el tema se han inventado innumerables chistes, también de mal gusto. El Tribunal asegura que hay que tener en cuenta que cuando Cassandra nació en 1995, Carrero Blanco llevaba 22 años muerto. Es un personaje de la historia que le queda muy lejos en el tiempo y además la joven no da muestras con su conducta de querer incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocar al odio hacia grupos determinados. Por su parte, la Fiscalía defiende que el Tribunal Supremo debe confirmar la pena de un año, entre otras cosas, porque la tuitera sabe que comete un delito y porque se esconde bajo el

[339] *Ibidem*, p. 7.

pseudónimo de Cassandra. Fundamentación grosera y denigrante para la acusada ya que la Fiscalía sabe perfectamente la condición de transgénero de la inculpada.

Con respecto al *caso Strawberry,* el Tribunal Constitucional se inclina por anular la condena al cantante por enaltecer el terrorismo (STC 35/2020). El Pleno del Constitucional estima el recurso de amparo con fecha de 25 de febrero de 2020 interpuesto por César Strawberry Montaña Lehman y, en consecuencia, anula la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017, que lo condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo.

La resolución estima que: "*la intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se hace referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho*". La sentencia concluye afirmando que: "*este Tribunal no desconoce los aspectos reprobables de los tuits formulados por el recurrente que se resaltan en las resoluciones recurridas en relación con la referencia al terrorismo como forma de acción política*". Sin embargo, "*estima que el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político*".

En este sentido la STS 646/18 de 14 de diciembre analiza el art. 578 CP y sostiene que es necesario no convertir el derecho a la libertad de expresión y sus límites en el único parámetro para discernir cuando lo inaceptable se convierte en delictivo. Los delitos de discurso del odio, genérico y específico precisan de los necesarios límites para no llevar a la tipicidad a meras transgresiones a la libertad de expresión. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasan por la incriminación penal. El Derecho penal no puede castigar al ciudadano que odia ni prohibir el odio. Por su parte, la STS 185/19 de 2 de abril señala: los límites de la punición respecto de la libertad de expresión parten de la consideración del derecho fundamental como limitable y la necesidad de reservar lo punible no solo a la transgresión del derecho fundamental, sino requiriendo la generación de un peligro a la convivencia. El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 CP es la dignidad de las personas, y colectivo de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el CP otorga una protección específica. Y el elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo, y este ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas.

Ante las conductas del art. 578 CP se pone de manifiesto una interpretación contradictoria en estas dos resoluciones (*caso Cassandra Vera* y *César Strawberry)*. No

faltan ejemplos de sentencias emitidas por jueces que recurren a un funcionalismo evidente en otros tipos penales como los arts. 490.3 y 491 CP, las calumnias e injurias a la Corona, donde lo que se protege es la figura del Rey como símbolo de la unidad y permanencia del Estado constitucional, es decir, de la España Constitucional. El bien jurídico protegido sería la preservación del sistema constitucional, siendo criticable dicha línea jurisprudencial.

En nuestro país, en la práctica jurídica ante una redacción indeterminada de los tipos penales (y una interpretación arbitraria de los tribunales, de pocos filtros constitucionales y una generalización de pautas en los órganos jurídicos que aparentemente representa una deriva alarmante o línea involutiva de la praxis jurídica) se hace un uso cuestionable de ciertos tipos penales como el art. 578 CP o el art. 510 CP, para la irreverencia, la crítica institucional o la farsa, entre otros. Se produce una cierta "confusión" entre el discurso de incitación al odio en las redes y la crítica política. Y el uso de dichos tipos penales se circunscribe a ciertos ámbitos específicos tales como: el discurso antimonárquico, el enaltecimiento del terrorismo, la producción musical disidente, la sátira, humor ácido y la crítica a los cuerpos policiales del Estado que ponen en evidencia una evidente censura por parte del poder o *statu quo*. Así, se ven innecesariamente vulnerados derechos fundamentales al considerar terroristas a personas que publican contenidos de humor negro en la red que, aunque puedan considerarse prácticas molestas para algunos, la ausencia de mala fe o peligro real no da lugar a la extralimitación de la libertad de expresión improcedente en una democracia.

Ante esta situación, se manifiesta un panorama punitivo exageradamente desmesurado que se configura como una pedagogía perversa que se institucionaliza y sitúa a la libertad de expresión ante riesgos y limitaciones peligrosas. Es así como al discurso del odio se lo utiliza para criminalizar ciertos aspectos del ejercicio usual de los derechos y libertades de la ciudadanía; infundiendo y creando una situación de miedo o temor a través de la censura y, además, animando por medio de la autocensura al denominado *chilling effect,* o desaliento del ejercicio normal y garantizado de ciertos derechos (Serra Perelló, 2018: 76).

Entre diversas opiniones, esta situación de prescindir de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales más allá del dolo genérico puede darse debido a las dificultades que entraña el análisis de los aspectos internos de la conciencia humana; y, por otro lado, porque expresamente no se encuentran recogidas en la descripción del tipo penal, de modo que, para evitar vulneraciones del principio de legalidad, se eliminan de la exégesis de la norma. En cuanto a la primera razón, el análisis de la conciencia humana (que implica dificultades probatorias), si bien es un tema complejo, algunos autores aconsejan abordarlo a través de estudios pormenorizados de cada supuesto concreto. Se pueden utilizar criterios de inferencia taxativos para identificar los discursos que se internen en los actos preparatorios punibles o tengan la finalidad de vulnerar la integridad moral de las víctimas. En segundo lugar, la determinación de los criterios de inferencia, el análisis del contexto concreto y las circunstancias del sujeto activo pueden ser derivados y realizados por otras ciencias en el marco de un proceso penal. De este modo, profesionales como psicólogos, criminólogos, etc., pueden ser de

gran utilidad en esta clase de supuestos (Cámara Arroyo, 2018: 12). Particularmente, en las resoluciones del Tribunal Supremo en relación con la abstención de la intención como objeto de análisis se evidencia la intención de alejarse de un cierto finalismo en función de la carga de la prueba. Sin embargo, esta actitud pone en entredicho la declaración de nuestro Estado Social y democrático de Derecho que no se define como una *democracia militante*.

Si bien el precepto no especifica ningún elemento subjetivo, el delito debería requerir un elemento indispensable en su parte subjetiva. La no exigencia de forma literal en el precepto de dicho elemento específico no significa que no se precise que la conducta tenga que ser tendenciosa y, además sea analizada específicamente para la argumentación de su punición y para determinar los límites al derecho a la libertad de expresión. Tanto el dolo o cualquier elemento del injusto puede colegirse de los hechos declarados probados y argumentados después en la fundamentación jurídica de la sentencia, sin que ello implique una indefensión del acusado ni tampoco una limitación en las posibilidades de impugnación de la sentencia[340]. Por lo tanto, el estudio del tipo subjetivo obliga a analizar los hechos en su contexto, como así también, la conciencia de la utilización del medio idóneo para la difusión del mensaje, la posibilidad o no de la reiteración de la conducta y, que se trate objetivamente de expresiones humillantes, agresivas o hirientes que no admitan otra interpretación diferente de una manifestación de odio y discriminación (ánimo deliberado de provocar a la violencia y a la discriminación). Asimismo, es necesaria la constatación de los indicadores que sugieran la presencia de un móvil de odio o discriminación, donde la víctima, el autor y el contexto son axiales para determinar el ánimo tendencioso. De esta manera, se recogen criterios claros y concluyentes que circunscriben los discursos enmarcados en los actos preparatorios punibles que tienen la finalidad de vulnerar la integridad moral de las víctimas.

De lo contrario, la falta de un análisis concienzudo de la parte subjetiva de los tipos penales pertenecientes a la tipología de delitos de odio podría llevar a castigar penal e injustamente a todas las manifestaciones que, de manera indirecta, generen o puedan ocasionar un clima social de crispación, discriminación e intolerancia. Siendo, por ejemplo, las manifestaciones artísticas desagradables, el humor negro de mal gusto, etc., expresiones que no tienen la intencionalidad de humillar o herir a las víctimas o al público y audiencia. Estas conductas son a todos los efectos demostraciones bastante alejadas de la lesión del bien jurídico en cuestión, y también son situaciones que de castigarse indiscriminadamente y sin un estudio pormenorizado de la parte subjetiva del tipo penal vulnerarían el *principio de mínima intervención del Derecho penal.*

En nuestro país, ante esta situación y en la práctica jurídica, los Tribunales asumen una posición claramente defensista. Esta postura parece ignorar que no todos los discursos enmarcados en la categoría de discurso del odio son atentatorios. Siendo también consecuencia de la falta de un análisis cuidadoso, pormenorizado y de una depurada concreción conceptual de cada caso. Esta postura confirma que en un contexto político-legal expansionista priman las soluciones funcionales-preventivas donde el Derecho

[340] *Ibidem*, p. 44.

penal abandona su exclusiva posición de ultima ratio para encargarse de la solución de los conflictos sociales o que atenten contra el *statu quo*. Y se convierte en defensor del sistema político, es decir, de la España Constitucional. Por tal motivo, es necesario encontrar vías alternativas a soluciones drásticas y draconianas que pongan en riesgo el libre ejercicio de ciertos derechos fundamentales. Y, es prioritario en este proceso, el análisis del ánimo de intolerancia en el sujeto activo y de la protección de la igualdad y de la dignidad de los colectivos sociales especialmente vulnerables. De esta manera, se protegería de mejor manera el derecho a la libertad de expresión evitando innecesariamente su posible restricción.

3. Los Delitos de clima y su construcción dogmática en Derecho penal.

La manifestación que se configura como una cuestión central en la evolución de la legislación penal de las sociedades postindustriales o sociedades del riesgo, es el fenómeno de la expansión del Derecho penal. Este hecho se materializa en la aparición de múltiples y nuevas figuras, e incluso, nuevos sectores de regulación, en procesos de reforma de tipos penales ya existentes a un ritmo muy superior a épocas precedentes. Para caracterizar este proceso se utilizan diversos conceptos teóricos, entre los que sobresale el de Derecho penal simbólico, Derecho penal de autor, entre otros. Estos se refieren a algunas infracciones, figuras que parecen únicamente destinadas a proporcionar réditos políticos a corto plazo a quienes promueven su aprobación, sin que merezcan atención los aspectos técnicos legislativos de su redacción ni sus condiciones de aplicación en la práctica (Jakobs; Cancio Meliá, 2006: 19).

En el debate político se advierte un clima punitivista, el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político criminal. Sin embargo, lo que llama la atención es el cambio de los roles tradicionales en los objetivos ideológicos de las fuerzas políticas, tanto en las políticas como en las demandas de criminalización. En España, la izquierda política descubre que el discurso basado en el concepto *ley y orden* (antes monopolizado por la derecha) puede ser rentable políticamente; y la derecha política, por su parte, entiende que la aprobación de normas penales puede ser un camino para adoptar matices políticos progresistas. Situación que suscita una escalada de posiciones donde lo que importa no son las cuestiones de política criminal, sino la demanda indiscriminada de mayores y más efectivas penas ante la inseguridad o el peligro (Cancio Meliá, 2002: 20).

Al referirnos al ámbito del Derecho penal, ante un estado de inseguridad y desde la perspectiva del bien jurídico, surge la idea de la posibilidad de un daño a dichos bienes de tipo colectivo, supraindividuales, de contornos imprecisos, así también, como la proliferación de los delitos de peligro abstracto. El peligro es el motivo que induce al legislador a crear la figura delictiva del peligro abstracto para castigar aquellas conductas lesivas que ponen en peligro el bien jurídico. Estos delitos se configuran como modelo preferente de tipificación de nuevos comportamientos delictivos que permiten una mayor anticipación y ampliación de la intervención del Derecho penal. El peligro en sí mismo no es un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en

el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido. Al no formar parte del tipo ni de la lesión, no es necesaria la prueba de la producción del resultado, ni de la relación de causalidad entre la acción y el resultado delictivo (Mendoza Buergo, 2002: 40).

Esta reducción de los presupuestos de la punibilidad supone una disminución de las posibilidades de defensa, así como una mayor libertad de acción del juez. El bien jurídico es solo la *ratio legis* de la creación de las figuras delictivas, y el juez no tiene que probar la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. Es así como surge un Derecho penal del riesgo, que se asimila al concepto de *Derecho penal del enemigo* donde se difuminan y flexibilizan las categorías dogmáticas tradicionales del Derecho penal liberal, de los criterios de imputación objetiva y subjetiva (evolución de la relación de causalidad, dificultades para probar la relación de causalidad entre la acción y la lesión del bien jurídico) y también, de las distinciones entre consumación y formas imperfectas de ejecución, entre autoría y participación (Cerezo Mir, 2002: 55).

Este Derecho al ampliar su intervención, más allá de la protección de los bienes jurídicos, se convierte en un instrumento de política social. Abandona el *principio de subsidiariedad* para convertirse en la *primera ratio* en la protección de los nuevos riesgos. Sin embargo, esta protección es escasa o casi nula de allí su carácter simbólico. Esta herramienta trata a los infractores no como ciudadanos, sino como enemigos como fuentes de peligro que deben ser neutralizados del modo que sea, al no respetar, hipotéticamente, los mínimos de convivencia expresados en las normas penales. Günther Jakobs lo caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad, donde el ordenamiento adopta una perspectiva prospectiva frente a la tradicional perspectiva de la norma: retrospectiva. También, considera que se produce un incremento notable de las penas y una relajación o supresión de ciertas garantías procesales. Asimismo, existen dos características definitorias fundamentales: en primer lugar, más allá del adelantamiento de la barrera de punición, en algunas ocasiones no se incriminan hechos propiamente dichos, sino conductas cuya significación reside en su contenido simbólico. Y, por otro lado, con respecto a la técnica de redacción de los tipos, el legislador utiliza términos volátiles y ambiguos que tienden a la indeterminación en clara oposición a la determinación que conlleva el principio de legalidad[341]. De esta manera, se cambia el paradigma delictivo de la lesión al de la prohibición de acciones arriesgadas, con las restricción de los riesgos permitidos. Es así como una figura delictiva se convierte en un recurso sistemático del Derecho penal pero cuya fundamentación dogmática y legitimidad de la política criminal para afirmar el merecimiento de su punición se pone en entredicho.

En la moderna Ciencia del Derecho se desarrolla el principio de precaución para justificar la intervención del legislador en los supuestos de incertidumbre acerca del saber científico causal (Romeo Casabona, 2001: 79). Así, en la sociedad postindustrial se plantea el problema de hasta qué punto está legitimada esta particular intervención

[341] *Ibidem*, p. 79.

del legislador ante un riesgo sospechado pero incierto, no previsible debido a que no es mensurable. Con base al principio de precaución se propone una ampliación de los delitos de peligro abstracto, se incluyen en ellos los supuestos de mera sospecha de la producción de un daño grave e irreversible por la incertidumbre sobre el saber científico causal[342]. Sin embargo, esta ampliación es rechazable ya que solo debería servir de base a las responsabilidades de tipo civiles y administrativas, e incluso, en los casos de mayor gravedad podría recurrirse al Derecho administrativo sancionatorio. La conducta no reviste gravedad suficiente para constituir un ilícito penal, la simple sospecha no puede servir de base para la responsabilidad penal. La existencia de un injusto penal mediante generalizaciones, criterios centralizados e infracciones estandarizadas es impropia de un Derecho penal del ciudadano.

La criminalización de un estadio anterior (preparatorio) o en las avanzadas de la lesión de un bien jurídico implica un desplazamiento de la tutela del bien jurídico que se traslada a donde no hay efectiva protección de bienes jurídicos, y no la puede haber ya que el objeto protegido no sufre, en forma directa, el peligro de ser lesionado. En el momento que falta el peligro del bien jurídico, se cuestiona su contenido de injusto material. No se considera suficiente para fundamentarlo con que la acción lleve consigo el peligro del bien jurídico. Se trataría de una presunción *iuris et de iure,* o presunción absoluta, de la existencia del peligro (Cerezo Mir, 2002: 62). Según una concepción general, los delitos de peligro son delitos en los que el injusto no radica en el menoscabo de la sustancia de un bien jurídico, sino que mediante el hecho se crea el peligro de una lesión. Los delitos de peligro abstracto no plantean problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, ya que el legislador describe la acción prohibida de modo preciso. Sin embargo, falta en el tipo toda referencia a las situaciones concretas y a un determinado bien jurídico individual. En tal sentido, y en relación con la cuestión de la fundamentación del injusto de los delitos de peligro abstracto; una parte más o menos grande de los delitos de peligro tiene un contenido de injusto y de culpabilidad demasiado pequeño, de manera que su castigo con la pena criminal es cuestionable, incluso, ilegítimo (Kindhäuser, 2009: 5).

Ante la postulación de un super bien jurídico de la seguridad y transformar, de acuerdo con esto, los delitos de peligro en delitos de lesión, no se amplía el alcance de los bienes jurídicos en cuestión, sino que se amplían las posibilidades de menoscabo de los bienes jurídicos y, por ende, su punición. Es así como el problema de legitimidad de los delitos de peligro abstracto es solucionado por el legislador transformando los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro abstracto concreto. Esta es la pauta que sigue el legislador en el Código penal.

El contenido material de lo injusto en los delitos de peligro abstracto se encuentra en el desvalor de la acción y se castigan las conductas lesivas porque ponen en peligro al bien jurídico. De esta manera, existe una conexión con el principio de lesividad (Gracia Martín, 1990: 45). En cuanto a la relación entre dolo de lesión y dolo de peligro, ya que

[342] *Ibidem*, p. 93.

dolo de lesión y dolo de peligro no son conceptos idénticos. Mientras que el dolo de lesionar implica necesariamente dolo de poner en peligro, puede existir dolo puro de peligro sin dolo eventual de lesionar. La diferencia entre ambos conceptos radica en el elemento volitivo entendido por la doctrina no como consentimiento, sino como "tomarse en serio", "conformarse", "confiar en". Si bien existen diversas teorías que renuncian a ese elemento de voluntad, exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posición o actitud del autor. Así, dolo es el conocimiento de la acción y sus consecuencias. Con esta definición de dolo se sitúa Jakobs para reducir el concepto de dolo al elemento intelectivo prescindiendo por completo del elemento volitivo. En consecuencia, un dolo de peligro sin dolo de lesión sólo es posible si el autor conoce el juicio de peligro objetivo, sin que para él sea razonable, o cuando el peligro no es de una densidad relevante en la decisión. El dolo al ser conciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo, no va referido al peligro del bien jurídico (pues no pertenece al tipo la producción de un resultado de peligro), ni siquiera tiene que abarcar necesariamente la conciencia y voluntad de la peligrosidad general de la acción[343].

Cerezo Mir (2004: 113) afirma que no cabe ver en los delitos de peligro abstracto una infracción del principio de culpabilidad, al ser la culpabilidad la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, solo se daría una infracción indirecta del principio de culpabilidad por falta de objeto de reproche, si en la conducta realizada no pudiera apreciarse un contenido material de injusto. La legitimidad de los delitos de peligro abstracto es cuestionable únicamente desde el punto de vista del contenido del injusto material, desde el momento en que puede faltar no sólo el resultado del peligro del bien jurídico, sino incluso, la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*.

Ante los diferentes cuestionamientos sobre la viabilidad de un Derecho penal del enemigo como instrumento para neutralizar el riesgo frente a no-personas (e.g.: terroristas, mafia, narcotráfico, etc.), nos encontramos con que algunas de las decisiones normativas de este Derecho no cumplen con los criterios de legitimidad que establece nuestro sistema jurídico constitucional. Más allá de las consideraciones valorativas sobre su legitimidad en función de su efectividad y de los beneficios preventivos. Sus adeptos argumentan que los fenómenos a los que reacciona este tipo de Derecho son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o que la autoexclusión de la condición de persona es lo que genera la necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos. Sin embargo, en las actuales sociedades occidentales no se aprecian fenómenos de tal peligrosidad que puedan poner en peligro los parámetros fundamentales de la sociedad, ni la criminalidad organizada, ni las mafias de las drogas, ni siquiera el terrorismo.

Los fenómenos frente a los cuales responde o pretende responder el Derecho penal de autor son comportamiento delictivos que afectan a elementos esenciales y especialmente vulnerables de las identidades de las sociedades en cuestión. Se crean figuras jurídicas como instrumentos para evitar un clima donde se cometan delitos que viertan determinadas expresiones. Ciertos actos que deberían considerarse simplemente actos preparatorios, ante su potencial peligrosidad, son previstos y sancionados como delitos

[343] *Ibidem*, p. 48.

independientes. Según Jakobs, los delitos de protección de un clima son tanto más necesarios cuanto más débil sea la legitimación de la Ley Penal[344]. Sin embargo, la respuesta funcional no puede estar más allá de la adaptación de la pena a la especial significación social y de lesividad de los hechos. No se puede construir un Derecho penal que castigue actitudes por la posesión de objetos o intenciones de delinquir aún fuera del ámbito del control estatal.

Ante el interrogante de la posible construcción dogmática de delitos de clima en Derecho penal, y, por ende, del Derecho penal del enemigo, se evidencia como negativa. No es legítimo, tales delitos son muestra de un déficit de libertades. Desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del enemigo mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal. De aquí se deduce la verdadera utilidad del Derecho penal del enemigo, como instrumento para identificar y describir sectores del ordenamiento penal actual ineficaces, indeseables e incoherentes, y, para distinguir de modo crítico lo que es verdadero Derecho penal de lo que no lo es (Jakobs, 1999: 199). Frente a las presiones de la exigencia de la prevención general sobre las categorías dogmáticas básicas de la teoría del delito es primordial reafirmar su vigencia y su importancia como garantía de los derechos de la persona.

4. La libertad de expresión en internet.

Las tecnologías de la información y de la comunicación y, más especialmente, internet aportan innumerables ventajas y desventajas. Las redes sociales son instrumentos verdaderamente potentes que permiten una conectividad sin precedentes. Internet a diferencia de otros medios de comunicación es interactivo y facilita el intercambio participativo de información y la colaboración en la creación de contenidos. Este intercambio se produce de forma instantánea, permite difundir información en tiempo real a bajo coste, de manera anónima y con un efecto comunicativo multiplicador y global que posibilita, en último término, la movilización de las personas.

Con la llegada de internet y con ella las redes sociales, se abre la posibilidad a la información inmediata y libre. De esta manera, se facilitan espacios de debates, deliberaciones, intercambio de ideas y opiniones; pero, al mismo tiempo, se crea el escenario idóneo para el fomento del insulto, las amenazas y el odio. En este contexto, el anonimato juega un papel especial ya que da alas para manifestar las frustraciones, indignaciones, ira e incluso odio que de otra manera serían inviables. Asimismo, la itinerancia dificulta la persecución de las manifestaciones odiosas punibles. El uso de pseudónimos y la transnacionalidad combinados, ofrecen a los *haters* (odiadores) mayor sensación de impunidad y alientan las manifestaciones del discurso del odio en este tipo de redes. La idea de que se puede publicar y compartir información sin consecuencias que implica discurso del odio o ciberodio sin dejar rastro hace más fácil expresar

[344] *Ibidem*, p. 94.

discursos odiosos. Si bien los autores conocen que sus acciones son ilegales, injustas, prohibidas, etc., están convencidos de que nada les sucederá. Sin embargo, la impunidad también es un mito ya que el discurso del odio en las redes sociales, aunque es complicado, es perseguible penalmente.

Como ocurre con la indeterminación del término odio, no existe una definición consensuada para los delitos de odio en las redes sociales. Moretón Toquero (2012: 12) explica que la expresión ciberodio se refiere a las conductas de odio que pueden llevarse a cabo a través de la red, propaganda de índole racista y xenófoba difundidas por medio de sistemas informáticos; siendo conductas que, en muchos casos, son la versión cibernética de los delitos de odio y, que, por tanto, permiten la aplicación de las mismas soluciones penales. Aunque, en otras situaciones, se trata de nuevas manifestaciones o conductas que requieren otro tipo de respuesta penal. Las primeras manifestaciones del ciberodio datan de 1995 con la aparición del portal web *Stormfront,* primer portal internacional del neonazismo que se convierte en una referencia global del discurso xenófobo y discriminatorio con gran expansión de sus actividades. Al estar alojada en los Estados Unidos de Norteamérica goza de una especial permisividad debido a la legislación específica sobre la libertad de expresión y sus límites, lo que hace que los proveedores de este tipo de servicios estén prácticamente exentos de responsabilidad. En oposición, en Europa la prestación de estos servicios está basada en el conocimiento efectivo del carácter ilícito de los contenidos publicados. Asimismo, aparecen miles de webs alrededor del mundo de la misma temática, surgiendo en España la web *NuevOrden* que deja de funcionar en 2012.

Es importante destacar que existe una conexión entre los grupos ultras de fútbol y este tipo de webs y redes sociales. Los principales grupos españoles como los Ultras Sur del Real Madrid, los Boixos Nois del Fútbol Club Barcelona, los Brigadas Blanquiazules del Español, los Biris del Sevilla y los Supporters Sur del Real Betis, entre otros, se encuentran en Twitter y Facebook además de tener sus propias webs con mensajes y proclamas amenazantes e, incluso, con *links* a otras organizaciones de carácter global claramente fascistas o neonazis. Gracias a la colaboración de los clubes y de la nueva legislación en este sentido como la Ley 19/2007, de 11 de julio contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, se logra suavizar el contenido de los mensajes de estos grupos ultras en las redes sociales. Sin embargo, el trabajo que queda es importante ante las medidas titubeantes de los propios clubes deportivos.

Los actores más importantes en la dinámica del ciberodio son el *hater* y los *trolls*. El hater es la persona que odia y aborrece, se caracteriza por su carácter cínico y hostil, con una fácil disposición a la crítica fácil y a la agresión verbal gratuita, por lo que puede llegar fácilmente a la ofensa y al odio. Los haters suelen actuar bajo perfiles falsos, lo que les otorga un mayor campo de acción y superan fácilmente los límites razonables de una relación en las redes sociales, tendientes más a la ofensa que al respeto. Por su parte, el troll es la persona que siembra la discordia en internet, comienza peleas o molesta innecesariamente a las personas publicando mensaje incendiarios o hirientes en una comunidad en línea (grupo de noticias, foro, chat, blog, etc.) con la intención de provocar una respuesta emocional desmesurada que interrumpe las discusiones o

relaciones normales sobre un tema. Las actividades insidiosas de los trolls tienen el objetivo de amenazar, provocar e incitar conductas de odio, y normalmente, las realizan por diversión. Los trolls basan su actividad en la premisa de que en sociedad debemos ser libres para odiar y siempre desde el anonimato. En el entorno de la red y cuando se quiere influenciar sobre un número importante de ciudadanos-consumidores y, ante la competencia feroz del mercado, surgen los trolls a sueldo o sicarios cibernéticos, cuya razón de ser es el ataque de los enemigos digitales. Si bien estos actores son delincuentes ya que no escatiman recursos en infligir daños a las posiciones enemigas, lo que fomenta fácilmente provocaciones e incitaciones de conductas de odio, las corporaciones y partidos políticos niegan su contratación ante una evidencia contradictoria y constatada. Sin embargo, las organizaciones empresariales y las formaciones políticas admiten contar con influenciadores voluntarios o a sueldo, aunque nunca a trolls y mucho menos sicarios cibernéticos.

Por todo ello nos encontramos en un terreno de gran complejidad jurídica, por un lado, la falta de consenso internacional para lograr acuerdos globales en torno a la restricción y permisividad del discurso del odio en internet; y, por otro lado, existe el problema de la imposición a internet de las políticas constitucionales de cada Estado. En este sentido, Rey Martínez (2015: 52) estima que los problemas de esta casuística parten de que se ha realizado un enfoque de la cuestión demasiado inclinado hacia el derecho penal. Para este autor, la sanción administrativa e, incluso, la exigencia de la responsabilidad civil, pueden ser más eficaces y respetuosas con la Constitución que una norma penal, que, por su rigurosidad y desproporcionalidad, puede resultar inaplicable para los jueces.

Para evitar situaciones que atenten contra el interés común y general, se deben priorizar los derechos fundamentales de las personas, ya que estos sirven de base del sistema democrático y su limitación solo debe valorarse en situaciones excepcionales y de manera debidamente justificada. De lo contrario, se puede dar pie a la toma de decisiones apresuradas o arbitrarias sin la debida reflexión que puede conllevar consecuencias graves, frente a las personas, pero fundamentalmente, dañando el bienestar social y democrático, y, al mismo tiempo, desperdiciando las ventajas que nos otorga la era de la información.

Ante un fenómeno de tal calado, la potencialidad de este medio de comunicación masiva puede adoptar ciertos tintes positivos como negativos dada su capacidad comunicativa; donde los contenidos violentos, vejatorios y discriminatorios tienen una aptitud lesiva importante. En tal sentido, la ECRI en su Recomendación de Política General nº 6 sobre la lucha contra la difusión de materiales racistas, xenófobos y antisemitas en Internet, de 15 de diciembre de 2000, apela a integrar la lucha contra estas tendencias en las políticas de represión de los contenidos ilícitos en internet. Por su parte, la OSCE, en su decisión 633: "*Promoting Tolerance and Media Freedom on the Internet",* de 11 de noviembre de 2004, interpela a los Estados para que internet continúe siendo un foro neutral, abierto y público para la libertad de expresión y exige a los Estados la obligación de investigar y castigar la violencia discriminatoria en internet.

Este primer enfoque evoluciona y, desde hace unos años, internet comienza a percibirse y analizarse desde la perspectiva de los Derechos humanos. El Consejo de la Unión

Europea publica el 27 de junio de 2016 las "Directrices de la Unión Europea sobre Derechos humanos relativos a la libertad de expresión en internet y fuera de internet"[345], que incorporan por primera vez el principio general según el cual los Derechos humanos también deben ser protegidos en la red. Estas directrices destacan la importancia de generar confianza en este medio para que pueda lograr su potencial como facilitador del desarrollo y de la innovación, especialmente en referencia a la libertad de expresión, la privacidad y otros Derechos humanos. Los Estados deben abordar la cuestión de la seguridad en internet de conformidad a sus obligaciones internacionales de Derechos humanos. Por lo tanto, es necesaria la colaboración de los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado, la comunidad técnica y el mundo académico para afrontar esta labor.

Posteriormente, en 2017, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos emite un informe titulado: "Promoción, protección y disfrute de los Derechos humanos en internet: medios para cerrar la brecha digital entre los géneros desde una perspectiva de Derechos humanos", donde se menciona que internet es un medio fundamental para que las personas puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión. Por su parte, el informe del Relator Especial de la ONU de 2011 sobre promoción y protección del derecho a la libertad de expresión, Frank de la Rue[346] recuerda que cualquier restricción de la libertad de expresión, incluidos los contenidos *on line* deben respetar tres exigencias: 1) debe estar previsto en la ley (principio de legalidad) y ser clara y accesible (principio de previsibilidad y transparencia); 2) Tiene que obedecer a una de las finalidades del apartado 3º del art. 19 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (principio de legitimidad) que son: asegurar el respeto de los derechos o la reputación o, proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y 3) es necesario que sea por el medio menos restrictivo posible para conseguir el objetivo previsto (principio de necesidad y proporcionalidad).

La expansión de internet confirma la tendencia que los Estados tienden a restringir, controlar, manipular y censurar contenidos, sin fundamentos jurídicos, o amparándose en leyes amplias y ambiguas, sin justificar el objeto de estas acciones o de una manera claramente innecesaria o desproporcionada. El relator Frank de la Rue (2011: 20) afirma que las acciones restrictivas son claramente incompatibles con las obligaciones contraídas por los Estados en virtud del derecho internacional de los Derechos humanos y a menudo crean un amplio efecto inhibidor o disuasor (*chilling effect*) del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Una de las estrategias y tendencia habitual de los Estados es el bloqueo programado de contenidos en momentos o acontecimientos concretos, sin criterios que estén establecidos en la ley, o criterios ambiguos o indeterminados. También, se tipifican expresiones u opiniones legítimas como delito, mediante el Derecho penal vigente o la creación de nueva normativa al respecto. El Relator entiende que la privación de libertad a personas que buscan recibe y difunden informaciones e ideas, raras veces pueden ser justificadas como una medida proporcional para cumplir un fin legítimo, situación prevista en el art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, existe una tendencia que el Relator considera nociva que es la desconexión de un usuario como castigo por haber

[345] Disponible en: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9647-2014-INIT/es/pdf
[346] Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf

transgredido la leyes de propiedad intelectual. Se trata de medidas tendientes a efectuar un control centralizado del tráfico de internet[347]. En el caso en que se proceda a una restricción por razones de seguridad nacional o de lucha contra el terrorismo, el Estado debe demostrar que 1) el mensaje tiene como objetivo instigar a la violencia inmediata, 2) que sea probable que instiga a este tipo de violencia y 3) que exista una relación directa e inmediata entre el mensaje y la posibilidad que se produzca este tipo de violencia.

Ante el anonimato de los usuarios y la dificultad que los autores de los contenidos violentos, vejatorios o discriminatorios respondan por ello, ya sea porque los autores operan desde cuentas *fake*, porque escapan a la jurisdicción de un Estado o porque la dificultad técnica impide su localización. A menudo se confunde el anonimato u ocultación de la identidad en la red con la imposibilidad técnica de identificar y localizar a la persona física que hay detrás de una manifestación o expresión delictiva. En tal sentido, el Relator cita el anonimato como uno de los pilares del potencial de internet y alerta del pretexto de los Estados de luchar contra el discurso de incitación al odio para justificar políticas nacionales restrictivas con el anonimato y la privacidad de sus ciudadanos[348]. Asimismo, reivindica que el anonimato favorece la libre participación en los debates controvertidos en la esfera pública, porque permite al emisor explorar ideas y opiniones que no haría si utilizara su identidad real. Por lo tanto, el cifrado y el anonimato deben ser valores estructurales de internet. Ya que ofrecerían a las personas un medio para proteger su privacidad y, al mismo tiempo, permitiría el intercambio de ideas e informaciones sin injerencia del Estado. El Relator defiende que proteger el anonimato no equivale a renunciar a la existencia de medios técnicos que consigan localizar a los responsables de contenidos ilícitos.

Con respecto a las responsabilidades de las plataformas intermediarias de internet, es significativo tener en cuenta la gran influencia que el sector privado tiene sobre el derecho a la libertad de expresión de las personas, ya que permiten el acceso a la información. Los Estados son los garantes de los Derechos humanos, y, en tal sentido, las empresas también tienen responsabilidades específicas respecto de ellos. La protección de los Derechos humanos se debe extender a internet y las empresas tienen la obligación de respetar dichos derechos actuando con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceras personas; y también en su caso, se deben reparar las consecuencias negativas de sus actividades ofreciendo el acceso a las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales. Aunque este sector se muestra crítico en la asunción de responsabilidades por los contenidos o acciones delictivas que se pudieren producir desde sus plataformas, existe una tendencia progresiva de responsabilizarles por dichas conductas y contenidos lesivos. Por esta razón, ante la posibilidad de asumir sanciones económicas o penales por publicaciones o contenidos de terceros, les incentiva a censurar de forma extensiva ante un contenido de legalidad dudosa.

[347] *Ibidem*, p. 15.
[348] *Ibidem*, p. 22.

El Relator se muestra crítico con la falta de transparencia en los criterios y procesos de restricción de contenidos por parte de las plataformas intermediarias, redes sociales y buscadores[349]. La arbitrariedad y la opacidad de las medidas pueden encubrir prácticas discriminatorias o presiones políticas. Estos intermediarios cuyo objetivo es el lucro empresarial no se encuentran en la mejor disposición de determinar si un contenido es ilegal. Es por esta razón que toda restricción debe ser efectuada siempre mediante control judicial a través de medidas públicas, transparentes y proporcionadas, para evitar arbitrariedades e incluso conductas ilegales por parte de los proveedores de servicios. Los mecanismos de denuncia deben ser transparentes, deben permitir la revisión de los procesos y de las decisiones; y también, tienen que ofrecer mecanismos de rendición de cuentas, reparación y exámenes permanentes en la repercusión de sus políticas de restricción de contenidos en la libertad de expresión.

La Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico, prevé en su art. 3 que los Estados miembro podrán interrumpir un servicio siempre que esto obedezca a la finalidad de luchar contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad humana de personas individuales. Esta Directiva abre la puerta a la exigencia de responsabilidades a través del *principio de diligencia debida*. La Directiva refleja la tendencia general de delimitar la responsabilidad de las plataformas intermediarias según el *principio de conocimiento efectivo*. Solo serán consideradas responsables si tienen un conocimiento efectivo de que están alojando contenidos ilícitos. Es decir, que no tienen una obligación proactiva de detectar contenidos ilícitos. Las normas nacionales de los Estados miembros varia, no obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que la notificación de la existencia de un contenido ilícito debe ser lo suficientemente precisa y estar debidamente fundamentada, para que la empresa intermediaria pueda adoptar una decisión al respecto.

En 2017, mediante la Resolución 2144 "*Ending cyberdiscrimination and online hate*", la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa reclama la necesidad de clarificar la responsabilidad de las plataformas intermediarias de internet y, que la legislación que las regule se atenga a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta resolución conmina a las plataformas intermediarias a garantizar que las normas sobre libertad de expresión fijadas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la ECRI se apliquen en la comunicación en línea en los Estados miembro.

A nivel del Estado español, la ley 34/2002, de 11 de julio, de los Servicios de la Sociedad de la información y el Comercio Electrónico (reformada por la ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la información, modificada posteriormente por la ley 2/2011, del 4 de marzo, de Economía Sostenible), regula el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicio, en base el criterio del "*conocimiento efectivo*". La interrupción del servicio puede justificarse (art. 8.1.c) en base al principio de respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social. La responsabilidad está claramente

[349] *Ibidem*, p. 12.

definida, pudiendo ser administrativa, civil e incluso penal (art. 113). Su régimen de responsabilidad (art. 16) menciona que no serán responsables por la información almacenada que no tengan conocimiento efectivo de su ilicitud, o si la tienen, actúen con la suficiente diligencia para retirar la información o hacer imposible el acceso a ella. Por conocimiento efectivo se entenderá cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los contenidos y el prestador conozca esta resolución. Esto, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Con respecto a la autorregulación y los códigos de conducta, los estados tienen un margen de actuación limitado a la hora de articular medidas o sanciones contra el discurso del odio con respecto a los intermediarios o proveedores de servicios de la Sociedad de la Información. En una sociedad global interconectada y oligopolizada económicamente, los intermediarios poseen un poder y control transnacional. Por este motivo la autorregulación sigue siendo la vía más efectiva ante la falta de efectividad de los Estados y de las legislaciones nacionales, aunque esta situación no está exenta de críticas ante la opacidad y falta de eficacia de los procedimientos. A nivel europeo, en 2016, se establece el primer Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet[350], promovido por Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube, con el objetivo de facilitar la libertad de expresión en línea en todo el mundo. Posteriormente, este código se amplía para Instagram, Snapchat y Dailymotion. En enero de 2018, después de la tercera evaluación del Código, las instituciones europeas comunican que el 70% del contenido incitador al odio y a la violencia es retirado. Y el 1 de marzo de 2018, se dicta la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, que aborda y actualiza los criterios sobre la notificación y retirada de contenidos ilícitos.

Asimismo, en 2018 la asociación ARTICLE 19, publica su propuesta de autorregulación para los intermediarios titulada: "*Self regulation and hate speech on social media platforms*"[351]. Esta asociación entiende que las capacidades técnicas inherentes a los servicios que ofrecen reportan a las intermediarias una responsabilidad social particular a la hora de luchar contra la divulgación de contenidos ilícitos. La rápida retirada de los contenidos lesivos es esencial para limitar su difusión y reducir el daño causado y potencial. Las intermediarias han de actuar con rapidez y proporcionalidad valorando el tipo y gravedad del perjuicio potencial. Los mecanismo de notificación deben ser flexibles y transparentes, y deben prever la notificación a los perjudicados. Los intermediarios deben publicar informes sobre la efectividad de los mecanismos de notificación (2018: 11).

En 2019, se produce la cuarta evaluación del Código de conducta de la UE e indica que esta iniciativa arroja resultados positivos. Sin embargo, los procedimientos son duramente criticados debido a la arbitrariedad de los procesos en relación con la censura y la posible conculcación de los derechos de los consumidores. Las empresas

[350] Disponible en: file:///C:/Users/usuario/Downloads/JUST-2016-01584-01-00-ES-TRA-00pdf.pdf

[351] Disponible en: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/Self-regulation-and-%E2%80%98hate-speech%E2%80%99-on-social-media-platforms_March2018.pdf

informáticas evalúan hasta el 89% de los contenidos señalados en un plazo de 24 horas y retiran el 72% de los contenidos que se consideran constitutivos de incitación ilegal al odio, en comparación con el 40% y el 28%, de los años anteriores.

El 23 de mayo de 2019 Facebook presenta el Informe de Transparencia[352]correspondiente a la segunda mitad del 2018. En este semestre se producen 35.972 restricciones de contenido (135% más que en el primer semestres de 2018). Facebook incorpora una mejora tecnológica que consiste en la detección de discursos de odio y los expande a diversos idiomas. En consecuencia, aumenta la tasa proactiva, el porcentaje de discursos de odio detectados antes que los usuarios lo denuncien (de 51.5% en el tercer trimestre de 2018 a 65.4% en el primer trimestre de 2019). Lo que implica un aumento del odio en general. En el primer trimestre de 2019 se eliminan 4 millones de publicaciones con mensajes de odio que representa el 65% de los contenidos denunciados, siendo el 24% el año anterior con 3.3 millones de contenidos eliminados. El incremento del odio en esta red social es continuo, en 2017 (de octubre a diciembre) se eliminan 1.6 millones de contenidos, en 2018 (de enero a marzo) se eliminan un total de 2.5 millones de contenidos, de abril a junio 2.5 millones, de julio a septiembre de 2.9 millones, de octubre a diciembre 3.3 millones y solo de enero a marzo de 2019 se eliminan más de 4 millones.

Pese a los diversos intentos de autorregulación de los intermediarios tecnológicos y de limpiar las redes sociales de mensajes de odio, los usuarios denuncian la falta de transparencia de los procesos. El procedimiento de rastreo de estos mensajes suele usar mecanismos mixtos entre algoritmos y equipos humanos, aunque no se sabe exactamente la proporción de uno u otro. Si bien los servidores de las redes sociales cuentan con mecanismos automáticos para la detección de contenidos que violen las políticas de uso, son los denominados detectores proactivos que pueden ser algoritmos, robots, programas spam e, incluso, inteligencia artificial (DeepText[353]) los que realizan esta actividad. La reticencia de los servidores de redes sociales a publicar sus datos confirma la falta de transparencia y la dudosa labor de autorregulación. Facebook achaca los errores del sistema (inteligencia artificial) en relación con el discurso del odio a que estos casos se mueven dentro de la subjetividad y todavía la inteligencia artificial necesita aún mejorar más para detectar e interpretar de manera eficiente los matices en cada idioma y sociedad.

Instagram, compañía adquirida por Facebook en 2012 también utiliza la inteligencia artificial (DeepText) y tiene como norma básica no frenar la libertad de expresión. Por su parte Twitter, es una de las plataformas de redes sociales más benévolas y laxas a la hora de perseguir el discurso del odio. Sin embargo, ante la excesiva proliferación de discurso del odio en este medio, en 2016 se crea el Twitter Trust & Safety Council (Consejo de Confianza y Seguridad de Twitter) compuesto por más de 40 organizaciones y expertos de todo el mundo en libertad de expresión. Este trabajo no

[352] Disponible en: www.transparecy.facebook.com

[353] DeepText o texto profundo es un potente sistema de inteligencia artificial capaz de analizar miles de posts por segundo en más de veinte idiomas distintos, interpreta el texto y lo pone en contexto. Es un motor de capacidad semántica (comprensión artificial de texto) que reduce el spam y sirve como sistema de detección y bloqueo de contenido ofensivo.

resulta efectivo ante la constatación de su falta de compromiso en la lucha contra el discurso del odio y de dos cuestiones estructurales, una, el aumento de las manifestaciones del discurso del odio en general y, dos, la mayor presencia del *chilling effect* o efecto desaliento (Informe Demos)[354].

Google aplica la inteligencia artificial *Prospective* que utiliza *machine Learning*[355] para procesar los comentarios de forma automática y les otorga una puntuación de 0 a 100 en función de su grado de toxicidad. Después de una primera clasificación queda en manos de cada editor que hacer con ellos. Según los datos aportados por YouTube[356] (servicios de Google) en el periodo de enero a marzo de 2019 se producen 11.913.498 denuncias de las cuales 8.187.076 (16,9%) son por motivos de odio, y se retiran 8.294.349 videos de 0los cuales el 0,2% (19.927) son por motivo de odio. En 2018 durante el primer trimestre se producen 5.870.797 denuncias por odio, y supone el 15% del total, en el segundo trimestre se producen 6.604.988 denuncias, e implica un 17,4% del total, en el tercer trimestre se producen 7.432.077 denuncias, y significa un 17,7% del total y en el último trimestre se producen 7.562.626 denuncias, es un 17% del total de denuncias. En 2018 en su informe del mes de setiembre se retiran 18.848 publicaciones por motivo de odio que supone un 0,7% del total y en el último trimestre de este año se retiran 39.456 contenidos de odio lo que supone un 0,5% del total. Según este informe la inteligencia artificial es capaz de detectar el 99,3% de los contenidos que incumplen las normas de la plataforma.

Pese al intento de todas las compañías por atajar los comportamientos delictivos y los discursos del odio, la evidencia demuestra que la autorregulación no es efectiva. Por un lado, la mayoría de los grandes proveedores de servicios de la Sociedad de la información tienen sede en los Estados Unidos de Norteamérica y se rigen por la concepción de la libertad de expresión amparada por la *Primera Enmienda* de la Constitución Norteamericana. En consecuencia, los límites e interpretaciones difieren, lo que provoca la aplicación de políticas diversas en orden a atajar los discursos lesivos en las redes sociales. Y, por otro lado, queda mucho camino para mejorar los procedimientos de inteligencia artificial en lo que se refiere a la significación e interpretación de lo que es odio y de lo que no lo es y, en consecuencia, del empleo de las medidas correspondientes.

5. Jurisprudencia de Delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género.

[354] Disponible en: www.demosuk.wpengine.com/wp-content/uploads/2016/05/Misogyny-online.pdf

[355] El aprendizaje automático, automatizado o de máquinas es el subcampo de las ciencias de la computación y una rama de la inteligencia artificial, cuyo objetivo es desarrollar técnicas que permitan que los ordenadores aprendan. Se dice que un agente aprende cuando su desempeña mejora con la experiencia, cuando la habilidad no estaba presente en su genotipo o rasgos de nacimiento. Los investigadores del aprendizaje de máquinas buscan algoritmos y heurísticas para convertir muestras de datos en programas de computadora, sin tener que escribir los últimos explícitamente. Los modelos o programas resultantes deben ser capaces de generalizar comportamientos e inferencias para un conjunto más amplio de datos.

[356] Disponible en: wwwtransparecyreport.google.com/?hl=es

Tribunal Constitucional:

Derecho a la igualdad

STC 19/1982, de 5 de mayo, que conecta este precepto con los principios rectores dl capítulo III del título I y señala: por desigualdad que entrañe discriminación, viene dada esencialmente por la propia Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista entre los cuales descuella el principio del Estado Social y democrático de Derecho del artículo 1.1, que informa una serie de disposiciones como el mandato del art. 9.2 […], y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos según dice el art. 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido que obliga a tenerlos presentes en la interposición tanto de las normas constitucionales como de las leyes.

STC 8/193, de 18 de febrero, la cual determina que el derecho a la igualdad se alza como un valor superior y preeminente de nuestro ordenamiento jurídico, que se posiciona en un rango central de tal manera que toda situación de desigualdad deviene incompatible con el orden de valores constitucionales proclamados, y manifiesta textualmente: La igualdad se configura como un valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente en la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema proclama.

STC 53/1985, de 11 de abril, que señala que el art. 10 CE debe ser considerado como punto de arranque, como *prius* lógico y ontológico para la existencia y reconocimiento de los demás derechos.

STC 39/1986, de 31 de marzo que consagra el art. 9.2 CE como el precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social.

SSTC120/1990, de 27 de junio y 57/1994, de 28 de febrero, que fijan que la dignidad humana constituye un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar a todos los niveles. Sin lugar a duda, este artículo es la piedra angular sobre la que se vertebra todo el sistema de derechos y libertades reconocidos en el título I CE.

STC 64/1991, de 22 de marzo que, con relación al contenido del segundo párrafo del art. 10 establece: siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional.

STC 216/1991, de 14 de noviembre, que señala respecto a la actuación de los poderes públicos para llegar a la ansiada igualdad, que no podrá ser reputada de discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes públicos llevan a cabo en beneficio de determinados colectivos,

históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, logren suavizar o compensar la situación de desigualdad sustancial en la que se hallan objetivamente inmersos. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional relaciona los arts. 1.1 y 14 CE con el art. 9.2 CE, al considerar que el art. 1.1 proclama la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, pero no solamente desde un prisma formal, como se contempla en el art. 14, sino también desde una perspectiva sustancial, como se establece en el art. 9.2, que obliga a todos los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

STC 200/2001, d 4 de octubre. El artículo 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

La sentencia 22/81 de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal de Derecho Humanos en relación con el art. 14 del CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 de la Constitución, sino tan solo las que establezcan diferencias entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y en consecuencia veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Orientación sexual:

El Tribunal Constitucional señala de forma reiterada que entre las prohibiciones de discriminación proscritas por el art. 14 CE ha de entenderse comprendida la discriminación por causa de orientación sexual, pues si bien es cierto que esta causa 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 (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3) (STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6). A esta conclusión llega el Tribunal, a partir 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 sitúa 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 en la normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa, ex art. 10.2 CE debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE. En aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, el Tribunal Constitucional reconoce expresamente la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en la STC 198/2012, de 28 de noviembre. Señala que el matrimonio es un derecho constitucional de todos y afirma que, de acuerdo con una lectura evolutiva de nuestra Constitución, no se puede concluir que el matrimonio heterosexual sea el único constitucionalmente legítimo.

Identidad de género:

El Tribunal Constitucional en su STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ4) que la condición de transexual, 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 indudablemente 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 transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales 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 estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex. Art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE. En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en ausencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente sufren los transexuales.

Tribunal Supremo

Orientación sexual:

STC de 17 de julio de 2002 confirma SAP Barcelona de 13 de marzo de 2000. Estima la agravante del art. 22.1 CP.

Hechos: se condena a un grupo de seis jóvenes que se dirigen a zona frecuentada por homosexuales en Sitges y agreden a uno brutalmente lo que le provoca una fractura craneal. Se les condena por delito del art. 147.1 CP con agravante art. 22.4 CP; el Tribunal Supremo tiene en cuenta tan solo el móvil discriminatorio, y señala que basta con presuponer la condición homosexual de la víctima, aunque no lo sea. En igual sentido, SAP La Coruña, de 19 de abril de 2007; SAP Barcelona, de 3 de noviembre de 2006.

Fundamentos de Derecho: en cuanto a la otra agravante cuestionada en el motivo, ha de señalarse que los acusados se dirigen a una zona que conocen es frecuentada por

homosexuales, a lo que corresponde el comentario hecho por otro de los acusados a los que le acompañan, de que el lugar está lleno de ellos, que se reafirma en su postura al añadir, ante la pregunta del luego lesionado, que le dan asco, con todo lo cual se trasparenta inequívocamente que la siguiente agresión se lleva a cabo, frente a persona que se supone homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo.

Fallo: confirma aplicación de la agravante del art. 22.4 CP.

Audiencia Provincial:

Orientación sexual

SAP Barcelona de 29 de marzo de 2012. Estima la agravante del art. 22.4 CP

Confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de fecha 29 de julio de 2011 y en la que se condena por delito contra la administración de justicia del art. 464.1 CP con agravante de discriminación por orientación sexual del art. 22.4 CP a una persona que amenaza de muerte a dos mujeres lesbianas porque estas previamente le denuncian por una presunta agresión, las cuales declaran en el relato de hechos probados que le penado actúa con desprecio hacia la orientación sexual de ésta (la víctima) diciéndole hijas de puta, lesbianas de mierda, que me habéis denunciado, que si voy preso os mataré.

Juzgado de lo Penal

Orientación sexual

Sentencia de 27 de octubre de 2014 Juzgado de lo Penal nº 3 Vilanova i la Geltrú

Hechos probados: El acusado, Luis Alberto, español, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, sobre las 23:00 hs del día 09/04/2010, en la Av. Diagonal de Castelldefels se hallaba en compañía de otros dos hombres no identificados, portando los tres estética *skin head* y saltando encima de los coches, ante lo que Ceferino, su pareja sentimental Imanol y un amiga de éstos les llamaron la atención para que depusieran su actitud incívica. Sin embargo, el acusado, de común acuerdo con los hombres no identificados y guiados por el ánimo de ocasionar un mal y menospreciar la dignidad de Ceferino e Imanol con motivo de su orientación sexual, profirieron expresiones tales como maricones de mierda, escoria, os tenéis que marchar de este país y les golpearon, siendo que Ceferino fue golpeado por detrás en la cabeza y acto seguido, con un monopatín, en la parte frontal superior derecha de la cabeza. De igual forma, Imanol fue golpeado con el monopatín en la cabeza, al tiempo que el acusado y sus dos acompañantes les gritaban maricones, maricones, largaos pudiendo abandonar el lugar Ceferino e Imanol tras salir corriendo.

Como consecuencia de estos hechos, Ceferino sufrió lesiones consistentes en traumatismo craneoencefálico. Herida inciso contusa frontal derecha, herida inciso contusa temporoccipital izquierda, erosiones en número de dos a nivel de cabeza y

cuadro vertiginoso, que precisaron para su curación, además de una primera asistencia sanitaria, tratamiento médico quirúrgico consistente en sutura con seda 3/0 (tres puntos en herida frontal y otros tres en la temporoccipital), medicación sintomática y crioterapia, invirtiendo para su completa sanidad diez días de curación de los que 1 fueron impeditivos para el ejercicio de sus ocupaciones habituales, quedándoles como secuelas perjuicio estético ligero por tenue cicatriz postraumáticas de unos 2 x 1 cms. A modo de mácula eritematos en la porción superior de la región frontal derecha, próxima a la raíz del nacimiento del cabello. Ceferino reclama la indemnización que por estos hechos le pudiera corresponder.

Por su parte Imanol sufrió lesiones consistentes en contusión de la zona temporal izquierda que sólo precisaron de una primera asistencia sanitaria, medicación sintomática y crioterapia, invirtiendo para su completa sanidad cinco días de curación de los que uno fue impeditivo para el ejercicio de sus ocupaciones habituales, no quedándole secuelas. Imanol reclama la indemnización que por estos hechos le pudiera corresponder.

Fundamentos de Derecho:

Primero: de las consecuencias de la conformidad. El art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que cuando la acusación y defensa, con la conformidad manifestada por el acusado en el acto de Juicio Oral, soliciten del Tribunal que pase a dictar Sentencia conforme con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal que contenga solicitud de la pena más grave, y ésta no excediera en una duración de seis años, el Tribunal dictará dicha Sentencia de estricta conformidad con os solicitado por las partes.

Segundo: de los hechos y su calificación, de los responsables criminales, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, de la responsabilidad civil y de las costas procesales. Los hechos que se han declarado probados constituyen el delito calificado en el referido escrito de acusación del Ministerio Fiscal, aceptado por las partes, siendo innecesario exponer los fundamentos doctrinales y legales referentes a la calificación de los hechos estimados probados, participación que en los mismo ha tenido el acusado y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imposición de las costas y responsabilidad civil.

En la presente causa concurren, en el delito y en la falta de lesiones, la circunstancia agravante de discriminación por orientación o identidad sexual prevista en el art. 22.4 CP, así como las circunstancias atenuantes de reparación del dalo del art. 21.5 CP y de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP.

Sentencia 24 de julio de 2016 Juzgado de lo Penal nº 1 de Gijón

No existiendo ningún incidente previo, ni provocación alguna por el agredido, la consecuencia lógica que se infiere es que la agresión vino motivada por su previa

manifestación de ser homosexual, afirma el magistrado. El joven tuvo que ser sometido a una intervención quirúrgica con anestesia general como consecuencia de los golpes y tardó más de 100 días en curar, ocho de los cuáles tuvo que permanecer ingresado en el Hospital de Cabueñes. La agresión quedó grabada en las cámaras de seguridad del establecimiento hotelero donde se produjo el incidente. Los jóvenes intentaron durante el juicio justificar su actuación con argumentos que ahora rechaza el magistrado.

El juez considera a los acusados autores de un delito de lesiones con el agravante de haberlo hecho por razón de orientación sexual del agredido. El magistrado enfatiza de hecho que la Policía Nacional había indicado la homofobia como causa del ataque. Ambos acusados contaban con antecedentes penales y uno de ellos, de hecho, se encuentra ingresado en la prisión de Villabona.

6. La situación criminológica en España de los Delitos de odio, con especial atención a los vinculados a la orientación sexual e identidad de género.

Las motivaciones que conducen a cometer delitos de odio comprenden las opiniones preconcebidas negativas, ideas estereotipadas, la intolerancia o el odio dirigido a un determinado grupo que comparte una característica común, como la raza, el origen étnico, el idioma, la religión, la nacionalidad, la orientación sexual, el género o cualquier otra característica fundamental (OSCE, 2003: 13)

En España hasta el año 2010 no se registra de manera sistemática los hechos delictivos relacionados con los delitos de odio. La policía de la Generalitat de Cataluña, los Mossos d´ Esquadra, es el cuerpo policial que comienza la labor de identificación, etiquetamiento y cuantificación de las denuncias presentadas en este sentido a través de un protocolo denominado "procedimiento en hechos delictivos motivados por el odio o la discriminación", de 10 de marzo de 2010[357]. A nivel nacional se realiza un primer paso en 2011 en el proceso de armonización de los datos estadísticos para conocer la dimensión del problema de los delitos de odio. Se realizan modificaciones en el Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC) por parte del gabinete de coordinación y estudios de la Secretaria de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, y el Observatorio Español contra el Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) dependiente de la Secretaria General de Inmigración y de Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social con la intención de registrar de forma precisa y fehaciente cualquier acto susceptible de ser calificado como racista o xenófobo. Estas insuficiencias en los datos concernientes a esta casuística son una constante y común denominador no solo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino también, de las fiscalías, los juzgados y los tribunales. Situación denunciada en repetidas veces por la Unión Europea y por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), la Organización para el Desarrollo y Cooperación en Europa (OSCE), y el Comité para la eliminación de la discriminación racial y el Alto Comisionado de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Así también, es motivo de reclamación por parte de prestigiosas organizaciones no

[357] Disponible: http://gestionpolicialdiversidad.org/pdfdocumentos/procedimientodelitosMossos.pdf.

gubernamentales de lucha por los Derechos Humanos como el Movimiento contra la Intolerancia o Amnistía Internacional. A partir de 2015 por primera vez en las Memorias anuales de la Fiscalía, se comienza a proporcionar datos estadísticos, aunque escuetos, relacionados con los delitos de odio.

En el ámbito europeo, la encuesta EU-MIDIS (2012) que realiza la FRA a los miembros de las minorías étnicas, inmigrantes y grupos sociales en la Unión Europea explica que entre el 57% y el 74% de los delitos de agresión o amenaza y entre el 75% y el 90% de los delitos graves de acoso no son denunciados a la policía. La FRA afirma que la situación es similar para el colectivo LGTBI y judíos víctimas de actos antisemitas (FRA, 2013: 181). Según este documento las principales razones para no denunciar y, a su vez, incrementar la cifra negra son: la falta de confianza de las víctimas en las autoridades policiales y judiciales; una posible percepción subjetiva de que no pasa nada si se denuncia; el miedo a ser expulsado si se está en una situación irregular en el caso de los extranjeros indocumentados; el temor a posibles represalias por parte de los autores del hecho o de la organización a la que pertenecen y el hecho de vivir la discriminación como algo natural o normal en sus vidas cotidianas. En el caso de los extranjeros indocumentados y de las personas sin hogar se produce una interseccionalidad en los factores de discriminación, incrementando los ámbitos que computan como delitos de odio como, por ejemplo: pobreza, origen, orientación sexual etc., y que les coloca en una situación de extrema vulnerabilidad e indefensión.

Otra fuente de datos estadísticos son las Memorias Anuales de la Fiscalía. Hasta el año 2014 los datos que aporta la Fiscalía no son muy fiables y de los 63 procedimientos incoados en este año por delito de provocación al odio del art. 510 CP, solo se formulan dos escritos de acusación debido a las dificultades que para la aplicación práctica del mencionado artículo tiene la interpretación que el Tribunal Supremo hace del verbo típico provocar. A partir de la reforma de 2015 del Código penal, se mejora la recogida de datos del SEC y se produce una notable mejoría de los resultados en este ámbito de aplicación. En la Memoria de 2015[358] la Fiscalía expone que tiene conocimiento de 228 procedimientos judiciales por las diferentes formas de delitos de odio, realiza 84 diligencias de investigación, formula 52 escritos de acusación y obtiene sentencia en 60 ocasiones, las principales causas son por racismo y xenofobia, motivos ideológicos, orientación política y sexual. Posteriormente, tanto en la Memoria de 2016 como en la de 2017[359] se comprueba un incremento de más del 100% de las actuaciones con respecto a los años anteriores para los delitos de odio y discriminación.

Por su parte, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desde el año 2014 cuentan con un Protocolo de Actuación sobre delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación[360]. Este documento delimita y facilita el reconocimiento de estos hechos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Además, incide en las distintas fases de la actuación policial en las que la

[358] Disponible en: www. Fiscal.es/memorias/memoria20116/inicio.html
[359] Disponible en: www.fiscal.es/memorias/memoria2017/inicio.html
[360] Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/PROTOCOLO+ACTUACION/99ef64e5-e062-4634-8e58-503a3039761b

recogida de la información y documentación es crucial, con la intención de mejorar y ofrecer una mayor protección a las víctimas de estas conductas lesivas.

En 2017 el Ministerio del Interior pone en marcha una encuesta sobre experiencias con incidentes relacionados con delitos de odio, que está activa desde el 15 de maro al 31 de diciembre de 2017[361]. Su finalidad es que las personas que no denuncian estas situaciones puedan de manera anónima dejar constancia de su existencia y de su experiencia, y, además, otro objetivo es analizar la actuación policial. La encuesta no tiene éxito, dada su escasa participación, 191 personas. De este sondeo se puede extraer que en el 75,9% de los casos no intervienen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y que en el 96,9% de los casos, el participante no denuncia el delito de odio pese a que casi en un 45% existen testigos de los hechos. Datos que permiten intuir la gravedad real del problema en este tipo de delitos.

En este escenario, asimismo, el Ministerio del Interior publica el último Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España correspondiente al año 2018[362], el sexto publicado por dicho Ministerio desde 2013[363]. Para su cómputo se tienen en cuenta los hechos de los que tienen conocimiento los siguientes cuerpos policiales: Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, Policías dependientes de las diferentes comunidades autónomas y las Policías Locales que facilitan datos al SEC (Servicio Estadístico de Criminalidad). Para el cómputo estadístico de los delitos de odio se utiliza la definición propuesta por la OSCE como toda infracción penal, incluidas las cometidas contras 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. Y el grupo se basa en una característica común de sus miembros, real o percibida, como su raza, origen nacional o étnico, el lenguaje, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género u otro factor similar.

Dentro de la codificación de las estadísticas de criminalidad existe la figura del ámbito o contexto delictivo. El informe anual comprende los siguientes ámbitos que se computan como delitos de odio: antisemitismo, aporofobia, creencias o prácticas religiosas, persona con discapacidad, orientación sexual, racismo/xenofobia, ideología, discriminación por sexo/género, discriminación generacional y discriminación por razón de enfermedad. El informe da cuenta de los siguientes hechos:

Evolución global y su variación con respecto al año anterior

Incidente	2013	2014	%	2015	%	2016	%	2017	%

[361] www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio

[362] Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/informe+2018/ab86b6d9-090b-465b-bd14-cfcafccdfebc

[363] Disponible en: www.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/informe2013DelitosOdio.pdf

Antisemitismo	3	24	700	9	-62,5	7	-22,2	6	-14,3
Aporofobia	4	11	175	17	54,5	10	-41,2	11	10
Creencias p. religiosas	42	63	50	70	11,1	47	-32,9	103	119,1
Discapacidad	290	199	-31,4	226	13,6	262	15,9	23	-91,2
Orientación sexual	452	513	13,5	169	-67,1	230	36,1	271	17,8
Racismo xenofobia	381	475	24,7	505	6,3	416	-17,6	524	26
Ideología				308	S.D.	259	-15,9	446	72,2
Discriminación sexo/género				24	S.D.	41	70,8	35	-14,6
totales	1172	1285	9,6	1328	3,3	1272	-4,2	1419	11,6

Incidente	2017	2018	% variación
Antisemitismo	6	9	50
Aporofobia	11	14	27.3
Creencia o práctica religiosa	103	69	-33
Discapacidad	23	25	8.7
Orientación sexual/identidad de género	271	259	-4.4
Racismo/xenofobia	524	531	1.3
Ideología	446	596	33.6
Discriminación por sexo/género	35	71	102
Total	1419	1598	12.6

Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

La cifra de delitos de odio registrada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en España, a lo largo de 2018 asciende a 1598 incidentes que supone un aumento del 12,6% en relación con el año 2017. Una de las razones que puede explicar este aumento es la consolidación de la Oficina Nacional de lucha contra los delitos de odio perteneciente al Gabinete de Coordinación y Estudios y permite un mayor y mejor registro de hechos delictivos, entre otras. Los tres ámbitos que mayor número de incidentes se registran en al año 2018 son los de ideología, racismo/xenofobia y orientación sexual e identidad de género. En el caso concreto de la discriminación por sexo/género pese a tener un menor porcentaje dentro de los delitos de odio de 2018, es el ámbito que mayor aumento sufre (102,9%) en valores absolutos, al pasar de 35 a 71 casos de un año a otro.

Bommes y Geddes (2010: 34) advierten que el aumento de la xenofobia correlaciona con periodos de alta inmigración. También se conexiona con períodos de crisis económica cuando la aminoración de recursos (empleo, prestaciones sociales, servicios públicos, etc.) eleva la competencia entre quienes los precisan. Sin embargo, los hechos delictivos de odio por razón de orientación o identidad sexual habrían descendido un 4.4 % del año 2017 al 2018 y supondrían el 16.2% del total de los incidentes. Teniendo en cuenta que, en el Informe de 2017, la tasa de variación es del 17.08%, lo que implica un aumento de casi el 20% con respecto al año anterior y supondrían el 19 % de los incidentes. En términos generales se produce un aumento del 12.6% de incidentes totales en relación con el año 2017.

Distribución por tipología delictiva:

Tipo de hecho	Total	%
Amenazas	320	20
Lesiones	278	17.4
Daños	173	10.8
Otros contra la constitución	110.6	6.9
Actos racistas/xenofobia en el deporte	95	5.9
Discriminación	94.5	5.9
Injurias	76	4.6
Trato denigrante	68	4.3
Hurto	67	4.2
Resto	320	20
Total	1598	100

Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

Los delitos de odio pueden incluir amenazas, daños a la propiedad, asalto, asesinato o cualquier otro tipo de delito cometido con una motivación aversiva. Las amenazas son el tipo delictivo con mayor incidencia con un 20% del total de incidentes, seguido por las lesiones y los daños con un 17 y 10% respectivamente.

Distribución por lugar de la comisión del hecho:

Lugar	Nro
Vía pública urbana y otras vías de comunicación	574
Viviendas	523
Establecimiento de hostelería ocio y otros	208
Campo de fútbol/instalaciones deportivas	97
Espacios abiertos	60
Centros religiosos	35
Otras instalaciones/recintos	301

Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

Según esta información el sitio donde se cometen mayores agresiones es la vía pública con un 31% de incidencia por lugar de comisión, seguido por las viviendas con un 29%, respectivamente.

Representación territorial de hechos relativos a delitos de odio en el año 2018:

Tasa de delitos de odio por cada 100.000 habitantes

Hechos conocidos: 1598

Esclarecimiento: 885

Detenciones/investigados: 548

Representación territorial CCAA Tasa delitos de odio cada 100000 habitantes

Cataluña	7.9
La Rioja	7.3
Melilla	6.9
País Vasco	5.5

Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

Estas Comunidades Autónomas registran un mayor número de delitos de odio en 2018.

Provincias	%
Girona	10.9
Tarragona	10.6
Lleida	7.4
La Rioja	7.3
Barcelona	7.1
Melilla	6.9
Bizkaia	6.7
Burgos	5.9
Gipuzkoa	4.6
Ávila	4.4

Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

Perfil de la víctima: ámbito sexo y edad

Victimizaciones por delitos de odio	Hombre	Mujer	Pers. Jur./desc.	Total	%
Antisemitismo	3	1	1	5	0.3
Aporofobia	12	4	0	16	1.02
Creencias o prácticas religiosas	36	24	0	60	3.85
Personas con discapacidad	14	13	0	27	1.73
Orientación sexual e identidad de género	213	99	0	312	20.03

Racismo/xenofobia	247	215	1	463	29.73
Ideología	413	165	3	581	37.31
Discriminación sexo/género	38	32	0	70	4.49
Discriminación generacional	6	8	0	14	0.89
Discriminación por razón enfer.	6	3	0	9	0.57
Total victimizaciones	988	564	5	1557	100

Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

Victimización por tipología penal y sexo

Tipo de hecho	Hombres	Mujeres	Pers. Jur.	Total
Amenazas	224	121	1	346
Lesiones	229	101	0	330
Daños	88	41	1	130
Otros contra la constitución	81	41	0	123
Discriminación	56	38	1	95
Injurias	49	36	1	86
Trato degradante	49	27	0	76
Hurto	47	18	0	65
Coacciones	36	19	0	55
Resto	128	122	1	251
Total delitos de odio	988	564	5	1557

Fuentes: Ministerio del Interior, 2018.

En cuanto a las víctimas, la mayoría que sufren este tipo de delincuencia (orientación sexual e identidad de género) son personas pertenecientes al sexo masculino (más del 63%), y con una edad comprendida entre los 26 y 50 años. Según la distribución, la nacionalidad con mayor cantidad de víctimas es la española con un 61.3% del total, siendo la cifra de víctimas extranjeras un 38.7%. Las víctimas por orientación sexual e identidad de género suponen el 30% del total de victimizaciones de delito de odio en el segmento de edad con mayor incidencia que es de 26 a 40 años.

Perfil del autor: ámbito, sexo y edad. Detenciones/investigados según sexo

Detenciones	Hombre	Mujer	Total
Antisemitismo	2	1	3
Aporofobia	21	0	21
Creencias o prácticas religiosas	15	1	16
Persona con discapacidad	11	4	15
Orientación sexual	94	11	105

e identidad de género			
Racismo/xenofobia	156	38	194
Ideología	112	21	133
Discriminación por sexo/género	49	4	53
Discriminación generacional	3	4	7
Discriminación por razón de enfermedad	0	1	1
Total	463	85	548

Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

Detenciones por tipología penal y sexo

Tipo de hecho	Hombres	Mujeres	Total
Lesiones	133	16	129
Amenazas	67	12	79
Discriminación	58	18	76
Otros contra la constitución	31	2	33
Trato degradante	22	7	29
Injurias	24	4	28
Robo con violencia o intimidación	13	3	16
Riña tumultuaria	14	0	14
Desórdenes públicos	13	1	14
Resto	108	22	130
Total delitos de odio	163	85	548

Fuente: Ministerio del Interior, 2018.

Con respecto al perfil del autor detenido/investigado por delitos de odio por orientación sexual e identidad de género, principalmente es de sexo masculino 90.3% y 10.5% femenino, y dentro del rango de 18 a 25 años, con un 86.1% de sexo masculino, registrando la mayor incidencia. Y siendo la mayoría de los detenidos de nacionalidad española 79.7%. De entre los detenidos de nacionalidad extranjera destacan aquellos procedentes de Marruecos y Colombia. Y las detenciones por tipología penal: se producen en orden de importancia, lesiones, amenazas y discriminación tanto realizadas por hombres como por mujeres. Los ámbitos de ideología, racismo y xenofobia y orientación sexual e identidad de género tienen una mayor incidencia de hechos lesivos como ocurre en años anteriores. Y las amenazas, injurias y discriminación (discurso del odio o ciberodio) son los hechos delictivos con mayor incidencia, siendo internet (45.2%) y las redes sociales (25.9%) los medios más empleados (Informe 2018: 39).

El análisis de las cifras de los delitos de odio en España y particularmente por orientación sexual e identidad de género proyectan un escenario preocupante. Unas cifras que desde que se empiezan a registrar no paran de aumentar. Teniendo en cuenta que, si se produce algún descenso en ejercicios posteriores a 2013, año de inicio de los informes, se comprueba que corresponde a algún evento coyuntural que no rompe la tendencia alcista. Es por estos motivos, entre otros, que surge la necesidad de un mejor diseño estadístico para una óptima obtención de datos útiles que mejoren los protocolos de actuación y la aplicación de políticas públicas y, en definitiva, para reducir la cifra negra. Es importante vincular los datos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con información de la Fiscalía, en este sentido, es necesario conocer, número y tipo de diligencias de investigación, procedimientos judiciales, tipos de delitos y faltas por las que se dictan sentencia, número de casos en los que se aprecia la agravante de discriminación del art. 22.4 CP y casos de faltas donde se aprecia una motivación discriminatoria. Además, es necesario saber cómo finalizan los procedimientos, resoluciones de fondo, penas, medidas impuestas y, en su caso, reparaciones concedidas a las víctimas, etc. De esta manera, la información colaboraría para obtener un cuadro más certero del fenómeno de los delitos de oído y discriminación.

Por otra parte, la legislación es solo una parte de la respuesta al problema del crimen de odio, en combinación con otras herramientas como la formación de los operadores de justicia y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que pueden ser en sí mismas un poderoso catalizador para producir cambios en las actitudes sociales y para mejorar la eficacia y eficiencia de la ley.

TERCERA PARTE:

CONSECUENCIAS SOCIALES Y BIOGRÁFICAS. LOS PROCESOS DE VICTIMIZACIÓN.

"Nuestras bellas almas siempre son racistas", J. P. Sartre (1961)

Capítulo IX

1. Las consecuencias sociales de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género.

La connivencia social respecto a los estereotipos y los prejuicios contribuye a insensibilizar a la sociedad de sus propios problemas y, en consecuencia, a normalizar distintas violencias. La sociedad comparte muchos de estos estereotipos y prejuicios con los victimarios y, en muchas oportunidades, otorga soporte ético y moral a través de ciertos discursos que "blanquean" y justifican los comportamientos lesivos. El fenómeno de los delitos de odio no es un tema nuevo en España. Sin embargo, desde hace aproximadamente una década cambia la percepción y la valoración que se hace de ellos. Los delitos de odio están considerados potencialmente perjudiciales y peligrosos para la sociedad porque causan un importante trauma en las vidas de las víctimas y, además, producen indirectamente considerables daños y perjuicios a comunidades enteras. Las consecuencias sociales de los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género están relacionadas con el efecto perverso que estas conductas delictuosas tienen en las víctimas, efectos físicos y psicológicos más severos que los que producen delitos similares sin motivación de odio.

Las violencias motivadas por el odio a la diversidad sexual atacan el núcleo duro de la identidad de las personas, agreden su dignidad, el valor de la persona *per se*. Estas víctimas poseen una característica específica y simultánea: son víctimas de riesgo y víctimas especialmente vulnerables. Las víctimas de los delitos discriminatorios sufren agresiones reactivas, que son aquellas violencias gratuitas sin ningún objetivo concreto más allá de dañar a otro. Y también son víctimas de agresiones proactivas que son conductas con un fin instrumental dirigidas a influir a terceros mediante actos intencionalmente provocados. Sin embargo, los delitos de odio *per se,* se encuadran más en el segundo tipo de ataques, tienen en su fundamento aspectos cognitivos, afectivos y emocionales, contienen en su esencia una motivación de aversión. Los delitos violentos quiebran la sensación de seguridad del ser humano.

Las personas afectadas por las violencias relacionadas con sus caracteres identitarios desarrollan estrategias de defensa que consisten en una cierta invisibilización para poder convivir con ello o como mínimo para reducir el riesgo de reincidencia. Y también de negación de los hechos. Sin embargo, las características identitarias que definen a estas personas no se pueden ocultar. Por lo general, las personas afectadas desconocen sus derechos como para denotar que lo que están viviendo es un hecho punible y, por ende, no denuncian. Esta situación nos coloca delante de la cifra negra y la favorece, y también, ampara y, en cierta manera, fomenta la impunidad de los autores. Además, las víctimas no conocen a las instituciones involucradas ni las dinámicas policiales ni judiciales. En muchas oportunidades estos hechos se viven en silencio generando sentimientos de angustia, miedo, culpa, enfado, ira, venganza, depresión, etc.; y los efectos negativos sobre la mente de la persona victimizada pueden prolongarse hasta más de cinco años después del incidente (Willis, 2008: 569).

Ante este tipo de delitos y una situación preocupante, la sociedad civil organizada reacciona y crea asociaciones, grupos, observatorios, o simplemente, reorganiza entidades ya existentes y las redefine con el objetivo de optimizar los recursos y conocimientos. En un escenario precario donde los recursos escasean y las crisis son una constante, incluida la crisis post-Covid, la agrupación en red de las diferentes asociaciones del colectivo LGTBI parece ser una vía alternativa a la institucionalidad. Por su parte, las instituciones son conscientes de la situación. Sin embargo, tres son los ejes en los que se plantean los retos para afrontar el problema de los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género: la sensibilización, la concienciación y la formación de los funcionarios.

Tratamiento jurídico y consecuencias en las víctimas.

Los delitos de odio como legislación específica surgen en un contexto de expansión penal y de reivindicación política de ciertos grupos sociales. Esta normativa contiene reivindicaciones ideológicas a favor de las víctimas y se configura como un régimen diferenciado al abrigo de las políticas liberales. Se dota a las leyes de delitos de odio de una función simbólica, un simbolismo de seguridad y eficacia. Podemos definir el Derecho penal simbólico como tipos penales, conductas típicas, antijurídicas y punibles reconocidas por el ordenamiento jurídico que tienen como objetivo actuar como un placebo social o de seguridad. Estos tipos penales raramente se aplican o solo con fines demostrativos y sirven para justificar ante el ciudadano una perspectiva de política criminal que calme sus angustias y demandas y que le permita creer que el Derecho penal es una herramienta válida para la protección de la sociedad. Se intenta decir a la sociedad que el Estado no tolera el odio. No obstante, su aplicación es casi inexistente. En este sentido, Díez Ripollés (2002: 91) manifiesta que en el ordenamiento penal español el art. 510.1 CP se configura como una ley aparente, es un precepto estructurado sobre elementos subjetivos que está caracterizado por una formulación y técnica legislativa defectuosa que lo hace inaccesible a las condiciones del proceso penal, que es el medio ineludible para llegar a la imposición de una condena. Sin embargo, Zaykowski (2010: 378) considera que lo que justifica este tipo de desarrollo legislativo es la necesidad de proteger los derechos individuales y colectivos salvaguardados en los tratados internacionales, ya que a través de estos convenios es como las víctimas de este tipo interpretan los incidentes calificados como delitos de odio y también es donde se refleja el grado en el que las leyes son o pretenden ser eficaces. También es sustancial comprender que este tipo de Derecho y legislación tiene un precursor indispensable: los medios de comunicación masiva. Estos construyen y vehiculizan la opinión pública que presiona para legislar en un sentido determinado, donde prima el interés político centrado en la carga punitiva de los tipos penales para dar solución a los problemas sociales, sin atender a la doctrina ni la jurisprudencia.

Con la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito y las reformas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que contiene, se inicia un cambio importante en la concepción del proceso penal. En esta ley se traspone la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, sobre las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. La víctima recupera parte de su protagonismo

en el procedimiento a través de importantes medidas que se concretan en modificaciones como la creación de cauces de participación de la víctima en la ejecución de las penas (derecho de la víctima a impugnar ante los Tribunales las resoluciones por las que se dispone la posible clasificación del penado en tercer grado o permiso de salida), entre otras.

A través de esta normativa los poderes públicos buscan la mayor reparación posible del daño sufrido por las víctimas y minimizar los efectos traumáticos psicológicos, sociales, morales, etc., fruto del hecho delictivo. A nivel personal, se tiene en cuenta las necesidades de especial protección de las víctimas en las que concurran factores de especial vulnerabilidad. Por la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios ocasionados se valorarán las necesidades de protección (delitos por motivos discriminatorios, xenófobos, etc.). Y también se tendrán en cuenta las circunstancias de los delitos (delitos violentos, e.g.). Sin embargo, la eficacia real de gran parte de los derechos que se reconocen a las víctimas en esta nueva ley, como la protección efectiva, información puntual y comprensible, valoración individualizada, disponibilidad de traductores e intérpretes, asistencia jurídica gratuita, oficinas de atención a las víctimas, servicios asistenciales, implantación de sistemas de mediación, etc., pasan fundamentalmente por la disponibilidad de recursos, de personal, y así también, como por la formación de los profesionales involucrados en los distintos casos y áreas. Es notoria también la insuficiencia en la regulación de cuestiones importantes, como es lo relativo al ejercicio de la acción penal de las asociaciones de víctimas o personas jurídicas, materia que no se ha articulado ni desarrollado en la última reforma. En este sentido, es sustancial la distinción clara entre acusación particular y popular, ya que sus presupuestos, requisitos y posibilidades de actuación procesal son diferentes. Todas estas cuestiones afectan negativamente al principio de legalidad que debe prevalecer, y también, provocan una disminución de la seguridad jurídica de los operadores jurídicos y de las víctimas. Teniendo en cuenta que todas estas cuestiones están relacionadas con los valores y principios esenciales del Estado de Derecho.

Por lo que todavía queda bastante trabajo pendiente para implementar y lograr la efectividad de las reformas legislativas aprobadas. Si bien no es objeto de este trabajo de investigación es sustancial destacar que para el logro de la efectividad de esta legislación también es necesaria una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que actualice el sistema procesal penal, en lugar de soportar modificaciones parciales. A pesar de la pretendida unificación del Estatuto de la víctima en una sola ley, sigue imperando la dispersión normativa, lo que provoca problemas de interpretación, consecuencia también de las rectificaciones parciales.

A partir de la reforma penal de 2015, se configuran unos tipos penales (delitos de odio) en los que la vulnerabilidad de la víctima o su pertenencia a un grupo determinado (diana) que ostente alguna característica, física, psicológica o social sospechosa de discriminación, convierte la conducta en delictiva o incrementa el injusto (Tapia Ballesteros, 2017: 356). El odio no es una exigencia para que se colme el tipo (los sentimientos no son sancionables), sino que resulta suficiente con que el sujeto activo actúe con motivos o intenciones discriminatorias (ánimo de discriminar),

independientemente que estos provengan de un sentimiento de odio, de pena, o incluso, de piedad (Díaz López, 2013: 241). Es la materialización de los prejuicios con la suficiente entidad lesiva lo que constituye el acto discriminatorio. Sin embargo, esta nueva legislación es poco aplicable debido a una mala técnica legislativa que provoca una gran indeterminación de los tipos penales que favorece su inaplicación. Asimismo, por la dificultad de demostrar la motivación del sujeto activo en sede judicial. Por otro lado, el desarrollo jurisprudencial del discurso del odio del art. 510 CP se produce en función de nuestra historia reciente del terrorismo vinculado a ETA (enaltecimiento del terrorismo y justificación y negacionismo). Esto implica que el discurso del odio se vincule a expresiones que tiendan a crear un clima que favorece la realización de actos delictivos en vez de incitar a la discriminación. Y también, la falta de paralelismo entre unos tipos penales y otros en relación con los colectivos sociales protegidos crea grietas en las sistemáticas adecuadas y necesarias entre los delitos antidiscriminatorios para una correcta protección de los colectivos tutelados, siempre en detrimento de las víctimas.

Victimización y desvictimización: consecuencias psicológicas, emocionales y sociales.

En las sociedades del bienestar las víctimas siempre son incómodas, ponen en evidencia el desigual reparto de la riqueza y nos recuerdan lo frágil del sistema económico-social. Las víctimas de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género son personas agredidas, violentadas, humilladas, etc., por alguna característica identitaria de la que no se pueden desprender, son víctimas de riesgo y víctimas especialmente vulnerables. Lo que las convierte en víctimas potenciales y fáciles, en cierta manera, para el agresor o para ser agredidas (riesgo); y especialmente vulnerables porque tienen una mayor probabilidad de sufrir un intenso impacto emocional tras el acto violento. Además, tradicionalmente, el grupo de la diversidad sexual es un colectivo históricamente denostado por transgredir las normas del ordenamiento sexual y de género. Razón de peso, en la lógica fóbica, para considerar que estas personas no merecen tener la atención que les corresponde en una situación de victimización, lo que alienta posibles revictimizaciones. Por lo tanto, la violencia estructural interrumpe la autonomía de los sujetos y los mantiene en lo abyecto, en lo servil, en lo odioso, etc. Inhibe su desarrollo en tanto ciudadanos y coarta el disfrute pleno de los derechos. El punto de partida de estas víctimas reside en un sistema estructurado de relaciones de poder asimétrico. Estas estructuras de dominio son parte de la cultura y del género que construyen relaciones de poder donde algunas personas con ciertas características reproducen prácticas que colocan a otros sujetos en posición de subordinación (Butler, 1992: 173). Lo que quiebra la identidad de la persona afectada es la violencia intencional, brutal e injustificada generada por otra persona.

La víctima de este tipo de delitos, en muchas oportunidades, no es consciente de que ha sufrido un delito y, en otras, si lo saben, pero no le dan la suficiente importancia ante un escenario de violencia normalizada. Esta situación coloca a la víctima del colectivo LGTBI en una situación precaria para reclamar y ejercer sus derechos ante las instituciones y ante el posible rol de asistible. Una vez producida la victimización es sustancial que la persona sea consciente que el hecho traumático que ha sufrido es un

delito y que ella es una víctima. La asunción de esta posición, de esta conciencia, es lo que le permite dar el paso para denunciar y, en consecuencia, confiar en las instituciones, funcionarios, profesionales, etc. para lograr un resarcimiento del tipo que fuere ante el trauma.

La visibilidad social de este tipo de víctimas radica en las manifestaciones de violencia extrema, gratuita e irracional de las agresiones y esta situación es un factor importante para su consideración y reconocimiento social. No obstante, la visibilización de las víctimas por delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género muchas veces es un reflejo desviado de la realidad, ya que la representación social de este colectivo a través de los medios de comunicación masiva tiende a desprestigiarlas al asociarlas a estereotipos y prejuicios negativos y a dar una imagen alejada de la realidad. La actitud que la población general adopta ante las víctimas es decisiva para la propia percepción de ellas como tales y para su actitud frente a sí mismas (Baca, 2003: 239).

La victimización obliga a la víctima a un proceso de deconstrucción identitaria forzada, lo que le servía para vivir dejar de servirle. Los hechos violentos más traumáticos pueden dejar secuelas o cicatrices psicológicas permanentes en las víctimas que condicionan su vida, e incluso, las hacen más vulnerables a las enfermedades. El recuerdo de la violencia y el dolor se vuelve recurrente, obsesivo, automático y omnipresente. Y, esta situación se agrava cuando la víctima se culpa por ello. La pérdida de la normalidad, de la rutina que implica la sensación de seguridad desestructura la vida de la víctima, esta quiere olvidar, pero no puede. La víctima sufre un trauma, un malestar emocional-psicológico fruto de la agresión que puede cronificarse a lo largo del tiempo (Pereda, 2013: 21).

Los sucesos traumáticos generan terror e indefensión a la víctima, ponen en peligro su integridad física y psicológica al colocarlos en una situación emocional difícil de manejar e incapaz de afrontar con los recursos psicológicos habituales. La violencia quiebra el sentimiento de seguridad de la persona afectada en sí misma y también en los demás, el elemento clave es la pérdida de la confianza. El daño psicológico que padece la víctima se refiere a las lesiones psíquicas agudas producidas por el evento violento, y también, a las secuelas emocionales que persisten en el tiempo hasta cronificarse. La mayor o menor incidencia psicológica de la conducta violenta en la víctima dependerá de su vulnerabilidad psicológica, es decir, de su equilibrio emocional y de los factores psicológicos como: baja autoestima, desequilibrios psicológicos anteriores, adicción a las drogas, agorafobia, depresión, aislamiento, etc. que agravan el impacto psicológico del hecho traumático por desesperanza e indefensión. También esta situación dependerá de la red social, del apoyo suficiente o insuficiente, de la familia, amigos, etc., y de los aspectos cognitivos, si la persona posee capacidades para generar información en base a los procesos de aprendizaje y experiencia.

Las consecuencias psicológicas de las víctimas pueden variar, pero pueden resumirse en consecuencias a corto plazo: en que la persona adopta una postura de incredulidad ante el evento violento, de parálisis, de negación en que la ansiedad y la afectividad se ven

dominadas por sentimientos de vulnerabilidad, impotencia, aislamiento y bloqueo. Esta situación conmociona a la víctima y le impide pensar con claridad y aceptar lo ocurrido.

A medio plazo, la persona intenta integrar el hecho traumático dentro de su percepción, de sus valores, de sus esquemas personales. Intenta comprender la lógica del hecho, su causalidad. Sin embargo, se altera su vida cotidiana, se siente incapaz de afrontar lo sucedido, teme reincidencias por lo que se aísla y tiene importantes consecuencias en su vida social. El trauma puede producir humillación, desvalimiento, quiebre de la sensación de seguridad y de la confianza en las personas, interferencias negativas en la vida diaria como la incapacidad de amar, expresar emociones, incapacitación para el trabajo, asilamiento, depresión, etc., y se pueden manifestar a lo largo del tiempo. Asimismo, pueden surgir sentimientos que se retroalimentan como el dolor, miedo, sentimiento de injusticia, venganza, abandono, etc. Lo que genera daño psicológico en la víctima es la amenaza contra su integridad ante una lesión física grave y la percepción de los actos violentos como intencionados. Y el daño psicológico suele ser mayor si las consecuencias del hecho delictivo son múltiples (Echeburúa; Coral; Amor: 2002: 139).

Los delitos violentos poseen un efecto expansivo que afectan a los círculos cercanos de las víctimas directas, estos círculos secundarios están compuestos por familiares, amigos, compañeros de trabajo, etc. que, a su vez, se convierten en víctimas indirectas. Estas experiencias traumáticas basadas en la humillación generan sentimientos encontrados en las víctimas como venganza, rencor, resentimiento, etc. El rencor afecta a nivel cognitivo (pensamiento de venganza), afectivo (ira) y conductual (distanciamiento o enfrentamiento con el ofensor). El resentimiento consiste en sentirse dolido y no olvidar, pero el resentimiento enfermizo consiste en una hipersensibilidad para sentirse herido, dañado, maltratado lo que lleva a una deformación de la realidad. La humillación produce el rencor y el posterior resentimiento es la causa del deseo de venganza. Sin embargo, la venganza es un acto de represalia sin beneficio, siempre es excesiva y resulta insaciable genera un círculo vicioso e inagotable. La venganza es como el odio nunca termina de satisfacerse, y a todos los efectos, impide cicatrizar la herida de la víctima y dificulta la superación del evento traumático y, en última instancia, entorpece la reincorporación de la persona a la vida. Estar anclado en el resentimiento produce insatisfacción y empobrecimiento de la vida, y en algunos casos, intensifica los síntomas de depresión y ansiedad preexistentes (Echeburúa, 2013: 65). Sin embargo, el odio inicial de la víctima hacia el agresor se transforma civilizadamente, en la mayor parte de las víctimas, en la petición y el anhelo de que se haga justicia (Baca, 2006: 253). En este sentido, Carla de 50 años transexual de Barcelona de profesión dependienta explica: *vivo en Calafell y nunca había tenido ningún problema. Una tarde de fin de semana venía en el tren y unos chavales me comenzaron a molestar diciendo tonterías (¿insultos, travelo, eres travelo?,). En un principio no les hice mucho caso, pero al acercarse el tren a mi estación me dispuse a bajar y me siguieron, ya en el andén siguieron molestándome y me enfadé un poco y les dije que me dejaran de molestar. Pero se envalentonaron, eran tres, y uno me tiró una lata de cerveza a la cara. Yo intenté que no me diera, pero me provocó un corte en una ceja con bastante sangrado. Me enfurecí e intenté defenderme, pero se abalanzaron*

sobre mí y me dieron patadas, puñetazos, escupitajos, insultos, etc. Acto seguido se fueron corriendo y yo quedé desparramada en el andén que estaba lleno, pero nadie hizo nada y me sentí fatal. Solo una señora se apiadó y me ayudó a levantarme. Me incorporé, me adecenté y lo que sentí en ese momento además de indefensión, fue furia, enfado, angustia, ganas de llorar y también en cierta manera quería cogerlos (a los atacantes), quería venganza y matarlos a golpes. No te puedo explicar lo que sentí porque me agredieron gratuita y salvajemente yo ni los miré, no entendía el porqué de tanta violencia. En esos momentos te sientes tan agraviada que te sientes como una mierda. Esta gente te hace sentir menos que una persona. Ante el shock de lo ocurrido lo que quería era llegar a mi casa, quería esconderme, no sé bien lo que sentía, pero quería llegar a mi casa rápidamente. Estuve mucho tiempo bastante atemorizada, aislada y nunca denuncié. Yo como transexual femenina he tenido diversas experiencias tanto con la Fiscalía cuando vivía en el centro de Barcelona como con la policía que me han hecho comprender que mejor es estar alejada de ellos. No quiero perder más el tiempo, soy una persona bastante normal y lo quiero es vivir en paz. Sin embargo, este hecho me trastocó la vida.

Teniendo en cuenta la capacidad que las víctimas pueden tener para enfrentar este tipo de delitos se sirven de recursos cognitivos y conductuales y desarrollan dos tipos de estrategias: una centrada en la emoción o paliativa y otra centrada en el problema o activa. La paliativa tiende a negar el problema mediante el uso de drogas, falta de autorreferencia como víctima, aislamiento, alcohol, etc., la víctima cree que no se puede hacer nada. Por su parte, la reactiva busca la aceptación en el camino del resarcimiento, busca el apoyo institucional o asociativo que de recursos y solucione de alguna manera el problema. Sin embargo, para este segundo caso es indispensable una red social estable que permita de alguna manera el acceso a las instituciones. Dentro de las redes sociales el asociacionismo se configura como uno de los instrumentos más valiosos e importantes con los que cuenta la sociedad civil organizada, cumplen un papel fundamental en la sensibilización de problema y en el acompañamiento de la respuesta personal, social y judicial del evento traumático, neutralizando de alguna manera, la sensación de impunidad, abandono e indefensión de las víctimas que prima en ellas con respecto a la institucionalidad.

Las víctimas deben dejar de serlo lo antes posible, ser víctima es un estado transitorio no un rasgo, y se deben mantener el tiempo necesario en que los mecanismos adaptativos del sujeto reparan la experiencia sufrida. Es importante que la víctima no se instale en el desvalimiento porque tiene importantes consecuencias en su identidad. El desamparo, la indefensión continuos prolonga el duelo y evita que la persona se incorpore y comience nuevos capítulos de su vida. La condición de víctima más o menos permanente (expectativa de reparación siempre insatisfecha, petición de justicia más allá de los establecido legalmente, deseo de venganza, exigencia de influir en las normas legislativas y penales), está ligada a la construcción de la identidad de la víctima o a la narrativa del proceso de victimización (Baca, 2010: 23).

En la transición del proceso de la victimización a la desvictimización el perdón asume un papel fundamental y necesario en al cambio de actitud y sentimiento de la víctima.

Perdonar supone la renuncia a la venganza, al rencor y a los resentimientos. Sin embargo, perdonar es una decisión personal, no es un acto automático, sino que debe germinar en la conciencia de la víctima. El perdón permite una vida sin ira, sin afanes vengativos, e implica la atenuación de emociones, conductas y juicios negativos; puede tener unos efectos psicológicos positivos para la víctima: reconciliarse consigo mismo y recuperar la paz interior (Echeburúa, 2004: 191).

Ricardo, de 29 años de Barcelona y de profesión informático explica que: *tuve una experiencia fatal de agresión que me cambió la vida. Me agredieron gratuitamente a un amigo y a mí por el Paseo de San juan cerca del Arco de Triunfo. Las razones nunca las entendí, pero ahora te puedo hablar de ello porque ya ha pasado un tiempo. Me quedé bastante traumatizado y tarde bastante tiempo en pasar a la acción, me refiero fundamentalmente a pedir ayuda psicológica. Porque nunca denuncié, en el momento te quedas tan mal que estas paralizado y lo que menos piensas es en denunciar. Llegó un momento que me di cuenta de que tenía que pedir ayuda psicológica porque no era normal la ansiedad y el miedo que cogí repentinamente a todo. Además, consumía lúdicamente drogas, alcohol, marihuana, mdma, pastillas, etc. Soy consciente que resentimiento y el dolor que me provocó todo ello lo intenté tapar con el placer de las drogas. Ahora estoy mejor, sin embargo, todavía vivo hoy en día con miedo. Ya no tengo aquella sensación de que puedo moverme tranquilamente como gay por Barcelona porque es una ciudad gay friendly. Eso pasó a la historia, cada vez más oigo otras historias de amigos, en las que son agredidos sin sentido y de forma muy violenta. Es una pena, en los últimos años algo ha cambiado, la calle ya no es tan segura, eso te lo puedo asegurar.*

El perdón no es olvido, para perdonar es necesaria la memoria del agravio. Si se olvida el daño sufrido, entonces no hay nada que perdonar. No se trata de un olvido pasivo o amnésico, sino de un olvido activo, que olvida la deuda, pero no los hechos y que entierra ese agravio desde el reconocimiento expreso de su existencia, renunciando a la venganza. El perdón es la antítesis del olvido (Mullet, 2012: 137).

<u>El papel de los medios de comunicación masiva.</u>

Los medios de comunicación masiva y su indudable y penetrante poder en el *homo videns* (Sartori, 1998: 35) de la sociedades tardocapitalistas, presentan un mundo plagado de estereotipos que alimentan los prejuicios en torno a la diversidad sexual. La representación de la alteridad cultural en los discursos mediáticos juega un papel protagonista al crear y reproducir incesantemente imágenes estereotipadas y prejuicios de personas y grupos sociales minoritarios que favorecen los procesos de discriminación. Los relatos emitidos por los *mass media* permiten denotar claramente una construcción descriptiva en relación con la diversidad que bascula entre la criminalización y la victimización. La alteridad está dominada por las lógicas del conflicto, la dramatización y la espectacularización (Vasilachis de Gialdino, 2003: 14). Asimismo, el sujeto-víctima posibilita a la sociedad el contar con una imagen más digerible del diferente, más cercana, basada en el reconocimiento de ciertos aspectos

humanos universales, aunque próxima a la incapacidad que necesita ser tutelada o a la incompetencia (Smith, 1978: 68).

Los medios de comunicación masiva visibilizan, jerarquizan, tematizan hechos y aspectos de la vida social. De esta manera, visualizan y significan determinadas realidades, conciben y establecen los marcos de sentido que sirven para la creación y la instauración de consensos, dan forma a los problemas sociales y, también, crean y consolidan estereotipos y prejuicios. Asimismo, se configuran como instrumentos de máxima importancia en la producción de modelos de identidad y de alteridad. Este proceso creativo está basado en los discursos y relatos a través de los cuales los medios informan sobre los grupos sociales minoritarios y configuran el conocimiento social del otro. Estos contenidos significan, estructuran y reafirman la categoría social del diferente.

El marco general por el cual los medios de comunicación masiva instalan la relación intercultural es la dimensión centrada en la dicotomía entre lo local y lo foráneo. Esta perspectiva de tipo espacial que se aplica a la otredad fundamenta una distinción nosotros-ellos que está determinada por la inclusión o por la exclusión jurídico-administrativa que instituyen los Estados nacionales. Esta referencia al adentro-afuera, determina tácitamente dos comunidades simbólicas que son representadas como homogéneas, frente a una sociedad que se muestra como descentralizada y con miembros diversos en cuanto a intereses, idiomas, raíces, orígenes, orientaciones sexuales, identidades, etc. En relación con el colectivo LGTBI, la imagen que se presenta se aleja paulatinamente de la visión morbosa y estereotipada de antaño. No obstante, la representación que se transmite presenta a estas personas enmascarando una realidad amplia, diversa y plural. Por otro lado, el tema de la diversidad sexual y el de la pluralidad de identidades sexuales cobran protagonismo, ante un tratamiento dubitativo y escaso en los medios públicos y, desinformado y prejuicioso en los privados. El desarrollo argumentativo contempla el uso de ciertas prácticas discursivas recurrentes, entre las que sobresalen la descontextualización, la consolidación de viejos estereotipos y la estigmatización social del extraño (Brünner, 2004: 52). Referente a este aspecto, una informante, Ana de 42 años, de Barcelona psicóloga del movimiento asociativo LGTBI mantiene que*: los medios de comunicación masiva tienden a la espectacularidad, y asocian sutil, y otras veces de manera manifiesta, conductas inadecuadas socialmente, incluso, morbosas, insanas y perniciosas a identidades sexualmente diversas. Adjetivando negativamente a dichas personas*.

Las representaciones y los discursos en los medios de comunicación masiva sobre la población LGTBI afectan negativamente a las imágenes y autorreferencia que estas personas tienen sobre sí mismas, y, en especial, a las relaciones que el resto de la sociedad establece con ellos, concentradas a menudo en acciones violentas tanto simbólicas como materiales que llevan a la exclusión y a la discriminación (Fejes y Petrich, 1993: 396). En este sentido, Perrin, Roca y Parini (2012: 4) sostienen que la homofobia engloba la complejidad de estructuras y de fenómenos de estigmatización y de discriminación fundados sobre la no adecuación con la heteronormatividad, al alterar las reglas de género.

Martínez (2016: 80) explica que nos encontramos ante una violencia mediática inusitada que silencia los contenidos que expone sexualidades más allá de lo normativo o que los ofrece de acuerdo con una serie de estereotipos. De esta manera, los medios privilegian la hegemonía de la heterosexualidad en el sistema ideológico, representándola como una institución y, por tanto, como una realidad natural y objetiva, que viene dada, inalterable y coaccionadora. El efecto de ese relato cultural en las personas parece evidente si se tiene en cuenta el papel clave de los medios en los procesos de socialización a través de los cuales las personas internalizan el orden social al que las generaciones precedentes han ido dando forma (Berger y Luckman, 1986: 162).

Los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género son el tema central de buena parte de la cobertura que recibe el colectivo LGTBI en los medios informativos, ganando cada vez más espacio en los países occidentales a lo largo de los últimos años (Carratalá, 2017: 373). Sin embargo, el tratamiento periodístico otorgado pone el foco en los culpables de los crímenes para evitar de esta manera una situación que pueda evocar alguna responsabilidad social (Ott y Aoki, 2002: 483).

Pensar a la sociedad de una manera inclusiva y constructiva implica articular relatos discursos y formas que den cuenta de la diversidad desde una categoría más próxima a la de sujetos de derecho que de objetos de amenaza o de misericordia. Solo dentro de este marco es posible construir un reconocimiento identitario que favorezca la integración y la participación de los "otros" en posiciones de igualdad dentro de una sociedad democrática.

Como corolario y en relación con las víctimas se puede decir que en el Estado español hay una creciente respuesta institucional y social, con una gran mejoría. Sin embargo, hay que destacar que se va a remolque de las reclamaciones europeas y la víctima continúa siendo reticente a denunciar y a confiar en el sistema policial y judicial. Las víctimas por sus características personales son víctimas especialmente vulnerables que poseen un mayor riesgo de exclusión social.

Existe una falta de previsión específica para mejorar la lucha contra la violencia generada por los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género. Las causas de este fracaso pueden ser variadas y de todo tipo. No obstante, podemos aseverar que quizás las más importantes no tengan una solución exclusivamente jurídica. Entre ellas podemos mencionar: de las jurídicas, falta de desarrollo de la normativa, leyes estatales y autonómicas, falta de formación de los operadores de justicia. Defectuosa política procesal criminal, el legislador no está preocupado en instrumentalizar el proceso para poder comprender mejor el hecho y hallar soluciones con la condena del culpable. Sino que elabora unos tipos penales extensos, poco claros y, con excesiva carga punitiva, y difícilmente aplicables. Consecuencia de la situación anterior, se producen interpretaciones erróneas, confusas y contradictorias que perjudica a la víctima y la confianza que esta tiene el sistema penal.

Entre las razones más importantes, que no son jurídicas podemos citar: la mala coordinación entre las diferentes administraciones públicas, tanto las estatales y

autonómicas y locales entre sí. El Gobierno, la Fiscalía, los gobiernos locales y autonómicos, etc., disponen de áreas dedicadas a estos delitos. Sin embargo, todas ellas están descoordinadas, imposible de controlar, de tener una idea fidedigna del problema y de aprovechar la información que generan para el diseño e implementación de políticas públicas en detrimento de las víctimas y del erario público. Por otro lado, existen gran cantidad de asociaciones del tercer sector que si bien realizan una labor excelente están descoordinadas entre sí, y sus contactos con las administraciones son particulares y ocasionales. Esta dispersión dificulta una lucha organizada y efectiva contra este tipo de delitos que perjudica fundamentalmente a las víctimas. También es evidente la falta de recursos económicos, se aprueban las leyes con coste económico cero para las instituciones públicas involucradas y los presupuestos generales de cada año son menguantes. La mala y escasa educación infantil y juvenil recibida en los colegios y escuelas en materia de igualdad, tolerancia y derechos humanos es otro tema capital. Es en la etapa del aprendizaje escolar de los niños donde se encuentra la clave de la superación de estos hechos delictivos, en la construcción social de los estereotipos y, en consecuencia, en otra elaboración de la otredad. Loa medios de comunicación masiva crean identidad negativa a través de la atribución de valores a determinados hechos y construyen asociaciones entre hechos valores y colectivos. Y, por último y no menos importante, debemos recalcar la responsabilidad de los medios de comunicación masiva en el fomento de este tipo de delitos. Se usa un lenguaje y unas imágenes que indirectamente incitan a la violencia, a los insultos a las injurias, etc., con el objetivo de espectacularizar la información. Y, sobre todo, el manejo y publicación de información sensible que perjudica a las víctimas y compromete su seguridad e integridad física.

Capítulo X: Procesos asistenciales, victimización y biografía.

Atención a las víctimas.

Las víctimas tienen múltiples necesidades que esperan ver satisfechas cuando acuden al sistema legal, sus instancias y autoridades, pero fundamentalmente, estas personas tienen la necesidad de sentirse bien y correctamente tratadas. Esta sensación directamente relacionada con la satisfacción tiene importantes efectos en las emociones, creencias, actitudes y conductas de la víctima. Sentirse justamente tratado tiene más que ver con los procedimientos que con el resultado de los procesos. De ahí que se habla de *justicia procedimental*, la de los procesos, más que de *justicia distributiva*, la justicia de los resultados (Herrero, 2019: 26).

Tanto la respuesta institucional como la social ante el problema de los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género es múltiple y comprende diversas estrategias. Otro asunto es la efectividad de los procesos y en última instancia la satisfacción o resarcimiento de las víctimas. Se parte de la base que tanto instituciones como asociaciones deben estar sensibilizadas y concienciadas de la problemática para poder ofrecer un servicio eficiente y eficaz y para evitar la victimización secundaria. Sin embargo, el movimiento asociativo es la vía en la que las víctimas encuentran un mayor apoyo y sensibilidad como para comprenderles, lo que genera confianza. Además, en relación con el sistema judicial y policial existen razones históricas en torno a la

represión y discriminación homofóbica institucional que aleja al colectivo LGTBI de estas instituciones. Elisabeth mujer lesbiana de 43 años de Barcelona de profesión empleada de comercio explica que: *una vez tuve que recurrir a los Mossos, a la policía y uno de ellos le dijo a otro: entre travelos, maricones y bolleras estamos listos. Y yo me pregunto, estas son las personas en las que tengo que confiar si me integridad está comprometida. ¡Ahora digo yo sí que estamos confesados y apañados una vergüenza!*

En la última década, y ante una expansión inusitada del fenómeno de la violencia del odio, se han multiplicado los esfuerzos de las distintas organizaciones en torno a la persecución y enjuiciamiento de estos delitos. Ayuntamientos, Colegios de abogados, Observatorios, ONG's, etc., han desarrollado estructuras que intentan dar asesoramiento y atención a las víctimas. No obstante, esta disposición ofrece respuestas multicapa que en la mayoría de las ocasiones duplican esfuerzos y consumen los escasos recursos disponibles. Por su parte, la Administración de Justicia centraliza y unifica las actuaciones oficiales con las víctimas, a través de las Oficinas de Atención a las Víctimas.

Estas oficinas ofrecen un servicio público y gratuito a las víctimas directas e indirectas. Estos despachos existen en todas las capitales de provincia de las Comunidades Autónomas del Estado. El modelo de actuación de estas organizaciones consiste en la acogida-orientación, información, intervención y seguimiento de las víctimas. Por lo tanto, se proporciona a la víctima ayuda integral antes de la interposición de la denuncia, durante y hasta la finalización del proceso, tras lo cual se le puede derivar a otras instituciones en caso de ser necesario. Actualmente estas oficinas centran sus esfuerzos y la mayoría de los recursos en temas de violencia de género, lo que provoca problemas de accesibilidad a otros colectivos de víctimas como los de los delitos de odio. Ante esta evidencia surge la necesidad de dotar con mayor cantidad de recursos a las organizaciones del tercer sector ante la ineficiencia de las instituciones públicas. Asimismo, ante un escenario caracterizado por la precariedad es prioritario una mayor colaboración entre las entidades públicas y las del tercer sector con el objetivo de evitar duplicidades de gasto, tiempo, recursos, etc. que ayudaría a reducir la victimización secundaria; y un mejor y mayor aprovechamiento de información y datos primarios que no dispone la administración pública.

Desde el punto de vista de la cobertura legal que deben tener las víctimas, actualmente está centrada en el Estatuto de la Víctima. Existen voces desde la doctrina que reclaman la complementación de la actual legislación en materia de protección de las víctimas con la creación de una ley orgánica integral de los delitos de odio y en defensa de las víctimas de delitos de odio. El Estatuto de la Víctima sería el paraguas general que debe englobar al conjunto de víctimas, mientras que la ley integral sería complementaria y contemplaría la especificidad de las víctimas de odio. Sus valedores consideran que esta posible ley solo sería válida si es redactada con una buena y clara técnica legislativa que evite los problemas de interpretación. Por otro lado, sus detractores entienden que, en base a la experiencia de las Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ley 1/2004, de 28 de diciembre, no es necesaria una nueva ley, para proteger efectivamente a las víctimas. Y habría que valorar si una nueva ley, como sucede con la

ley de violencia doméstica, realmente es necesaria habiendo ya suficientes normas protectoras.

En términos generales y como lo certifican la mayoría de los informes de las organizaciones públicas y entidades del tercer sector, es importante destacar que las víctimas no están satisfechas en la experiencia de su paso por el sistema judicial, independientemente del resultado del proceso. En el caso de las víctimas del colectivo LGTBI, existe gran desconfianza de estas personas con el sistema policial y judicial ante el miedo de posibles revictimizaciones. Policía, tribunales, fiscales, abogados, etc., están más orientados hacia una justicia de resultados, un modelo más instrumental, mientras que las víctimas, ciudadanos, e incluso delincuentes, tienen preocupaciones más orientadas hacia los procedimientos[364].

1. Los procesos asistenciales.

La noción de proceso es central a la hora de entender las etapas y las fases por las que transitan las personas víctimas de los delitos que aquí se tratan. Cuando una persona es víctima de esta clase de acontecimientos, hay un conjunto de estrategias que se ponen en marcha para ocuparse de esa persona, en las que participan desde organizaciones a profesionales, hasta familiares e instituciones. Aquí se emplea el concepto de proceso asistencial para dar cuenta del conjunto de acciones formales e informales socialmente dispuestas para atender a estas víctimas. El concepto de proceso asistencial se desarrolla internacionalmente en el marco de las ciencias sociales aplicadas a la salud (Kleiman, 1988) y es introducido a lo largo de los años ochenta por Josep María Comellas (1985 y 1997). Por *proceso asistencial* se entiende el conjunto de acciones y de dispositivos (formales e informales) que el entorno de una persona (desde su red social inmediata hasta la sociedad en su conjunto) ponen en marcha para ocuparse de esa persona mientras está en situación de desgracia, enfermedad, necesidad o infortunio. En los procesos asistenciales participan tanto actores informales (vecinos, parientes, amigos) como actores y agencias institucionales (profesionales, hospitales, sistemas de salud, agencias de protección de personas vulnerables, etc.). El concepto de proceso asistencial ofrece una plantilla teórica que puede aplicarse para el análisis de realidades sociales de diversa índole en las que las personas afectadas (o asistibles) reciben cuidados formales (instituciones y organizaciones) e informales (vecinos, parientes y amigos).

Aquí se aplica el modelo teórico de proceso asistencial al análisis de los procesos de victimización y atención por los que transitan las víctimas de delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género. La razón de ello es que la plantilla teórica de los procesos asistenciales permite organizar la narrativa que producen estas personas y quienes se ocupan de ellas (profesionales, amigos, organizaciones, expertos, etc.) y otorgarles también cierta coherencia temporal. Una plantilla teórica de tipo ideal sobre los procesos asistenciales implica la siguiente secuencia de acciones y sucesos. Primero: existe una normalidad o vida cotidiana establecida de la que se parte. Segundo: hay un desencadenamiento, un suceso o

[364] *Ibidem*, p. 27.

acontecimiento que tiene que ser leído e interpretado por la persona a quien afecta. Tercero: hay una respuesta y una decisión sobre si actuar o no en función de los resultados de esa lectura. Cuarto: se pasa a la fase de consultas informales a personas referentes (personas sabias y técnicos) en la cual la persona afectada por estos delitos comunica al entorno su padecimiento con el objetivo de obtener el estatus de persona asistible, y logrando de este modo el apoyo necesario para encontrar las soluciones pertinentes. Quinto: se trata de la relación formal con profesiones, organizaciones e instituciones, que es una fase donde acontecen tanto las acciones de las organizaciones del tercer sector como la vía penal. Sexto: finalmente hay una sexta fase de normalidad que implica la reparación de daños o la cronificación del estatus de víctima.

El proceso asistencial aquí descrito es un tipo ideal que no existe en la realidad concreta. Los procesos asistenciales nunca se producen de manera exactamente lineal. Por ejemplo, es posible que las personas, al mismo tiempo que comunican su situación a su entorno, también estén consultando a los especialistas (o incluso es posible que algunas personas nunca acudan a ellos). En cualquier caso, y esto es importante: el concepto de *proceso asistencial* permite desarrollar un punto de vista que "tiene en cuenta la subjetividad y los significados que se otorgan al padecimiento […] esta perspectiva supone dar la palabra a los sujetos sociales y requiere no tan solo escucharlos, sino aceptar la legitimidad de su discurso" (Isla, 2006: 42). No hay nadie mejor para hablar de sus vidas que quienes son sus protagonistas. Es posible subdividir los *procesos asistenciales* en función de quienes los ejecutan. Por un lado, tenemos a los denominados cuidados profanos o informales (Haro, 2000), en los que interviene un conjunto de redes sociales que no fueron pensadas para prestar asistencia (como el vecindario, el grupo de pares o los parientes), pero que se activan en caso de necesidad. En segundo lugar, tenemos a los cuidadores formales o profesionales, compuestos por saberes, instituciones y dispositivos expresamente diseñados para prestar asistencia (casas de acogida, centros de salud, profesionales, etc.). En función de los dispositivos de atención disponibles en un entorno dado y de los propios recursos y expectativas, la persona elabora su itinerario terapéutico, a saber, la secuencia de decisiones y acciones llevadas a cabo para tratar de solucionar su problema (Kleinman y Psordas, 1996). En general, y antes de iniciar cualquier acción asistencial o de apoyo, las personas víctimas de estos delitos pasan por un proceso de autoevaluación de lo sucedido que se procura compartir con los miembros del entorno (si eso es posible). Será tras esta confirmación con los pares y con el entorno (familiar, por ejemplo) cuando la persona víctima de estos delitos recurrirá (o no) a los cuidados profesionales (trabajadores sociales, abogados, psicólogos, etc.). Posteriormente puede iniciarse la vía penal si se dan las condiciones para ello.

Una vez establecidos los significados, diferencias y relaciones entre los diferentes conceptos y variables que componen e integran este tema, y debido a la complejidad y extensión del campo previo que rodea e implica al delito de odio y discriminación, es sustancial conocer el impacto de la victimización que los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género producen, como así también los indicadores negativos y positivos concluyentes en el proceso de desvictimización.

Muchas víctimas se muestran reticentes a relatar su historia por diferentes razones y existen desiguales factores comunes que pueden explicar esta situación. Algunas víctimas temen ser identificadas en relación con su orientación sexual e identidad de género ante familiares, amigos y extraños. También existe una gran desconfianza fruto de la relación histórica de ciertos colectivos como el LGTBI con instituciones policiales, judiciales, sanitarias, etc. Además, algunos colectivos son víctimas de un trato desfavorable o desigual por parte de ciertas autoridades, funcionarios e instituciones. Este proceso denominado victimización secundaria es un factor importante que ayuda a perpetuar la desconfianza entre grupos sociales minoritarios y las autoridades e instituciones y reproduce el proceso victimizador.

También se han de tener en cuenta las cuestiones de seguridad a la hora de pedir ayuda por parte de la víctima. Estas temen repercusiones de los autores si los delitos de odio implican ataques de grupos de odio organizado. Los Fiscales deben considerar la posibilidad de ofrecer medidas de protección de testigos, tanto penales como civiles. Al ser la víctima el principal testigo en la mayoría de los casos constituye una parte importante de la instrucción. La salvaguarda de los testigos-víctimas disminuye la sensación de amenaza de la persona damnificada y, al mismo tiempo, incrementa la confianza en las instituciones y aumenta la colaboración de dichas víctimas-testigos.

Un trabajo sustancial con las víctimas es evitar los estereotipos de los funcionarios y profesionales intervinientes en todo el proceso y, también a la hora de evaluar la credibilidad del testigo. De lo contrario, se puede violar la obligación por parte de las autoridades e instituciones de investigar con eficacia los casos que impliquen prejuicios y, por ende, no se puede garantizar con contundencia los derechos de una víctima especialmente vulnerable (dadas sus características identitarias) a la inmediata protección de su vida, integridad, libertad, honor, intimidad y cualquier otro derecho lesionado o amenazado por el hecho punible.

La Dogmática penal moderna, desde diversos puntos de vista, pretende superar la Dogmática penal, el Derecho penal y la Criminología tradicionales, para poner en el centro a las víctimas, a la sanción reparadora y dignificadora de las víctimas. El relato de la nueva Dogmática procura centrarse en la víctima, no en el delito, ni el interés jurídico protegido del poder, ni tampoco en el delincuente ni en el castigo-expiación. Sin embargo, los procesos asistenciales al que son sometidas las víctimas establecen relaciones verticales y asimétricas que contradicen la centralidad y horizontalidad pretendida en su trato.

"Todos los grupos sociales establecen reglas" (Becker, 2009: 21). Los grupos sociales hegemónicos crean la desviación al establecer normas cuya infracción constituye la propia desviación, la infracción etiqueta a los marginales (*outsiders o forasteros*) los cuales son estigmatizados[365]. Y son las personas etiquetadas como víctimas las destinatarias de los procesos asistenciales. Es sustancial comprender que cualquier disidencia sexual parte de un gran prejuicio social y cultural (que implica un tratamiento negativo y minusvalorizante etiquetado como comportamiento desviado). En las

[365] *Ibidem*, p. 28.

sociedades desarrolladas occidentales a pesar de la igualdad formal prescrita para la diversidad sexual, se trata a las víctimas de este tipo de delitos como si fueran culpables de haber violado alguna norma. Se parte de la premisa tácita de que este tipo de víctimas son marginales y juzgadas por los demás como desviadas al margen del círculo de miembros normales de la sociedad[366].

Ante esta situación y para dar cuenta del estado de la víctima de los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género es prioritario analizar las relaciones de control social y de poder de los profesionales involucrados en este casuismo con respecto a las víctimas y sus significados, y, además, el papel de las instituciones de control social que intervienen en estos procesos. Erving Goffman (1922-1982) sociólogo canadiense es un autor notable en este tipo de análisis. Se interesa por los modelos y formas que gobiernan las interacciones personales, y también, por la construcción social del estigma. Además, se interpela sobre las formas que adoptan las interacciones cuando dos o más personas se encuentran uno en presencia del otro, y analiza cuales son las reglas y los roles de los implicados (Forni, 2008: 175). El estudio de Goffman sobre el estigma es uno de los primeros y más destacados trabajos que explican las situaciones de dominio y poder de las instituciones y los profesionales que intervienen en el proceso (Goffman, 1970: 19). Goffman, representante del interaccionismo simbólico, estudia las unidades mínimas de interacción entre las personas, centrándose en grupos reducidos de personas. Este investigador se preocupa por la utilización de la psiquiatría como estructura de poder social y, fruto de su análisis, pone en evidencia el control y manipulación que se ejerce en un colectivo o grupo social vulnerable como el de las personas con problemas mentales. Sus estudios de tipo etnográfico exponen como una determinada manera de trabajar modela la conducta de la persona-paciente para que se comporte según un patrón establecido, creando un estigma tanto en el paciente como en el cuidador. A pesar de que los estudios de Goffman cuentan con una cierta antigüedad, son una excelente etnografía que nos permite pensar las relaciones de poder y sus significados entre los profesionales intervinientes y las víctimas de delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género. Además, incita a pensar en cómo el etiquetamiento de las víctimas y su tratamiento legitima situaciones de poder y sumisión relegando a un papel pasivo a los protagonistas-víctimas, que pueden llegar a verse despojados de su humanidad por tener que renunciar a su autonomía en favor de lo que otros deciden por ella. Esta situación evidencia una estructura paternalista con una clara función tuitiva de los etiquetados que ignora a la persona-víctima y genera modelos de relación y de construcción personal y social basados en las relaciones de poder que imprimen las instituciones y sus profesionales con la consecuencia de infantilizar a las víctimas y despojarlas de su autonomía.

Las personas ante un evento de violencia material o simbólica buscan ayuda. Estas personas necesitan unos cuidados específicos (procesos asistenciales) que les permitan continuar viviendo con dignidad ante un evento que impide, dificulta o paraliza las actividades de la vida diaria con los mecanismos y recursos personales de funcionamiento que posee la persona. Y, como consecuencia, esta situación implica una

[366] *Ibidem*, p. 34.

disminución de la capacidad de autocuidarse (Boixareu, 2000: 25). La condición de víctima produce dificultades para descansar, para trabajar, para procurarse seguridad, relacionarse satisfactoriamente, participar políticamente, etc. La persona damnificada precisa ayuda para poder vivir con las alteraciones que la violencia le genera en su vida diaria y la situación se agrava cuando no dispone de recursos ya sean estos medios familiares, comunitarios, profesionales o no sabe cómo demandar ayuda. La víctima busca auxilio y protección para combatir su dolencia y poder vivir durante el proceso de tratamiento que le llevará, en el mejor de los casos, a un estado de normalidad que implica curación o bienestar cuando es posible o, de cronicidad o, en el peor de los casos, a la muerte.

La víctima al ser etiquetada por las instituciones jurídicas como tal debe asumir su identidad tal cual es preestablecida por dichas instituciones y la normativa involucrada. La condición de víctima puede ser más o menos permanente, es un rol que está ligado a la construcción de la identidad de la víctima (Baca, 2010: 23). De esta manera, al concederse el estatus de víctima se establece un marco de relación jerárquico y autoritario que exige un comportamiento disciplinado de la víctima. Sin embargo, la experiencia de ser etiquetado como víctima siempre es particular, lo que genera nuevos interrogantes acerca del significado y alcance del etiquetamiento de la víctima y como desde esa situación se modifica la identidad de quien la padece y de los profesionales que intervienen. Por lo tanto, el cuidado de las víctimas de delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género se centra en las necesidades para la vida diaria, donde el soporte jurídico, emocional, psicológico y social son elementos clave de la atención de dichas personas.

En los siguientes párrafos nos acercaremos a las experiencias, vivencias, opiniones y narrativas de las víctimas de delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género y a los diferentes actores que intervienen en este tipo de delitos. Teniendo en cuenta que la experiencia de la enfermedad o padecimiento siempre es particular, saber en primera persona, en palabras de las víctimas su punto de vista sobre su propio accionar (sus miedos, sus interrogantes, sus cambios de comportamiento, sus percepciones ante las instituciones y profesionales, las ayudas recibidas, los recursos, etc.) es una información estructural para este objeto de estudio. También, al generarse unas estructuras de poder verticales entre profesionales y víctimas, la experiencia de los intervinientes tanto técnicos, como familiares y amigos enriquece y completa el proceso. Y, por último, en relación con los procesos que instituyen las normas relacionadas con el tratamiento y cuidado de las víctimas y su alcance ético, es importante conocer si cumplen su cometido en la experiencia y opinión de los diferentes actores.

Cada una de estas etapas necesita ser explicada a través de las *carreras de la desviación*. Para esta tarea los procesos asistenciales de las personas etiquetadas como víctimas, son una herramienta poderosa de conocimiento, ya que exponen las acciones formales e informales que desarrolla la sociedad frente al infortunio de esas víctimas. Las personas etiquetadas como víctimas transitan procesos asistenciales que transforman su identidad. La *carrera moral* muestra las consecuencias y las manifestaciones que el proceso

asistencial tiene en las identidades de las personas víctimas de este tipo de delitos. Los procesos asistenciales modifican la identidad social y personal de la víctima (el modo en que las perciben los demás y el modo en que se piensan a sí mismas). Ser etiquetado como asistible es un acto político y terapéutico que implica una función protectora de las instituciones y, al mismo tiempo, una cierta infantilización de la víctima. La proclamación del estatus de víctima o asistible implica entrar en contacto con el sistema formal de asistencia. Sin embargo, antes de este hecho pasan muchas cosas. En consecuencia, la construcción de un ejemplo ideal de un proceso asistencial de la víctima de delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género es un recurso potente para entender este tipo de procesos y puede señalar la dirección del tiempo del propio procedimiento. Es importante comprender que los procesos asistenciales no siempre son lineales, pueden estar compuestos por subprocesos que se superponen, se mezclan, que van hacia adelante, van hacia atrás e, incluso, dan saltos en el tiempo. Esto es un ejemplo ideal a modo del *ciclo de la violencia de Eleonor Walker*, para los casos de violencia de género.

Debemos considerar una secuencia de etapas, cambios de comportamiento de las personas y el propio punto de vista de los actores involucrados. Para este cometido es muy útil el concepto de *carrera* (Hughes, 1958: 56-67; 102 y 157) que es elaborado inicialmente para los estudios laborales y, especialmente, para estudiar la secuencia de movimientos de un trabajador dentro del sistema ocupacional. Ello incluye el concepto de *contingencia ocupacional*, que se refiere a aquellos factores que determinan la movilidad laboral de un puesto a otro e, incluye, hechos objetivos de la estructura social como los cambios de punto de vista, las motivaciones y los deseos del individuo. Si bien el estudio de la contingencia ocupacional puede determinar el éxito dentro de una ocupación, también puede ser utilizado para evaluar los diferentes resultados de las carreras laborales o sociales sin tener en cuenta el éxito. Por lo tanto, este modelo inicial puede ser modificado para estudiar las carreras de desviación. Al hacer esta modificación el interés no se centra exclusivamente en aquellas personas que adoptan un estilo de vida en extremo desviado, sino también, en aquellas otras personas que tienen un contacto más esporádico con la desviación y cuyas carreras morales los alejan de la forma de vida convencional (Becker, 2009: 44). Las personas que tienen un estigma particular tienden a pasar por las mismas experiencias de aprendizaje relativas a su condición y por las mismas modificaciones en la concepción del yo, una carrera moral, que es a la vez causa y efecto del compromiso con una secuencia semejante de ajustes personales (Goffman, 1962: 45).

Las fases que aquí se proponen tienen el objetivo de clarificar, dar orden y coherencia al proceso de victimización que sufren este tipo de personas, las víctimas. Se parte de la fase 1 que es la supuesta normalidad donde la homofobia y la discriminación ya existen. Sin embargo, la víctima interioriza ciertas violencias como normales al ser legitimadas por la mayoría social. En la Fase 2 se produce el desencadenamiento y sucede un evento violento material o simbólico que obliga a la víctima a autodiagnosticarse y, en consecuencia, a definir qué le sucede, determina la gravedad del hecho, y, en consecuencia, decide que hacer. En esta etapa factores como el conocimiento de la ley, los derechos, la identidad y la autorreferencia juegan un papel importante a la hora de

diagnosticar. En la Fase 3: se produce la respuesta y la decisión de actuar, si la víctima considera que el evento es lo suficientemente grave comunica a otros lo sucedido. En una fase posterior Fase 4: lo comunica a personas referentes, sabias y técnicos con el objetivo de obtener alguna solución. La persona solicita a su entorno que le sea concedido el estatus de víctima. En la Fase 5 si le es concedido el estatus de víctima o asistible implica un cambio de roles y de obligaciones sociales, ya que la víctima queda supeditada a la dependencia de las instituciones de la asistencia y deja de ser plenamente autónoma. Sus decisiones son compartidas por instituciones y funcionarios y le son asignadas nuevas obligaciones en función del objetivo asistencial o relativas a la solución del problema. Y, por último, una fase final donde la víctima asume una nueva normalidad superando el evento negativo y sus consecuencias o continúa en el proceso asistencial.

La carrera moral e itinerario asistencial. Fase 1: La normalidad

Hay en la sociedad una reafirmación de los estereotipos endosados a una orientación sexual o a una identidad de género determinada. En el colectivo LGTBIQ existen todo tipo de personas, de diferentes clases sociales, género, educación, procedencia, religión, etnia, profesiones, etc. Es un grupo tan diverso como la sociedad misma, y las experiencias vitales de estas personas no son las mismas para ninguno de ellos y tampoco si habitan en grandes ciudades o entornos rurales. Las grandes ciudades es un ambiente propicio que permite una mayor especialización debido a la densidad de la población y, además ofrece, por un lado, anonimato y, por otro lado, una mayor capacidad de agencia de las personas pertenecientes a los diferentes subgrupos de este colectivo social. Las grandes ciudades permiten, en cierta manera, vivir la sexualidad e identidad de género con mayor libertad y anonimato. No obstante, concentran más del 50% de las agresiones denunciadas a personas diversas sexualmente. Por su parte, las ciudades pequeñas empujan a estas personas diferentes a una semi-clandestinidad o a permanecer en el armario, ya que las manifestaciones acerca de las orientaciones sexuales diversas o manifestaciones o expresiones de género no se producen y si lo hacen es en círculos pequeños.

Todo el sistema de creencias acerca de las personas LGTBIQ queda resumido en las etiquetas usuales que hacen referencia a su desviación sexual, como maricón, mariquita, putón, bollera, tortillera, travelo, puta, travesti, puto, sidoso, etc. Estos rótulos son usados como sustantivo y como adjetivo, y califican a las personas como objetos y comportamientos. Estos términos identifican a una persona como todo lo contrario a lo que un buen ciudadano o persona debería ser, y a su vez, califica una manera de pensar, de sentir y de comportarse que, en teoría, se opone diametralmente a lo que un persona "normal" valora y es. La sensación de ser un tipo de persona diferente del resto de la sociedad que lleva otra clase de vida está muy arraigada. En este sentido, una informante, Ruth de 36 años de Barcelona de profesión empleada en un centro comercial dice: *los gays son muy diferentes de los demás, hablan diferente, actúan diferente, se visten diferente, muy bien, sobre todo. Tienen más pasta porque no tienen hijos ni obligaciones, no como yo que ya tengo tres. Y tienen una vida, como diría yo,*

desenfrenada, sensual y sexual, ya me gustaría a mí, aunque creo que se pasan varios pueblos, siempre en fiestas, mucho sexo y drogas. No sé, creo a veces que tanto gay en la tele no es bueno para los niños, habría que hacer algo…

También existe el estereotipo social de que todos los gays deben ser afeminados o que todas las lesbianas deben ser extremadamente masculinas o, que, todas las transexuales deben ser trabajadoras sexuales, entre otras suposiciones. Y también existe la creencia extrema que tanto las orientaciones sexuales como las identidades de género son posiciones fijas de la identidad y que no pueden modificarse. Teniendo en cuenta que ambas siempre están en movimiento y modificándose hasta el final de las vidas.

La víctima del colectivo LGTBIQ es seleccionada sobre la base de una característica identitaria inmutable, como puede ser su orientación sexual o su identidad o manifestación de género. Ante esta premisa inicial estructural, el delincuente puede ver cualquier ataque a este tipo de personas como daños causados "justificadamente" a un transgresor. Cuando nos referimos a esta transgresión hacemos referencia a la vulneración de las normas de género, cuestión fundamental y trascendental de la organización social, y más especialmente, del ordenamiento sexual en el modelo heteropatriarcal. Por lo tanto, se parte de una identidad específica, una identidad deteriorada y estigmatizada de la víctima (Goffman, 1962: 14). Los homosexuales sienten que su estilo de vida es correcto, pero otros no piensan lo mismo (Becker 2009: 101).

La persona diversa sexualmente, se ve a sí misma y a sus camaradas como personas con un atributo particular, especial, singular, etc., distinta de quienes no son así. Tanto respecto a la orientación sexual como a las identidades de género prescritas para la mayoría social. Por el contrario, la mayoría social, no posee esa sensibilidad ni ese conocimiento que les impide comprender la sexualidad y el género de manera más amplia y el estilo de vida de quienes si lo entienden. Por lo tanto, ante esta situación, "el normal", en muchas oportunidades, es intolerante y es una persona de la que hay que cuidarse, pues ejerce presión para que la persona sexualmente diversa no se manifieste ni se visibilice, ya que de hacerlo pone en grave riesgo el *statu quo*, el ordenamiento sexual y de género. La mayoría social se encuentra en situación de poder y juzga según estándares ajenos a las personas diversas sexualmente.

La situación de odio y discriminación del colectivo LGTBIQ bascula a lo largo de la historia de la persecución acérrima a la protección formal o legal. Las últimas décadas este grupo social es testigo de la conquista de derechos, libertades y éxitos notables en el camino al logro de la igualdad real más allá de la igualdad formal gracias al impulso de la sociedad civil organizada. Sin embargo, por otro lado, parece que la situación real de muchas personas LGTBIQ no es ni siquiera satisfactoria, continúan siendo objeto de discriminación y peor aún, son víctimas de violencia material y simbólica. Así lo constata el informe del Defensor del Pueblo en los debates en las Cortes Generales de 2017[367]. La situación de odio y discriminación de las personas LGTBIQ puede verse incrementada cuando se produce una interseccionalidad de factores de discriminación o

[367]Disponible en:
https://www.defensordel pueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf.

confluyen otras variables que alientan la exclusión, como puede ser pertenecer a una minoría étnica, religiosa, pobreza, etc. En este sentido, es sustancial destacar la situación de vulnerabilidad que atraviesan en España las personas refugiadas y migrantes LGTBIQ. En este sentido, Ahmed de 32 años originario de Marruecos, residente en Barcelona y empleado en el sector de la construcción explica que: *su pareja Said de 28 años también procedente de Marruecos salió una mañana para cumplir su jornada de trabajo informal y fue detenido en un control rutinario y aleatorio de documentación. Fruto de este control de documentación Said fue trasladado al CIE Centro de Internamiento para extranjeros de la Zona Franca en Barcelona para gestionar un expediente administrativo de expulsión. Sin embargo, previamente, esta persona había solicitado asilo por razón de su orientación sexual ya que las relaciones homosexuales en Marruecos son penadas con tres años de cárcel por el Código penal marroquí. Además, se han dado casos en los que se produce el linchamiento de estas personas en las plazas públicas marroquíes con la connivencia de las autoridades. A pesar de las infructuosas gestiones de las asociaciones de Derechos humanos y de las gestiones de la Asociación Iridia*[368]*.Finalmente, el solicitante fue expulsado con final incierto.* Este tipo de situaciones pone en evidencia la xenofobia y homofobia institucionalizada del Estado. Además, expone la opacidad de la información y la contradicción entre el discurso hegemónico del Estado en cuanto a las garantías procesales y la defensa de los derechos fundamentales ante claras vulneraciones de los derechos fundamentales más básicos. Evidentemente, se aplica el Derecho del enemigo por parte del Estado cuando se produce interseccionalidad de factores de discriminación, y aún más, si los implicados están racializados. Pero también, en menos ocasiones se dan casos contrarios, como el del ciudadano nigeriano, inmigrante sin papeles y homosexual residente desde hace años en Cáceres (Alcántara). Su expulsión es paralizada porque en Nigeria la homosexualidad está perseguida y castigada con pena de muerte. En algunas regiones de Nigeria la homosexualidad está penada con la pena capital y la homofobia social pone seriamente en peligro la vida de estas personas.

La discriminación por orientación sexual e identidad de género está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad, es un tipo de comportamiento normalizado, no cuestionado que se configura como una *discriminación sistémica* (Gascón Cuenca, 2019: 18). Por lo tanto, en la etapa de la normalidad de la carrera moral, la homofobia, la xenofobia y la discriminación están presentes, aunque no tienen la suficiente entidad como para que la persona se cuestione, se autodiagnostique o se autorreferencie como víctima. Las razones pueden ser múltiples, homofobia interiorizada y normalizada, ignorancia, pobreza, desequilibrios psico-emocionales, falta de conocimientos legales, procesos, síndrome de Ulises[369], etc. En esta primera etapa, el sujeto es inconsciente, la persona no sabe o no se da cuenta que padece discriminación u odio aversivo.

[368] Iridia es una asociación defensora de los Derechos humanos que denuncia la violencia institucional y promueve cambios en las políticas públicas. www.iridia.cat/es

[369] El síndrome de Ulises también es conocido como el síndrome del emigrante que produce un desequilibrio psico-emocional basado en el estrés crónico y múltiple cuando una persona deja atrás el mundo que conocía.

Esta fase 1 se caracteriza por una "normalidad" en la que este colectivo históricamente discriminado está asociado a ciertos estereotipos y prejuicios que favorecen su discriminación e implica violencias materiales y simbólicas institucionalizadas. Antonio, un informante de Sevilla de 49 años residente en Barcelona de profesión peluquero explica que: *desde que era pequeño fui víctima de acoso escolar materializado en un tratamiento hostil, maltrato intencionado y vejaciones de todo tipo por ser diferente, más bien un poco amanerado. Estas vejaciones son lo que hoy llaman bullying y que está bastante de moda. Por lo menos ahora se habla de ello y es visible, cuando yo era pequeño era totalmente invisible; pero lo peor era la connivencia, la ironía, la burla y la permisividad de los maestros en la escuela ante ciertos tratamientos despectivos. Esta situación me llevaba a pensar y a entender que era un niño diferente, pero en sentido negativo, que estaba tarado, me sentía que era menos que los demás compañeros de clase, me daba mucha vergüenza, me sentía culpable por ser como era y me entristecía. Estos hechos me llevaron al aislamiento y a adoptar una postura determinada ante el temor a las agresiones ya que era el mariquita de la clase. Esta actitud consistía en ser casi invisible, cualquier demostración o intento de participación con la mayoría implicaba una ridiculización asociada a lo femenino o, en el peor de los casos, una agresión, un golpe, una bofetada. Pero, no fui consciente de esa situación hasta bien entrada la adultez.*

Solange, una informante transexual brasileña de 56 años de profesión trabajadora sexual residente en Barcelona comenta que: *hasta que no llegué a Europa no sabía que podía reclamar ciertos derechos, en Brasil de dónde vengo, matan a las chicas como yo, las matan simplemente por ser así. Te hacen sentir que eres lo peor y, muchas veces, te sientes menos, te sientes escoria y hasta despreciable; llegas a asumir situaciones duras de violencia. Esa es una realidad muy cruel y diferente a la europea. Aunque tampoco te tratan bien aquí por ser puta o trans, el maltrato es diferente es otro tipo de violencia. Ahora después de mucho tiempo de vivir aquí me doy cuenta de que he aceptado muchas faltas de respeto y atropellos porque estaba acostumbrada a no respetarme como persona, no conocía mis derechos, no sabía que podía reclamar algo como persona, no sabía lo que era la dignidad, tampoco al principio no disponía de recursos, me consideraba en cierta manera lo peor, en mi pensamiento creía que no tenía derechos, no sabía que eso era una locura. Soy trans, negra y puta.* Otra informante lesbiana, Miriam de 53 años, de profesión taxista y de Cádiz residente en Barcelona dice: *desde siempre fui tratada como un bicho raro, me gustaba jugar al fútbol, subir a los árboles y pelearme como hacían los niños, nunca me gustó vestirme con faldas ni colores ñoños como el rosa, ni con vestiditos de volantes, etc. Y muchas veces por mi apariencia me han confundido con un chico. Me han llamado marimacho, bollera, raulito, camionera, etc. Crecí sin conocer un trato amable y respetuoso ya que para mí la normalidad era el acoso, el maltrato, las amenazas y la discriminación, incluso, la violencia. Me sentía muy mal pero todo ello siempre lo viví en silencio y con culpa porque me daba cuenta de que no podía dejar de ser quien era y si me trataban mal era porque simplemente era así. Y la culpa porque no podía remediarlo y ser como los demás. Ahora me rio, pero en esos momentos quería ser como los demás, pero me sentía y me hacían sentir como: yo lo llamo infra o menos o tarada. Ante un trato tan*

duro desarrollé estrategias para protegerme, me costó mucho tiempo hacerme fuerte, y de alguna manera neutralizar la violencia simplemente por ser yo misma, me hice invisible, intenté no llamar la atención. Creía que anular algunos aspectos de mí personalidad me garantizaba una cierta seguridad física después de algunas experiencias negativas. Sin embargo, me equivoqué. Uno paga un precio muy alto por ser alguien que no es. He tenido etapas depresivas y muchos altibajos emocionales. Y, por otro lado, la violencia siempre surge, vives con incertidumbre e intranquilidad, fundamentalmente, con miedo porque en el momento menos pensado alguien te agrede por ser así, por ser rara y diferente. Y, entretanto, abusé del alcohol, las drogas y una vida sexual bastante desordenada. Hoy entiendo y veo que la realidad es mucho más permisiva y tolerante. Sobre todo, en las grandes ciudades, como aquí en Barcelona, pero de donde yo vengo, una ciudad de provincias, todavía te miran mal y cuchichean a tus espaldas. La juventud hoy lo tiene más fácil en cuanto a la aceptación de la orientación sexual y la identidad de género. Sin embargo, lo tienen más difícil en otros aspectos.

Por otro lado, Carla de 28 años informante transexual millenial de Barcelona comenta: *en mi caso he contado con el apoyo familiar desde pequeña, al principio mi padre no lo aceptaba del todo, pero con el tiempo se ha convertido en mi máximo defensor. Posteriormente, tanto mi padre como mi madre me han apoyado en todo el proceso de transición. Este acompañamiento ha sido fundamental porque me ha servido para sentirme segura y, en cierta manera, libre para hacer y ser lo que siempre he querido ser. La familia también ha tenido el apoyo de asociaciones de padres de niños LGTBI y del tercer sector en contraposición a las generaciones anteriores de personas transexuales que prácticamente estaban solas y abocadas a la prostitución como única manera de vida para una persona trans. Este apoyo a la familia también ha sido importante porque nos ha ayudado a vivir las diferentes etapas de mi transición de manera normal, si se puede llamar así, pero, sobre todo, sin ser un período traumático para la familia.*

Yo he estudiado en la Universidad y hoy trabajo de vendedora en unos grandes almacenes, también hago modelaje con bastante éxito, tengo proyectos y pienso seguir formándome, soy una mujer trans que vivo en condiciones normales y me considero y me siento una persona a todos los efectos normal. *Sin embargo, soy consciente que aún existe mucha discriminación y también mucho odio. Especialmente, en el caso de las personas transexuales, son víctimas muchas veces de una violencia desmesurada e inusitada.* Esta situación demuestra que un entorno social familiar seguro promueve la visibilidad y la manifestación de la orientación sexual y de las manifestaciones de género.

La discriminación es ubicua y cultural y depende del que observa y su contexto. Además, está mediada por la clase social, la edad, el género, la etnia, si se es nativo o si se es inmigrante e, incluso, en el mismo colectivo LGTBIQ es notoria. Parecería que al ser un grupo social estigmatizado gozaría de cierta solidaridad entre sus componentes. Sin embargo, en algunas oportunidades no es así ya que los patrones sociales sistémicos de discriminación también se reproducen aquí, en esta subcultura. Tony un informante

del colectivo LGTBIQ de 37 años de Barcelona, de profesión empleado de banca explica que: *desde que comenzó la crisis de 2008 (crisis de las subprime) Barcelona se ha vaciado de gente cool (gente estupenda y guapa), la gente que le daba color a la ciudad. Por otro lado, solo quedan maricas sudacas o panchitos*[370]. De esta manera, queda evidenciado el racismo sistémico que se repite en muchos órdenes de la sociedad.

Los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género son un concepto nuevo fruto de la tradición anglosajona que abarcan diversas violencias materiales contra un colectivo específicamente delimitado, el grupo LGTBIQ. Sin embargo, hacer comparaciones entre los diferentes integrantes de este grupo social sería un error e impensable dadas las diferencias de género existentes, ya que este reduce o amplía el estigma fruto de la sociedad patriarcal. Los gays, las lesbianas, los transexuales, los travestidos, los bisexuales, etc. poseen estigmas particulares. No obstante, comparten un estigma común: el de desviados[371].

La identidad de la víctima LGTBIQ es etiquetada como desviada y esta situación tiene importantes repercusiones en la vida social y en la imagen que se hacen las personas de sí mismas y que hacen los demás de estas personas, lo que implica su identidad pública. En las víctimas de delitos de odio por orientación sexual e identidad de género se da la doble circunstancia de ser víctimas de riesgo y víctimas especialmente vulnerables. Las víctimas no quieren o no pueden ocultar o cambiar una característica que las definen y por la que pueden ser perseguidos y atacados o dañados, lo que las convierte en potenciales víctimas de riesgo, constituyen una presa fácil para el agresor. Al mismo tiempo son víctimas potencialmente vulnerables porque tienen una mayor probabilidad de sufrir un impacto emocional intenso después de ser objeto de una conducta violenta, de agresión simbólica o material.

En principio la etiqueta más potente en muchos sentidos y dimensiones, sobre todo negativa para con estas personas es la de "loca, marica, maricón, bollera, raulito, camionera, tortillera, travelo, travesti, puta, puto, etc." y se les trata acorde a estas etiquetas, y a sus significados establecidos. Uno recibe ese estatus como resultado del quebrantamiento previo o del supuesto incumplimiento de una norma y esa identificación demuestra que ese estatus tiene más fuerza que todo lo demás (Hughes, 1945: 353). Por lo tanto, la persona será identificada como desviada antes que ninguna otra cosa, aunque como víctima sería el caso. La desviación se convierte en el rasgo dominante para quien no quiere comportarse como un ser humano y moral y se lo trata de acuerdo con la creencia popular que explica cómo es y dicho tratamiento profundiza su desviación, su aislamiento y su desatención.

El problema más angustiante de la persona diversa sexual es elegir entre simular una vida heterosexual estándar o ser fiel a su propia identidad. Esta fidelidad implica una visibilidad que tiene el potencial de subvertir el ordenamiento sexual y de género con importantes consecuencias, sobre todo, en la integridad física y psíquica de las personas. Para alcanzar el éxito social, la aceptación, la pertenencia, y, fundamentalmente, evitar

[370] Según el Diccionario de la Real Academia Española, son expresiones despectivas que hacen referencia a las personas de origen sudamericano y tez morena.
[371] *Ibidem*, p. 154.

el castigo o la violencia material fruto de la transgresión de las normas sexuales y de género, la persona distinta siente que es necesario volverse "normal", vale decir, adherirse o simular la adhesión a dichas normas. Sin embargo, al hacerlo, sacrifica el respeto de los demás, pero, sobre todo, el respeto a sí misma materializado en unas consecuencias devastadoras a nivel psicológico y social que se manifiesta, sobre todo, en una violencia inusitada y gratuita a la persona diferente.

Fase 2: Desencadenamiento.

Es importante entender que el mismo acontecimiento puede ser interpretado de maneras distintas en función del lugar que la persona afectada ocupa en la estructura social. El género, la edad, el ser nativo o migrante, y también la clase social (entre otras variables) condicionan el modo en que las víctimas de los delitos que aquí nos ocupan vivencian e interpretan qué es lo que les ha sucedido. Por ejemplo, hay personas trans (transexuales) migrantes que atribuyen poca trascendencia a las agresiones verbales, porque en sus países de procedencia los asesinatos son tan frecuentes como impunes, y les parece accesorio y hasta casi irrelevante presentar una denuncia al respecto. También hay varones homosexuales dedicados a la prostitución que definen las agresiones físicas como un riesgo profesional como las enfermedades venéreas y, que, en consecuencia, tampoco muestran interés en presentar denuncia al respecto. Estos hombres viven el mito del lobo solitario (que en su argot) se busca la vida y entienden que forma parte de sus habilidades saber defenderse. También hay otras personas homosexuales que pueden sentir vergüenza incluso ante los pares, si la agresión sucede en espacios públicos de ligue. Así que no existe una relación directa que lleve de la discriminación y de la agresión hasta la denuncia. Hay una amplia gama de situaciones y contextos que mediatizan la interpretación personal y social de lo acontecido, y que condicionan la petición de ayuda por parte de la persona que lo necesita.

A continuación, me ocupo de las percepciones que tienen las personas diversas sexualmente de sí mismas y de los diferentes actores que interactúan con ellas, de los conflictos que surgen y conocen fruto de dichas relaciones cuando se produce una agresión o violencia de odio. Asimismo, de la conformidad a la que llegan dichas personas frente a esas dificultades, y de la sensación de aislamiento, soledad y abandono del resto de la sociedad que tienen las personas del colectivo LGTBI y el modo en que muchas de las veces se segregan a sí mismas de la comunidad.

Son dos los temas conflictivos fundamentales que acusan las personas LGTBIQ que pueden ocasionarles fricciones, desencuentros y hasta violencia material con otros en el proceso de interrelación social: 1) el deseo de expresarse libremente de acuerdo con su orientación sexual e identidad de género y, por ende, ser visibles y 2) y la aceptación de que existen presiones y represiones externas que pueden obligar a estas personas a claudicar en sus deseos con las consecuencias que ello implica. Por lo tanto, el problema principal de estas personas gira en torno a la preservación de su libertad y de su seguridad (o de la sensación de sentirse seguro en un entorno determinado), por un lado, y los intentos de control y represión, sobre todo, de su identidad y estilo de vida al ser

visibles, por otro lado, que pueden generar fricciones, situaciones problemáticas y críticas en sus vidas.

En este momento de la carrera moral aparecen síntomas y señales que la persona reconoce y lee. Estas señales pueden ser tanto una violencia simbólica como material y su interpretación personal es cultural, lo que determina su explicación y significación. Asimismo, la etnia, el género, la procedencia, el estilo de vida, el nivel formativo, la clase social, el contexto, etc., de la víctima condicionan tanto la lectura del hecho como su interpretación, y el modo en que el acontecimiento es expresado. También, la definición de lo que es normal y de lo que no lo es también estará condicionado por dicho contexto cultural y social.

Fundamentalmente, la familia de la persona LGTBIQ tiene un efecto decisivo en su carrera moral. Padres, madres, hermanos, primos no necesariamente son diversos sexuales y, a veces, no suelen comprender la naturaleza o el estilo de vida de dicho colectivo. Los malentendidos y desacuerdos que surgen en el seno del hogar suelen ser los primeros síntomas y, muchas veces, provocan cambios drásticos en el camino vital, y, en algunos casos, son el punto final del recorrido familiar. En este sentido, un informante, Pau de 47 años de Barcelona, de profesión estilista explica: *yo he tenido mucha suerte con mi familia siempre me han apoyado y, es más, me han incentivado para que cada vez que conocía a alguien lo trajera a casa en una situación de normalidad, como hacían mis hermanos. Esta situación me ha influenciado positivamente en la manera en que me relaciono con otros, me ha aportado tranquilidad, hoy lo veo claramente si me comparo con amigos, siempre percibo una cierta ansiedad tanto a la hora de relacionarse, como también de quedar ya sea para tomar algo o para tener relaciones sexuales. Mi condición sexual siempre se ha tratado con mucha naturalidad, pero reconozco que mi familia no es la norma. Mi padre es psicólogo y eso influye. Siempre han sido muy permisivos y comprensivos en comparación con otras familias.* En sentido contrario, Rodrigo de 39 años, originario de Jaén de profesión albañil y residente en Barcelona explica: *mi padre es comisario de la policía nacional, y no tengo madre porque falleció ya hace un tiempo, cuando le dije a mi padre que era gay me dijo que eran tonterías y que ya se me pasaría. Sin embargo, no se me pasó (jajajajajaja risas). Si bien siempre he sido discreto, correcto y educado, un vez llevé a un chaval a casa en plan colegas y cuando se enteró mi padre me montó un pollo tremendo, y en la discusión me abofeteó. No sé muy bien explicar lo que sentí, pero fue una tormenta de emociones porque sentí vergüenza porque era por ser maricón, aunque de la boca de mi padre no salió en ningún momento comentario alguno, pero también sentí dolor, porque yo sabía que no podría cambiarlo jamás y también culpable por las consecuencias que tendría en el pueblo si se enteraran que era maricón, sobre todo, por mi padre que es un macho alfa. Lo amenacé con denunciarlo a la policía, pero mi padre es policía, me dijo que, si yo persistía en mis ideas, no quería que viviese más con él, que prefería no saber nada y, en definitiva, porque no iba a aceptar mi sexualidad, que eso de maricón no iba con él. Eso fue muy doloroso para mí. Me sentí bastante frustrado y preso en mi propia casa. Hasta que me armé de valor, cogí cuatro cosas y me fui, un poco como saltar al vacío, pero fue solo al principio. Luego las cosas se enderezaron para mí conseguí trabajo por medio de unos amigos y*

me instale y fui formando mi nueva familia, sobre todo, de amigos. Hoy, y después de bastante tiempo desde que me fui tenemos una relación cordial a la distancia, pero es eso, cordial a la distancia.

Ana María de 52 años originaria de Uruguay, pero residente más de 30 años en Barcelona y de profesión dependienta explica: *cuando mis padres se enteraron de que era lesbiana, mi madre comenzó a llorar y se puso mala, incluso, se desmayó y la tuvimos que llevar al hospital. Cuando se recuperó, tanto ella como mi padre me echaron de casa y no me dejaron coger nada, me sentí fatal. Todavía hoy no sé explicar muy bien lo que sentí, pero fue doloroso. Y estuve bastante amargada y deprimida durante un tiempo largo, te comes la cabeza porque la razón de todos estos follones es por quién eres, por como eres y eso no lo puedes cambiar. Tus propios padres te rechazan te sientes mal, y acabas con la autoestima por los suelos durante mucho tiempo. No quiero ser dramática pero que te echen tus padres es una experiencia que no se la deseo a nadie, es un profundo dolor. Te tienes que armar de valor y echarte al mundo porque no te queda otra posibilidad. Tuve la suerte que unas amigas lesbianas mayores que quizás ya habían pasado por lo mismo me ampararon y auxiliaron en esos difíciles momentos.* Y me aportaron cariño y comprensión además de conocimientos que siempre estaré agradecida.

Por su parte, Jansen holandés de 50 años residente en Barcelona de profesión arquitecto manifiesta que: *mi familia es una típica familia holandesa cristiana y del entorno rural. Somos ocho hermanos y cuando decidí decirle a mi padre (pastor protestante), que era gay me dio una paliza tremenda y si mi madre no interviene mi padre me mata. Parece mentira que sea holandés y te esté explicando esto, pero Amsterdam es una cosa y el interior conservador y religioso otra. Cuando me agredió de esta manera tan brutal, tenía un volcán de emociones en la cabeza y en el cuerpo, porque es tu padre el que te agrede de esa manera. Lo odias y te odias también porque quieres ser un buen hijo y también quieres y tienes la necesidad de ser tu. También la odié a mi madre por no hacer nada, aunque menos, y a mis hermanos. Ninguno de mis hermanos salió en mi defensa, ya que lo que prima en mi familia es el miedo y la autoridad como manera de amar. Me sentí y me hicieron sentir menos que una mierda y más en mi familia porque lo peor es ser maricón supongo que es la influencia de la religión. Todo esto fue razón suficiente para que me armara de valor y me marchara. Entre la múltiples razones que mi padre me dio, es que él no podía tener un hijo homosexual porque eso era contrario a las enseñanzas de la religión. Él pensaba que yo había elegido ser homosexual y que podía dejar de serlo, eligiendo nuevamente apretar un interruptor, cosa que no es así. Ya ha pasado tiempo, pero todavía me duele porque en el fondo existe una gran contradicción en mi familia. Valores cristianos como la solidaridad, la bondad, el amor incondicional, etc., chocan de lleno en esta situación, ya que todo eso según mi padre, lo bueno es solo para los normales la gente de bien, no para mí que soy un perdido, un pervertido, un enfermo, un anormal. Ahora mi padre está mayor, no acepta igualmente mi homosexualidad. Sin embargo, ya no tiene energía para imponerse como le gustaría y también los tiempos han cambiado, pero, sobre todo, he cambiado yo. Es muy difícil cambiar esas maneras rancias, antiguas de pensar y concebir la vida de otra manera.*

No obstante, ya lo he perdonado, tengo cosas más importantes en las que centrar mi amor y mi energía como es mi hogar, mi pareja y mi trabajo.

Al ignorar los deseos de la familia la persona queda privada del apoyo familiar y debe abrirse camino sin el sostén financiero y emocional que de otro modo tendría. La familia, en tanto institución que exige al individuo comportarse de acuerdo con las convenciones, genera problemas de intereses enfrentados, de lealtades y de ideas de sí mismo que entran en conflicto. Y la respuesta que cada sujeto dé a esos problemas tendrá un efecto decisivo en la duración y el rumbo de su carrera (Becker, 2009:140).

Ante una violencia del tipo que fuere la persona puede ignorar los síntomas para que no le llamen hipocondríaco o porque no les da importancia. Sin embargo, las personas aludidas como pertenecientes al colectivo LGTBIQ o del arco de la diversidad sexual parten con un estigma importante endosado a su identidad, factor que tiene un peso sustancial en las relaciones interpersonales. La forma más común de lidiar con el estigma es a través del secreto. Cuando pensamos el secreto en relación con el estigma, resulta clave pensar en la visibilidad y la cuestión de la vulnerabilidad ya que la identidad de estas personas está desacreditada debido a sus atributos estigmatizantes, los atributos que conforman el estigma del "desviado sexual" (Goffman, 1962: 56). Y también es fundamental comprender que las tácticas de encubrimiento es uno de los primeros aprendizajes de las personas estigmatizadas[372]. Por lo tanto, lo usual es el ocultamiento. En relación con esta circunstancia Vanesa de 72 años de Almería, extrabajadora sexual transexual residente en Barcelona explica que*: …yo sé que es una sensación mía que es psicológico, durante la dictadura pasé mucho miedo, sufrí burlas, desprecios, palizas, maltratos y vejaciones de todo tipo porque en esa época simplemente travestirse era un delito, tantas humillaciones que se convirtieron en mi normalidad. Cuando uno es jóven eres más atrevida y te expones, y haces de tripas corazón, y te sientes rechazada y menos preciada porque te trataban como si fueras una mamarracha. En esos tiempos se pagaba un precio muy alto por intentar ser así. A medida que pasó el tiempo muchas veces me sentía deprimida y me encerraba, a veces, no salía no iba a ningún sitio por temor a que me detuvieran y me agredieran. El miedo a la inseguridad y la violencia se habían convertido en algo habitual y constante. Tampoco tenía conocimiento de mis derechos y si los hubiera tenido era imposible protegerlos porque nadie pensaba que una travesti era digna de protección e, incluso, te digo que nadie pensaba que mereciera protección o ser considerada como una persona. Éramos tratadas como escoria, siempre como menos persona y eso a lo largo del tiempo te va afectando el coco. Los tiempos han cambiado, es el día de hoy que soy una señora mayor, ya no ejerzo y ahora conozco mis derechos, me siento mejor soy una yaya como cualquier otra soy la mujer señora que siempre quise ser. Aunque cuando veo un coche de la policía, inconscientemente, me meto en un bar como escapándome hasta que me doy cuenta y me relajo. Muchas veces hasta me avergüenzo de mi comportamiento, pero no lo puedo evitar me quedó el miedo en el cuerpo.* La situación de Vanesa refleja la normalización de la violencia, la sensación continua de inseguridad, la ignorancia de sus derechos, la falta de confianza en las instituciones, la falta de

[372] *Ibidem*, p. 57.

reconocimiento de los eventos que le causaban daño y discriminación, la pérdida del capital social y, por ende, el aumento de su vulnerabilidad.

El ocultamiento de ciertas experiencias negativas es una estrategia frecuente de gestión del estigma y en algunas oportunidades inconsciente por parte de estas personas ante el temor de una cierta visibilidad que conlleve violencia y agresión[373]. El estigma juega un papel importante en la producción y reproducción de las relaciones de poder y control. En consecuencia, se establecen relaciones asimétricas entre los grupos sociales (Parker y Aggleton, 2003: 16). En este sentido, Clara una informante transexual de Barcelona de 42 años de profesión vigilante de seguridad privada nos explica que: *durante mucho tiempo cuando iba al CAP (Centro de Atención primaria), una enfermera me trataba de manera despectiva y discriminatoria. Se burlaba continuamente y hacía todo tipo de comentarios soeces. Al principio si bien me molestaba la actitud de esta enfermera y su trato discriminatorio, porque contra eso nadie está vacunado, no le di importancia, pero comenzó a ser cada vez más incómodo e irrespetuoso. Me comparaba gratuitamente con una puta por el hecho de ser transexual en controles rutinarios de análisis clínicos. En alguna oportunidad me preguntó, pero tú eres maricón, o ¿qué coño eres? Me hice la tonta. Ante esta situación, me planteé denunciar a dicha enfermera porque era plenamente consciente de que ese trato no era correcto. Sin embargo, no quería problemas porque comenzaba a ser visible como mujer trans, estaba en plena transición y sabía que simplemente mi imagen a veces causaba rechazo y en alguna oportunidad alguna manifestación violenta como insultos y amenazas. Por lo tanto, opté por la resignación y el desistimiento hasta que finalmente cambié de CAP.*

Otro informante, Adán de 47 años, de Tarragona de profesión biólogo narra que: *salía de un restaurante de comer con un amigo al mediodía en Barcelona, vamos que no era ni media noche ni de madrugada y por detrás nuestro escucho: ¡maricones de mierda! y, acto seguido, me dan una patada en la espalda que me quedé sin respiración y caí al suelo. A mi amigo, el atacante le da un puñetazo y también lo tira al pavimento. Aparte de las sensaciones dolorosas por la violencia gratuita, las sensaciones de desconcierto y de vulnerabilidad te machacan la cabeza. Es como cuando tienes un accidente de coche son dos minutos que parecen dos horas de una montaña rusa de agresiones, golpes e insultos. Fue todo tan rápido que no nos dio tiempo a reaccionar y, cuando nos levantamos y nos recompusimos mínimamente, no había testigos y el agresor había huido corriendo. Muchas veces me he preguntado si mi manera de ser gay, amanerado, con pluma, etc. es razón suficiente para que esta persona nos agrediera de esta manera. Pero, por otro lado, me considero una persona muy normal y tampoco hacíamos alarde de nada, ni tocamientos, ni ningún tipo de manifestación cariñosa, o algo por el estilo que podría haber sido razón (injustificado) para el ataque de una persona homófoba. Ahora ha pasado tiempo y todavía lo recuerdo con desagrado, en ese momento decidimos no denunciar ni decir nada porque estábamos en shock, con miedo y no entendíamos nada. Estábamos confusos, no comprendíamos el ataque ni sus razones y no creímos que la agresión fuere lo suficientemente importante como para denunciar. Simplemente, nos marchamos a casa y estuve mucho tiempo con miedo a salir a la calle*

[373] *Ibidem*, p. 91.

al ser plenamente consciente de la vulnerabilidad y, al mismo tiempo, de sentir indefensión ante cualquier posibilidad de agresión.

En el mismo sentido, Juana de 46 años de Madrid residente en Barcelona y de profesión empresaria explica que: ella y su cónyuge (matrimonio) tuvieron que abandonar el domicilio conyugal después de un acoso homófobo continuado por parte de sus vecinos durante aproximadamente 4 años. Fueron víctimas de agresiones físicas, verbales (insultos), amenazas, agresiones a su perro (patadas), pintadas homófobas en la puerta de su apartamento, escupitajos, daños a su coche, amenazas de muerte, etc. *Te sientes fatal cuando después de mogollón de tiempo has construido tu casa y estás a gusto y lo que ello significa no solo por el coste económico, sino también, emocional y por unas personas locas que no te soportan simplemente por tu orientación sexual. Las agresiones comenzaron tímidamente y fueron cogiendo velocidad, tanto que comenzaron a romper cosas, como macetas, adornos, etc. y lo peor fue cuando cogieron confianza en las agresiones verbales ante nuestro silencio. Nuestra estrategia era pasar, pero en este caso, fue peor. Cuando salíamos con el perro no se cortaban y a veces le daban una patada o varias. Ahora te lo explico con serenidad, pero fue muy duro, pasamos mucha ansiedad, miedo, furia, indefensión, ganas de venganza, no sé qué decirte de todo lo que sentí. No hay derecho, y encima se creían con el derecho de ser jueces de la vida, santificando lo que debe ser y lo que no debe ser, esa gente ignorante es muy peligrosa, y mucho más, cuando se dan cuenta que las autoridades no hacen nada y la ley no les pone límites. Lo pasamos muy mal hasta que tomamos un decisión radical porque iba a pasar algo y nuestra integridad física estaba en juego. Además, estaba cansada que me trataran gratuitamente como una mierda, me hacían sentir muy mal.*

En un principio pensaban que esta situación pasaría, pero cada vez era más tensa y peligrosa. Optaron por no denunciar por miedo y porque temían que si denunciaban la situación se agravase al ser sus vecinos los agresores. Por tal motivo, decidieron finalmente mudarse y cortar por lo sano con la situación, bastante a disgusto por las complicaciones que implicaba marcharse.

Francesc hombre gay estudiante universitario de 23 años de Barcelona sostiene que: nos merecemos poder dar alguna muestra de afecto en público como cualquier persona, o simplemente coger de la mano a tu pareja. Yo particularmente no tengo miedo, pero si he sido testigo de agresiones a amigos que no tenían razón de ser, ante esa violencia te sientes muy mal porque te llega indirectamente, el motivo de la agresión es porque son como tú (gays) y eso te afecta, aunque hagas como que no. Te hace estar más alerta y a veces te censuras tu mismo de hacer tal o cual cosa por miedo, aunque te eches palante y te hagas el valiente. Hoy mostrar afecto a tu pareja gay no es posible porque la visibilidad juega en nuestra contra aumentando la vulnerabilidad y la probabilidad de ser atacado, como pasa a diario.

El ocultamiento, el aislamiento y la autosegregación se convierten en patrones de comportamiento que tienen el objetivo de protegerse de los embates de la mayoría social. Sin embargo, este tipo de comportamiento es la profundización del estatus de marginal a través de la puesta en marcha de un ciclo de desviación creciente (Becker,

2009: 116). Los problemas que se generan con esa mayoría social conducen, en términos generales, a las personas LGTBIQ a un mayor aislamiento que a su vez aumenta las posibilidades de mayores problemas en el futuro. Como regla general, la persona diversa sexualmente pertenece a una subcultura, a un grupo social minoritario. Por lo tanto, en cierta manera está aislado de la mayoría social y, aún más, al vulnerar las reglas de género del ordenamiento sexual. En cierta manera, el grupo social mayoritario se convierte en potencialmente peligroso. La persona LGTBIQ siente que el contacto directo con él solo sirve para interferir en su estilo de vida, en el libre desempeño de su orientación sexual y de su identidad de género. En consecuencia, es más seguro aislarse y no tener ningún contacto. Gran parte de la autosegregación se desarrolla a partir de la hostilidad hacia la mayoría social y lo que representa, represión y peligro, lo que favorece al establecimiento de los guetos.

Para un jóven, Juan Manuel de 29 años, oriundo de Almería, pero residente en Barcelona y estudiante universitario, gay totalmente identificado con la comunidad LGTBIQ, dice que esa sensación de aislamiento y, al mismo tiempo, de ostracismo es muy fuerte y expresa en un comentario que: *en mi escalera poca gente me dice buenos días, aunque yo siempre digo buenos días por favor y gracias, al subir al ascensor o en los espacios comunes. Yo reconozco que aquí en Barcelona me he soltado un poco más como gay de lo que era y hacía en Aguadulce, el pueblo de Almería de dónde vengo. Tengo un poco de pluma y a veces creo que me miran raro, jajajajaja (risas). Al principio me afectaba me sentía un poco mal, también pensaba que me hacían ese vacío por ser maricón. Pero llega un momento que comienzas a pasar porque sinó te vuelves loca del coño. Pero no me importa, prefiero pensar que nadie me dirige la palabra porque aquí en Barcelona la gente es muy seca. De todos modos, me he acostumbrado, pero, al mismo tiempo, me he aislado. Solo me relaciono con otras personas LGTBIQ, o bien que conozco de las app de sexo o por amigos también gays, son afines, te sientes seguro (que no es poco) y hacemos cosas juntos. De esa manera no tengo que lidiar con comentarios o gestos despectivos y me siento más seguro.*

En determinado momento el conflicto se presenta y la persona LGTBIQ entiende que es imposible mantener el éxito de su identidad intacta y, en consecuencia, debe tomar algún tipo de decisión, aunque sea por inacción, situación que determinará el curso de la carrera. La persona que decide ignorar las presiones externas y ser honesto consigo mismo encuentra cerrado el camino a las redes y escalafones sociales. Son pocos los dispuestos a ser fieles a sí mismos y adoptar posturas extremas, ya que la mayoría hace concesiones. En este punto, el individuo que hace concesiones debe cambiar radicalmente la idea que tiene de sí mismo y debe aprender a pensarse a sí mismo de otra manera. Esta situación no está exenta de angustia. En este sentido, Sebastián transexual masculino de 37 años de Barcelona, con formación universitaria y de profesión vigilante comenta: *hace más de diez años cuando comencé a trabajar como vigilante, no se había aprobado la ley que permite modificar la identidad en el DNI. Por lo tanto, en mi documento figuraba mi nombre de chica, aunque mi apariencia ya sometido al proceso de transición era un rol totalmente masculino. Para no tener problemas lo comenté con mi jefe y este me explicó que en la empresa no existía inconveniente en emplearme a pesar de mi identidad transexual. Las oficinas de*

personal estaban alejadas del centro de trabajo y el responsable no aplicó la ley de protección de datos y dejó irresponsablemente la información sobre la mesa (DNI, contrato, nómina, etc.) al alcance de cualquiera, lo que ocasionó que el resto del personal se enterase de mi condición de transexual. A partir de ese momento comencé a ser objeto de vejaciones, trato discriminatorio, hurtos, acoso, tocamientos, trato soez, amenazas, etc. por parte de los compañeros de trabajo. En primer lugar, opté por pasar inadvertido, ser más o menos invisible para ocasionar el menor problema posible. Pero después conocí a la que es hoy mi pareja en el centro de trabajo y comenzamos los dos a ser objeto de trato discriminatorio y vejatorio. Al principio me sentí muy mal y bastante indefenso ante una situación que no podía manejar muy ben porque no puedes hacer nada y se te ríen en la cara y es humillante. Pero cuando entró en juego mi pareja y el acoso al que fue sometida me hirvió la sangre, tuve muchos pensamientos demasiado negativos ante la impotencia, la indefensión y la inoperancia de los responsables que si podían hacer algo.

Me quejé repetidas veces a la dirección de la empresa, pero no pasó nada. Lo comuniqué a una organización institucional del ayuntamiento de Barcelona, la oficina para la no discriminación y tampoco tuve respuesta. Estaba bastante desanimado y derrotado porque nadie me podía ayudar. Esto fue hace más de diez años hoy entiendo que las cosas funcionan de otra manera y se puede denunciar por odio y discriminación ya que se dispone del asesoramiento y ayuda de las asociaciones del colectivo. Pero no saber y disponer de recursos para denunciar fue muy frustrante. Estuve bastante deprimido. En este caso, Sebastián es víctima de un trato discriminatorio que atenta contra su dignidad y seguridad y la de su pareja, y donde su contexto crea un entorno hostil e inseguro con la connivencia de la empresa, compañeros e instituciones.

Algunos sujetos deciden disimular no diciendo nada a nadie ni en su entorno más cercano o su trabajo, y si la situación es grave se inventan historias de encubrimiento si es necesario. Pocos elijen explicarlo a personas de confianza, sobre todo a pares, amigos del propio colectivo, pero raramente se identifican como víctimas de odio y discriminación salvo si el evento delictuoso es de la suficiente gravedad. Esta etapa se caracteriza en cierta manera por el secreto y la ocultación y ante un acontecimiento de violencia del tipo que sea se opta por el ocultamiento y por no dar importancia a estos eventos violentos-síntomas ante un contexto de homofobia normalizada. Estas personas temen ser rechazados por personas cuyo respeto y aceptación necesitan en términos tanto prácticos como emocionales para seguir viviendo. Por lo tanto, sus relaciones pueden verse afectadas de alguna manera. A veces ese tipo de control informal se desarticula cuando la persona se involucra con otras personas similares identitariamente y aumenta su conocimiento y, por ende, su conciencia en torno a ciertos temas, como puede ser la discriminación (Becker, 2009: 86).

Ángeles de 39 años de Barcelona de profesión psicóloga explica que: *a pesar de la diversidad de las experiencias es importante comprender la dimensión del daño físico, pero sobre todo del daño psicológico y emocional que generan estas agresiones en las víctimas. El daño es estructural en su psique porque la razón de los ataques está vinculada con el rechazo a su orientación sexual, o a su manifestación de género. Estos*

son aspectos nucleares de su identidad y no se pueden cambiar. Esta situación afecta a las víctimas en relación con su autorreferencia, su seguridad y el ejercicio de las libertades civiles. Estas personas viven en una constante sensación de inseguridad debido a la visibilidad que proyecta su identidad. Por otro lado, las agresiones leves como las humillaciones constantes generan a largo plazo cuadros de ansiedad, depresión y aislamiento, lo que aumenta la vulnerabilidad de estas personas.

Albert de 50 años de Barcelona de profesión charcutero explica que: *en una oportunidad él y su pareja fueron atacados y golpeados en su portal ante insultos como maricones os vamos a colgar de una grúa y vamos a pegaros un tiro en la cabeza*. Ante la gratuidad de las agresiones y el desconcierto quedaron muy afectados emocional y psicológicamente. Ya que nunca los agresores pudieron ser identificados lo que les provocó aún una mayor sensación de indefensión e inseguridad.

El perfil de la víctima de delitos de odio presenta rasgos muy diversos. Entre las tipologías de las agresiones se manifiesta una diversidad de actos punibles, como las agresiones verbales con amenazas, amenazas de muerte, insultos, humillaciones, agresiones físicas, vejaciones, amenazas y acoso a través de la red, etc. En términos generales la visibilidad de este tipo de víctimas genera agresiones sorpresivas, no esperadas y, sobre todo, gratuitas y, en la mayoría de los casos, agresiones grupales.

Rosario de Málaga de 54 años y de profesión abogada explica que: en relación con las personas perjudicadas en relación con aspectos físicos, psíquicos y patrimoniales en este tipo de delitos es importante tener presente ciertos conceptos básicos. La víctima directa es aquella persona física que sufre un daño o perjuicio sobre su propia persona o su patrimonio, en especial, lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. Y la víctima indirecta es aquella que surge ante la muerte o desaparición del actor: cónyuge, pareja, hijos, ascendientes, hermanos, parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraban bajo su guarda y las personas que sujetas a su tutela o curatela o que se encontraban bajo acogimiento familiar. Y, por otro lado, es sustancial comprender los diferentes tipos de victimización. La victimización primaria es el daño físico, psíquico-emocional o material derivado directa o indirectamente del hecho delictivo. Por su parte, la victimización secundaria se produce cuando la víctima entre en contacto con el sistema jurídico y fruto de la mala praxis por parte de quienes le atienden (policía, justicia, administración en general) sufre un daño añadido. Y la victimización terciaria es aquella que se refiere a la victimización del sujeto activo del delito, del delincuente, cuando la sociedad lo estigmatiza de por vida.

Fase 3: Respuesta a los sucesos/ decisión de actuar o no.

En esta fase del proceso asistencial la persona ya ha tomado la decisión de solicitar a su entorno algún tipo de ayuda ante el infortunio padecido (agresión o discriminación) y pone en marcha una serie de mecanismos para comunicarlo socialmente y poder obtener de ese modo el sostén requerido.

Las mayores y mejores recompensas a nivel identitario y vital están en manos de aquellas personas que persisten fieles a su identidad. Sin embargo, no hacer concesiones

ni plegarse a los intereses de la generalidad implica muchas veces despedirse de toda esperanza de ser aceptado e integrarse en la mayoría social. Las violencias aparecen cuando los supuestamente marginales no se adecúan a la normalidad, infringen una norma sexual o de género, y alguien piensa y considera que como culpables deben ser castigados, dando por resultado episodios fundamentalmente de violencia material o simbólica. Esto plantea un dilema personal con dolorosas consecuencias en la integridad física, psíquica y emocional de la víctima.

Ante una agresión verbal, física o institucional, la persona sabe y siente que existe algo discordante que lo desequilibra física, psicológica o emocionalmente, tiene un problema. Una vez que sucede el hecho violento la víctima vive un shock inicial que la sacude e interpela. En este sentido, Arnau de 42 años de Barcelona de profesión empresario relata que: *un fin de semana me había ido de fiesta y regresaba a casa el domingo a primera hora serían las 7 de la mañana. Vivo en la zona alta de la ciudad (Pedralbes) y nunca me he sentido inseguro. Sin embargo, este día aparecieron de la nada tres chavales entre 25 y 30 años y comenzaron a insultarme haciendo alusión a mi vestimenta, me acorralaron mientras me decían maricón, sarasa, bujarrón, etc. Acto seguido comenzaron a agredirme físicamente, como pude logré incorporarme del suelo aturdido y, al levantarme, echaron a correr. Estuve varios minutos recuperándome porque no tenía aliento, y no había nadie por la calle. También es verdad que al ser un barrio residencial a esa hora y día tampoco suele haber nadie. Mi sensación era de rabia, indefensión e impotencia, estaba magullado, desconcertado y confundido. Cuando recuperé la respiración fui lentamente a casa y finalmente decidí no ir a la policía porque a pesar de los golpes y contusiones creí que tampoco era relevante ir al hospital y luego a comisaría y explicar que la agresión era por ser gay. Y pensé que nadie me haría caso por la zona y las circunstancias.*

Jordi de Barcelona de 37 años y de profesión dependiente y estudiante explica: *un sábado por la noche íbamos tranquilamente un grupo de amigos y amigas al Arena (discoteca), y algunos de mis amigos que son pareja iban cogidos de la mano. De repente, aparecen por las inmediaciones un grupo de chicos (cuatro o cinco) y nos gritan maricones e inmediatamente se abalanzan y nos pegan violentamente. Los agresores huyen rápidamente, y nosotros nos incorporamos, no le dimos mayor importancia porque habitualmente o te insultan o te agreden si creen que tienes mucha pluma o eres muy visible como gay, te tragas la rabia y te defiendes como puedes y continuas. Además, íbamos en grupo y eso, aunque no quieras creer te protege en cierta manera. Nos fuimos a la discoteca, pero para nuestra sorpresa nos los encontramos nuevamente y nos insultaron y agredieron otra vez. Ante esta violencia gratuita salimos corriendo como pudimos por Gran Vía y encontramos un coche de la policía urbana de Barcelona a los que les comunicamos los hechos. La policía encontró rapidamente y detuvo a los agresores (no a todos) les tomó los datos y los dejaron en libertad en muy poco tiempo. Nos dirigimos (víctimas) a la comisaría de las Ramblas y nos encontramos nuevamente a los agresores que habían sido liberados quienes indistintamente escogieron a un par (víctimas) de nosotros y para tirarnos al suelo y para darnos de patadas y golpes en la cabeza y, otra vez, huyeron. Sinceramente, te sientes mal ante tanta agresión, pero también te digo que te armas de valor y, en un*

momento dejas de ser maricón a los ojos de los otros para dar algún tortazo, aunque a mí no me gusta, pero te tienes que defender de alguna manera. La policía si llega lo hace tarde y nunca te defiende, no te sientes seguro en las calles, cada día hay más violencia y mucho machiruleo.

Marcel de Barcelona de 31 años de profesión monitor deportivo y estudiante universitario explica que: *una tarde noche de un día de la semana en el que suelo dar un paseo en el parque de Montjuic (zona de ligue), me encontraba en las escalinatas cerca del Museo de Arqueología y veo a tres skins heads. Ante esta situación y la inminencia de un posible ataque me dio un vuelco el corazón porque no veía a nadie. En esos momento no sabes que hacer, lo único que escuchas son tus latidos. Normalmente hay gente, pero también a veces está desierto. Intenté guardar las formas y no salir corriendo porque sabía que irían detrás de mí. Los skins heads no van a estos sitios gratuitamente si están es para buscar follón y pegar a alguien eso fijo. Los tres se abalanzaron sobre mí y, entre insultos, me dieron puñetazos y una patada que me hizo caer por las escaleras, los agresores huyeron rápidamente. Aturdido creía que me había roto algo por lo aparatoso de la caída y porque el dolor era intenso, pero, al mismo tiempo, también estaba expectante que no regresaran. Me levanté como pude y después de un rato porque no podía ya que estaba atontado y confundido por los golpes y, sobre todo, con mucho miedo. Quería recuperarme lo más pronto posible para marchar porque lo único que quería era llegar a casa. En ningún momento se me pasó por la cabeza ir a la policía (estaba demasiado asustado), aunque la comisaría está a solo unos metros, porque no quería explicar que estaba en la zona de ligue y que se rieran de mí o algo por el estilo. Como pude llegué a casa y estuve recuperándome de los golpes y con mucho miedo durante un buen tiempo, y este evento modificó en gran manera mis costumbres durante un largo periodo, mi autoestima y la sensación de vulnerabilidad.*

Erica transexual de Murcia de 34 años residente en Barcelona y de profesión peluquera explica que como todas las noches saca a pasear a su perro cerca de los jardines de María Cristina. Y una noche sobre las 2330 hs dos hombres jóvenes la siguen, la abordan, la acosan y comienzan a insinuarse con ella. La informante explica que*: en primer lugar, les ignoro creyendo que de esa manera podría manejar la situación. No obstante, los hombres me comienzan a insultar y decirme que los travelos como yo la chupan gratis. A mí normalmente, si me insultan no me afecta, pero cuando son dos o más personas siempre me quedo un poco paralizada me da miedo que me hagan daño. No sería la primera transexual agredida, en nuestro colectivo es la norma que día si o día no alguien sea atacado o herida gratuitamente y, en el peor de los casos, asesinada. Como no les hacía caso la situación tensa fue en aumento y les dije que no me molestaran más, rogaba que pasara algún coche de policía, pero cuando te pasan estas cosas estas más sola que la una y el tiempo se estira, les dije nuevamente que me dejaran tranquila. Pero todo lo contrario se abalanzaron y me agredieron, dándome puñetazos, patadas y diciéndome que era un maricón de mierda (no maricón no soy, soy mujer transexual, pero mujer, risas). Y como siempre acto seguido del ataque que siempre suele ser grupal, estos sinvergüenzas huyen rápidamente. Y también tengo que decirte que no eran ni negros ni sudamericanos, ni extranjeros, eran de aquí eso te lo*

aseguro. Yo no entendía nada, estaba magullada y aturdida salí primero detrás del perro que era lo que más me importaba (entre risas). En esos momentos entre los golpes y el dolor te sientes angustiada, desvalida necesitas que alguien se acerque y et ayude, pero si alguien esta cerca por experiencia también te digo que nadie se mete, es muy raro que alguien haga algo. Ahora me río, pero en ese momento lo pasé fatal me dieron una buena tunda sin beberlo ni comerlo nunca entendí por qué me agredieron, no soy prostituta ni estaba ligando por la calle. Quizás por mi imagen, soy una mujer exuberante, pero, sobre todo, me considero una mujer muy normal, pero te lo repito todavía no entiendo. No denuncié porque ya había tenido diferentes enfrentamientos con los policías de la comisaría de Les Corts que, precisamente, son conocidos por no ser gay friendly y, sobre todo, por dar palizas, vulnerar derechos, etc. Así que como pude cogí mi perro me acicalé y me fui a mi casa dolorida, angustiada, llorando y resignada cagándome en todo porque tienes sentimientos encontrados entre furia indefensión e impotencia y no te voy a mentir también con ganas de partirles la cabeza a esos cobardes, pero, sobre todo, con miedo en el cuerpo.

La víctima de este tipo de hechos delictivos puede ignorar estos hechos, pero también puede afrontarlos y actuar, puede explicar a su entorno lo que le ha sucedido. Si enfrenta la agresión, inicia la comunicación a las autoridades competentes con la finalidad de interponer una denuncia; pero si ignora la agresión, esta queda en el olvido con importantes consecuencias y desequilibrios psico-emocionales y, a veces, también materiales para estas personas.

Este primer paso hacia la solución del problema implica la autoatención. Las personas en su proceso de autorreferencia tienen un conocimiento empírico de su cuerpo, y al vivir una violencia del tipo que fuere se autoatienden según su conocimiento y conciencia. Al ser notorio el suceso y en función de su gravedad y del entendimiento la persona aplica las soluciones que conoce y tiene a su disposición. Paulo de 36 años brasileño de profesión trabajador sexual y residente en Barcelona explica que: *muchas veces los clientes (tanto gays como heterosexuales) se pasan bastante con las drogas y el alcohol y se vuelven violentos y desagradables. En más de una oportunidad me han agredido, fruto del exceso del alcohol y alguna droga, sumado a que no me querían pagar por el servicio, y aunque les amenazaba con denunciarles a la policía. Algunos me decían: a dónde vas a ir tu a denunciarme si eres puto extranjero y negro. Esos comentarios hace tiempo me afectaban hoy ya me dan lo mismo. Ante una agresión, si lograba cobrar me marchaba lo antes posible y en casa me ponía hielo para bajar la hinchazón provocada por los golpes o me ponía una tirita, o me tomaba algún tranquilizante o, simplemente, una aspirina, tan solo me interesaba ganar el dinero que necesitaba para mis gastos, alquiler, vivir, comer, etc. y lo que menos me interesaba era tener problemas con la policía ya que no tengo los papeles en regla, estoy en situación irregular y tengo miedo a ser expulsado.*

La dejadez, el desgano, la indolencia y la pasividad de las víctimas ante un suceso violento o discriminatorio y su posible denuncia, es consecuencia de muchas razones. Pero una es especialmente poderosa, el miedo hace que se incremente de manera alarmante la cifra negra de los delitos de odio y discriminación ante la ausencia de

acusaciones. Además, da alas a los agresores ante la inexistencia de procedimientos, investigaciones y sentencias que pongan coto a este tipo de crímenes. Los mecanismos para poner en funcionamiento estos procedimientos judiciales penales suelen comenzar por la denuncia de la parte interesada o de terceros. Por lo que el estudio de las denuncias puede ser un buen indicador de la dimensión del problema de los delitos motivados por el odio. Si bien el número de denuncias crece, no refleja el número real ni tampoco aproximado de las agresiones que viven las víctimas. La falta de denuncias crea un vacío informativo sobre este tipo de sucesos a pesar de las políticas preventivas y formativas ante el odio y la discriminación desplegadas hasta la fecha por las administraciones públicas. Es por esta razón que las cifras que se manejan por parte del Ministerio del Interior[374] no son fidedignas, son solo la punta del *iceberg* y detrás de las cifras de denuncias conocidas existe una cifra negra de delitos que no se conocen y que no se denuncian. Uno de los motivos más importantes que justifica la falta de denuncias se debe también a la normalización de las agresiones. Esto se debe a la reiteración perpetua del fenómeno a lo largo de la vida de las víctimas y, por otro lado, a la interiorización de los estereotipos negativos que justifican el odio como propios de la identidad del sujeto o del colectivo social al que pertenece la víctima.

En este sentido, Javier de 44 años de Girona de profesión jardinero comenta que: *desde que era pequeño siempre se han burlado de mí por ser gordito y amanerado. Este trato a lo largo del tiempo fue creciendo y ya en el instituto era víctima de vejaciones y agresiones físicas importantes. Desde pequeño la constante era hacerme sentir inferior ante tanto menoscabo, tanto que me lo terminé creyendo en cierta manera. Este tipo de trato era el mismo a diario y se convirtió en la norma, reconozco que me acostumbré, era el gordito maricón que aceptaba todo tipo de maltrato con tal de ser aceptado, poder pertenecer o, simplemente, para que me dejaran en paz. En una oportunidad, me tiraron por las escaleras del instituto y además de los golpes llegué al hospital con un paro cardiorrespiratorio. No era consciente de la magnitud de las agresiones ni de la gravedad de la situación, tampoco conocía lo medios legales, ni entendía lo que entiendo ahora. Por un lado, tenía en mi cabeza muy normalizado el odio y la discriminación por ser así y esto influyó mucho en mi homofobia interiorizada posterior, pero también, por otro lado, las agresiones y humillaciones estaban también muy normalizadas en todos mis entornos. Yo pensaba en cierta manera que estas agresiones eran justas por ser maricón una especie de correctivo porque la mayoría no era así, los normales, vaya locura. Yo provengo de un pueblo donde todo es muy conservador y nunca hubiera recurrido a la policía porque no sabía que lo que me hacían era delito. A parte, no me sentía con la suficiente confianza para explicar que todo ese maltrato era por ser homosexual, tenía vergüenza y miedo de que la Policía se riera o se burlara, si todo el mundo lo hacía porque ellos no lo iban a hacer. Y si finalmente lo hacía la situación quizás me terminara perjudicando. La Policía tiene poder y no me fío mucho que sea justa en este tipo de casos porque siempre como maricón te miran mal.*

[374] www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas

Es notorio como las agresiones o el odio no se perciben fuera de la normalidad o de la cotidianeidad, o peor aún, cuando no son vistos como actos violentos, son naturalizados por la constante frecuencia del trato. Cuando se produce esta situación puede provocar un efecto de *desesperanza aprehendida*[375] , tanto la persona como el colectivo de pertenencia asumen las agresiones como un fenómeno inalterable. Si bien muchas de las agresiones no se enmarcan exclusivamente dentro de la definición de delito de odio, lo que si reflejan es humillación, burla, maltrato, menosprecio y minusvaloración de las personas agredidas. Y ser una víctima perpetua que padece agresiones reiteradas puede provocar un efecto de indefensión aprehendida[376]. La víctima, aunque sepa que está padeciendo una agresión asume que una denuncia no cambiará su realidad de agresiones de odio.

El desconocimiento de las dinámicas, de los conceptos legales y de los recursos también son importantes obstáculos a la hora de acceder a los servicios públicos. Existe una ignorancia importante de la vía legal, policial, asistencial, sanitaria, etc. y de las implicaciones que tiene para la víctima. Por otro lado, no se conoce el concepto de delitos de odio, ni los tipos penales implicados. Pero si la persona conoce y reconoce que lo que le sucede es un delito de odio se manifiesta un desconocimiento importante del proceso de denuncia y sus implicaciones. Además, de la desconfianza hacia los cuerpos policiales y las instituciones jurídicas debido tanto a la experiencia histórica represiva contra estos colectivos como a la relación asimétrica que se establece entre víctimas e instituciones. Esta situación agrava la separación y desconfianza que existe entre las víctimas y las organizaciones que están a su servicio, al establecerse indirectamente una posición social inferior de la víctima de delitos de odio con respecto al funcionario en cuestión. Ya sea esta situación por la vulnerabilidad de la víctima, situación irregular, pobreza, exclusión social, etc., como también por homofobia interiorizada e institucional. En este sentido, la legitimidad de la persona víctima de odio queda minusvalorada o siente que así es por la posición social que ocupa el profesional policial, judicial, sanitario, etc.

Esta situación de ignorancia se ve mezclada con diferentes emociones fruto del evento delictuoso, como la rabia, la impotencia, la tristeza, el desconcierto, la indefensión, etc. La víctima no conoce los servicios de atención disponibles y gestiona la agresión o el suceso traumático de manera autónoma. En este sentido, *Antonio de 27 años de Tarragona y de profesión dependiente explica: hace tiempo tuve una agresión por mi orientación sexual, me insultaron de mala manera refiriéndose a mi vestimenta, y a la pluma que soltaba según ellos; me enfrenté a un par de chavales que me estaban molestando en los Ferrocarriles de la Generalitat y acabé bastante aturdido por los golpes que me dieron, nadie en el andén me ayudó y como pude me incorporé, un poco descolocado, no sabía qué hacer lo único que quería era llorar y desaparecer marcharme Aunque en esos momentos estas en otro planeta por los golpes y por el*

[375] Es la actitud que asume la víctima ante la resignación de la conducta originada por el fracaso de los intentos que llevan a las personas a someterse a un problema determinado.

[376] La indefensión aprehendida es un concepto que consiste en la falta de convicción en la eficacia de la propia conducta para cambiar la marcha de las cosas o para conseguir un objetivo, debido a que el individuo interioriza las faltas propias, pero especialmente, la falta de control.

shock. Tampoco sabía cómo ahora sé que son los delitos de odio, ni que había servicios sociales, ni que podía denunciar, ni que podía acudir a los servicios sanitarios, tampoco fui al médico. Después de la agresión me levanté como pude, me limpié un poco la sangre y la ropa para no dar el cante y lo único que quería era llegar a casa para llora de la impotencia. Además, con mucho miedo en el cuerpo en ese momento no sabía si ir a la policía me podía ayudar o de alguna manera también me podía perjudicar.

Julia transexual de 39 años de Barcelona de profesión fotógrafa explica que: en una oportunidad que fui agredida las lesiones que sufrí y el daño fueron considerables. Yo estaba en pleno proceso de transición y mi imagen no es la de ahora que considero que es totalmente femenina. Aunque te sientes muy mal emocionalmente por la agresión, esos son momentos delicados en los que la transición es una cosa muy importante y te tragas el dolor, el miedo, la ansiedad si tu proceso de transición puede perjudicarse de alguna manera. Aunque todos esos pensamientos no tienen pies ni cabeza, en esos momentos los consideras importantes y no te das cuenta de que tu integridad física es aún mucho más importante. Yo creo que todo eso pasa porque no existe un apoyo social ni tolerancia. En ese momento compartía piso con una amiga y casi me exigió que hiciera la denuncia al ver las heridas. Sin embargo, no denuncié porque no sabía cómo era y cómo funcionaba el proceso de denuncia y además tenía miedo de perder el control de la situación. También, ir a la Policía en mi situación me daba más desconfianza que seguridad. Tuve diferentes experiencias en las que siempre me han tratado muy mal. Por otro lado, no conocía los tiempos procesales, y no sabía si un procedimiento judicial me perjudicaría ya que estaba inmersa en el proceso de transición sexual.

María Victoria transexual de 48 años de Barcelona de profesión cantante explica que: fui agredida, humillada, amenazada, etc. por unos vecinos de mi antigua escalera, evidentemente, fue por mi orientación sexual y mi identidad de género. Yo no me meto con nadie, pero estos vecinos se volvieron cada vez más y más agresivos conmigo. Comenzaron haciendo comentarios soeces a los que yo nunca presté atención. Ante mi indiferencia, fueron a más, se sumaron los insultos. Al principio me sentía rara porque no entendía la aversión, la contrariedad, pero poco a poco me fue invadiendo el miedo. Les hice frente y les contesté y fue peor, comenzó la violencia gratuita. Llamé varias veces a la Guardia Urbana, pero me decían cosas como ¿ya ha hablado usted con ellos?, me parecía todo tan ridículo. Les dije esta gente me van a agredir, pero ni caso. Estas agresiones (golpes) me provocaron diferentes hematomas y heridas que me llevaron al Clínico. Allí me hicieron las curas y también me dieron el parte por agresiones. Con este papel me armé de valor y fui a comisaría a poner la denuncia. Sin embargo, una vez la hice me quedé sola porque regresé a casa y la situación continuó y me provocó un miedo tremendo a pesar de haber hecho la denuncia ya que los vecinos se envalentonaron y el acoso se incrementó. Lejos de sentirme segura me preocupé aún más. Realmente, en ese momento denunciar no fue una solución ya que me seguían molestando y me encontraba día sí y día no a los agresores lo que me provocó un cuadro de ansiedad muy fuerte y estuve tomando ansiolíticos durante un buen tiempo.

Me costó bastante denunciar y una vez hecho este trámite me sentí aún más vulnerable. No sentí que hubiera sido un beneficio.

Los factores que tienen un papel importante en el desconocimiento de los recursos por parte de las víctimas que pueden llevarlas al proceso de denuncia, son múltiples. No obstante, este desconocimiento implica que la víctima tiene menos posibilidades de afrontar satisfactoriamente tanto la agresión como su confrontación legal, sanitaria, emocional, etc.

Es una realidad la mejora del sistema estadístico del Ministerio del Interior para la recolección de los datos sobre este tipo de delitos. También la mejora de la formación y de la especialización de los funcionarios receptores de denuncias e investigadores de este tipo de delitos, la incorporación de nuevos ámbitos para clasificar la motivación del odio y de la discriminación, entre otras medidas. Sin embargo, a pesar de estos avances, las cifras de denuncias se incrementan muy poco cada año, llegando en 2016 a disminuir sobre el año anterior, 2015. Este descenso no muestra realmente una disminución de los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género, sino que es el fruto de la corrección de la catalogación que se produjo con respecto a los años anteriores. Además, existe el problema de la recogida de datos, la inexistencia de un protocolo que unifique los datos recogidos por todas las entidades involucradas. No todas las denuncias que se recogen relacionadas con este tipo de delitos entran dentro de la tipificación de delitos de odio. El Ministerio del Interior solo indexa aquellos delitos denunciados, investigados y sentenciados, dejando una gran incógnita sobre muchos hechos delictivos.

Lo que crea una duda razonable e inquietante ya que pone bajo sospecha la cuestión, primero: porque se produce un cierta vacilación de las estadísticas que no sigue un patrón lógico creciente y a veces decreciente bastante inexplicable, y, por otro lado, sobre la existencia de la cifra negra de los delitos de odio que no se denuncian y de la magnitud real e importancia de este tipo de hechos delictuosos en España, denunciada por organizaciones con la suficiente entidad e importancia como la FRA (Fundamental Rights Agency, EU). Otros estudios ponen en duda los informes estadísticos del Ministerio del Interior Español y estiman una cifra de delitos más altas que las presentadas por el propio Ministerio. Justamente, para España el Movimiento contra la Intolerancia[377] da aproximadamente unos 4000 delitos para 2018 (informe de 2019), los informes Raxen estiman una cifra para ese mismo año de aproximadamente más de 13000 delitos, lo que supone que solo se denuncian aproximadamente el 10% de los delitos.

En este sentido, un informante de profesión fiscal dice que: *sin bien la Fiscalía trabaja a partir de una denuncia o un atestado policial, por lo general, las víctimas no denuncian por su condición LGTBIQ directamente relacionada con su intimidad. Y, solo conocen el concepto de delito de odio muy pocas personas, un 25 % de las víctimas, aproximadamente, por lo que el 75% restante lo desconoce. En España, los motivos por los que se discrimina son fundamentalmente por orientación*

[377] http://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/informeraxenespecial2018.pdf

sexual/identidad de género, por ser discapacitado y por racismo (40%, 33% y 20%). También asegura que, según datos de la fiscalía, solo se denuncia un 13% los delitos de odio sufridos. Y del 87% restante que no denuncia, el 30% cree que es una pérdida de tiempo, 16% no le da importancia, otro 16% teme represalias o venganza, y el resto, la persona no sabe que el hecho es delito, o teme a la victimización secundaria, el desinterés de la policía y la indiferencia del sistema judicial. También, asegura que de las víctimas atendidas por la Fiscalía más de la mitad no conoce los organismos y las instituciones habilitadas por las administraciones públicas para ayudar a las víctimas de delitos de odio. En función de estos datos, expone que es posible afirmar la existencia de una elevada cifra negra de este tipo de delitos, y que las estimaciones es que se denuncia aproximadamente un cuarto de los delitos que se cometen, por lo que estima una cifra oculta en torno al 75% de los delitos reales. Por ello, para el ejercicio eficiente y eficaz de la función del Ministerio fiscal, es de vital importancia presentar las denuncias directamente a Fiscalía o bien a través de los colectivos y asociaciones que agrupan y defienden los intereses de estos grupos sociales. No obstante, cree que hace falta una labor importante por parte de las administraciones públicas para dar a conocer conceptos como los delitos de odio, ya que considera por experiencia propia que la mayoría de la población no sabe de qué se tratan, solo los intuye.

La escasa fiabilidad de los datos ofrecidos por del Ministerio del Interior, entre otras razones, también se debe a la no incorporación de los datos relacionados con los delitos de odio de la totalidad de los cuerpos policiales locales. Solo incorporan sus datos aquellos cuerpos policiales que tienen firmado el *Convenio marco de colaboración, cooperación y coordinación entre el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias, en materia de Seguridad Ciudadana y Seguridad Vial*. Situación ya denunciada por la ECRI en su informe de 2018 sobre España (2018: 29).

A este respecto, es importante citar el reciente informe: *A long way to LGTBIQ equality* presentado en mayo de 2020 por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA). En él se aportan datos significativos como que más del 60% encuestados en la comunidad LGTBI de los países de la Unión europea evitan manifestar en público cualquier demostración de afecto. El 53% de la muestra nunca manifiesta abiertamente su identidad por miedo. Más del 35% de ellos evitan ciertos lugares para no ser acosados ni padecer violencia y solo el 11% de los incidentes de odio se reportan a las autoridades y entre las razones podemos citar: hacer pública su condición sexual, miedo a las reacciones homofóbicas y transfóbicas de la policía y falta de confianza en las instituciones judiciales y temor a la victimización secundaria (FRA, 2020: 26, 40).

María de 52 años de profesión fiscal explica que: el problema con este tipo de delitos es la cantidad de hechos que no se denuncian porque no pueden, porque no saben, o porque no quieren, entre otras razones (salida del armario, revelación de la intimidad, estado administrativo irregular, etc.), pero fundamentalmente, porque las víctimas no confían en la Justicia. La administración de justicia no está interesada en solventar este problema porque es una complicación que requiere el cambio de la manera de trabajar de los operadores de justicia para que la percepción de las víctimas cambie y poder

ganar su confianza. La reforma penal de 2015 proporciona más herramientas a la Fiscalía para perseguir los delitos de odio. No obstante, existe un desconocimiento del Derecho, tanto en la víctima como en los operadores de justicia como otros funcionarios (falta en los planes de estudio de la Fiscalía, jueces, policías, sanitarios, etc.), lo que provoca desviaciones en los procedimientos. La mentalidad de los operadores jurídicos está enfocada en un sentido que tienden a tipificar hechos delictivos de odio como agresiones comunes u otros delitos conexos, delitos contra la integridad moral, la libertad sexual, faltas al honor y acoso persistente y reiterado, entre otros. Existe una tendencia a la minimización de estos hechos delictivos, no aportando quizás la suficiente atención a las víctimas. El mandato del TEDH obliga a hacer investigaciones serias y profundas y no cosméticas ya que está en juego el modelo de convivencia y no solo la lesión de un bien jurídico individual, sino también, bienes jurídicos colectivos. Las sociedades son cada vez más diversas, por lo tanto, el derecho antidiscriminatorio se configura en un tema de máxima relevancia, debe existir un escrupuloso respeto al principio de igualdad. En general, falta formación de los profesionales que tienen que tutelar el cumplimiento de la normativa y las instituciones. Finalmente, con respecto a la importancia de la recolección de los datos, es sustancial reflexionar ya que está comprobado que existen desviaciones importantes tanto en las estadísticas de la policía y los sistemas vetustos de la Fiscalía (se recogen datos manualmente). Estos datos no fidedignos sirven para plantear políticas públicas determinadas. Si los datos son erróneos significa que no se están utilizando los recursos públicos de la mejor manera.

Un informante, Paul de 32 años, británico de profesión ingeniero residente en Barcelona explica: *ligué a través de las redes sociales (la app Scruff) y quedé en los jardines de la Basílica de la Sagrada Familia por la noche. Era casi media noche y no había nadie, de repente apareció un hombre con un bate de beisbol y sin mediar palabra me dio una paliza tremenda. Me salvé de milagro gracias a una persona que me vio tirado en el suelo y llamó a la policía. Evidentemente, esto fue la caza del maricón a través de las redes sociales. Estuve dos semanas en coma y en un estado lamentable tanto físico como anímico. Yo me considero una persona informada y sé cuáles son mis derechos y conozco algunos recursos para acceder en caso de vulneración de derechos contra personas LGTBIQ. Sin embargo, después de este ataque gratuito y desmesurado tardé mucho tiempo en pasar a la acción me quedé paralizado, tenía mucho miedo y me sentía desprotegido, inseguro, vulnerable y tenía la sensación de que en algún momento aparecería nuevamente el agresor. Hoy todavía estoy tomando tranquilizantes porque tengo miedo y no me siento seguro, definitivamente, esta situación ha cambiado mi manera de vivir. Fue poco a poco y gracias al apoyo de personas pertenecientes al movimiento asociativo que me ayudaron y me dieron apoyo para que denunciara ya que cuando pasó el ataque en ningún momento del proceso nadie, ni en el atestado policial, hizo alusión a que dicha ofensa fuera por mi orientación sexual habiendo quedado previamente a través de una red social gay.*

Pep de 27 años oriundo de Mollet del Vallés (Barcelona), de profesión dependiente explica que: *durante varios años es víctima de acoso, humillaciones y amenazas por parte de un grupo de jóvenes del pueblo donde reside. En alguna oportunidad me han*

seguido hasta la estación de trenes y me gritan maricón, enfermo, loca. etc. E, incluso, me han seguido hasta mi lugar de trabajo para insultarme delante de mis compañeros, ante la pasividad de cualquiera de ellos. En un primer momento te sientes fatal, pero llega un momento que te acostumbras. Eso no significa que no te afecte claro que te sientes mal, menospreciado, inferior, te hacen sentir fatal, como si fueras un enfermo o un bicho. Pero te lo tragas y haces como que no te afecta. La situación llegó al límite cuando fruto de estas agresiones, amenazas y acoso me despidieron del trabajo por incomodar a la empresa. Ante esta situación no denuncio porque en la policía me explican que no hay pruebas que los diferentes hechos guarden relación. Sin embargo, los acosadores persisten.

Por su parte, otro informante Manel de 34 años originario de Balaguer (Lérida) y de profesión administrativo comenta que: *comunica a su familia muy religiosa (católica) que ha conocido a alguien especial y está enamorado, ese alguien es una persona trans. Esta revelación lejos de ser aceptada desata una guerra familiar. La familia le exige finalizar dicha relación y le propone ser sometido a un tratamiento de corrección sexual a cargo de la iglesia católica ya que le consideran un enfermo. Ante su negativa la situación se torna más violenta y los familiares le acosan, le agreden y amenazan de muerte si no cesa en su intento. La situación le provoca a la víctima estrés, inseguridad y miedo ya que considera que la familia es muy religiosa y una amenaza de muerte no es una idea tan disparatada. Finalmente, se aparta totalmente de su familia y decide no denunciar por temor a las consecuencias con familiares tan directos que le unen emociones y lealtades, hasta el momento no habían aflorado sentimientos tan encontrados.* Esta situación pone en evidencia que muchas de la agresiones sufridas por personas diversas sexualmente se producen cotidianamente en el entorno familiar y en sus entornos inmediatos (vecindario). Los agresores son familiares directos, o vecinos factor determinante a la hora de decidir si se denuncia o no. En la mayoría de los casos, la víctima se aparta de su núcleo familiar y debido a las relaciones de parentesco involucradas desiste en su idea de acusarles ante las autoridades, y en el caso de los vecinos, la persona dañada ignora las agresiones por miedo a la venganza, quedando estos hechos delictivos en la sombra e impunes. *Marta de 37 años de Barcelona de profesión abogada del movimiento asociativo explica que: en España en términos generales existe un problema de opacidad en la publicación de datos oficiales con la consecuencia directa del perjuicio de los servicios públicos y el funcionamiento eficiente y eficaz de las instituciones. Situación no menos importante ya que está íntimamente relacionada con la confianza del ciudadano en el propio estado de derecho y, por ende, en el correcto funcionamiento de la democracia.* En términos generales, la víctima asume que la denuncia no cambiará su realidad normalizada de agresiones de odio.

Fase 4. Consulta informal a personas referentes, personas sabias y técnicos.

Una vez se manifiestan los hechos se inicia un proceso de consultas sobre todo con las redes sociales o recursos personales que la persona posee y con el objetivo de la toma de decisiones. Una vez la persona explica a su entorno lo que le ha sucedido, este también

participa de las decisiones que tiene que ver con afrontar lo sucedido o ignorar. Este proceso informal se sirve del conocimiento y la consulta que la persona realiza a profanos, tales como parientes, amigos y vecinos. O también a semiprofanos, como puede ser un amigo que sea enfermero, o una amiga que sea dependienta en una farmacia, o secretara en un juzgado, o empleado en un despacho de abogados, o un guardia de seguridad, etc., personas con conocimientos y recursos a la par de las instituciones, pero con un trato informal cercano y directo con las víctimas. La víctima adopta un papel de buscador de soluciones ante el problema que le impide vivir con normalidad.

Fruto de las experiencias, incluso de aquellas negativas, las personas de este grupo social construyen y cimentan vínculos con otras personas que les proporcionan seguridad. De esta manera, se forman redes y organizaciones informales compuestas que asisten y operan recomendándose entre sí recursos.

Juan José de 54 años de Sort de profesión cocinero explica que: *hace unos años él y su pareja vivían en Sort, un pueblo de Lérida. En esa época, Juan trabajaba en un restaurante de cocinero y nunca había tenido problemas con nadie por su orientación sexual. Sin embargo, algunos jóvenes comenzaron a molestarle, a insultarle y a humillarle por su condición ante otras personas y, también, a la salida de su puesto de trabajo. La situación se tornó tensa e insoportable ya que Juan comenzó a padecer mucho estrés y miedo ante la posibilidad de ser agredido. Juan recuerda que lo consultó con su pareja y ante la próxima finalización del contrato laboral decidieron que dejaría ese trabajo para evitar una posible agresión.* En esos momentos, Juan no sabía que las asociaciones LGTBI existían y no conocía los caminos legales para enfrentar la situación. Por encima de todo lo que quería era evitar cualquier contacto con esas personas y no persistir más en ello razón que actuó en detrimento de una posible denuncia.

Bryan hombre homosexual de 52 años originario de ecuador, pero residente en Barcelona desde hace 30 años y de profesión dependiente explica: *yo aparte de ser gay soy muy moreno de piel y siempre me paraba la policía para pedirme la documentación. Vengo de un país que solo por mi orientación sexual eres objeto de maltrato físico, vejaciones, acoso, humillaciones, amenazas, etc. Por lo tanto, cuando la policía se acerca tienes un miedo, a veces, insuperable. Este miedo muchas veces me llevó a la imposibilidad de acceder a servicios tan básicos como la renovación de la documentación o la renovación de la tarjeta sanitaria, entre otras cosas. En los primeros tiempos de recién llegado a Barcelona no sabía a donde ir para cuestiones esenciales, pero poco a poco y con la ayuda de un amigo también gay me fue informando donde podía hacerme las pruebas de ETS (enfermedades de transmisión sexual), salir de fiesta, pedir trabajo, etc. También me informó de las asociaciones como el Casal Lambda que luchan por los derechos del colectivo. Para mí fue bastante positivo y sorprendente la organización de estas entidades, el acogimiento y la participación de la gente, porque en el país del que provengo todo es muy rudimentario en este sentido y aún más existe poca conciencia o muy poca en relación con la lucha por los derechos de las minorías sociales, ya que, en el caso de las personas*

homosexuales, transexuales, etc., los niveles de violencia y rechazo son muy grandes. Por lo que ser visible es casi un acto heroico. Las transexuales suelen ser más visibles en estos asuntos ya que no pueden esconder su imagen y tienen poco que perder, o quizás mucho. La gran mayoría, crea grandes armarios de donde no se puede salir, y si decides hacerlo el precio suele ser muy caro a nivel social, puede implicar la pérdida del trabajo, el rechazo familiar, la humillación pública, etc.

Otra informante, Lara transexual de 54 años de Valencia residente en Barcelona de profesión trabajadora sexual manifiesta que: *hace unos años trabajaba haciendo la calle en la diagonal en los jardines de la Universidad entre la Facultat de Química y el Camp Nou en Barcelona. Allí se trabajaba muy bien los primeros tiempos hasta el año 2000, después de desplazarnos de las Ramblas (Rambla de Santa Mónica, Raval) por la limpieza que hizo la policía y el ayuntamiento de Barcelona de nosotras (prostitutas, travestis y transexuales) debido a las olimpiadas de 1992 y los años posteriores. Pero poco a poco se fue deteriorando por la competencia de las extranjeras, especialmente, las africanas que reventaron los precios. Muchas veces me quedaba hasta casi el amanecer esperando cazar algún cliente. Una vez llegó un cochazo con tres tíos, normalmente por seguridad no me iba con más de dos (como si fuera garantía de algo) pero la necesidad y a veces el vicio te hace hacer cualquier cosa. Me dijeron que querían una fiesta, tenían drogas y que me pagarían muy bien. Me fui con ellos y nos enfiestamos hubo sexo drogas y alcohol. Pero, finalmente, la situación se descontroló y ¡me terminaron dando una paliza que me desmontaron, casi no cuento el chiste! Me dejaron, más bien me tiraron como una colilla detrás del Camp Nou. Y llegué a rastras a casa, dolorida pero lo único quería era llegar. Vivo en Sants cerca del Camp nou con dos amigas trans. Al verme en esa condición, mis amigas me hicieron las primeras curas, pero consideraron que así no podía estar debido a las lesiones y el estado en el que me encontraba, y después de insistirme muchas veces, ya que yo no quería ir, me ayudaron y me llevaron al Hospital Clínico donde me atendieron en urgencias y me curaron las heridas. Me diagnosticaron hematomas por todo el cuerpo y cabeza y dos costillas astilladas. Además, de pérdida de audición en un oído debido a un golpe. En el hospital me preguntaron varias veces si era un agresión, pero les dije que me había caído para evitar el papeleo y la policía. Aunque no pude evitar que informaran a la Policía. Ya en casa, poco más del ibuprofeno (que va bien para desinflamar y quitar el dolor) y guardar reposo para estar bien lo antes posible ya que tenía que trabajar. Y yo sin trabajar no como. Aunque no regresé inmediatamente al campo del Barcelona a trabajar ya que me tenía que recuperar y tenía miedo de que los agresores regresaran y ser atacada nuevamente. Finalmente, no denuncié porque soy trabajadora sexual y no confío en la policía no es la primera vez que he tenido problemas, ya no tenía ganas de que se rieran o me miraran o trataran mal, o se tomaran a pitorreo lo que les explico. No es la primera vez que me pasa y ya me las arreglo sola. Aunque también te digo no todos los policías son iguales los hay majos. ¡Tengo varios clientes!*

Jordi de 52 años de Barcelona de profesión enfermero explica que: *muchas veces algunos amigos y amigas que se dedican al trabajo sexual cogen sífilis. Soy enfermero y creo que por cercanía y por confianza recurren a mí antes que al centro de ETS (Enfermedades de Transmisión sexual), salvo que la situación se descontrole y no*

puedan con ella. Como conocen los síntomas y los estadios de la enfermedad, me piden que les aplique las dosis correspondientes de penicilina en los primeros síntomas de la infección. Siempre me ha llamado la atención, pero con el tiempo me he acostumbrado y, en cierta manera, somos "hermanas, amigas", como nos llamamos nosotras y las ayudo en todo lo que puedo. De todos modos, si la situación se descontrola les aconsejo que deben igualmente recurrir a las instituciones por más que no les guste ni tengan confianza.

También cabe la posibilidad que la víctima no cuente con redes sociales, familiares, etc. que le aporten una posible solución, como es el caso de los menores transexuales que sufren *bullying* en los institutos. En este sentido, Joanna de 28 años de Barcelona y estudiante universitaria explica que: *cuando iba al instituto lo hacía en un pueblo de Lérida y era víctima de acoso, humillaciones, agresiones y amenazas continuas con el conocimiento del personal docente que no hacía nada para que acabase este trato vejatorio. Intentaba ser discreta y pasar inadvertida pero los insultos eran constantes me decían entre otras cosas: tú no eres una mujer eres un puto travelo. ¡En esa época, no sabía cuáles eran mis derechos y no conocía a nadie como yo ni tampoco ninguna asociación de las que hay hoy por Barcelona! Fueron momentos muy duros porque me sentía muy mal aguante mucho maltrato en soledad y me aislé. Toda esta situación de no saber que hacer ni conocer mis derechos me llevó a una depresión bastante fuerte que hoy arrastro de alguna manera. Aunque ahora vivo en Barcelona y es diferente participo en un grupo de gente trans del centro LGTBI del ayuntamiento y eso me permite estar informada y acceder a conocimientos y servicios de todo tipo que de otra manera no lo sabría y cada vez estoy mejor. Reconozco que las personas trans somos más visibles y eso alguna vez puede producir problemas de rechazo, pero también sé que a pesar de haber cada vez más información por los medios de comunicación masiva e internet hay mucha gente del colectivo que no sabe que son los delitos de odio, no conocen sus derechos, no saben a dónde pueden acudir si les agreden y menos saben de los protocolos a los que están obligados los funcionarios de la policía, sistema judicial, sanitarios, etc.*

Si estas consultas a referentes y técnicos no funcionan, la persona busca nuevas vías para la posible solución de su problema, y es cuando aparece la posibilidad de recurrir a las instituciones formales o a las organizaciones del tercer sector y ser declarado asistible. El momento en que la víctima da importancia a estos síntomas y considera que no puede solucionarlo, decide actuar al respecto e implica el inicio de un proceso jerárquico de toma de decisiones. Si la persona ingresa en un grupo de pares el problema deja de existir en más de un aspecto y aprende a sortear el dilema y las fricciones (Goffman, 1962: 89).

Es importante comprender que algunos de los factores para no denunciar pueden depender aparte del desconocimiento de los recursos, también como es lógico de la voluntad de las víctimas, pero también, de la situación de vulnerabilidad y desprotección de los sujetos pasivos tales como las personas trans, pobres, migrantes en situación irregular, etc. Pero también ayuda la falta de confianza en las instituciones públicas y la inoperancia de servidores públicos que no dan la suficiente credibilidad a

los relatos de las víctimas, como consecuencia de opiniones basadas en estereotipos y prejuicios alejados de la realidad diaria que rodea a las víctimas, aspectos de su vida social.

Fase 5. Relación formal de la persona víctima-asistible con profesionales, organizaciones e instituciones.

En este apartado explicaremos los itinerarios que asume una persona víctima de violencia por orientación sexual e identidad de género. Fundamentalmente, el acceso al rol de asistible se hace a través de dos caminos, por un lado, las instituciones formales que dan acceso a las entidades del tercer sector que, pueden dar entrada a la vía penal, a la vía administrativa o al desistimiento. Y, por otro lado, a la vía la vía penal.

En esta quinta etapa la víctima adopta el rol de asistible. El proceso asistencial se inicia mucho antes de entrar en contacto con el sistema formal de asistencia. La víctima de este tipo de violencias, en este caso, busca intermitentemente solucionar su problema. La persona solicita a su entorno que le conceda el estatus de asistible recurriendo a las instituciones o a las entidades del tercer sector para comunicar la incidencia que puede dar paso o no a una denuncia.

El camino directo que posibilita la apertura de una investigación por la vía penal es la comunicación de los hechos ante las instituciones policiales o judiciales y presentar la correspondiente denuncia. Sin embargo, existe una desconfianza del colectivo LGTBIQ a las instituciones policiales y judiciales fruto de nuestra historia reciente. Esta podría ser una de las razones estructurales, entre otras, que hace posible la infradenuncia en este tipo de delitos. Asimismo, en este grupo social la motivación, a parte de la desconfianza en las instituciones, sería también el temor a la victimización y a hacer pública su condición sexual y su intimidad. Esta reticencia para acudir a las instituciones policiales y judiciales ayuda a la invisibilización de las víctimas, al mantenimiento de la estigmatización de dicho grupo social, a la ignorancia, a la impunidad de los sujetos activos, a la cifra negra y, en última instancia, al recelo de todo el sistema judicial. Por otro lado, las asociaciones del tercer sector cumplen un trabajo excepcional de cara a la visibilización del problema y apoyo para interponer denuncias. Estas organizaciones generan la confianza suficiente para que la víctima entienda que sus interlocutores no le juzgarán, le escucharán y le tratarán en igualdad de condiciones personales e identitarias para resolver la situación que desequilibra su vida. La relación policía-víctima, movimiento asociativo-víctima, es sólo un eslabón más del proceso asistencial cuyo objetivo fundamental es conducir a la víctima a una nueva normalidad (que puede implicar el resarcimiento o no).

Nadie es susceptible de asistencia si no es reconocido por los demás como tal, es la red social la que concede el estatus de asistible. En nuestra sociedad el rol de asistible se adquiere con el reconocimiento de ciertas instituciones que otorgan tal condición a través de la imposición de la etiqueta de asistible. A partir de dicho etiquetamiento se espera del asistible que cumpla una serie de normas y se comporte según lo prescrito. La transición a asistible implica un cambio de roles y de obligaciones sociales. El rol de

asistible es un cometido de dependencia respecto a la red social. A partir del otorgamiento de dicho rol, las decisiones del asistible no son totalmente suyas, ya que son tomadas junto con su entorno. En consecuencia, las obligaciones del asistible cambian: se le exime de ciertas responsabilidades, pero al mismo tiempo, se le añaden otras relativas al proceso de la asistencia.

El rol del asistible implica también cambiar y transformar el sistema de relaciones sociales de las personas: a veces la transformación es transitoria, y otras veces es permanente. La red social desarrolla un conjunto de actividades rituales y sociales para otorgar el estatus de asistible donde la asistencia es un proceso social.

Las entidades del tercer sector.

La vida es conflicto. El desarrollo y la supervivencia del orden social neoliberal está basado en procesos homogeneizantes que producen enfrentamientos entre los grupos sociales mayoritarios y las minorías sociales, como así también, entre las personas. Sin embargo, una sociedad con una baja tolerancia a la pluralidad está abocada a la menor capacidad de resolución de sus conflictos. Por estas razones, la pluralidad exige la capacidad de participación política de la otredad. De lo contrario, las minorías sociales quedan excluidas del juego de la democracia, creando un déficit importante para el propio sistema democrático. Las entidades del tercer sector consideran que su función básica, es ofrecer un marco de seguridad para poder acompañar, sin el cual no se podrían desarrollar el resto de las funciones. Las personas que viven una situación de odio y discriminación necesitan un espacio seguro y de confianza que les permita comunicar, explicar y verbalizar su experiencia. Una vez producida la victimización los apoyos y redes sociales, son los factores fundamentales del proceso de desvictimización. Y dentro de estos soportes sociales, el asociacionismo es una herramienta clave en el proceso de sensibilización y acompañamiento de la casuística y de las víctimas.

Gloria de 36 años de Barcelona de profesión politóloga y activista explica que: un espacio seguro da tranquilidad a las víctimas, permite el acercamiento e intimidad necesarias para la comunicación que las instituciones no pueden o no saben hacer. El acogimiento sin juicio ni prejuicio es una herramienta potente que proporciona calidez y humanidad, y también crea las condiciones necesarias para que la víctima pueda acceder a cierta información que la persona necesita y es vital en ese momento traumático. Es indiscutible que el papel de las entidades civiles del tejido asociativo suple muchas de las funciones que las instituciones no llegan a completar.

Amparo de 59 años argentina residente en Barcelona y de profesión psicóloga dice que: Las víctimas de violencia de odio experimentan a menudo un trauma y una ansiedad extrema incluso si no ha habido violencia física, si la incidencia es fruto de una violencia simbólica. Y sus reacciones pueden ser emocionales, físicas, conductuales y cognitivas y varían también en función del tiempo transcurrido. Aunque no todas las víctimas tienen las mismas reacciones, algunas incluso, puede que no experimenten ni trauma ni ansiedad. Las principales alteraciones psicopatológicas que padecen estas

personas fruto de la victimización criminal son la depresión, la ansiedad y, especialmente, el trastorno por estrés postraumático (agudo o crónico). La victimización que produce este tipo de delitos daña el equilibrio psicológico de la persona y le impide actuar con normalidad en los procesos de interrelación social. Ante un evento de estas características se quiebra la ilusión de invulnerabilidad y la hipótesis del mundo justo. Las víctimas sufren de culpabilidad al quebrarse su sentido del yo y de la seguridad del mundo. A partir de aquí aparecen síntomas como ansiedad, culpa, vergüenza, pérdida progresiva de la confianza, falta de interés, aislamiento, inseguridad, depresión, etc. La víctima que no pueda afrontar y superar las consecuencias de estos delitos es probable que se desestabilice y se produzcan efectos devastadores en su personalidad, como depresión profunda, trastorno de estrés postraumático y consumo de drogas, entre otras manifestaciones. Este tipo de víctimas suelen ser revictimizadas debido a los prejuicios estructurales existentes contra las identidades estigmatizadas y, además, sus entornos cercanos son victimizados indirectamente.

Muchas víctimas de violencia de odio por orientación sexual e identidad de género son reticentes a denunciar, sobre todo, por falta de confianza en las instituciones policiales y judiciales, y por falta de un marco seguro que ofrezca la cobertura de sus derechos fundamentales, entre otras razones. El desencadenamiento del proceso de denuncia suele ser consecuencia de la gravedad de las lesiones y de la importancia del suceso delictivo. Es por estos motivos que entra en juego en este procedimiento un actor fundamental de la sociedad civil, el movimiento asociativo. El colectivo LGTBIQ es un grupo social fuertemente estigmatizado a lo largo de la historia por aquellas instituciones que hoy prescriben su protección y es, en cierta manera, comprensible la desconfianza, la suspicacia y la reserva que plantean las víctimas con respecto a las instituciones que deben protegerlas. El movimiento asociativo cumple un papel esencial en el proceso de desvictimización de estas personas, aportando empatía, cercanía, confianza, visibilización y seguridad en estas personas fuertemente conmocionadas por el hecho violento que les ha tocado vivir. Posibilitando de alguna manera a través del apoyo jurídico, psicológico, social, etc., la devolución de la dignidad perdida. También las asociaciones, además de orientar y apoyar a las víctimas posibilitan el acercamiento de estas a las instituciones. Y, si el caso procede y está enmarcado o es subsumible a los delitos de odio y discriminación acompañan a la víctima a presentar la denuncia correspondiente y a asumir los procesos que corresponden.

Las principales entidades o agentes que se encargan del abordaje de las situaciones de discriminación y de vulneración de derechos por orientación sexual e identidad o expresión de género en Cataluña son la Oficina para la no discriminación (en adelante OND) del Ayuntamiento de Barcelona, el Centro LGTBI del Ayuntamiento de Barcelona y las entidades especializadas en la detección, atención y acompañamiento de las víctimas de estos hechos, como es el Observatorio contra la homofobia de la ciudad de Barcelona (en adelante OCH).

La OND es un servicio municipal creado a finales de la década de los años noventa del siglo pasado y opera como servicio de referencia para la atención y seguimiento de las

situaciones de LGTBIfobia. Además, es competente para establecer la relación con la Fiscalía especializada en delitos de odio y discriminación y el área para la igualdad de trato y no discriminación de personas LGTBI de la Generalitat de Cataluña. Es el servicio donde se pueden presentar quejas y recibir asesoramiento jurídico, acompañamiento psicosocial y lleva a término procesos de mediación e intermediación en situaciones de discriminación.

El Centro LGBTI es el servicio municipal de referencia en la promoción de la diversidad sexual y de género del conjunto de la ciudadanía. Ofrece servicio de información, atención y primera acogida individual, grupal y familiar. Y, dispone, asimismo, de un servicio de orientación psicológica y asesoramiento jurídico en general y por temas relacionados con la promoción de la diversidad sexual y de género, no solo por cuestiones de discriminación y odio. Esta entidad está gestionada por la Plataforma de entidades LGTBI de Cataluña por medio de un convenio de gestión cívica. También alberga un conjunto de entidades residentes LGBTI que desarrollan física y virtualmente sus actividades como entidades en el propio centro.

El OCH es una entidad que surge en 2001 como fruto de las acción del activismo catalán de la mano de la FAGC (Front d´alliberament gai de Catalunya), para luchar contra la homofobia. La constitución legal de la organización se produce en 2008 con el objetivo de desarrollar e implementar un sistema de observación y vigilancia de la discriminación y de la homofobia en cualquier escenario que se pueda producir. Los servicios que ofrece contra la homofobia son aquellos que proporcionan la posibilidad de denunciar y asesoramiento jurídico presencial y virtual. Asimismo, ofrece servicio de acompañamiento psicosocial tanto presencial como virtual. Y establece a lo largo del territorio de la comunidad autónoma diferentes puntos LGTBI de asesoramiento en torno a la diversidad sexual y de género. El OCH realiza anualmente un informe que hace el seguimiento e informa de la aplicación del marco legal en Cataluña y de sus consecuencias en la realidad de la LGTBIfobia. También se aproxima a las vivencias y relatos de las personas agredidas y discriminadas que comunican incidencias al OCH y explica los diferentes itinerarios asumidos por las víctimas y de sus consecuencias psicosociales. Información valiosa tanto para la Academia como para las instituciones de gobierno para el diseño y despliegue de las políticas públicas necesarias para combatir el odio y la discriminación contra este grupo social.

En 2017 la OND como centro municipal de referencia para la no discriminación crea la Mesa de Entidades con servicio de atención a víctimas de discriminación, formada por la OND, el Centro LGTBI y el OCH. Aunque también esta mesa permanece abierta a todas las entidades que puedan ayudar en la detección como en el seguimiento de los casos de LGTBIfobia. El coordinador de la mesa actúa como secretario y es el responsable de la recogida y derivación de toda la información. La coordinación entre estas diferentes entidades tiene como objetivo la cooperación y potenciación del trabajo en red aprovechando las sinergias, los recursos y conocimientos para evitar la victimización secundaria en la atención de las víctimas de odio y discriminación, promoviendo la visibilidad del colectivo y sus circunstancias, y fomentando políticas públicas transversales desde la perspectiva de la libertad sexual y de género. Donde la

protección de la confidencialidad, la credibilidad en el relato de la víctima, la proximidad, la seguridad, la confianza, etc. ofrecen un camino diferente, cercano y quizás más eficiente en el proceso de recuperación y reparación del daño sufrido por estas personas. Con esta finalidad se crea un Protocolo de actuaciones ante situaciones de discriminación por LGTBIfobia[378].

Montserrat, activista de 32 años de Barcelona de profesión asistente social explica que: *los delitos de odio se basan en la discriminación a causa de la atribución de estereotipos y prejuicios negativos sobre un grupo de personas, donde la persona víctima de este tipo de delitos es seleccionada porque se le asignan los estereotipos propios de su grupo social de pertenencia. Uno de los prejuicios más arraigados e incluso que llegan a nuestros días es que las personas pertenecientes al grupo LGTBI son enfermas o desviadas. Además, las agresiones y discriminaciones no solo afectan a la víctima de estos delitos, al mismo tiempo, envían un mensaje de miedo a las víctimas potenciales, al resto del colectivo, a sus familiares y a sus entornos cercanos. Este mensaje implica que las víctimas y su grupo de pertenencia no son dignos ni merecen estar ni ser tratados en igualdad de condiciones en la sociedad.*

Las violencias sufridas por estas personas son de diferente naturaleza y plantean diferentes vías y pautas de intervención, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista psicosocial y educativo. El movimiento asociativo distingue las agresiones entre físicas y verbales y en discriminaciones con o sin agresión. Y dentro de las agresiones, se describen situaciones de urgencia y de no urgencia.

Federico de Barcelona de 53 años profesor de Derecho penal explica que: *el Estado español está bien dotado de una estructura constitucional y legislativa. No obstante, es necesario mejorarla solucionando la indeterminación de los tipos penales relacionados con el odio y la discriminación. Y, por otro lado, solventar la falta de articulación y coordinación que adolece el sistema de protección legal de la víctima. En estos momentos existe una cierta similitud entre la situación actual de los delitos de odio y discriminación con la que se vivió en los años 90 del siglo pasado con la cuestión de la violencia de género. Por lo que sería importante que el poder legislativo realice una ley integral sobre los delitos de odio como fue el caso de la violencia de género en España y su ley orgánica 1/2004.*

Fernando de 56 años de Barcelona, activista, de profesión docente comenta que: existe una preponderancia en el sistema legal al tratamiento de las agresiones físicas frente a otros tipos de agresiones en relación con los delitos de odio. La ley penaliza y castiga a los autores de los daños físicos provocados en detrimento de otro tipo de violencias que generan perjuicios no menos importantes, como son los menoscabos morales, psicológicos, emocionales, etc. Situación que no se corresponde con los tipos de agresiones que se reciben y se atienden cotidianamente en las entidades del tercer sector.

[378] Disponible en:
https://ajuntament.barcelona.cat/dretssocials/sites/default/files/arxius-documents/protocol_lgtbifobia.pdf

El OCH pone al alcance de la ciudadanía ciertos servicios ante una discriminación o una agresión por orientación sexual e identidad de género. El equipo psicosocial y jurídico de la entidad acoge a las víctimas, las escucha, registra, analiza y valora la incidencia discriminatoria y estima los itinerarios más apropiados según el caso. Se parte de una perspectiva de acompañamiento, respetando en todo momento la capacidad de las personas afectadas para decidir el proceso que quieren o que consideren más oportuno a partir de un asesoramiento. Es una intervención de tipo asistencialista basada en el acompañamiento psicosocial y asesoramiento jurídico.

Ante un caso de discriminación o de agresión, se despliegan una serie de acciones con el objetivo de superar y reparar el agravio y las consecuencias personales, físicas, psicológicas, laborales, familiares y sociales que se hayan tenido. La denuncia en este caso no es automática es un proceso que es fruto de una decisión racional y meditada. La víctima primero debe tomar conciencia y aceptar que lo que le sucede es fruto de una agresión o de una violencia motivada por el odio hacia su orientación sexual o su identidad de género. Son factores importantes relacionados con su condición y con su identidad que debe conocer y aceptar. Es aquí donde antes de denunciar se despliegan procesos intermedios en los que el asociacionismo ofrece una ayuda valiosa. Sin embargo, se puede observar que cada vez se manifiestan más exposiciones y denuncias públicas de la situación discriminatoria en las redes sociales, como puede ser Twitter o Facebook en los casos de agresiones verbales, físicas y trato inadecuado, antes que se produzca la incidencia en una asociación o una posible denuncia ante las autoridades.

El desconocimiento del funcionamiento de los instituciones y sus procedimientos exige una atención personalizada a la víctima por parte de una entidad o de una organización. Se demuestra que las víctimas necesitan el apoyo de terceras personas o entidades a lo largo del proceso para no enfrentarlo sola y de manera traumática y, de esta manera, poder asumir si cabe un proceso de denuncia. *Barbara, de 36 años de Barcelona, activista del movimiento asociativo comenta que: hay personas víctimas de delitos de odio que han tenido experiencias negativas con las instituciones y sienten un rechazo a iniciar un proceso de denuncia. Y este repudio aumenta si la persona ha padecido una agresión de odio previamente por estas instituciones o los funcionarios. Por eso las entidades como el Observatorio contra la Homofobia juegan un papel clave. Hay mucha gente que no quiere denunciar, a pesar de que los hechos sean muy graves, no quieren pisar un juzgado, aunque les digas que los acompañas, tienen un miedo irracional. También, hay que tener en cuenta la vulnerabilidad de la víctima, quizás no comprende el idioma, no sabe, no dispone de recursos, etc., son frenos para activar el proceso de acercamiento a las instituciones.*

Silvia de 36 años de Barcelona y psicóloga del movimiento asociativo explica que ante un evento o agresión por odio y discriminación se despliega (en el marco de la reparación) el apoyo psicosocial con varias dimensiones como la individual, familiar y comunitaria, con el objetivo de mitigar, superar y, en su caso, prevenir los daños y consecuencias producidos en la integridad psicológica y moral de las víctimas. También de garantizar la dignificación y reconocimiento de las víctimas y de sus necesidades psicosociales, de tal forma que el efecto de todas las acciones que se

desarrollen contribuya a su reparación y mejora. Se trata de que las víctimas no sean revictimizadas. Primero se establece la focalización y contacto, se contacta con la víctima tanto presencialmente o, en su defecto, telemáticamente y se acoge y da información establecida en el Plan de Apoyo Psicosocial a la Víctima establecido en la institución (OCH). Se realizan los primeros auxilios emocionales según el caso, se evalúa el estado y necesidades físicas y mentales y se deriva al equipo psicosocial. Acto seguido se construye una caracterización de los hechos junto con la víctima. Se trata de identificar los daños y consecuencias del hecho traumático sufridos a nivel individual, familiar y comunitario. También, se trata de identificar los recursos y capacidades propias que pueden aprovecharse y fortalecerse para mitigar el daño. La atención de la víctima se hace según la diagnosis y el plan establecido para el apoyo psicosocial. El cierre del apoyo psicosocial se efectúa conjuntamente con la víctima, su familia, su comunidad o entorno para evaluar el plan aplicado.

A lo largo de los últimos años se evidencia un acercamiento importante del colectivo y de las víctimas de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género al OCH. Sin embargo, esta aproximación no implica que sea una radiografía fidedigna de la situación de LGTBIfobia que sufre el colectivo en los diferentes ámbitos de la vida social. El OCH es plenamente consciente que el registro y análisis de las incidencias es solo una parte pequeña de las agresiones y discriminaciones sufridas ya que no todas las personas afectadas por agresiones o discriminaciones denuncian ni lo comunican al OCH. Además, esta entidad reconoce que, si bien ofrece ciertos servicios, la atención implica que las personas deban acercarse a la organización y sean identificadas y categorizadas como pertenecientes a este grupo social. Y, por otro lado, el Centre LGTBI ha sido atacado y vandalizado por motivos de odio en repetidas oportunidades, hechos que agravan la sensación de inseguridad de la ciudadanía y del colectivo y se convierten también en un obstáculo a la hora de recibir, acoger y atender a las víctimas de delitos de odio.

Las incidencias que denuncian un posible acto LGTBIfóbico llegan al OCH por diferentes vías, app, web, correo electrónico, teléfono o presencialmente, y se registran por escrito. También el OCH documenta y analiza las incidencias de las que tiene conocimiento a pesar de no haber sido a través de una comunicación por los medios establecidos por el propio observatorio. En estas comunicaciones se identifican a las personas afectadas como miembro del colectivo (gay, lesbiana, trans, bisexual, intersexual, heterosexual, generalista, etc.), se establece su edad, el territorio a área geográfica donde se producen los hechos (provincia, población, distrito, barrio), en qué momento se ocurren (día, mes y hora), a qué tipo de acto discriminatorio o de odio se refiere (gayfobia, lesbofobia, transfobia, intersexfobia, bifobia, LGTBIfobia, generalista), a través de qué medio se realiza (presencia, telefónica, virtual, medios de comunicación, soporte físico como cartelería, folletos, pintadas), el contexto específico donde se origina la discriminación o agresión (espacio público, privado, privado de concurrencia pública, telefónico, medios de comunicación, redes sociales, soporte físico en cartelería, pintadas, folletos). También se establece el ámbito donde ocurren los hechos discriminatorios (institucional, laboral, educativo, salut, deportivo, vivienda, familiar, transporte público, vía pública, espacio de ocio, gastronómico, cultural,

establecimientos comerciales, internet y redes sociales, medios de comunicación, telefónico). Asimismo, el tipo de agresión: agresión verbal, física, acoso, amenazas, derecho de admisión, trato inadecuado que no respete la orientación sexual y la identidad de género, odio y exaltación (si hay una o más agresiones se registra siempre la más grave para dejar constancia de la magnitud de los hechos).

Estas incidencias pueden tener diferentes itinerarios. Una vez recibida la incidencia, el equipo jurídico de OCH hace una valoración y propone un itinerario a la persona afectada. Una incidencia puede tener un itinerario principal y luego adoptar otro en función de la incidencia, por ejemplo: una incidencia aparentemente podría aparentemente constituir delito y comenzaría con un itinerario penal y finalmente se resuelve a través del procedimiento administrativo de la 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 de Cataluña, o mediante otro recorrido. Se establece un itinerario en función de la incidencia, el trayecto que puede ser jurídico, pero también puede ser de otra naturaleza.

Estos caminos pueden ser: 1. comunicado público, es una incidencia pública sobre una situación discriminatoria institucional y solo queda constancia en el informe del OCH. 2. Mediación del OCH, es una mediación entre las partes implicadas en la situación discriminatoria. 3. Sindic de Greuges, institución que funciona como defensor del pueblo que supervisa la actuación de las administraciones públicas catalanas. Esta entidad puede abrir una investigación que finaliza con una resolución que si bien no tiene carácter ejecutivo obligatorio son recomendaciones con la suficiente entidad e incidencia pública. 4. El proceso penal, son aquellas actuaciones dirigidas a la apertura de un procedimiento penal, ya sea por la interposición de una denuncia a las autoridades respectivas, Policía, Fiscalía, Juzgados, o mediante la personación como acusación particular o popular en un procedimiento penal ya incoado. El proceso penal es el itinerario considerado cuando en la incidencia recibida por el OCH se aprecian elementos constitutivos o que podrían constituir un delito previsto por el Código penal. 5. Reclamaciones y quejas, responden a los derechos de las personas consumidoras de poder hacer reclamaciones, sugerencias y quejas ante las empresas. 6. Proceso laboral, cuando la incidencia es relativa a una situación de discriminación o acoso en el puesto de trabajo. La vía correcta puede ser el inicio de un procedimiento judicial en la jurisdicción social o poniendo en conocimiento de la Inspección de Trabajo. 7. Ley 11/2014. Proceso administrativo, se comunican los hechos al área LGTBI de la Generalitat de Cataluña, desde donde se inician las actuaciones para aclarar los hechos, y si cabe, se inicia un expediente sancionador que puede acabar con la imposición de una sanción o en el archivo del expediente. La resolución puede incluir medidas pedagógicas que tienen el objetivo de erradicar las manifestaciones y violencias de odio contra el colectivo LGTBI. 8. Deber de intervención, corresponde a los arts. 10 y 11 de la Ley 11/2014. Estos artículos están pensados para la actuación de las personas empleadas de las administraciones públicas, para que puedan dar respuesta ante las situaciones de posible vulneración de la Ley 11/2014 y puedan intervenir. Responden al Protocolo aprobado por la Generalitat de Catalunya para su desarrollo específico según

lo que prevé la propia Ley 11/2014. 9. Protocolo de acoso escolar por LGTBIfobia[379]. Aplicación del protocolo, prevención, detección e intervención contra el acoso escolar en personas LGTBI, vigente en Cataluña desde 2017. 10. Oficina para la no discriminación de Barcelona, es el mecanismo de garantía de protección de los Derechos humanos a escala local dirigido a atender las vulneraciones de Derechos humanos relacionados con el ámbito de la discriminación que depende del Ayuntamiento de la ciudad de Barcelona. 11. Cartas a diarios-periódicos, comunicaciones destinadas a argumentar el parecer del colectivo en torno a las incidencias registradas o acontecidas con el objetivo de subsanar la mirada LGTBIfóbica que existe en la sociedad al tratar estos temas y dar visibilidad. 12. No denunciado, son aquellas incidencias que no han tenido ningún recorrido o solo se han registrado, o solo se ha atendido a la víctima y luego esta decide que no quiere continuar con un proceso penal o administrativo, sea por la razón que fuere. Y 13. Otras administraciones estatales, se derivan a otras administraciones competentes.

Marta de 47 años de Montcada i Reixac, activista y empresaria, comenta que la función de las entidades es la de acoger, escuchar sea lo que fuere que se relate y acompañar. Las personas que padecen agresiones por odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género suelen estar conmocionadas debido, sobre todo, a las consecuencias físicas y morales de dichas agresiones y tienen dificultad para relatar los hechos de manera coherente. El malestar emocional hace que sea necesario escuchar a las víctimas más de una vez para entender lo que les ha sucedido y, en consecuencia, poder asistirlas y asesorarlas en el sentido que fuere. Por otro lado, la desazón, la inquietud y la indefensión que producen los hechos delictivos hace que sea más que nunca necesario acompañar a estas personas.

Flor de 39 años de profesión psicóloga y activista explica que independientemente del itinerario que adopte la incidencia es fundamental el apoyo psicológico debido al desequilibrio psicoemocional que se produce en la identidad de las víctimas ante un ataque directo gratuito y sin sentido contra su persona. Pero también, es de suma importancia que este acompañamiento en primer lugar esté orientado a garantizar las necesidades básicas de las personas. De lo contrario, cuestiones esenciales de tipo legal burocrático o administrativo no pueden ser solventadas y supone una barrera infranqueable para poder dar el resto de los pasos. Si no hay unas necesidades básicas cubiertas desde el principio es muy difícil plantear una denuncia o avanzar en la mejora de la situación. Sin embargo, no existe acuerdo en las entidades sobre si estos aspectos deben ser asumidos por ellas.

Jaime de 31 años de Barcelona (Cornellá de Llobregat) de profesión empleado del sector de automoción explica que vive en la planta baja de unos bloques y que si bien siempre es discreto y no se mete con nadie una mañana al salir de su casa se encuentra con una sorpresa desagradable e inquietante. Una pintada homófoba hecha con aerosol en la puerta de entrada de su domicilio que pone "maricones fuera, os vamos a

[379] Acceso al protocolo: http://xtec.gencat.cat/ca/centres/projeducatiu/convivencia/protocols/assetjamentescolar-persones-lgbti/index.html

echar a todos de aquí". Evidentemente, la agresión va dirigida directamente a la víctima ya que la pintada se hace en la puerta de su hogar. En un primer momento el informante comenta que se quedó perplejo y se sintió muy vulnerable porque no le había ocurrido nunca y tampoco el considera que no hace alarde de ninguna manifestación "marica". Además de la zozobra y la inquietud e inseguridad que le provoca ser objeto de unos agresores desconocidos. En cuanto se tranquilizó puso en conocimiento de los hechos a los Mossos d´Esquadra y a la Concejalía de Feminismos y LGTBI del Ayuntamiento. Por su parte, el OCH procedió a registrar la incidencia y especifica que por motivos no determinados la víctima no quiso continuar con ningún tipo de denuncia a nivel legal. Por otro lado, se le ofreció apoyo psicosocial pero la persona afectada lo rechazó. Esta situación pone en evidencia que indistintamente de los servicios que pueda ofrecer el OCH, las víctimas se aíslan y, a veces, tienen miedo de denunciar o iniciar cualquier tipo de procedimiento ya que no disponen de las suficientes garantías ante unos agresores y unas agresiones que se producen en el vecindario, y, en consecuencia, temor a las represalias o a la venganza.

Otro informante Virgilio de 32 años explica que una mañana temprano al coger el metro para ir a trabajar desde el Gay Eixample a Plaza Cataluña cuatro personas comienzan a increparme en el andén, por lo que les pregunto que les pasa, qué problema tienen. En esos momentos te sientes muy mal, muy ansioso porque quieres escapar ante la inminencia de una agresión sabes que, en unos segundos, en un momento te cae una buena (golpes). Una vez llega el tren Virgilio subo y detrás suben estos agresores y me continúan acosando con insultos como no eres hombre eres un maricón y amenazas durante todo el trayecto, al llegar a la estación bajo al andén y los agresores lo hacen detrás, intento escabullirme, pero me derriban al suelo y me comienzan a dar golpes y patadas. Tanto en el tren como en los diferentes andenes había gente que viendo la situación prefirieron omitir el socorro y prestar cualquier tipo de ayuda, como simplemente, llamar al 061, la Policía. La rabia que sientes no se puede explicar, porque no entiendes nada estas aturdido, magullado y, al mismo tiempo, furioso. Quisieras cogerlos y vengarte ante una violencia sin razón de ser. La mayor cantidad de agresiones se producen en el espacio público y en grupo y hay que reconocer que es difícil ayudar cuando el miedo a una posible agresión está latente.

Sin embargo, mientras le daban una paliza a golpe de puntapiés llegaron los servicios de seguridad de la estación del metro y los Mossos d´Esquadra. Virgilio fue conducido al Hospital Clínico debido a las lesiones donde le atendieron y le hicieron las curas y el correspondiente parte de lesiones con el que presentó denuncia en la Policía. En este caso, el OCH tuvo conocimiento de estos hechos a través de las redes sociales donde la propia víctima colgó diversas fotos (Twitter). El coordinador del OCH contactó con la víctima y se le ofrecieron los servicios de la entidad e, incluso, una primera atención psicosocial urgente de forma telemática dada la gravedad de los hechos. Posteriormente, la víctima solicitó el asesoramiento jurídico del OCH. El observatorio se encargó el mismo día de realizar las comunicaciones oportunas de la incidencia al Ayuntamiento de Barcelona, a la regidora de Feminismos y LGTBI, a la Oficina para la no discriminación, a los medios de comunicación masiva y a los responsables LGTBI del distrito de L´Eixample, barrio de la ciudad donde se localizan una mayor cantidad

de agresiones debido a que es el barrio gay de la ciudad. El OCH coordinó presencialmente una reunión con la persona afectada para valorar la situación y gestionar el itinerario de la incidencia de manera conjunta y consensuada. Ante agresiones de tal calibre el OCH emite siempre un comunicado público con declaraciones de la persona afectada asesorada por el OCH para dar visibilidad al hecho. Posteriormente, se acuerda una reunión con el grupo de apoyo psicosocial ante una situación a todos los efectos de sobrecarga emocional y de estímulos. Posteriormente, se produjo la detención de dos de los agresores y este evento posibilitó también la coordinación del OCH con Transportes Metropolitanos de la ciudad de Barcelona para establecer un protocolo contra agresiones LGTBIfóbicas. Asimismo, además del apoyo psicosocial se coordinó la estrategia jurídica a implementar ante un proceso penal.

Conocer los diferentes aspectos de las incidencias permite a la organización prestar mayor atención a los factores con mayor incidencia que rodean al acto discriminatorio. Tener datos estables sobre los principales indicadores también permite hacer comparaciones longitudinales de la propia organización y mejorar su labor asistencial. Y, por ende, mejorar el servicio a las víctimas y al colectivo en general. Sin embargo, es importante destacar que más de un tercio de las incidencias registradas no siguen ningún recorrido según datos del OCH. Esta situación anormal pone en evidencia que la infradenuncia es una constante en el colectivo LGTBI. Muchas personas comunican situaciones de discriminación y agresiones, pero muy pocos casos deciden continuar con el proceso de denuncia.

La infradenuncia puede ser por diversos motivos, en este sentido *Judith de 57 años de Barcelona y funcionaria del Ayuntamiento de Barcelona explica que durante el año 2019 se han hecho diversos estudios con la finalidad de sondear las percepciones de la ciudadanía en los barrios de la ciudad de Barcelona con mayor incidencia en discriminaciones*[380]*. Y apunta a que no se denuncia porque la discriminación se vive como una experiencia cotidiana y normalizada, además, la frecuencia y reiteración de las vulneraciones contra colectivos específicos hace que sea imposible reportar todas las discriminaciones, lo que implicaría estar todo el tiempo denunciando, y con el subsiguiente desgaste emocional, de recursos y de tiempo. También considera que existe una falta de confianza en el sistema de denuncia de las discriminaciones, y en los funcionarios policiales y de justicia. Puntualiza que lo que desincentiva la denuncia es la dificultad de la prueba en la motivación de la discriminación y lleva a los procedimientos a un callejón sin salida y, por otro lado, la falta de testigos que puedan corroborar los hechos, aunque los hubiere. Asimismo, se acusa una lejanía de los cuerpos policiales con los colectivos vulnerables. Se denota una falta de conocimiento de las realidades específicas de dichos grupos sociales. Este desconocimiento de las particularidades agrava el abismo que existe en torno a la confianza de las instituciones y lleva a desalentar la denuncia por miedo a victimizaciones secundarias, e, incluso victimizaciones indirectas, a familiares de víctimas especialmente*

[380] Disponible en: https://ajuntament.barcelona.cat/oficina-no-discriminacio/sites/default/files/WEB2_INFORME_DISCRIMINACIO_2019_A4_ESP.pdf

vulnerables. Por otro lado, el miedo a las consecuencias es un freno importante, ya que a veces, los agresores pertenecen a grupos sociales violentos u organizaciones delictivas. O, incluso, en algunas oportunidades se reciben represalias de la Policía con contradenuncias y archivo de causas por falta de pruebas que implica la asunción de los costes del proceso. Es importante tener en cuenta la extrema vulnerabilidad de ciertas víctimas, sobre todo, en aquellas que se producen factores de interseccionalidad en la discriminación. Y también las situaciones de negación y vergüenza tanto en nacionales y aún mucho más extremas en extranjeros donde por cuestiones culturales y religiosas la diversidad sexual es un tema tabú y mucho más estigmatizado. Razones de peso son: la falta de conocimiento de la legislación, de los recursos sociales existentes y de los procesos de denuncia tanto para nacionales y aún más para extranjeros y personas vulnerables.

Marc de 32 años de Barcelona y abogado del movimiento asociativo manifiesta que en algunos casos donde está claro que la incidencia marca el ritmo de una denuncia penal, las víctimas son las primeras que no quieren acceder al proceso de denuncia, rechazan el acompañamiento y el asesoramiento legal, por miedo, por falta de un contexto que ofrezca seguridad, pero, sobre todo, porque existe una idea que se repite "la denuncia no sirve para nada". Las personas afectadas piensan que la denuncia no prosperará. Además, consideran que, si se hace la denuncia, esta no solucionará las consecuencias negativas de tipo emocional y psicológicas que ha producido el evento motivado por el odio. Creen que las acciones legales no concuerdan o van en paralelo con el proceso de reparación psicológica que necesitan. Manifiestan la poca o nula confianza en los Cuerpos de Seguridad del Estado como, así también, en la administración pública y la Justicia. Desde el punto de vista administrativo para un ciudadano de a pie significa perderse en laberintos administrativos en el que el proceso se acaba perdiendo, y, por otro lado, en algunos casos, las víctimas son cuestionadas por el mismo sistema administrativo. Se interpelan los motivos por los cuales la persona que recibe la agresión pone la denuncia. En definitiva, muchas veces la víctima lo percibe como una situación de riesgo más que de seguridad, no sabe si le costará dinero, si le tratarán bien, si no tendrá represalias, si será visto con buenos ojos por los demás ya sea el funcionariado, la comunidad, sus entornos y hasta su familia. Y la situación se agrava si la víctima es una persona migrante, extranjera, que no conoce el idioma, etc. Por lo tanto, la confianza y la legitimidad de los profesionales que trabajamos con víctimas de odio no aparece desde el primer día, se debe construir y fortalecer y tampoco es una garantía para acceder al proceso de denuncia y acercar a la víctima a las instituciones. Sin embargo, el problema es mucho más importante a mi parecer, las víctimas de este tipo de delitos no denuncian ayer, hoy y quizás tampoco mañana porque no depende de la propia víctima ya que en este tema intervienen muchos factores, entre los más importantes, los funcionarios y las instituciones que todavía tienen un trabajo muy importante pendiente en cuanto a la sensibilización de estos temas. El problema es una cuestión de toda la sociedad, la discriminación es ubicua y cultural y debe ser atajada desde el sistema educativo a temprana edad de la población.

Indistintamente de las razones de la infradenuncia, es sustancial comprender que el proceso de denuncia es fundamental no solo para aflorar la cifra negra de este tipo de delitos. Sino, sobre todo, para visibilizar una problemática primordial que amenaza con el modelo de convivencia. La persona agredida tiene miedo, pero aún tiene más temor de caer en una revictimización, el quedar expuesta a un cuestionamiento innecesario sobre cuestiones personales e íntimas o a una atención inadecuada de los funcionarios policiales, judiciales, administrativos, sanitarios, etc. Sin embargo, para afrontar este procedimiento la víctima debe contar con recursos entre los que cuenta el asesoramiento y acompañamiento con el objetivo de dotar a la persona de una disposición correcta y un fuerte convencimiento de que lo que hace es lo correcto y le beneficia. Solo llegan a denunciar las personas informadas y capacitadas que conocen su situación y fruto del asesoramiento saben que caminos pueden recorrer. Estas son las personas que ya están de alguna manera insertas en el sistema y disponen de los recursos y de habilidades sociales para enfrentar la situación.

Rubén de 50 años de Barcelona activista de profesión funcionario explica que existe una cierta tensión en relación con el rol que deben asumir las entidades del tercer sector como agentes que intervienen e influencian en la opinión y en la decisión de las víctimas en el hecho de denunciar o no. Algunas entidades consideran que existe un conflicto ético por parte de ciertos profesionales implicados a la hora de animar a denunciar. Se les acusa de tener un interés profesional que priman por encima del entendimiento y convencimiento de la persona en el proceso de poner una denuncia. Los profesionales que acompañan y aconsejan deben estar al lado de la víctima y, si me apuras, también te digo que por detrás. Pero siempre acompañando a la persona que necesite el apoyo del tipo que fuere. De lo contrario, se podría incurrir en un exceso de ímpetu o afán en un sentido que no sería la voluntad de la persona en cuestión y, a todos los efectos, no sería ético.

Los diferentes informes del OCH ponen de manifiesto la heterogeneidad de los casos, ya que no solo se atienden a hombres gays (subcolectivo de mayor incidencia), sino también a lesbianas, transexuales, intersexuales, bisexuales e incluso heterosexuales en situación de vulnerabilidad y discriminación. Sin embargo, queda patente la infrarrepresentación del colectivo trans a través del análisis de casos y, sobre todo, en las producciones narrativas sobre transfobia que se plasman en los diferentes informes de actividad. Las producciones narrativas consisten en unos relatos co-construidos entre los profesionales del OCH y las víctimas que narran su visión sobre la LGTBIfobia, la vivencia de la práctica discriminatoria sufrida y el proceso de acompañamiento por parte de los diferentes agentes en la gestión de la situación. Estos relatos tienen el objetivo de acercar a la ciudadanía las experiencias de visibilizar las discriminaciones todavía existentes y que, en ocasiones, con las estadísticas, pueden quedar de manera aséptica, fría y sin significado ni conciencia. Esta situación puede ser por diferentes motivos, pero es importante comprender que los eventos de LGTBIfobia vividos por el colectivo trans suelen ser lo más violentos, agresivos y de violencia gratuita, lo que juega en detrimento de este subgrupo a la hora de participar y de exponer o revivir sus experiencias de odio y discriminación. Pero lo que manifiesta el OCH es la escasa voluntad de participación de este tipo de víctimas en el relato de sus experiencias.

Marga persona transexual de 32 años de Barcelona estudiante universitaria explica que fue agredida en la calle por un grupo de 4 personas. Es notorio como las personas transexuales están expuestas a una violencia continua y gratuita. Su integridad física y moral también está amenazada constantemente por la interseccionalidad de factores de discriminación, en el caso de las mujeres trans por ser mujeres y por no cumplir la cisnormatividad. *Los agresores me increparon, me insultaron y humillaron con frases como "eres una puta transexual, travelo de mierda, putón, etc." Lo que provocó que me ensalzara en una discusión que culminó con una agresión física en la que me quebraron el tabique nasal. Y al caer, también me produjo una quebradura de una de las muñecas. Los hechos se produjeron en la vía pública al lado de un CAP y en frente de una oficina de Correos. Es sorprendente y destacable que tanto los transeúntes como el personal de seguridad de ambas instituciones omiten el deber de socorro, pero también es verdad que las agresiones grupales disuaden cualquier intento de ayuda.* Es evidente que no solo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deben formarse ante estos casos de LGTBIfobia sino también el personal de seguridad privado de lo contrario no sería la primera vez que en vez de recibir ayuda la víctima es avergonzada por un trato despectivo (burlas) y hostil de quien debería recibir auxilio. *Finalmente, unas personas que estaban por allí me auxiliaron y llamaron a la Policía.* En cuanto al itinerario, la víctima se pudo en contacto con el OCH, y ya había recibido la atención médica y un parte de lesiones, lo que la legitimó para presentar una denuncia en los Mossos d´Esquadra, por lo tanto, el itinerario a seguir fue el del Proceso penal. En cuanto al apoyo psicosocial, Marga lo rechazó. En este sentido, Marga dice que: *cuando te pasa algo así (agresiones) es como que tienes la necesidad de esconderte, pero una vez que ha pasado reflexionas, y ahora soy consciente de la necesidad de la ayuda psicológica por todo lo que pasó luego, pero en el momento creí que lo podía gestionar. En cierta manera, quería estar sola aislarme y primero curarme las heridas, pero no me daba cuenta de que las heridas emocionales eran profundas y afloraron mucho más tarde.*

Oscar de 54 años de Barcelona activista y de profesión funcionario explica que a la hora de pensar y abordar un caso de delitos de odio se han de tener en cuenta los tipos de relación que se establecen entre los tres categorías de agentes implicados: la Policía, la Fiscalía y las entidades del tercer sector. La relación entre las entidades del tercer sector y los cuerpos policiales está afectada por la desconfianza que generan los policías en las víctimas y que es compartida por las entidades ya que algunas veces, estas organizaciones tienen que intervenir en acusaciones cruzadas, incriminaciones que hace la Policía cuando esta es denunciada por agresiones o maltratos. Por otro lado, la relación entre los cuerpos policiales y la justicia, esta ha mejorado de manera considerable debido a el servicio especializado de la Fiscalía en relación con los delitos de odio y discriminación. Este servicio permite un canal directo para efectuar o hacer llegar denuncias de delitos de odio. Y, por último, la relación entre las entidades del tercer sector y la justicia se basa en redes informales, relaciones de confianza con personas o instituciones, no existe un protocolo establecido. Esta situación a veces es una desventaja ya que las relaciones informales tardan años en consolidarse lo que reclama la institucionalización de protocolos efectivos que dinamicen la información y

los procedimientos legales. El establecimiento de un servicio especializado de la Fiscalía ha mejorado incluso el funcionamiento de las entidades del tercer sector. Muchas veces hemos tenido problemas al abordar los delitos de odio por falta de herramientas de detección y conocimientos de los procesos de derivación de los casos, ya que no siempre el proceso o el circuito es demasiado claro debido a las implicaciones legales-penales. La Fiscalía especializada ha facilitado todos estos procedimientos mejorando en cierta manera el servicio que ofrecemos.

Si bien el aspecto administrativo de las discriminaciones no es tema central de este estudio, en este apartado es importante significarlo ya que muchas de las agresiones que no se denuncian ni adoptan el itinerario penal son resueltas o se intentan resolver a través de la jurisdicción administrativa. No obstante, el régimen de infracciones y sanciones de la Ley administrativa catalana 11/2014 tiene una aplicación bastante escasa. Desde su aprobación, la aplicación es ambivalente y no del todo efectiva, se han interpuesto no más de 6 sanciones en base a su régimen sancionador, según los informes del Departament de Treball, Afers Socials i Familias de la Generalitat[381]. Por otro lado, todavía no se ha creado el organismo coordinador de las políticas LGTBI, encargado de vertebrar las políticas públicas a implementar, función que realiza el Área LGTBI de la Generalitat de Catalunya. Asimismo, el Reglamento específico para regular el régimen de infracciones y sanciones que prevé la ley todavía está pendiente de aprobación desde 2017. Por lo tanto, falta un instrumento legal específico y vital que regule el procedimiento sancionador de la Ley 11/2014, los expedientes se tramitan mediante el procedimiento administrativo general o a través de la activación del *deber de intervención*. La aprobación de dicho Reglamento sancionador permitiría adaptar el procedimiento a las necesidades específicas de la ley, regulando cuales tendrían que ser las partes interesadas en el procedimiento o proporcionando una gradación más concreta y efectiva de las sanciones, entre otras medidas.

Sin embargo, en los últimos años se han desarrollado algunos ámbitos importantes en relación con los derechos reconocidos en dicho texto legal. En 2019 destaca la incorporación en los registros municipales del Ayuntamiento de Barcelona de nuevas categorías para identificar el género de las personas y un nuevo campo para especificar el nombre por el cual las personas transexuales, transgénero e intersexuales quieren ser reconocidas por la Administración. También, el Departament de Treball, Afers Socials i Families de la Generalitat de Catalunya ha aprobado una instrucción para adaptar todos sus formularios y comunicaciones administrativas a la diversidad sexual, de expresión de género y familiar, aunque esta adaptación todavía no se ha completado. La Ley 11/2014 más allá de sus propias disposiciones, está modificando transversalmente otros marcos legales y normativos específicos. Se han desarrollado partes determinadas del mandato de la ley como el Protocolo del deber de intervención[382], el Protocolo de

[381] Memoria del Departament de Treball:
https://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/el_departament/memoriesestadistiques/memories_anuals/
[382] Acceso al protocol:
https://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematics/09lgtbi/Llei11_2014/deure_intervencio/proto colintervencio.pdf

prevención, detección e intervención ante el acoso escolar a personas LGTBI[383], el Protocolo de las técnicas de reproducción humana asistida[384], adaptación a la tarjeta sanitaria, el carnet universitario, el de las bibliotecas y el transporte público con la identidad sentida[385], entre otros.

En términos generales la labor de las entidades del tercer sector es encomiable, reconocida y respetada. Son organizaciones capaces de atender a gran diversidad de personas, con necesidades dispares e incidentes no tipificados en unas instalaciones que ofrecen privacidad, comodidad e intimidad y evitan la victimización de las personas usuarias. También de manera creativa ofrecen una diversidad de medios de contacto a la población objetivo que permiten acercarse a estas personas conmocionadas y, en consecuencia, aproximarlas a las instituciones correspondientes. Sin embargo, existen diferentes sectores profesionales que consideran que el trabajo de estas organizaciones se ve desvirtuado por la acción mediática y por el interés desmedido de este tipo de estructuras en la visibilidad del colectivo en los medios de comunicación masiva y en los casos que tengan desarrollo penal más que en los intereses y derechos particulares de las víctimas y en el resarcimiento de la dignidad perdida. Esta situación se achaca a la acción del interés del activismo. Sin embargo, es importante entender y reconocer que la visibilización del colectivo y sus circunstancias es una herramienta fundamental para sensibilizar a la sociedad. Y, además es un instrumento que favorece el proceso de normalización y participación política en igualdad de condiciones de todos los miembros de este grupo social.

La vía penal: el Tratamiento procesal de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Cuestiones previas: los actores.

Las víctimas de violencia basada en el odio y la discriminación por orientación sexual e identidad de género a menudo experimentan o sufren un trauma y una ansiedad extrema incluso si no ha habido violencia física. A diferencia de un delito violento común, los delitos de odio afectan a las emociones más profundas debido a que el motivo fundamental del ataque está relacionado directamente con su identidad o su personalidad. Esta posición coloca a la víctima en una situación o sensación de indefensión y vulnerabilidad, sintiéndose la persona continuamente en peligro, inclusive, si el autor del delito es detenido. Los procesos penales son otra gran causa de estrés para las víctimas porque lo que se espera de ellas es que hablen, relaten o describan la violencia experimentada en repetidas veces durante el proceso judicial. Y, de esta manera, indirectamente, en algunas oportunidades se alimenta la victimización secundaria. A pesar de ello, las víctimas pueden tener reacciones distintas y algunas de

[383] Acceso al protocolo:
http://xtec.gencat.cat/ca/centres/projeducatiu/convivencia/protocols/assetjamentescolar-persones-lgbti/index.html

[384] Acceso al protocolo:
https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_A-Z/R/reproduccio_assistida/ documents/protocol_rha_def.pdf

[385] Acceso a los documentos que permiten cambiar el nombre de una persona trans independientemente de si se ha realizando este cambio en su DNI:
https://web.gencat.cat/ca/tramits/tramits-temes/Targeta_amb_nom_sentit?evolutiuTramit=1

ellas pueden que no experimenten ni trauma ni ansiedad. El hecho de que una víctima no experimente un trauma o no muestre indicadores de ansiedad no hace, sin embargo, que el delito de odio que ha sufrido sea menos importante. Es sustancial destacar que, aunque una persona pueda parecer estable, de hecho, ha sufrido violencia y tiene consecuencias en la configuración de su identidad y en el desempeño de su vida diaria. En consecuencia, lo que sufren estas personas es mucho más que simplemente un episodio violento y estresante. Un informante de profesión fiscal explica que*: muchas veces los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género llegan escondidos detrás de otros delitos, lo que genera una calificación deficiente de este tipo de crímenes, y por otro lado, en algunos casos extremos de delitos de odio por orientación sexual e identidad de género se produce una interseccionalidad discriminatoria que engrosa la cifra negra de este tipo de delitos, personas migrantes en situación administrativa irregular, transexuales racializadas y refugiados no denuncian, primero por desconocimiento de las dinámicas jurídico-sociales que les protegen y, segundo, porque estas personas ya experimentan importantes niveles de agresión y violencia en sus países de origen que normaliza este tipo de violencia y delitos*. *Pero, sobre todo, por miedo a ser expulsados del territorio nacional, y a ser revictimizados.*

Sin embargo, antes de abordar las principales figuras jurídicas y actores en materia del ejercicio penal por las víctimas de delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género, conviene aclarar una cuestión previa de importancia teórica y práctica: el concepto de víctima, a efectos procesales. El Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015, introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico ciertas novedades como el concepto de víctima, sus derechos, su participación en el proceso penal, las medidas de protección del perjudicado, y su aplicación temporal. Esta ley traspone a la legislación española las directivas comunitarias pendientes de trasposición hasta ese momento: la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, sobre normas mínimas de apoyo y protección a las víctimas; la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre, contra el abuso sexual infantil, la explotación sexual y la pornografía infantil.

La Directiva de 2012, en su art. 2º y la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD), se refiere únicamente a la víctima como persona física. En el art. 2 LEVD puede leerse:

Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima. Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la Comisión de un delito.
b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido acusado directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

> 1º. A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetos a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.
> 2º. En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

Con esta distinción el legislador pretende evitar la limitación del concepto de víctima a la persona que padece directamente el perjuicio o lesión, y lo extiende a los familiares directos que en los casos de muerte o desaparición pasan a ostentar un papel fundamental asimilable a la víctima.

Tanto el legislador europeo como el nacional redactan la ley sobre la víctima haciendo referencia explícita a la persona física. Pero resulta evidente que también la persona jurídica puede ejercitar la acción penal cuando sea sujeto pasivo de un hecho delictivo. Además, deben hacerse extensivos a las personas jurídicas víctimas de delitos los derechos y garantías procesales contenidas en la norma para las personas físicas (De Hoyos Sancho, 2017: 82).

El Estado es el titular del *ius puniendi* o de la facultad sancionadora que es desempeñada a través de la actividad de los jueces y magistrados. No obstante, puede ser activada de oficio en el ejercicio de la acción penal, en la determinación del objeto del proceso (hechos y personas contra las que se dirige) y en la aportación de hechos y pruebas de estos (principio acusatorio). El fundamento del principio acusatorio es la imparcialidad del juez, su mayor independencia y equilibrio (STC 54/1985, de 18 de abril). La puesta en conocimiento de unos hechos determinados por parte de una persona a una institución ajena al organo sentenciador inicia la investigación, debiendo formularse una acusación explícita. El art. 101 LECrim establece que la acción penal es pública y que no es necesario ser el ofendido para ejercitarla. Sin embargo, no podrá ejercitarla aquel que no goce de la plenitud de los derechos civiles arts. 102 y 103 LECrim. En este sentido, Alberto de 54 años de Barcelona de profesión camarero explica que: *cuando me dirigía al Carnaval de Sitges (Barcelona) con unos amigos fui agredido verbalmente con insultos homófobos por parte de una persona totalmente desconocida para mí, repetidas veces dentro de un bar con expresiones como "maricón, pedazo de maricón, te voy a dar…". No le di la mayor importancia, aunque me sorprendió un poco. Aunque ya sabes que los gays debemos aprender a lidiar con comentarios fuera de lugar siempre. Ante esta situación, el responsable del local ante estas manifestaciones discriminatorias gratuitas hecha al agresor. Por un momento me*

quedé más tranquilo. Sin embargo, el atacante me esperó fuera del establecimiento para posteriormente agredirme físicamente. Al mismo tiempo, algunas personas que acompañaban al agresor sujetaron a unos amigos que me acompañaban para que no intervinieran mientras se producía el ataque (puñetazos, patadas, insultos, etc.). Después, como pude, conmocionado porque no te quedas igual, estás en un estado de shock que no te deja pensar bien y con la ayuda de mis amigos me dirigí al centro sanitario más próximo donde me hicieron las curas correspondientes y, también realizaron el informe médico donde constaban las lesiones con el que realicé la oportuna denuncia en los Mossos d´Esquadra. Factor determinante para que la víctima se vea legitimada para iniciar el procedimiento penal.

De esta manera, se activa el principio acusatorio, constituyéndose las partes del proceso penal. Conviene distinguir las partes en base a dos criterios, el primero en relación con la posición procesal (la existencia de dos peticiones enfrentadas), un acusador y un acusado, una posición activa, por ejemplo: el Fiscal, el acusador popular y el acusador particular. Y, por otro lado, desde el punto de vista pasivo cabe la existencia de partes o varios acusados, que pueden ser varias personas acusadas del mismo o diferentes delitos o porque existan delitos conexos. En su caso, la sentencia de un proceso debe contener tantos pronunciamientos como acusados haya. En relación con este aspecto, otro informante Hugo de 52 años de Barcelona de profesión dependiente explica que: *al salir de un bar de copas en Sitges me despido de un amigo con un beso y me dirijo a la estación de trenes para regresar a mi casa en Barcelona. Acto seguido, aunque al principio no me doy cuenta, cuatro personas me siguen hasta la estación de trenes y dos de ellos (que posteriormente son los acusados) entran a dicha estación. Una vez en el andén de la estación me increpan e insultan maricón de mierda te vamos a matar, ante la inacción de las pocas personas que estaban esperando el tren, me dan puñetazos, me golpean con piedras en la cabeza y me dan patadas. Finalmente, pierdo el conocimiento y caigo a las vías del tren. Posteriormente, hace acto de presencia la policía y los sanitarios. Todo lo que vino después no lo recuerdo muy bien porque me dieron una paliza considerable me golpearon la cabeza con patadas, etc. Lo que sí sé es que además de las secuelas físicas me quedé muy traumatizado que es hoy que me siento temeroso de todo, no soy el mismo, soy otra persona con mucho miedo y tengo mucha inseguridad en la calle prefiero no salir. Además, de la medicación que debo tomar diariamente.* Después, en el juicio celebrado en la Audiencia Provincial de Barcelona la Fiscalía pide trece años de prisión para el autor de las lesiones por intento de homicidio en grado de tentativa y agravante por discriminación por orientación sexual y, para el otro acusado menor de edad, internamiento. Una vez finalizado el juicio, el tribunal condena al acusado mayor de edad a siete años y seis meses de cárcel por un delito de homicidio en grado de tentativa, y otros cuatro años y seis meses por robo con violencia (robo del móvil, dinero y tarjetas de transporte). Todo ello con los agravantes de abuso de superioridad y por la orientación sexual de la víctima. Con la prohibición de acercarse a la víctima en 9 años y una indemnización de 21100 euros. Al menor de edad se le condena a internamiento de cuatro años. Es destacable que en la mayoría de este tipo de casos los agresores actúan siempre en grupo lo que facilita que

se impongan a la víctima y disuaden a cualquiera que intente ayudar, si es el caso, ya que la omisión del deber de socorro suele ser la norma.

Otro criterio importante para tener en cuenta es el que se refiere a la presencia necesaria en el proceso penal, es decir, a una presencia obligatoria o contingente. Partiendo de la existencia como mínimo de una parte en la posición acusadora y otra en la acusada. Para poder diferenciar entre la obligatoriedad y la contingencia de las partes debemos atender a la clasificación de los delitos, puesto que en función del tipo de delito que nos enfrentemos, el tratamiento procesal es diferente. Los delitos públicos son aquellos que no necesitan de la participación del ofendido para que puedan ser perseguidos y enjuiciados y afectan a cuestiones de orden público. Pueden ser denunciados por cualquier ciudadano y por parte de las autoridades del Estado, como es el caso del Ministerio Fiscal. Por su parte, los delitos semipúblicos afectan parcialmente al interés público del Estado, y para poder ser investigados por los órganos jurisdiccionales debe existir una denuncia previa por parte del perjudicado u ofendido. Una vez puesto en conocimiento del delito al órgano jurisdiccional, aunque la parte perjudicada retire la acusación, las instituciones del Estado tienen la obligación de continuar con la investigación. Por último, los delitos privados son aquellos delitos que para ser perseguidos por la justicia deben ser puestos de manifiesto previamente por el ofendido por ese hecho. En el caso de que la querella presentada por el ofendido en este tipo de delitos fuese retirada, los hechos dejarían de ser investigados por parte de los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo: el art. 104 de LECrim establece que las acciones penales nacidas de estos delitos no pueden ser ejercidas por otra persona que no sea el ofendido.

La Fiscalía.

Como en todos los delitos, la Fiscalía supervisa y dirige la investigación policial, y encabeza la acusación con el objetivo de juzgar y condenar a los autores de los delitos. La Fiscalía tiene un papel sustancial en la persecución de los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género, ya que la persecución penal eficaz de este tipo de delitos protege los derechos fundamentales y los valores democráticos. En octubre de 2009, la Fiscalía de la provincia de Barcelona pone en marcha un Servicio especializado en delitos de odio y discriminación. Esta Fiscalía nace para continuar el camino, que, en junio de 2007, comienza la entonces Fiscal Superior de Catalunya, Teresa Compte, designando un fiscal como interlocutor contra los delitos de homofobia, ante la incapacidad de la Fiscalía de dar respuesta especializada a las demandas de organizaciones de defensa de los derechos LGTBI, ya que el colectivo homosexual representa uno de los principales grupo diana de los delitos de odio.

El objetivo del servicio es coordinar la persecución de estos delitos y los casos de discriminación, tipificados en el Código penal español, prestando asistencia a los Fiscales, o asumiendo los casos más complejos directamente. En 2010, se asigna a la Oficina un coordinador a tiempo completo y se inicia la edición de un Protocolo sobre "Procedimientos en los delitos de odio y discriminación". Este documento instruye a la policía sobre el modo de identificar y detectar este tipo de delitos, recomienda que los agentes informen al Servicio y vela, en caso necesario, porque las víctimas sean derivadas a los servicios de asistencia oportunos. Posteriormente, por decreto del Fiscal

General del Estado, el 12 de diciembre de 2012 se crea la Fiscalía delegada para la tutela penal de la igualdad y contra la discriminación.

Siguiendo este modelo, desde principios de 2013 se crean servicios similares responsables de los delitos de odio y discriminación en todas las Fiscalías Provinciales de España. Las actividades de estas oficinas se coordinan por el delegado nacional designado por la Fiscalía General del Estado. Así, la Fiscalía pretende combatir estos delitos en todo el estado español de forma coherente y armonizada a través de una red nacional de fiscales: estableciendo criterios comunes sobre la interpretación del Código penal; coordinando las investigaciones y actividades; colaborando con las fuerzas policiales y otros agentes de diferentes niveles; y mejorando el registro y la publicación de las estadísticas sobre procedimientos judiciales. Tras su creación, las fiscalías "del odio" se han enfrentado a numerosos casos, un informante Oscar de 34 años activista del servicio del Observatorio contra la homofobia comenta que: *ejemplos sonados de este tipo de delitos de odio al colectivo homosexual sobre todo en internet tanto a nivel español como internacional han sido los hash tags #OdioALosGays o #SerHomosexualEsUnaEnfermedad como así también el ataque a la sede del Centro LGTBI del Ayuntamiento de la Ciudad de Barcelona.*

Las Partes.

Las partes acusadoras son: 1. el Ministerio Fiscal que es una parte necesaria en los delitos públicos o semipúblicos (se persiguen de oficio por las autoridades) en los que exista denuncia del ofendido, no siendo necesaria su intervención en los delitos privados que solo son perseguibles a instancia de parte. El Ministerio Fiscal puede ejercer la acción penal y civil independientemente de que exista acusador particular; también puede oponerse a la acción ejercida por otros. Además, puede intervenir en el proceso penal solicitando a la autoridad judicial medidas cautelares como la detención, la prisión provisional, fianza, entre otras; y puede visitar en cualquier momento los centros de detención penitenciarios o de internamiento de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y solicitar la información que crea necesaria. 2. El acusador particular, es la persona distinta al Ministerio Fiscal, que ejercita la acción penal como parte acusadora ante los hechos que revisten los caracteres de delito (delitos públicos, semipúblicos o privados) y generalmente representan los intereses de la víctima o del ofendido por el delito. Dentro de esta figura jurídica se incluye tanto al acusador particular en sentido estricto, como también a la acusación popular, ejercida por cualquier ciudadano que haya sido o no perjudicado directamente por el delito. El acusador particular (que representa a la víctima del delito) puede ejercitar la acción penal interponiendo querella e incluso personarse en la misma una vez iniciado el procedimiento. Asimismo, puede solicitar abogado de oficio y no está obligado a prestar fianza. Por su parte, el acusador privado, es necesaria su intervención en los procesos penales contra delitos privados (solo perseguibles a instancia de parte) como en el caso de las injurias y calumnias del art. 104 LECrim y en estos casos tampoco interviene el Ministerio Fiscal. 3. El acusador popular, es aquel que debe comparecer en la causa por medio de abogado y con procurador con poder especial, sin que en estos casos quepa

nombramiento de oficio, interponer formalmente una querella y prestar fianza que el juez determine para asegurar el cumplimiento de las posibles responsabilidades derivadas del proceso. 4. El actor civil es aquel que ejercita la acción civil o la reclamación de responsabilidades civiles derivadas de la comisión de un delito dentro del proceso penal. Siempre será actor civil el Ministerio Fiscal en aquellos casos en los que intervenga dado que está obligado a ejercitar la acción civil junto con la penal independientemente de que en el proceso esté personado un acusador particular. También es actor civil el acusador particular y privado, es decir, la persona ofendida por el delito, salvo que desee ejercitar esta reclamación en el correspondiente juicio civil. Además del ofendido o perjudicado, pueden ser actores civiles sus herederos[386]. Por último, 5. El abogado del Estado que asume la representación y defensa del Estado, la de sus organismos autónomos y determinadas entidades públicas e interviene en aquellos casos en que el Estado se ve afectado por la comisión de un delito. Actúa como acusador particular: cuando el Estado resulta perjudicado en un proceso por delito común; como defensor: cuando un funcionario del Estado sea acusado por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, siempre que haya actuado conforme a la legalidad o cumpliendo órdenes de la autoridad competente; y también como defensor en aquellos supuestos en los que el Estado pueda ser condenado como responsable civil subsidiario.

La LO 4/2015 introduce una novedad en relación con la LECrim, el art. 109.3 bis establece la posibilidad de ejercitar la acción penal por parte de asociaciones de víctimas y personas jurídicas a los que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello sea autorizado por la víctima del delito. Giménez García 2009: 323) considera que esta modificación puede ser un arma de doble filo. Es innegable la importancia de la labor de las asociaciones en relación con los delitos de odio que afectan a determinados colectivos. No obstante, según este autor, “en algunas oportunidades dichas asociaciones no poseen intereses puros de colaboración con la administración de justicia, los intereses que animan al ejercicio de la acusación popular es el oportunismo mediático”.

En relación con la participación del acusador popular en la fase intermedia, es necesario mencionar la Doctrina Botín y la Doctrina Atutxa, ya que determinan la capacidad de actuación de la acusación popular. La Doctrina Botín consiste en la imposibilidad de abrir juicio oral si el único que mantiene su imputación es la acusación popular, solicitando el sobreseimiento de la causa tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular (STS 1045/2007, de 17 de diciembre). Por su parte, la Doctrina Atutxa matiza el efecto de la Doctrina Botín, en ausencia de acusación particular, se permite la apertura de juicio oral si la acusación popular la solicita y el Ministerio Fiscal pide el sobreseimiento de la causa (STS 54/2008, de 8 de abril).

[386] El art. 112 LECrim dispone que, ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el perjudicado la renuncie o la reserve expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal. Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querella particular, se considerará extinguida la acción penal.

En el caso de que un delito se cometa contra una persona determinada, no se podría mantener dicha imputación, puesto que el encargado de velar por el interés general es el Ministerio Fiscal, y se otorga al ofendido la posibilidad de personarse en la causa. Sin embargo, éste sería un obstáculo salvable con la nueva redacción del art. 109.3 LECrim, al permitir la personación de asociaciones de víctimas y personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para la defensa de los derechos de las víctimas, siempre que exista autorización de la víctima. En el caso del discurso del odio punible, se aplicaría la Doctrina Atutxa, siempre y cuando se trate de manifestaciones que no se refieran a una persona determinada. Con este tipo de delitos, debido a su particular naturaleza, se afecta a la paz social y al interés público. De esta manera, se puede aceptar el mantenimiento de la imputación únicamente por parte de la acusación particular.

En cuanto a las partes acusadas son: 1. El imputado: es el acusado en el proceso penal y es perseguido porque se le imputa la realización de unos hechos sancionables penalmente. Si tan solo recaen sospechas sobre la persona a la que se considera responsable de un hecho punible, se le denomina sospechoso. Si los hechos delictuosos revisten especial gravedad o manifiestan indicios de culpabilidad y el juez dicta el correspondiente auto de procesamiento sobre el mismo, el imputado pasa a denominarse desde ese mismo momento procesado. Y terminada la primera fase del proceso, presentado el escrito de acusación, el imputado pasa a denominarse acusado; si es condenado por sentencia se le llamará condenado; y en el caso de que ya estuviera cumpliendo sentencia previa, se le designará reo. 2. El responsable civil es aquella persona frente a la cual se dirige la acción o reclamación civil dentro del proceso penal, o se reclama la reparación del daño o indemnización por los perjuicios derivados del delito. Y el responsable directo es el autor del delito o la falta. En el caso se ser dos o más responsables del delito, el juez establece la cuota de responsabilidad civil de cada uno de ellos, respondiendo conjuntamente por sus cuotas y responsabilidades respeto a las cuotas de los demás responsables. Por su parte, las entidades responsables responden de forma directa frente a los asegurados por los hechos punibles que éstos cometan. En el caso que los responsables civiles directos no puedan hacer frente a sus responsabilidades, lo harán en su lugar los responsables civiles subsidiarios o secundarios. El responsable civil solo podrá intervenir en el procedimiento aportando las pruebas que considere oportunas en defensa de sus intereses.

La representación y defensa de las partes se realiza a través de la representación de un procurador y de la asistencia de un abogado. Si el imputado no designa abogado ni procurador en su defensa, se le nombrará uno de oficio y ambos profesionales le asistirán hasta el fin del proceso.

Es importante tener en cuenta que el Ministerio Fiscal no debe intervenir en los supuestos de delitos privados, como las injurias y calumnias contra particulares donde la promoción de la acción penal corresponde al agraviado y, el fiscal, por lo tanto, no debe ser parte (art. 105 LECrim, en relación con los arts. 804-815 LECrim, y con los arts. 208 y ss. CP; Auto TC nº 139/1993). Sin embargo, se produce una particularidad o mutación en la concepción de delitos privados en los delitos de odio cometidos contra

particulares en sede virtual o internet. Dada las características propias de un medio como internet, la vocación de perpetuidad, fácil y libre acceso a los mensajes injuriosos o calumniosos y el alcance de estos, los coloca en una situación de interés público; poniendo en peligro no solo al propio ofendido por la injuria y la calumnia, sino también a todo un colectivo alterando la paz y el orden público (STS 31/2017, de 18 de enero). Este tipo de delitos viene determinado por la pertenencia de un particular a un colectivo o grupo social caracterizado por una circunstancia personal o identitaria que permite realizar una diferenciación determinada tales como la orientación sexual, la identidad de género, la raza, etc. Es así como no podemos hablar en ningún momento de delitos privados como tal, incluso si se trata de un delito de odio infligido cara a cara (proferir un insulto a una persona). Se trataría de un delito semipúblico (es necesaria una denuncia previa para la intervención del Ministerio Fiscal), pero posteriormente, se convierte en un asunto obligatorio, aunque se trate de un delito contra una persona en concreto, ya que se ataca a su vez a todo un grupo social, al grupo de pertenencia. De esta manera, se convierte en un delito público y es tarea del Ministerio Fiscal la protección de la totalidad del grupo.

Cuando la víctima llega a esta etapa de su carrera moral ha sido victimizada a través de una agresión que provoca que su vida pierda la normalidad. La persona afectada por el hecho delictivo relacionado con el odio sufre algún evento de violencia material que exige medidas reactivas por parte de las instituciones y autoridades encargadas de prevenir y reprimir la violencia del odio y la discriminación. El procedimiento encargado de esta tarea es el proceso penal previa denuncia de los hechos.

El proceso penal puede comenzar de diversas maneras, además del inicio de oficio, es necesaria la realización de un acto concreto por parte de la propia víctima, como es la interposición de una denuncia. De esta manera, se establece por parte del sujeto pasivo la puesta de conocimiento a las autoridades de un posible hecho delictivo. El proceso de denuncia es una de las herramientas más importantes en la defensa y conocimiento de la población victimizada, así también, es un elemento de conocimiento del delito y de las variables que influyen en el favorecimiento o rechazo en el momento de su interposición (Morillas Fernández, 2014: 264). Una vez se ha producido la victimización es importante trabajar los aspectos que favorezcan la desvictimización; desvictimizarse permite desprenderse de la culpa, la vergüenza, la resignación, el miedo y todas aquellas creencias que mantienen a las víctimas sujetas al dolor y al sufrimiento, permitiéndolas tomar conciencia y haciéndoles parte activa en su evolución personal para reconstruirse y transformarse desde y con ellas emocional y socialmente (Achutegui, 2017: 41).

Tras haber sido víctima de un delito de odio por orientación sexual e identidad de género, en primer lugar, es prioritario acudir a un centro médico para recibir atención si fuere necesario. Y comunicar a los facultativos que las heridas son fruto de una agresión para que conste en el informe médico y además se active el protocolo correspondiente, si dicho protocolo existe ya que no es una constante en el Estado. Asimismo, es fundamental recoger los datos personales de los posibles testigos para poder contar con su apoyo a la hora de la investigación policial y judicial. *En este sentido, Aleix de 32*

años de Barcelona y estudiante universitario comenta que saliendo de trabajar por la tarde noche coge el metro para ir a su casa, era invierno y por la tarde noche no había casi gente. Ya en el andén dos chicas y un chico, jóvenes de no más de 20 años comenzaron a meterse conmigo diciendo "tú eres maricón, nenaza, das vergüenza, etc." Intenté ignorarlos, pero aprovecharon que no había mucha gente e insistieron en acosarme y amenazarme me decían a los maricas como tu hay que matarlos. Pensé que si me dirigía a las escaleras podría evitar cualquier agresión. Sin embargo, las chicas se acercaron de frente y comenzaron a insultarme, escupirme y agredirme y por detrás el chico me dio un golpe (que todavía no sé con qué fue) y caí al suelo. Me toqué la cabeza y ví mucha sangre, me desplomé. Posteriormente, llegó la policía, pero no había ni testigos ni nadie que me ayudara. También llegaron los servicios sanitarios que me llevaron al Clínico. Posteriormente, cuando hice la denuncia el policía me dijo que debía denunciarlos por hurto (me faltaba la cartera y la Tablet de la mochila) y por lesiones. Evidentemente, no había testigos de lo ocurrido y tampoco insistí en que la agresión era por mi orientación sexual.

Acto seguido se pone la denuncia por escrito o verbalmente. Esta declaración de la víctima pone en conocimiento del Juez, del Ministerio Fiscal o de la policía los hechos delictuosos o de los hechos que podrían constituir delito y está regulada en el art. 259 LECrim. La denuncia puede realizarse por escrito u oralmente ante el funcionario correspondiente, personalmente, o por medio de representante con poder especial. Este documento debe ser rubricado por el actor o por otra persona a su petición, en el caso de que este no pudiere firmarla. No es necesario que la denuncia se dirija expresamente contra alguien en particular, aunque en el caso de que existiera algún sospechoso, el denunciante puede especificarlo. Para este trámite no es necesaria la intervención de abogado o de procurador, ni la prestación de fianza. En el caso que la denuncia se realice de forma verbal, se extenderá un acta en forma de declaración que será firmada por el declarante y por el funcionario o autoridad competente que tome la declaración, haciendo constar en el documento la identidad del denunciante. Se entregará una copia de la denuncia o un resguardo de ella, y si no se entrega el denunciante puede solicitarla. Una vez formalizada la denuncia, se procederá a comprobar la veracidad de los hechos denunciados.

En cuanto al contenido de la denuncia, debe contener una descripción lo más exacta posible y pormenorizada de los hechos denunciados y de la o las personas denunciadas, así también, sus direcciones si se conocen. En particular ante la presencia de delitos de odio es fundamental hacer constar los siguientes extremos: si se tiene la convicción de haber sido agredido, humillado o amenazado por motivo de la orientación sexual o la identidad de género; si se tiene la certeza que el único motivo por el que se produce la agresión, humillación o amenaza es por la orientación sexual o la identidad de género de la víctima sin que exista ninguna otra causa; dejar constancia de las frases o los insultos sobre la orientación sexual o identidad de género de la víctima cuando se produce la agresión, humillación o amenaza; hacer una descripción pormenorizada de los marcadores sociales de los agresores, el aspecto físico, indumentaria: ropa, complementos, estandartes, tatuajes, etc., o cualquier tipo de simbología propia de grupos ultra; especificar si el lugar de la comisión del delito es un sitio frecuentado por

personas pertenecientes a ese grupo social, en este caso, al colectivo LGTBI; también es importante significar si en el momento de la agresión la víctima llevaba algún signo distintivo del colectivo social (LGTBI), como banderas, pulseras, colgantes, etc. Asimismo, si el delito se comete en una fecha señalada para dicho colectivo social, como puede ser, el día del orgullo gay; y finalmente, si la víctima es un activista de alguna asociación LGTBI.

Las amenazas constituyen uno de los delitos más denunciados (art. 169 CP). Aunque una cuestión importante es dilucidar si la demanda por amenazas conducirá o no a un procedimiento judicial. La pena con respecto al delito de amenazas es más grave si se comete por cualquier medio de comunicación o de reproducción ya que permite una mayor difusión y, en consecuencia, un perjuicio superior. Las principales cuestiones para tener en cuenta con respecto a las amenazas se refieren a la autoría de estas y a la prueba de su existencia. Respecto a la autoría, cuando estas son anónimas, su averiguación corresponde al cuerpo policial, designado a tal efecto por el juez encargado de juzgar el caso, o bien por la presentación de la denuncia en comisaría. Si no se determina quién es el autor, el caso se sobreseerá y no acabará en juicio. Ahora bien, si se determina el autor y realmente la amenaza es susceptible de constituir delito, conducirá a un proceso penal. Una vez iniciado el proceso penal la cuestión será afrontar la prueba de la existencia de la amenaza. Si esta es oral, la importancia de los testigos presenciales es fundamental, si la amenaza es escrita basta con la prueba tal como una carta, correo electrónico, captura de pantalla, mensaje, etc.

Con la denuncia es básico aportar todos aquellos documentos que apoyen los hechos denunciados (partes médicos, psicológicos, fotografías, capturas de pantalla, etc.), junto con otras pruebas que se tengan en ese momento (grabaciones de audio y de video). En los casos de ciberodio es imprescindible aportar las capturas de pantalla donde aparezcan los tratos vejatorios, amenazantes y discriminatorios (pantallazos), así también, los archivos informáticos que contengan la información que acredite el acoso, la amenaza, la coacción, etc. Igualmente, en el momento de denunciar es decisivo mencionar a los testigos, portando, en su caso, sus direcciones o información de contacto.

Gema de 54 años de Barcelona, de profesión enfermera del servicio de urgencias del Hospital Clínico de Barcelona explica que: *ante situaciones donde una persona esté implicada en lesiones fruto de la violencia de odio el triaje en los servicios de urgencia hospitalarios constituye el primer contacto entre la víctima y el personal sanitario, por lo que la implicación de los trabajadores sanitarios es fundamental en la atención de la violencia del odio con la suficiente delicadeza para evitar la revictimización. Aunque la mayoría de las veces el personal no está lo suficientemente capacitado en violencia de odio ni tiene la sensibilidad suficiente para el trato con personas LGTBIQ y, por otro lado, en los últimos años debido a la crisis y la desinversión no se dispone de los elementos, la formación ni el personal suficiente para atender adecuadamente, ya no este tipo de casos, sino cualquiera. Muchas veces se atiende a la gente como churros con demasiada rapidez sin prestar la suficiente atención. Por lo tanto, la detección de este tipo de víctimas es más el fruto de la experiencia y el conocimiento intuitivo de*

cada trabajador sanitario en relación con las características identitarias de este tipo de víctimas (gays, lesbianas, trans, etc.). Este tipo de violencia suele ser más grave que en otros tipos debido a que los agresores usan armas de todo tipo, se ensañan y, a veces, suele haber más de un agresor. Muchas víctimas tienen miedo a comunicar los detalles del episodio violento. Por su parte, el médico cumplimenta el parte de lesiones cuando hay agresiones acreditadas, aunque en la mayoría de las veces no se explica con detalle las circunstancias del ataque y la condición de la víctima, si es una persona perteneciente al colectivo LGTBI, salvo si son transexuales o si son trabajadores/as sexuales. Si bien ante la seriedad de las heridas se da parte a la policía, no siempre las víctimas están de acuerdo. Y tampoco no siempre se informa a la víctima sobre su derecho a denunciar ni el personal de trabajo social pone a estas víctimas en contacto con los servicios especializados. Sin embargo, les explicamos la importancia de hacer un seguimiento de la evolución de las lesiones y continuar con el tratamiento y así poder valorar las medidas de seguimiento como a todo paciente que entra por urgencias o, en su defecto, se le da el alta definitiva. Pero, en términos generales no hay un seguimiento específico por violencia de odio. No existe un protocolo específico como podría ser el de violencia de género que está institucionalizado, aunque este procedimiento es exclusivo para la mujer.

Es obligatorio presentar denuncia para aquellas personas que presencien los hechos. También, los que conozcan los hechos por el cargo, por la profesión o el oficio que desempeñen, por ejemplo, en caso de acosos escolar: el personal docente y los responsables del centro educativo. Los que de cualquier otra forma tengan conocimiento de la existencia de un delito. No estarán obligados a denunciar, aunque si lo desean pueden hacerlo, las siguientes personas: el cónyuge del delincuente; los ascendientes o descendientes vinculados de forma directa al delincuente; los niños y las niñas y los que no tengan uso de razón; los abogados, las abogadas y procuradores respecto de las explicaciones que recibieron de sus clientes; los sacerdotes respecto de las noticias que hubiesen recibido en el ejercicio de sus funciones eclesiásticas; aquellas personas que desempañando un cargo, profesión u oficio determinado, tuviesen noticia de algún delito público, excluyendo en este caso abogado y procuradores respecto de las instrucciones que recibieron de sus clientes.

La denuncia se presenta ante la Policía Nacional, ante la Guardia Civil, ante el Grupo de Menores de la Policía Nacional, y ante el Fiscal para la Tutela Penal de la Igualdad y contra la discriminación. En el caso de delitos de odio a través de internet se puede denunciar la existencia de blogs, foros, webs, tablón de anuncios, etc. discriminatorios ante la Unidad de Delitos Telemáticos de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil. Una vez iniciado el proceso penal se puede solicitar al juez de instrucción el bloqueo cautelar de las páginas webs o espacios en redes sociales.

Un activista, Cristian de 28 años de Barcelona, estudiante universitario explica que: Durante la madrugada del domingo 27 de enero de 2019, el Centro LGTBI de Barcelona amaneció con destrozos y pintadas. Según algunos testigos describen a varias personas con barras de hierro rompiendo los cristales de la entrada principal y haciendo diversas pintadas entre las que sobresalen "estáis muertos maricones de

mierda". Las pintadas fueron hechas en castellano e inglés y diversos signos aparecen como la cruz celta utilizada por los grupos neonazis. El itinerario de este hecho delictivo es una denuncia que se presenta en la Fiscalía de delitos de odio por delito de odio contra el colectivo LGTBI que da inicio al proceso penal. Este ataque provocó mucho revuelo mediático. Pero, un par de meses después de la agresión se archivaron las diligencias porque ni la Guardia Urbana ni los Mossos d´Esquadra pudieron determinar el o los sujetos activos del ataque.

Joan Manel de 48 años de Barcelona de profesión funcionario explica: soy fan del Futbol Club Barcelona y siempre en época de liga voy a ver el fútbol al campo del Barcelona. Antes de entrar al estadio, me suelo tomar unas cervezas o un carajillo en una de las bodegas más antiguas y cercanas al Camp Nou. A veces están por allí los Boixos Nois, algún skin head, pero tampoco es peligroso más allá de la borrachera o de la coca que se hayan metido. Sin embargo, un día antes del partido fui con unos colegas a la bodega por unas cervezas y comenzaron a meterse con nosotros diciendo si éramos maricones, borjamaris, cayetanos o qué. Y que dejáramos de hacer mariconadas. Y que si no nos gustaba que nos fuéramos. Todo esto que se había montado en un solo momento me cogía por sorpresa, ya que a mí nunca me había sucedido. Al principio creí controlar la situación y me mantuve lo más sereno posible, pero poco a poco, la situación se volvió más tensa y peligrosa. Además de los insultos comenzaron a amenazarnos y a crear un clima de tensión y miedo intolerable. Intenté dialogar explicarles que indistintamente de las personas estas merecen respeto y calmar los ánimos, pero reconozco que en estos ambientes las relaciones están mediadas por el alcohol y las drogas. Y no se atienden a razones. De repente uno de ellos me dio un bofetón con un anillo que me hizo sangrar bastante. Y me amenazaron ante la posibilidad de llamar a la Policía. Ante estos hechos simplemente queríamos irnos, no sentíamos con un ratón en una caja queríamos irnos. Al salir del establecimiento llamamos inmediatamente a los Mossos d´Esquadra con el objetivo de que se personaran y realizaran un atestado y poder interponer la denuncia correspondiente. Sin embargo, la policía no se mostró muy cooperadora y explicó que estaban desbordados en la zona y que tardarían en llegar y, que lo más seguro era presentar una denuncia en comisaría. Finalmente, no se presentó queja administrativa en el establecimiento porque no disponían de las hojas reglamentarias ni denuncia en la comisaría porque sencillamente no quería más complicaciones y porque cuando medité pensé que, seguramente me volvería a encontrar a los agresores en otra oportunidad en el mismo establecimiento.

Carles de 43 años de Barcelona de profesión abogado penalista explica que: la víctima de este tipo de delitos debe ser asistida desde la misma denuncia. Y teniendo en cuenta el Estatuto de la víctima, esta tiene unos derechos básicos que la asisten en cuanto a la asistencia letrada. Tiene el derecho de entender y ser entendida, de una comunicación e información efectiva art. 4. Tiene derecho a intérpretes y que se le entregue una traducción gratuita escrita. Si no se produce este hecho ante la negativa de la policía cabe recurso delante del juez art. 9. Asimismo, tiene derecho a conocer fecha, lugar del posible juicio y actuación art. 11. Y, la víctima tiene derecho a la participación en el proceso penal, en la ejecución de la pena en determinados delitos art. 13, en la justicia

restaurativa art. 15, gratuita art. 16, etc. En cuanto a la protección de la víctima (arts. 19-26 EV). A acompañamiento en todo momento por la persona que desee art. 21. Esta tiene derecho a demandar la adaptación de medidas por parte de los funcionarios y autoridades para garantizar su integridad física. Establecer pruebas testificales reservadas para evitar la revictimización, evitar contacto con los agresores, evitar la difusión de datos sensibles, la reiteración de las declaraciones. Y, a una evaluación individualizada de las medidas en las fases de instrucción y enjuiciamiento.

También considera que desde las primeras declaraciones los operadores policiales, judiciales, suelen invocar al recurso fácil, calificando estos hechos delictivos como hechos leves, o a veces no dando la suficiente credibilidad a las víctimas. En algunas oportunidades la víctima es sometida a un trato inadecuado y a mucha presión, como es el caso de las declaraciones en sede policial. Se aisla a la víctima y no se permite que esté acompañada lo que genera falta de confianza, miedo y versiones contradictorias lo que desemboca en el archivo de las actuaciones. Y también no se valoran todos los bienes jurídicos afectados.

Partiendo de los derechos básicos de la víctima en los asuntos de delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género considerados graves, el objetivo de la asistencia letrada es realizar un ejercicio eficaz de la acción penal que consiste en articular las pruebas de cargo con la suficiente entidad como para obtener de parte del órgano judicial una sentencia condenatoria y la declaración de víctima. Y, por ende, lograr penalmente el resarcimiento de la víctima. En este sentido, conseguir la reparación del daño con el menor efecto traumático, evitando posibles revictimizaciones.

En relación con la personación en el proceso penal, la víctima de un delito de odio puede optar por dejar que sea el Ministerio Fiscal quien vele por sus intereses en el proceso o personarse en la causa como acusación particular con defensa letrada y procurador. En este caso, si la víctima se persona como acusación particular puede instar la imposición de medidas como: 1. el alejamiento del presunto agresor; 2. tener vista de todas las actuaciones, siendo notificado de todas las diligencias que se soliciten y acuerden; 3. pedir que se practiquen todas las diligencias de prueba que crea oportunas; 4. proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión; 5. participar en la práctica de las pruebas, ya sea en la fase de instrucción o investigación ya sea en el juicio; 6. formular escrito de acusación; 7. recurrir todas las resoluciones que no le sean favorables y puedan ser recurridas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 8. toda víctima de un delito tiene derecho a solicitar abogado de oficio para ejercer la acusación particular siempre que se cumplan los requisitos para que le sea concedido el beneficio de la justicia gratuita.

En lo que respecta a la vía civil, quienes sufran un perjuicio por motivos discriminatorios, pueden interponer una demanda ante la jurisdicción civil para solicitar una indemnización por los perjuicios causados. Asimismo, si una persona entiende que se ha vulnerado su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, puede interponer la correspondiente demanda ante la jurisdicción civil. También puede ejercitar el derecho de rectificación cuando este derecho haya sido vulnerado por cualquier medio

de comunicación. Se puede pedir al director/a del medio una rectificación e incluso pedir judicialmente que se publique esta rectificación.

La cuantificación de la responsabilidad civil depende del tipo de daño que puede ser físico, moral o material. Desde el punto de vista físico, para cuantificar las lesiones que se le hayan podido causar a la víctima como consecuencia del delito, se puede utilizar por analogía, el baremo para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas derivados de un accidente de circulación. Por su parte, el daño moral es aquel infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica y para su cuantificación se utilizan diversos métodos tales como: la analogía del baremo para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas derivados de accidentes de circulación. Asimismo, vincular el daño moral al daño material, de modo que uno guarde relación cuantitativa con el otro. Se puede reclamar en concepto de indemnización por daños morales un 25%, un 50%, o un 75% del que correspondería por los daños materiales. El importe reclamado, por tanto, aun siendo un tanto alzado, tiene su base en otro importe que sí es objeto de una cuantificación objetiva. Y, por último, se puede fijar una cifra discrecional (que no arbitraria), basándose en situaciones análogas, valoraciones complementarias o jurisprudencia existente sobre causas similares. En relación con los daños materiales en supuestos de delitos de odio se estará al importe de lo que haya resultado dañado, inservible o estropeado como consecuencia del acoso. Para la determinación del importe se podrán peritar los daños y, en todo caso, se podrán presentar facturas o presupuestos del valor del material dañado.

Otra informante, Judith de 38 años procedente de Valencia, pero residente desde hace muchos años en Barcelona y de profesión maestra explica que: *estando en la calle y esperando a su chica (su pareja) en la calle, al encontrarla se dieron un beso con total normalidad. Sin embargo, un hombre se acercó y las golpeó sin mediar palabra por estar besándose en la calle provocándole a una de ellas una brecha en la cabeza con gran sangrado que ocasionó la llamada a la policía y los servicios sanitarios. Cuando la policía llegó el hombre se excusó diciendo que dos mujeres no pueden besarse en la calle y que los mayores tienen la obligación de decir a los jóvenes lo que está bien y lo que está mal. La víctima explica que tuvo que ser atendida por personal sanitario y le tuvieron que dar varios puntos de sutura. A partir de ese momento y fruto del miedo, de la sensación de indefensión, mi chica y yo optamos por no demostrarnos demasiado afecto ni besarnos en la calle. Esta situación me desagrada completamente porque finalmente de esta manera, a mi manera de ver, la invisibilización alimenta la homofobia interiorizada construyendo relaciones fake o que no son lo que son. Y tenemos solo una vida para privarnos de sentir y manifestar amor*. El hombre fue detenido como presunto autor de un delito de odio tras agredir, escupir, insultar y golpear a las dos chicas. Y, en este caso, la denuncia y el atestado policial dan inicio al procedimiento penal.

Por su parte, Josefa de 29 años de Cádiz residente en Barcelona y de profesión árbitro de fútbol, comenta que: *ante la publicidad de su condición sexual de lesbiana denuncia en sede policial agresiones y amenazas de muerte. Al principio me sentí bastante fuerte y pensaba que podía lidiar con ello. Pero la situación se desbordó un poco y aunque*

creas que puedes te termina afectando la moral y te sientes débil, desatendida y en peligro. No puede afrontar las agresiones de muchos y no sabes por qué, y de las direcciones que provienen. Tras las cuales se adoptan medidas de protección como custodia policial y protección las 24 horas. Esta situación en vez de mejorar se agrava ante las diferentes amenazas de muerte que se producen a través de las redes sociales (Twitter).

Un informante de profesión juez explica que: *en términos generales hay que tener en cuenta que cuando se recurre a la política criminal para abordar un conflicto social como los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género el problema social acaba siendo redefinido en los términos impuestos por el propio sistema penal, lo que definitivamente produce resultados insatisfactorios al no colmar las expectativas depositadas en el abordaje penal del problema. Y con respecto a los objetivos de las entidades del tercer sector y de las asociaciones feministas, estas en muchas oportunidades, buscan en el Derecho penal objetivos que están más allá de las posibilidades de éste, generando de esta manera, falsas expectativas y, con ello, por un lado, un efecto de insatisfacción en las víctimas y, por otro lado, de escalada punitivista indeseado. Y, desde el punto de vista de la práctica jurídica tenemos el problema de la discriminación institucional, que es un fenómeno estructural y cultural. El Derecho penal ayuda a definir y construir la realidad, tiene una función didáctica. Y a lo largo de la historia ha ayudado a crear imágenes y estereotipos, como en el caso de la diversidad sexual. Hoy, el hecho de que no existan normas que favorezcan la discriminación institucional en ese sentido no significa que estos estereotipos no estén arraigados en las instituciones, y en las personas que administran la justicia. Por lo tanto, las normas y su aplicación no son neutras.*

Argumentación jurídica de la existencia de los delitos de odio. Apertura del expediente.

El expediente inicial que recibe la Fiscalía es elaborado por el agente policial que primero llega a la escena del delito. Algunas pruebas clave se pueden perder de manera irremediable si la policía no las recoge, no las contempla, o registra de manera rápida y correcta. Por lo tanto, el reconocimiento temprano por parte de la policía de un potencial prejuicio subyacente puede resultar determinante para la recogida de pruebas suficientes que permitan la persecución del delito como un delito de odio. Con independencia, de si el expediente recoge ciertas pruebas que indiquen o no si el delito cometido es un delito de odio, el Fiscal es el responsable de calificar y de determinar si el asunto debe enjuiciarse como un delito de odio y si se requiere alguna prueba más para probar los elementos del delito y del prejuicio subyacente.

En muchas ocasiones, los hechos examinados por el Fiscal ponen en evidencia claramente los prejuicios subyacentes (por ejemplo: cuando se emplean palabras o símbolos que denotan prejuicio y aversión o cuando el inculpado reconoce que existen prejuicios que motivan el delito). Sin embargo, en otras oportunidades esta demostración no es tan clara y los indicadores de prejuicio constituyen una herramienta excelente para determinar si se trata de un delito de odio. Estos indicadores sirven de

guía a los investigadores policiales y Fiscales para identificar los factores que normalmente apuntan la existencia de un prejuicio subyacente; y la presencia de uno o más de ellos sugiere que se trata de un delito motivado por prejuicios (odio) y, por lo tanto, debe conllevar una investigación más profunda del móvil. Estos indicadores ofrecen criterios objetivos para entender las posibles motivaciones, pero no prueban necesariamente que la actuación del autor se base en un prejuicio subyacente. La decisión de considerar un caso como delito de odio se puede tomar en fases diferentes del proceso, ya sea por la Policía o por la Fiscalía. Es por este motivo, que los indicadores de prejuicio tienen importancia tanto en la escena del delito como al examinar las pruebas del delito.

La violencia extrema tiene el objetivo por parte de sus autores de deshumanizar a las víctimas. La brutalidad de la agresión o del delito es un potente indicador de que la motivación sea por prejuicios. Si bien cualquier persona puede ser víctima de este tipo de delitos, algunos grupos sociales como el colectivo LGTBI, las víctimas por aporofobia, las personas racializadas, etc. son víctimas de manera desproporcionadamente habitual de violencia gratuita y desmedida. Por lo tanto, si la víctima pertenece a cualquiera de las minorías sociales estigmatizadas y no existe ninguna otra motivación aparente se requiere una investigación más detallada sobre el móvil del delito.

Los signos y símbolos también son importantes indicadores de delitos que potencialmente pueden estar motivados por el odio, signos que indican, por ejemplo, adhesión a una determinada ideología. Algunos símbolos son manifiestos, sin embargo, a veces es necesario recurrir a pruebas periciales para determinar su significado y determinar posibles prejuicios subyacentes.

Los indicadores delictivos que sugieren la existencia de prejuicios se basan en hechos, circunstancias o actuaciones de carácter objetivo relativos al autor que, de manera independiente o en combinación con otros hechos o circunstancias, sugieren que el delito es de odio. Por ejemplo: indicadores potenciales relacionados con las circunstancias de la víctima, la persona pertenece a una minoría social (p.e. nacional, religiosa, sexual, etc.), o tiene relación con una persona perteneciente a esa minoría. Circunstancias relacionadas con el objetivo del delito: lugar de reunión del grupos social, religioso, etc.; circunstancias relacionadas con el autor: ser miembro de un grupo organizado de odio; comportamiento del autor: comentarios, gestos, actitudes, manifestaciones orales, escritas que representen contenidos xenófobos; circunstancias de tiempo y lugar: si el incidente coincide con una fecha representativa para ese grupo social, o el grupo de pertenencia de la víctima; la propia percepción de la víctima.

Un informante, fiscal de profesión dice: *que respecto de la tipología penal y administrativa concreta en la que se encuadra a la víctima de delito de odio por orientación sexual e identidad de género es de un 40% aproximadamente por trato degradante, un 25% por amenazas, y el resto se reparte por partes iguales entre injurias y vejaciones leves.*

Elena de 54 años de Barcelona de profesión abogada explica que: una cosa es el Código penal qué nos dice y, otra cosa, es cómo debemos ajustarnos a este texto legal, si queremos traducir lo que la persona ha padecido y quiere tener un itinerario legal. Sin embargo, cuando atendemos a una víctima de una agresión o delito de odio por orientación sexual o manifestación de género, algunas de las veces los hechos no encajan en la prescripción legal ya que hay ciertas violencias no contempladas en dicho texto.

Roberto, de 57 años de Barcelona, policía nacional miembro de Gaylespol[387] manifiesta que: *a pesar de la incorporación y eficacia de los Protocolos de la actuación policial*[388] *implantados por la Secretaria de Seguridad, la creación de la Fiscalía especializada para la persecución de estos delitos, la formación continua de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la cooperación de todos los operadores de justicia, algo falla. Las víctimas de delitos de odio son víctimas especialmente vulnerables, una vez victimizadas tiene mayor riesgo de ser revictimizadas. Una cosa es la concienciación de los distintos operadores que intervienen en este tipo de delitos, pero otra cosa es la sensibilización y prevención que creo que todavía no han sido correctamente implementadas ni aprehendidas. Muchas veces priman los prejuicios y creencias de los funcionarios más que el correcto funcionamiento de las instituciones y la aplicación de la ley. Así como los controles policiales desde siempre, institucionalizados, son racializados, ya que la Policía fija cupos de arrestos a gente racializada en busca de sin papeles. El trato a la diversidad sexual parte de prejuicios estructurales que se acentúan si estas personas son inmigrantes, de color, extranjeras pobres, etc., convirtiéndose en muchas oportunidades en un trato racista, discriminatorio e inapropiado.* Este tipo de acciones policiales son representativas de las estrategias de control y represión migratoria llevadas a cabo por las diferentes administraciones españolas desde el final de la dictadura franquista. Circunstancia denunciada por diferentes instituciones y organismos internacionales debido a su carácter xenófobo, discriminatorio e ilegal. En este sentido el informante anterior comenta que: *como policía sientes y haces lo de la mayoría, pero en cuanto a las órdenes del Ministerio del Interior, primero son incuestionables y, segundo, un policía jamás se cuestiona si las órdenes son justas o no, simplemente cumplimos y acatamos.*

Jesús de 69 años policía urbano jubilado de la ciudad de Barcelona y gay dice: *la homofobia está institucionalizada, en el cuerpo policial lo importante para no ser reprimido y apartado era la invisibilidad. Por otro lado, las conductas consideradas "desviadas" del resto de la ciudadanía eran vistas con desprecio y sorna. Muchas de las veces uno se tenía que plegar a todo eso y tragarte lo que sentías. Menos mal que ya se acabó porque estar armarizado duele y cansa, aunque la rutina y la necesidad de ser aceptado te lleva a asumir lo inasumible. Ahora con las asociaciones de policías gays parece que la cosa está mejor, aunque, si te soy sincero no lo creo porque la presión dentro de esta es muy fuerte. Cualquier desviación de lo que debe ser se castiga*

[387] Asociación de policías gays y lesbianas.

[388] Instrucción Nº 16/2014 de la Secretaria de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación.

sutilmente, pero de manera contundente, te lo hacen notar no te quedas indiferente. Te ponen en tu sitio, según ellos, claro.

Miriam de 53 años de Barcelona de profesión policía explica que: soy lesbiana y policía y durante mucho tiempo he sido víctima de tratos vejatorios por mi jefe y algunos de mis compañeros. Este acoso homófobo implicaba ataques a mi persona a mi casa y a mi vehículo, entre otras cosas. Yo soy una persona muy echada para adelante y creía que podía con la situación. Primero, intenté solucionarlo de manera reservada y discreta e internamente con el mando de la unidad. Sin embargo, este señor me dijo que si no me gustaba me marchara porque en esa unidad no me querían por ser mujer, pero, sobre todo, por ser "bollera". Y solo sirvió para que las cosas empeoraran hasta tal punto que tuve que denunciar los hechos ante una situación imposible de aguantar y que no solo me afectaba emocional y psíquicamente, sino que también estaba afectando a mi vida familiar, a mi pareja y toda persona cercana. Finalmente, este mal trance desembocó en un juicio y el mando y diversos compañeros fueron detenidos por delitos graves. Para mí nunca fue consuelo todo esto porque este tipo de situaciones se vuelven en tu contra. Reclamas tus derechos, pero los compañeros lo terminan viendo como un ataque a ellos que creen que son la institución. No obstante, quería en cierta manera justicia y sentirme mínimamente defendida y en igualdad de condiciones. A parte de lesbiana soy persona y buena profesional como mis compañeros.

Albert de 36 años de Barcelona de profesión abogado explica que: existe la dificultad de probar en un proceso penal la motivación discriminatoria, hecho que dificulta bastante llevar adelante un proceso judicial contra una persona agresora por este tipo de delitos. En cuanto a la intencionalidad, la motivación, es un tema delicado en este tipo de procesos, juzgar una conducta es relativamente sencillo, pero juzgar una actitud es muy complicado. Y, en los delitos de odio, lo que hay detrás es una actitud que ha provocado una conducta y este es el gran enredo que tenemos.

Tipos de pruebas de motivación basada en prejuicios y preparación de la prueba.

En el proceso penal hay dos fases claramente definidas: la investigación, cuya finalidad es descubrir el hecho con caracteres de delito y la persona probablemente responsable de él, y otra, de juicio oral, cuyo objetivo es verificar la hipótesis provisional (que resulta de la investigación acerca del hecho y de su autor) que quede acreditada más allá de cualquier duda razonable. Por lo tanto, el objetivo fundamental de la valoración judicial es el elemento probatorio, el elemento aportado por el medio de prueba.

La prueba en los delitos de odio y discriminación es fundamental para acreditar el prejuicio o el móvil discriminatorio del hecho punible. Antes de recoger otras pruebas el Fiscal, en base a los dos enfoques legislativos conocidos como el *modelo de hostilidad* y el *modelo de selección discriminatoria,* determina si las disposiciones pertinentes o la ley exigen pruebas del odio u hostilidad del delincuente; o si la ley exige, únicamente, que el delincuente haya tomado como objetivo a una persona por su pertenencia real o presunta a un grupo determinado.

El modelo de hostilidad sigue un enfoque más subjetivo, lo que requiere que se obtengan pruebas de animadversión contra el grupo al que pertenece la víctima. Por su parte, el modelo de selección discriminatoria adopta un enfoque objetivo, y la Fiscalía solo debe probar que el autor del delito elige a la víctima porque pertenece a un grupo determinado. La cuestión que se plantea es si la víctima es elegida por la identidad del grupo social al que pertenece y no si el autor del delito odia al grupo de que se trata. En la práctica judicial estos dos modelos exigen tipos de pruebas similares, ya que la intolerancia y el prejuicio son los generadores de los delitos de odio, con independencia del enfoque legislativo que se aplique. En los casos de delitos de odio, los Fiscales realizan las mismas preguntas fundamentales, con independencia del modelo, incluso si difieren sus planteamientos en cuanto a la suficiencia de la prueba.

Pedro de 51 años de Barcelona de profesión policía nacional comenta que: lo primero que debe hacer la policía ante un delito de odio es acreditar la motivación para poder luego formular la acusación. Es sustancial tener en cuenta la percepción de la víctima, que, aunque no aporte una prueba puede orientar las investigación. Detrás de este tipo de hechos (que muchas de las veces se cometen en grupo) existe un autor intelectual. Por lo que es de suma importancia investigarlos y garantizar las pruebas que demuestren la autoría. En los casos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género es relevante averiguar si los autores pertenecen a grupos ultras, skins, etc. La recolección de los indicadores de odio, de prejuicio o de polarización en el atestado puede ser una prueba futura y valiosa en la solución del procedimiento, lo que permite una acusación formal por parte de la Fiscalía. Normalmente, los agresores son hombres. Sin embargo, en los delitos de odio cometidos por grupos organizados la presencia y comisión de hechos delictivos por mujeres es un número elevado. Aunque, reconozco que en ciertas oportunidades en las que las víctimas pertenecen un colectivo especialmente vulnerable no sé si por prejuicios o dejadez, en los atestados no se cumplen todas las prescripciones dadas.

En este sentido, Carla transexual de 43 años de Barcelona de profesión trabajadora sexual explica que: *una noche mientras trabajaba en los jardines del Camp Nou dos jóvenes bajaron de un coche con una barra de hierro me agredieron y me robaron el bolso donde tenía la recaudación de media jornada. Ante esta situación y lo aparatoso de la agresión las compañeras de trabajo llamaron a la policía quienes rápidamente detuvieron a los agresores. Posteriormente, en el documento de la Fiscalía registra que los acusados se bajaron del vehículo y comenzaron a agredir a Carla, con un palo de hierro en la cabeza y la espalda, propinándole patadas, golpes y puñetazos y, finalmente, arrebatándole el bolso y huyendo del lugar. La Fiscalía considera a los jóvenes responsables de un delito de robo con violencia y otro de lesiones, aunque no les acusa de uno de odio ya que en el atestado policial inicial tampoco había ninguna mención en este sentido.* En este caso, se evidencia claramente la falta de registros fidedignos, por parte de los funcionarios, atendiendo los indicadores respectivos que dan cabida a estos tipos de delitos y su correcta fiscalización.

Los delitos de odio siempre intentan transmitir un mensaje hostil y aversivo. En consecuencia, la clave está en determinar, cuándo, dónde y ante quién admite el

sospechoso sus motivos. Por esta razón, es prioritaria la identificación del lugar en que se encuentra inmediatamente antes y después del incidente, o de los lugares que frecuenta habitualmente, es un buen comienzo para localizar testigos que puedan haber escuchado o presenciado las manifestaciones del sospechoso. Las demostraciones inmediatas que se producen antes o después del delito son más fáciles de utilizar como prueba que las expresadas mucho antes o después del suceso.

Cuando la Fiscalía sabe fehacientemente que está ante un delito motivado por prejuicios, el siguiente paso es garantizar la existencia de suficientes pruebas del prejuicio subyacente. Los Fiscales deben probar la voluntad del acusado, la intención, la temeridad o la imprudencia, siendo deducible el elemento volitivo de las palabras, las acciones y de las circunstancias relacionadas con el incidente. Por lo tanto, cuanto más próximas las pruebas en el tiempo y el contenido al delito, más probable es que estas se admitan. Se debe dejar patente que no debe dejarse en manos de la víctima la persecución de este tipo de delitos. La Fiscalía busca todos los indicios y circunstancias posibles para no descansar solo en la víctima el peso de la prueba. La focalización de la atención en el resto de los factores y circunstancias del hecho delictivo ayuda a sostener la acusación. En el caso de que hubiere un autor reconocido la Fiscalía cruza los antecedentes del penales del agresor con los datos de identificación, con los posibles delitos administrativos. Una vez realizado l expediente se envía copia al servicio especializado de Delitos de odio y Discriminación. En este sentido, otra línea de actuación de la Fiscalía es el rastreamiento de la actividad *on line* del agresor. Se rastrean los perfiles públicos en redes sociales del investigado y páginas webs. También, se establecen diligencias de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, y diligencias de entrada, registro y análisis de terminales de ordenadores, *tablets*, móviles y sistemas de almacenamiento en la nube una vez se obtenga el correspondiente mandamiento judicial.

La víctima de este tipo de delitos por diferentes razones no está en condiciones de denunciar. Además, no se le otorga la misma credibilidad que a otras víctimas de diferentes delitos por prejuicios, por estereotipos, por falta de formación de los funcionarios, etc. Debido a la naturaleza específica de este tipo de delitos, es difícil contar con elementos objetivos de corroboración del testimonio de la víctima, siendo insuficiente en ausencia de otros medios de prueba para contradecir, rebatir y desvirtuar la versión del acusado que niega los hechos. Si solo se obtiene la declaración de la víctima y la del acusado, sin añadir otras declaraciones y pruebas testificales que aporten corroboración objetiva a la declaración de la víctima lo más probable es que se archive la causa en el Juzgado de Instrucción o se produzca una absolución en fase de enjuiciamiento por versiones contradictorias. Es sumamente importante que los investigadores policiales y el Juzgado de Instrucción localicen y declaren otros testigos de los hechos. En consecuencia, es prioritario reforzar al máximo la prueba incriminatoria para no dejar descansar todo su peso exclusivamente en la declaración testifical de la víctima.

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, es decir, se debilita cuando la acusación aporta pruebas válidas y suficientes, a valorar por el juzgador. El Tribunal

Supremo determina que no solo la prueba directa puede enervar la presunción de inocencia, sino que también se puede hacer mediante prueba indiciaria, circunstancial o indirecta siempre que se cumplan los requisitos formales y materiales. La prueba indiciaria es una técnica de prueba de aplicación general a cualquier tipo de delito. Sin embargo, este tipo de prueba resulta especialmente útil para la acreditación de la motivación en los delitos de odio (prejuicios). Debe existir una pluralidad de indicios que lleven a desvirtuar la presunción de inocencia del investigado. En caso de ser un solo indicio, éste debe tener suficiente entidad y relevancia (STS, 314/2015, de 4 de mayo). Por lo que se hace necesario una acreditación plena del hecho base a través de indicios plurales. Es a través de los indicadores de polarización que se evidencia la presencia de un delito de odio y discriminación. El Tribunal Supremo establece una clasificación de los indicios de menor a mayor intensidad probatoria: a. indicios equiparables, estos son aquellos que además de la hipótesis acusatoria, pueden ser reconducibles a otra hipótesis con el mismo grado o parecido de probabilidad; b. orientativos o de probabilidad prevalente, estos indicios conectan con alguna hipótesis alternativa, además de con la acusatoria, pero con un grado de probabilidad superior con respecto a la acusatoria; c. indicios cualificados o de alta probabilidad, son aquellos que aumentan notablemente la probabilidad de la hipótesis acusatoria por la ausencia de alternativas viables; d. indicios necesarios, son aquellos que excluyen cualquier posibilidad de hipótesis alternativa a la acusatoria, debido a las leyes científicas o constataciones sin excepción (STS, 812/2016, de 28 de octubre).

Desde el punto de vista de los requisitos formales: en la sentencia se deben presentar cuales son los hechos base o indicios que se pueden acreditar plenamente y que sirvan de fundamento a la deducción o inferencia. También la sentencia debe exponer explícitamente el razonamiento que relaciona el acaecimiento del hecho punible con la participación del acusado en el mismo. Esta explicación es imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, con el fin de posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia. Y, desde el punto de vista de los requisitos materiales: en cuanto a los indicios, es necesario que estén plenamente acreditados; que sean plurales o excepcionalmente únicos, pero de gran potencia acreditativa; que sean concurrentes al hecho que se trata de probar y en caso de ser varios, que estén interrelacionados entre sí, de forma complementaria. En cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable y que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia, sin ser absurda, arbitraria o infundada. Así, de los hechos base emanará la conclusión final. Es importante destacar que en el proceso penal cualquier hecho indiciario siempre deja abierta la posibilidad de alguna contrahipótesis que sea favorable a la defensa del acusado. Lo fundamental es que esta posición no ofrezca argumentos lo suficientemente sólidos como para poner en duda la elevada probabilidad de la hipótesis de la parte acusadora.

En el ámbito de los delitos de odio, se atienden los indicadores o factores que indica la OSCE-ODHIR (2014: 57) como la percepción de la víctima, pertenencia de la víctima a un colectivo social determinado, expresiones o comentarios al cometer el hecho delictuoso, tatuajes o ropa del agresor, banderas, pancartas de la víctima, relación del agresor con grupos ultras, relación del agresor con organizaciones caracterizadas por el

odio y la xenofobia, fecha de la comisión de los hechos, gratuidad (brutalidad) de los hechos cometidos, etc. Algunos de estos datos indicados solo pueden ser probados indiciariamente ante el Tribunal a través de informes profesionales que vinculen ciertos datos como puede ser una bandera, símbolos etc., con una grupo ultra determinado. Por esta razón, entra en juego la prueba pericial de inteligencia que es un medio de prueba que no está previsto expresamente en la ley.

Por su parte, la prueba pericial de inteligencia policial sirve para articular la prueba de indicios y tiene por objeto acreditar la motivación discriminatoria del delito mediante el análisis de signos y símbolos utilizados por los autores para determinar la pertenencia de un grupo determinado, por ejemplo: a un grupo de extrema derecha, izquierda, etc. Asimismo, descubrir si detrás de ciertos ataques, agresiones físicas y amenazas se esconden organizaciones de odio u organizaciones criminales, que podrían ser no solo autores materiales del hecho delictuoso, sino también, inductores o autores intelectuales. La prueba de inteligencia es una variante de la pericial a que se refieren los arts. 456 LECrim y el 335 LEC, cuya finalidad es suministrar al Tribunal una serie de conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos para fijar una realidad no constatable directamente por el juez. Si bien no es directamente vinculante quedan junto al resto de pruebas sometidas a valoración crítica como lo establece el art. 741 LECrim.

Estos informes profesionales son realizados por expertos que auxilian al Tribunal aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa. Si las conclusiones son argumentadas racionalmente y obtenidas de forma contradictoria ante la Sala pueden ser asumidas por el Tribunal. Esta pericia está realizada por profesionales facilitados por los propios cuerpos policiales, normalmente adscritos a las unidades de información por su especialización y conocimientos cualificados sobre la materia, pero nada impide que también sean expertos de organizaciones de la sociedad civil o investigadores reputados de la materia.

En el ámbito de los delitos de odio su utilización se hace imprescindible debido a la opacidad en que ciertos colectivos desarrollan o manifiestan conductas ilícitas y, esta situación no permite contar con otras fuentes de prueba más habituales. Su encaje legal se hace a partir del art. 370.4 LEC sobre el testigo-perito e indica: "*cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a la que se refieran los hechos del interrogatorio, el Tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos*".

Sobre los requisitos de la prueba pericial de inteligencia el Tribunal Supremo estable que: se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos donde es necesario una serie de conocimientos que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales convencionales. Por lo tanto, no responden a un patrón diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, nada impide su utilización cuando sea necesario. En cuanto a la valoración de los informes, es libre. El Tribunal puede analizarlos libre y racionalmente. No se trata de una prueba puramente documental, no pueden ser invocados como documentos los informes periciales, salvo que provengan de organismos oficiales y no sean impugnados por las partes. El Tribunal

puede apartarse en su valoración de tales informes. Si bien es una prueba testifical y pericial, es más próxima a la pericial ya que los expertos aportan conocimientos especializados para la valoración de documentos y circunstancias. Y finalmente, el Tribunal deberá poder llegar a unas conclusiones a partir de estos informes (STS 786/2003, de 29 de mayo).

En cuanto a las pruebas testificales es fundamental e imprescindible traer el proceso judicial a todos los testigos posibles del hecho delictivo para tener pruebas sólidas incriminatorias y reforzar el testimonio de la víctima. También se pueden aportar otros medios de prueba como grabaciones de audio y video, fotografías y cualquier medio de prueba admitido en derecho que sirva para acreditar la naturaleza discriminatoria del delito. En este sentido, un informante de profesión fiscal explica que: *nos encontramos con el problema de la declaración testifical de la persona víctima en este tipo de delitos, porque si no mejora la situación, en muchos casos la impunidad del autor está asegurada. La persona víctima de estos delitos tiene derecho a ser parte en el proceso penal (acusación particular), y si siéndolo declara en el juicio oral es también testigo. En algunas oportunidades surgen problemas de credibilidad del testigo. Si existen pruebas directas que corroboran su declaración, como otros testigos (raramente se presentan), grabaciones, imágenes, etc., la condena del autor está asegurada. Pero en la mayoría de las agresiones violentas de odio, las víctimas suelen ser víctima y único testigo. Ante esta situación surge la disyuntiva: si se excluye el valor de prueba de cargo de la declaración testifical una cantidad de delitos quedarían impunes; pero si se admite siempre su fiabilidad muchos inocentes podrían ser condenados. Para valorar la situación el juzgador tiene en cuenta los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que son: ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia de la incriminación. Sin embargo, estas reglas no están exentas de crítica. El Tribunal Supremo parte de la premisa que la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil y válida en principio para enervar, para quitar fuerza al derecho fundamental a la presunción de inocencia.*

Este tipo de prueba, la testifical, es valorada en primer lugar por el tribunal de instancia y la inmediación es el elemento que el organo judicial utiliza para formar su convicción, no solo por lo que el testigo explica, sino también por su disposición, sus afirmaciones, la seguridad con la que transmite su relato, todas aquellas cosas que hacen creíble o no su declaración para formar la convicción judicial. Pero en estos criterios surgen fisuras, por ejemplo: en el caso del criterio de ausencia de incredibilidad se han alegado cuestiones de trastornos mentales, alcoholismo o drogadicción del testigo. Además, de la difícil probanza de la motivación del sentimiento de odio. Con respecto a la verosimilitud del testimonio: además de la lógica de la declaración y su apoyo en corroboraciones probatorias periféricas o adyacentes, hay oportunidades que los delitos no dejan huellas o vestigios materiales de la perpetración lo que hace indispensable datos objetivos de corroboración que se pueden obtener de pruebas periciales. No obstante, este extremo no es muy concreto. Y en relación con la persistencia de la incriminación, se presentan algunas veces relatos ambiguos y poco precisos. La jurisprudencia en este sentido expone que no es necesaria la concurrencia de todos estos criterios, basta con que se dé uno de ellos. Y tampoco

exige que los testimonios sean absolutamente coincidentes, basta con que se pueda extraer una base sólida que constituya un relato reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones. Ante este planteamiento de la jurisprudencia surgen dudas que pone la valoración de prueba en entredicho, esta parece que sufre al menos una alteración, es libre por el juzgador de instancia, pero también es condicionada. El informante remarca que: *quizás estamos delante de declaraciones testificales que necesitan de refuerzo jurídico a través de la concurrencia, no de otras pruebas porque no las hay, y, en consecuencia, al no haberlas no se pueden exigir. Se pueden apreciar datos que concurren en la declaración del testigo víctima y en la propia persona que declara. Si no concurre al menos uno de esos criterios la declaración no puede enervar la presunción de inocencia del acusado; pero si concurre, es prueba de cargo, pero siempre dejando en manos del juez la valoración sobre si ese criterio concurre y determinar que fuerza tiene.*

En los procedimientos en los que el objeto del proceso es el discurso del odio punible realizado en internet, es sustancial la prueba digital que está compuesta por un elemento técnico o hardware y un elemento lógico o software. Dentro de ésta podemos encontrar dos modalidades diferentes: en primer lugar, los datos o informaciones almacenadas en un dispositivo electrónico y, por otra parte, los que son transmitidos por cualquiera de las redes de comunicación abiertas o restringidas como internet, telefonía fija, móvil u otras (Delgado Martín, 2017: 2). Este tipo de prueba ha sido modificada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Y, también en este sentido, deben tenerse en cuenta la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013.

La presentación de las consecuencias físicas y psicológicas de las víctimas es primordial para mostrar la naturaleza, gravedad y repercusiones de las lesiones de las víctimas, y también, para la calificación jurídica de la acusación de lesiones físicas. El Fiscal debe cerciorarse que las historias clínicas reflejen la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima. Los grupos sociales minoritarios marginados suelen ser victimizados secundariamente y sufrir discriminación al buscar asistencia, sanitaria, policial, judicial, etc. En esta fase los servicios especializados de apoyo a las víctimas (asociaciones) son colaboradores fundamentales de la Fiscalía. La proximidad y cercanía que se produce entre víctimas y servicios de atención a la víctima de las diversas asociaciones (al ser tratados por pares y la pertenencia a ese grupo social) genera la suficiente confianza para que las víctimas pongan en conocimiento de estas organizaciones de una manera diáfana y sincera las circunstancias, la extensión y totalidad de lesiones, agresiones, manifestaciones etc.

En algunas oportunidades, fruto de los acuerdos judiciales y de la negociación, los acusados pueden declararse culpables del delito base, pero niegan el prejuicio subyacente. Ante un acuerdo con el acusado, las víctimas suelen manifestar que se sienten traicionadas, ya que un pacto desvirtúa en cierta manera la motivación basada en prejuicios. A los ojos de la víctima, dicho motivo parece sin importancia o que no es creído por los Fiscales. Si bien esta consideración no debe imponerse al criterio

profesional de la Fiscalía, la percepción de la víctima debe ser un factor para decidir cómo proceder.

En este sentido, Fabián de 37 años de Barcelona y de profesión empleado de comercio explica que, una mañana en la estación de metro Entenca en el Gay Eixample mi pareja y yo estábamos esperando el metro para ir a trabajar. Y, aproximadamente 9 o 10 personas con la cara tapada y sin mediar palabra se abalanzaron contra nosotros y comenzaron a darnos patadas, golpes y pedradas. Uno de ellos llevaba un machete con el que nos hicieron heridas de consideración. Fue muy traumático, las personas que estaban allí llamaron al personal de seguridad de la estación y quizás eso nos salvó de que nos mataran, ellos también fueron atacados lo que facilitó que los agresores escaparan. Rápidamente llegó la Policía y los servicios sanitarios. Posteriormente, solo se juzgó a dos personas del total de 9 o 10 agresores, la razón fue un acuerdo de la defensa, la Fiscalía y la acusación particular. Hoy entiendo que este tipo de acuerdos se hacen según intereses de los procedimientos y la ley, pero para mí en ese momento fue decepcionante, fuimos atacados de manera gratuita y salvaje y solo se condenó a dos personas (5 años de cárcel) por la responsabilidad de diez de ellos. Para mí fue vergonzoso, y en cierta manera me alejó de las instituciones que se suponen que me deben proteger o defender mis derechos ¡Me sentí indefenso y desprotegido ante la posibilidad de otro ataque sin consecuencias para los agresores, vergonzoso!

Eva, de 54 años de Barcelona, de profesión abogada explica que: el Estado español carece de una ley integral de igualdad de trato que tipifique comportamientos que no están previstos en el Código penal pero que son discriminatorios y que deberían tener una respuesta de sanción administrativa que podría ser una sanción económica, trabajos en beneficio de la comunidad, nuevas fórmulas de mediación, de reparación de daños, etc. Existe la experiencia de Cataluña que es la ley de homofobia. No obstante, su capítulo infractor no está muy bien definido lo que puede llevar en algunas oportunidades a su inaplicación. Por estas razones, es necesario una ley integral estatal.

Joan de 58 años de Barcelona, profesor de Antropología social explica que: los operadores de justicia como miembros de la sociedad están imbuidos de una construcción social marcada por ciertos estereotipos y prejuicios que afectan los intereses de las víctimas. Por ejemplo, a la hora de hacer un atestado policial o tomar declaración en sede judicial. Y, en el peor de los casos, puede implicar homofobia institucional que provocará victimización secundaria en este tipo de delitos, incluso victimización indirecta en los familiares de las víctimas.

Un informante de profesión Juez de Instrucción explica que: los delitos de odio son delitos que la sociedad no puede asumir, afectan a la víctima, y la trascienden, afectan a la estabilidad política, al modelo de convivencia y en definitiva al estado de derecho. Este tipo de delitos afectan a bienes jurídicos personales como la dignidad y la igualdad, pero también, afectan a la paz social que garantiza la convivencia. En cuanto a la legislación española, no tiene soberanía propia, está determinada por la política criminal de la Unión Europea que se ejerce a través de las obligaciones y requerimientos en la transposición de las directrices. Existe una cierta indefinición de

los tipos penales que sumado a la poca eficiencia de la prueba en la motivación de este tipo de delitos ayuda a no condenar. Es necesario unas estadísticas más ajustadas a la realidad social para desplegar de mejor manera los recursos públicos. Y, por otro lado, si bien se han creado protocolos específicos para policías nacionales y locales, es necesario más y mejor formación para todos los operadores de justicia.

También sostiene que: *en el proceso tanto de la investigación como de la conformación de la prueba es sustancial estar alerta no solo a los prejuicios culturales, sino también a los estereotipos sexuales y de género. Una correcta identificación y comprensión de las relaciones de poder desiguales entre los géneros en cada caso concreto. Se trata de determinar el posible impacto que las estructuras de dominación pueden tener en los hechos objeto de investigación y enjuiciamiento, en la interpretación que hagamos de los mismos.*

Asimismo, es importante prestarles atención a todos aquellos estereotipos y prejuicios que surgen de la propia función de las instituciones judiciales utilizados por aquellas personas que tienes ciertas posiciones de poder en el ejercicio de su función pública, como policías, fiscales, jueces, etc. De ahí que una valoración crítica de la prueba exige que las máximas de la experiencia y los presupuestos culturales que se utilicen al valorar los comportamientos deban adecuarse al marco sociopolítico, cultural y al propio proceso y circunstancias particulares del sujeto interviniente en el hecho penalmente relevante. Finalmente, me gustaría hacer una aclaración en función del término víctima que nunca agradan a las organizaciones del tercer sector ni del movimiento asociativo. Yo creo que por efecto de las últimas y más modernas tendencias victimológicas, se ha consolidado el uso del término víctima para denominar durante la sustanciación del proceso a la persona que afirma haber sido víctima o de quien la acusación afirma que ha sido víctima. Sin embargo, esta denominación es contraria al derecho de presunción de inocencia. En sentido jurídico penal no puede haber víctima hasta que no haya sentencia de condena que pruebe los hechos. Otra cosa son las consideraciones de tipo asistencial que gozan de todos mis respetos y que la administración pública tiene la obligación de poner a disposición de quienes afirman haber sido víctimas. Independientemente de la sentencia y concurriendo determinadas circunstancias. En el espacio del proceso, el acusado tiene el derecho a cuestionar la acusación, su participación y la propia existencia del hecho punible en las circunstancias que denuncia la acusación, lo que pone en entredicho la existencia de la víctima.

La no apertura de investigaciones por delitos de odio por orientación sexual e identidad de género, o las investigaciones deficientes, tienen como consecuencia sobreseimientos y resoluciones judiciales absolutorias que provocan en las víctimas un sentimiento de injusticia e indefensión al fallar el sistema de protección de sus derechos. Amén de la consiguiente frustración y aumento de la desconfianza que este tipo de grupos sociales históricamente estigmatizados ya poseen tanto en los cuerpos policiales como en la administración de justicia.

Fase 6. Normalidad.

La normalidad de un comportamiento está vinculada a la conducta de un sujeto que no muestra diferencias significativas respecto de la conducta del resto de la comunidad. Sin embargo, la normalidad está dotada de una gran carga de subjetividad y además está vinculada a la condición social, la edad, el origen, etc. Se trata de una generalización y hace caso omiso de las particularidades. Por lo tanto, la normalidad como concepto absoluto no existe. En cambio, si existen diferentes tipos de normalidad, la normalidad social, psicológica, en la salud, etc.

La justicia retributiva o penal y su sistema de administración actúan en función de cuál es la ley que se ha violado y, si el hecho es constitutivo de delito, quién es el autor de la conducta lesiva y cuál es la pena que deberá recaer sobre el sujeto activo, el ofensor. Por lo tanto, se suele pensar y creer que las situaciones de violencia o los delitos violentos deben ser castigados por el sistema penal y que de esta manera es como se obtiene justicia y las víctimas son reparadas en su daño. El Estado a través de sus instituciones es el que tiene el poder y la legitimidad de imponer un castigo y la responsabilidad de velar por el cumplimiento de la ley. Sin embargo, la perspectiva institucional sobre la reparación e intervención sobre el daño sufrido por las víctimas muchas veces se refleja como inapropiada, ya que determina a menudo situaciones de impunidad e indefensión por parte de las víctimas. Por lo tanto, los instrumentos que dispone el sistema judicial no son suficientes para dar respuesta a las necesidades de las víctimas de delitos de odio y discriminación.

Las incidencias relacionadas con el odio y con agresiones graves recurren al itinerario penal. No obstante, la reparación y la recuperación de la víctima no están necesariamente vinculadas al hecho de denunciar, asumir un proceso, obtener una sentencia, o incluso, lograr una compensación económica por daños y perjuicios. Una de las razones estructurales por las que las víctimas no denuncian es por la falta de confianza en las instituciones, sobre todo, la policía y la justicia. En este sentido, las víctimas consideran que el itinerario penal no tiene una función reparadora de los daños sufridos por una agresión de odio. Es un craso error depositar las expectativas de la recuperación de las víctimas en el proceso de denuncia, o en el proceso penal, ya que una vez acabados estos procedimientos las heridas emocionales o psicológicas persisten. La reparación del daño tiene que ver con las expectativas de la víctima, pero también con las posibilidades de satisfacción de la persona damnificada y el contexto socio-jurídico en el que este proceso se realiza.

Para algunas víctimas la justicia pasa por castigar a los culpables. No obstante, el acompañamiento de las víctimas por las organizaciones del tercer sector pone sobre la mesa que para las víctimas de los delitos de odio y discriminación la justicia va más allá del repertorio de herramientas que dispone el sistema penal (que están centradas en castigar la comisión de una falta o delito que se tipifica como una violación a la ley). La reparación de los daños y la recuperación de las agresiones tiene que ver con los procesos que vive la persona en relación con los daños morales y físicos que ha sufrido, ya que una condena no implica necesariamente que al agresor cambie su motivación aversiva o que no se produzca una reincidencia. La vulneración de los derechos de las

víctimas implica la creación de unas necesidades y, al mismo tiempo, de unas responsabilidades para con ellas que van mucho más allá del mero incumplimiento de una ley y su correspondiente condena si es viable o posible.

Carina persona trans de 51 años de Badalona de profesión empleada de restauración explica que en mi caso con la ayuda de las entidades del colectivo logré denunciar y enfrentar un proceso penal. Con estas organizaciones me sentí primero escuchada y segundo, en igualdad de condiciones al ser tratada por personas que no me cuestionan nada, como puede ser la policía o el juzgado. Para mí fue muy traumático porque me agredieron y tuve lesiones de mucha importancia. A parte, me quedé bastante traumatizada porque no podía hacer nada, tenía mucho miedo, me sentía insegura para hacer hasta las cosas más sencillas. Ahora que me preguntas si para mi ha servido de algo toda esta historia, te puedo decir que al pensarlo entiendo que sí, sobre todo, para que esas personas que han sido condenadas a tres años no hagan daño a más gente. Pero, sinceramente, además de ganar el juicio no siento que se haya reparado nada es más considero que me han quedado secuelas y miedos insuperables que no justifican todo esto. Los agresores entran en prisión, pero yo me quedo con una vivencia que no se la deseo a nadie.

En sentido contrario, Albertina y Eric dos transexuales (femenino y masculino) de Barcelona de 47 y 36 años activistas e informados expresan que se sienten resarcidos y satisfechos por el logro de una condena en sede judicial por impedirles el acceso a una discoteca en Barcelona. Es sustancial entender que muchas veces el acceso a la justicia parte de un conocimiento de la legislación y de las dinámicas judiciales como premisa básica. Por lo que un sentido importante de la autorreferencia el apoyo psicosocial a través de pares y redes sociales y conocimientos en general son condiciones básicas para la serenidad y satisfacción de las víctimas. Teniendo en cuenta que algunas víctimas consideran que el resarcimiento del daño pasa por una condena y no por ningún medio alternativo o complementario como podría ser la justicia restaurativa, por ejemplo. Pero estas condiciones no son habituales, es más, lo usual de estas circunstancias es la ignorancia y unas consecuencias desastrosas a nivel físico y psicológico de las víctimas.

Estos informantes explican que: *eran aproximadamente las dos de la mañana, y estábamos haciendo cola en una conocida discoteca de la ciudad y un grupo de amigos nos esperaban dentro. Después de esperar un buen rato y ver como personas que estaban detrás nuestro accedían preguntamos cuál era el motivo porque les dejaban entrar y a nosotras no, a lo que el portero explica: "el jefe no quiere mezclar los ambientes", en alusión a su condición de transexuales.* Albertina es una transexual femenina y Eric es un transexual masculino. *Ante nuestra insistencia, se presenta un segundo portero que nos dice estos maricones no van a entrar.* Albertina que trabaja en el servicio de atención pública de una empresa pública declara que se sintió fatal y maltratada ante la impotencia y que sinceramente no sabía qué hacer si llamar a la Guardia Urbana y simplemente se puso a llorar. Ante los hechos, Eric les explica calmadamente a los porteros que es el presidente de una asociación de transexuales y que les va a denunciar, quiso tomar fotografías, pero no le dejaron, incluso, se lo

impidieron de manera violenta y con forcejeos. *Además, comenzaron a insultarnos con comentarios soeces, humillantes y despectivos ante una cantidad considerable de personas que estaban esperando para entrar, evidentemente, con ánimo de injuriar y humillar (entre ellos, maricones, travolos, etc.). Acto seguido llamamos a nuestros amigos que estaban dentro y estos pidieron explicaciones a los porteros que les dijeron: aquí no se mezclan los ambientes y no queremos maricones ni travolos. Finalmente, marchamos y denunciamos los hechos ante los Mossos d´Esquadra.* Estas personas declararon que sufrieron crisis de ansiedad, angustia e importancia y presentaron informes psicológicos corroborando tal situación. Después, el portero en su declaración expresa que les impidió la entrada porque había aforo limitado y que anteriormente había dejado entrar a transexuales. Además, comenta que él tiene una hija transexual y que no tiene prejuicios. La sentencia refleja que el problema de este tipo de incidentes radica en poner en estos establecimientos a una persona que decida quien tiene derecho y quien no a acceder al local y porqué razones. La juez da crédito al relato de las víctimas, lo califica de verosímil y persistente, y cree que la expresión sobre mezclar ambientes es una clara alusión discriminatoria a una condición sobre la orientación sexual e identidad de género de las víctimas. Y que el hecho de que el portero sea padre de una persona transexual no tiene relevancia ante su actitud plenamente discriminatoria. Ya que no se enjuicia la vida de una persona sino lo que se juzga es una conducta concreta. Finalmente, el tribunal condenó al portero a una inhabilitación durante un año que le impide trabajar en cualquier sala de baile de la ciudad y a indemnizar a cada una de las víctimas con 300 euros en concepto de daños morales. La Fiscalía del Servicio especializado de delitos de odio también dirigía una acusación contra el jefe del portero y propietario de la sala. Sin embargo, fue absuelto por la imposibilidad de probar la motivación y su participación directa.

Este proceso de recuperación también puede implicar otras estrategias como puede ser una mediación, justicia restaurativa, participación política, etc. En este sentido, las entidades del tercer sector consideran que pueden ofrecer y asumir una función reparadora. Este camino implica el acompañamiento, asesoramiento y sensibilización a la par del itinerario penal del proceso. Esta función reparadora se debe comprender en sentido amplio, no solo desde la perspectiva de la víctima, sino también, desde la perspectiva del agresor, como en las estrategias lideradas por la mediación, la justicia restaurativa u otras formas más complejas que integran a la víctima, el agresor y la comunidad como el *conferencing* o *los círculos de pacificación*. Aunque en relación con los delitos de odio se plantean en ocasiones ciertas dudas respecto de la viabilidad de los procesos de justicia restaurativa debido, sobre todo, a la posición asimétrica en términos de poder entre víctima y agresor.

En este sentido, una jurista Julia de 57 años y funcionaria del Centre d´Estudis Juridics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya dice que: si bien las directivas europeas en torno a las justicia restaurativa son progresistas y relevantes existen diferentes niveles de desarrollo institucional y legal que impiden el pleno desarrollo de este camino para la restauración de los daños provocados por el delito, y aún más por los delitos de odio. Por otro lado, las ONG's gays están acostumbradas al ruido mediático y sus campañas están centradas en la justicia penal, el proceso de

denuncia y la consiguiente condena-castigo. Las entidades son plenamente conscientes de su estrategia, la aproximación penal sirve de herramienta de visibilización y, al mismo tiempo, de sensibilización de la sociedad sobre un problema importante de nuestros días, y una alteración de la aproximación implica un cambio estructural mental y factual del fenómeno de odio y de su tratamiento. Por otro lado, la respuesta de la justicia penal no necesariamente se ha de entender como un castigo, se podría enfocar como una respuesta con medidas alternativas a la prisión y una reparación de la víctima. Sin embargo, la Fiscalía pocas veces deriva los casos por violencia de odio a la justicia restaurativa.

La energía, la disposición y las prioridades de la víctima varían o pueden variar durante todo el proceso, por lo que es de suma importancia desestigmatizar la experiencia traumática y centrarse en cómo cada persona en concreto hace frente a estas situaciones para recuperarse o mínimamente sobrellevarlo. Este camino hacia la recuperación se logra en gran medida con el apoyo de las formas de resistencia aprehendidas y de la experiencias de los otros, de los pares, de los grupos de apoyo, de los familiares y amigos que, fundamentalmente, también son una forma de reparación. Los procesos de recuperación implican un camino personal en el que la víctima se empodera nuevamente y recobra, sobre todo, la dignidad perdida. Esta nueva situación permite a la persona afrontar la vida y sus circunstancias comprendiendo que es víctima del fenómeno del delito de odio y discriminación sufrido, que lo que le ha sucedido es un delito y aceptarlo. Asimismo, le permite comprender que este hecho traumático es responsabilidad de unas estructuras sociales discriminatorias y aversivas y no es el fruto de un evento personal, que no es culpable ni responsable de lo que ha sucedido.

El proceso de empoderamiento que lleva a la persona antes víctima a ser una persona en igualdad de condiciones y participación política puede suponer comprometerse en primera persona con las entidades y organizaciones que defienden sus intereses y derechos, y que han servido de apoyo psicosocial, jurídico, emocional, etc. Aplicando su conocimiento y experiencia para ayudar a otras personas que pasan por el mismo proceso. Por tal motivo, es importante remarcar el papel clave de las asociaciones del tercer sector, sobre todo, para que la víctima comprenda que lo que le sucede no es normal ni natural, sino que es un atropello a sus derechos y libertades. Y que no se debe dejar pasar, cosa que no implica la denuncia obligatoriamente, ni el procedimiento penal. Aunque, por otro lado, el proceso de empoderamiento además del reconocimiento de la condición de víctima y de los hechos, también conlleva, en algunos casos, a posicionarse a favor de la denuncia de los delitos de odio sufridos y los procedimientos que implica.

El relato de las víctimas pone sobre la mesa la evidencia de que antes de conocer a las entidades que ofrecen apoyo psicosocial y legal (que permiten el acercamiento a las instituciones) no son conscientes de la gravedad de los hechos. Y a partir de este descubrimiento se revela la dimensión de las diferentes violencias sufridas. Este proceso de toma de conciencia como cualquier proceso de aprendizaje, implica un darse cuenta, una sensibilización sobre el tema, que luego en el proceso de recuperación sirve para sensibilizar a los demás. Puede decirse que el empoderamiento llega a su máxima

expresión cuando la víctima puede acompañar a otras personas en procesos similares, lo que implica, en cierta manera, la superación del conflicto.

José María de 53 años de Barcelona de profesión restaurador explica que desde que me pasó lo de la agresión, sufrí bastante porque no lo entendía. Pero gracias al apoyo del Casal Lambda primero y después del OCH pasé por diferentes etapas, no sabía lo que era un delito de odio y tampoco sabía que lo que me habían hecho(agresiones) era grave creía que no era para tanto. Ahora sé lo que debo hacer si me pasa una agresión violenta, debo ir al hospital, debo pedir el parte de lesiones y después denunciar a la Policía. Pero también entiendo que cuando te pasa algo así estás aturdido, confundido y en lo que menos piensas es en los trámites para intentar solucionar algo. En esos momentos no tienes fuerza, estás desanimado, y tienes una tormenta de emociones y sensaciones en el cuerpo y en la cabeza donde el miedo es la principal. Es por todo esto, que necesitas de alguien o alguna organización que te acompañe que te asista y que te enseñe el camino. Porque de lo contrario todo queda en el olvido, pero lo que si queda como un clavo ardiendo son las consecuencias del daño. En mi caso, pasé por un proceso penal y salí satisfecho se hizo justicia, en un principio no tenía esperanza ni confianza, no creía que pudieran hacer algo. Sin embargo, así fue. Ahora, cada vez que puedo colaboro con el Centro LGTBI y a través de las redes sociales divulgo todo lo que puedo porque lo que me doy cuenta es que la gente no conoce lo que es un delito de odio y tampoco sabe cómo denunciar. Ya ni te digo del miedo que produce la Policía o los Juzgados. La gente tiene reticencias a explicar cosas que muchas veces son fruto de la homofobia interiorizada o de la homofobia de las instituciones o, por otras razones, pero, sobre todo, por miedo.

Este informante manifiesta que a través de su experiencia que conlleva su empoderamiento aprende qué es un delito de odio y conoce el proceso de denuncia, las instancias y sus implicaciones. Situación diametralmente opuesta que viven las personas cuando son agredidas en un estadio inicial.

La reparación de los daños no se refiere a una acción puntual. Y esta restauración depende de la percepción de las víctimas. Para algunas personas el proceso penal y su sentencia les aportan una cierta satisfacción. Pero, para otras el daño moral es mucho más importante que una sentencia condenatoria de los agresores. Consideran que el sufrimiento vivido los acompaña toda la vida. Sin embargo, en los procesos de empoderamiento estas experiencias traumáticas se convierten en activos que impulsan a la persona a su nueva normalidad. Pero, en el peor de los casos, donde no se produce un fortalecimiento de la identidad que sienta que recupera la dignidad perdida, lleva a las personas a situaciones de depresiones profundas, y estrés postraumático, entre otras situaciones. El proceso de recuperación no es un proceso lineal, es un proceso en espiral, con avances y retrocesos que pueden combinarse, y en los casos más graves, implican la continuación del proceso asistencial.

En este sentido, Mariona de 52 años de Barcelona, lesbiana de profesión florista manifiesta que la agresión física con el tiempo se olvida y las lesiones se curan. Pero la agresión moral, la angustia, el miedo que te dejan no te lo quitas más, te quedas un poco traumatizada. Los golpes que recibí de un hombre en la cabeza, los insultos, las

humillaciones, simplemente, por estar con mi pareja y mi hija en un bar, al cabo de un tiempo, se me habían olvidado. Afrontamos un proceso de denuncia y el juicio posterior que para mí fue bastante estresante. Tenía la esperanza que al finalizar todo esto me sentiría mejor, pero no fue así. Me ha quedado un mal sabor de boca, todavía no lo he superado y no sé si lo haré, lo que no se me olvida es la cara de odio con que me insultaba este hombre y los escupitajos que me dio en la cara no se me olvidarán jamás. Nunca en la vida me había pasado algo así. Para mí fue perturbador y todavía es el día de hoy que condiciona mi vida diaria y me impide relacionarme con los demás sin tener recelo.

El proceso de restauración de los daños también está relacionado con el reconocimiento de la comunidad sobre la realidad de los delitos de odio y discriminación. Ya que parece que fueren, en cierto sentido, el estado y problema de un segmento minoritario de la sociedad, ignorando la suficiente gravedad de la situación. Este reconocimiento no solo debe ser otorgado a la víctima de este tipo de delitos sino también al entorno social y a la responsabilidad de la comunidad en la creación de estereotipos, prejuicios y ambientes discriminatorios que favorecen las violencias. Este examen consciente de la sociedad tiene el objetivo de la visibilización de este tipo de procesos y poder así atenderlos, tratarlos y, en el mejor de los casos, ponerles fin. Sin embargo, la realidad es tozuda y las instituciones son proclives a no reconocer su responsabilidad en este tipo de hechos y tampoco, la sociedad. En ocasiones, el simple hecho de ser escuchado conlleva ser apoyado y tiene efectos reparadores.

En conclusión, ni la denuncia ni la sentencia suelen ser condiciones últimas e indispensables para que la víctima de delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género sienta que se ha producido una reparación de los daños y le permita pasar página y acceder a una nueva normalidad. Ya que la reparación de los daños pasa más por un proceso de empoderamiento en el que las personas logran una cierta estabilidad, recuperación de la autoestima, de la dignidad y reparación del yo para poder interrelacionarse en igualdad de condiciones en un marco de seguridad, pero, sobre todo, sin miedo.

2. El sistema sanitario.

Muchas víctimas de violencia de odio al no poder superar las dolencias, las heridas, y solucionar el problema, indefectiblemente, tienen que recurrir al sistema sanitario. El sector salud es clave en el diagnóstico, registro y prevención de este tipo de violencia. Sin embargo, la falta de herramientas de detección de violencia de odio dificulta esta tarea.

Desde hace un tiempo, los delitos del odio y la violencia que generan también llegan a las urgencias hospitalarias. Este aspecto de los delitos de odio no es el tema central de este trabajo de investigación. Sin embargo, es importante saber que dentro de la comunidad sanitaria es un problema emergente, como así también, para la policía y la justicia. Ante esta situación, la Escuela Nacional de Sanidad a través del grupo de investigación multidisciplinar SIVIVO (Sistema de Vigilancia de Violencia de Odio) pone en marcha una serie de medidas, unas pautas de actuación para detectar los casos

de violencia de odio y agilizar y atender de manera eficiente y eficaz a las víctimas vulnerables como pueden ser aquellas por orientación sexual e identidad de género. Estos nuevos protocolos surgen fruto de la emergencia del problema de la violencia del odio y de las pautas de actuación sanitaria elaboradas para otros procesos, particularmente de los protocolos de actuación sanitara para los casos de violencia de género. Con el objetivo principal de mejorar el conocimiento y sensibilizar al personal de salud (medicina, enfermería y trabajo social, especialmente, en los servicios o las unidades de urgencias y atención primaria).

En 2014 se establece un protocolo de investigación para detectar y atender casos de violencia de odio en el Servicio de Urgencias de un hospital de tercer nivel (Hospital Universitario La paz) (Gil Borrelli *et al*., 2020: 166-170). Siendo una herramienta clave en la investigación judicial del delito de odio, a la que la colaboración del personal de salud puede aportar información básica en la descripción del incidente. Estas medidas se aplican a la atención sanitaria habitual que incluye una evaluación del estado físico, psicológico y emocional de la víctima, con su correspondiente diagnóstico y tratamiento. Se hace hincapié en los tratamientos de enfermería más allá de la atención médica con el propósito de evitar la vulnerabilidad de la víctima. Las víctimas pueden encontrarse en un estado especial de vulnerabilidad, y a través de un contacto más directo (enfermería) empático y tranquilizadora se crea un clima de confianza.

El personal sanitario debe transportar a la víctima y al agresor desde el lugar del incidente al centro sanitario, separadamente, y debe avisar con antelación para que el cuerpo de seguridad del centro o la policía estén presentes. Y también deben atenderles en salas separadas para evitar altercados y revictimizaciones.

Una vez recibida la víctima, existen indicadores que pueden orientar a la sospecha de una agresión por odio y que deben explorarse evitando revictimizar a la persona y cuidando de guardar su privacidad. Para valorar la sospecha de violencia de odio se propone utilizar un cuestionario específico de detección de casos que reúne las motivaciones identificadas, como el sexo, el origen étnico, nacional, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la religión, la discapacidad, la ideología, etc. También es necesario valorar el riesgo de la víctima, en ocasiones, los agresores suelen ser familiares, conocidos, vecinos, etc., lo que compromete seriamente su seguridad. Y se debe valorar con la víctima avisar a la policía para que se tomen medidas cautelares. Ante cualquier tipo de agresión, el médico debe cumplimentar un parte de lesiones, incorporando los indicadores de odio para facilitar posteriormente la investigación del delito. Asimismo, el sanitario debe informar a la víctima sobre su derecho a denunciar el incidente. Debido a la importancia de las lesiones a medio y largo plazo, se recomienda aconsejarle un seguimiento remitiéndola a los recursos sanitarios y sociales de su zona.

En cuanto a la atención social, el personal sanitario pondrá en contacto a la víctima con los servicios sociales generales o las organizaciones especializadas de atención a colectivos expuestos a violencia de odio. Además, el personal de la unidad de trabajo social deberá contactar con el personal de trabajo social del centro de salud de la víctima para asegurar la continuidad asistencial.

Si bien este tipo de víctimas temen denunciar, comunicar los episodios violentos, experimentan sentimientos de negación o minimizan la gravedad de lo ocurrido, es crucial explicarles la importancia de continuar el tratamiento y acudir a su centro de salud para valorar las medidas de seguimiento o en el mejor de los casos, el alta definitiva. Este hecho se facilita de manera importante si la atención y el juicio clínico que recibe la víctima en el servicio de urgencias queda reflejado en la historia clínica digital de la persona agredida. Igualmente, de importante para esta casuística es el seguimiento en salud mental. La continuidad en el tratamiento debe incluir una consulta en los servicios de salud mental para que estos valores posibles repercusiones y elaboren estrategias para su prevención e intervención terapéutica si fuera necesaria.

Desde 2015 esta herramienta se utiliza en varios servicios de urgencia de la Comunidad de Madrid. Su inclusión no ha estado exenta de inconvenientes ya que exige la colaboración de diferentes agentes del hospital (médicos, enfermería, trabajo social, admisiones, seguridad, etc.), formación y sensibilización, además de la adaptación a otros protocolos ya existentes y apoyo institucional, todo ello, en un entorno de intensa carga asistencia y carencia de recursos. La incorporación sistemática a nivel estatal de esta herramienta puede ayudar a conocer la magnitud y las características de la violencia de odio y su repercusión sobre la salud, y la justicia elaborando estrategias de prevención e intervención. No obstante, este protocolo no se ha institucionalizado a nivel estatal quedando como solo recurso autonómico. Con relación a este tema, Alicia de 47 años de profesión enfermera en un CAP manifiesta que: *normalmente en el servicio público de atención sanitaria no existe un protocolo generalizado para la atención de violencia de odio como otros, por ejemplo, el de violencia de género, aunque este protocolo solo está establecido para mujeres. Y afirma que, muchas veces existe bastante descoordinación con los Servicios Sociales ante situaciones no previstas como la violencia contra hombres, o personas del colectivo LGTBI*.

Capítulo XI:

1. Consideraciones finales.

La imposición de un orden social, que niega la diferencia y no reconoce las complejidades de las relaciones humanas puede ser injusto y cruel. Y puede tolerar la violencia y los crímenes de odio y discriminación. La inobservancia de los derechos de las minorías sociales es constante y la realidad es que estas situaciones conmueven poco al resto de la sociedad. Cuesta garantizar los derechos y libertades civiles de parte de la población dentro de un contexto de exclusión y violación de los derechos humanos. Y los derechos de las minorías sociales y sexuales también son derechos humanos. La marginación, la pobreza, la falta de acceso a servicios de salud, a la protección social y la falta de reconocimiento de la variedad de las orientaciones sexuales e identidades de género son trabas al ejercicio de los derechos de plena ciudadanía. Todos los seres humanos tienen derecho a una vida digna y la diversidad en orientaciones sexuales e identidades de género no debe ser un obstáculo para el libre desarrollo de las identidades en igualdad de condiciones, y también para la plena participación política en la comunidad social. En definitiva, para disfrutar de la vida y ser felices. Es prioritario que las administraciones y sus instituciones lideren la lucha contra los delitos de odio y discriminación aceptando la responsabilidad que les atañe. Y, de esta manera, neutralizar la discriminación social, cultural, legal y económica. Como sostiene Will Kymlicka en su obra *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1996: 19), el estudio concienzudo de las minorías sociales es un importante indicador de la calidad de las democracias y, es fundamental para propiciar sociedades abiertas y multiculturales. La igualdad en los derechos humanos básicos debe ser garantizada, incluso, frente a la propia comunidad cultural erradicando prácticas que sean contrarias a la dignidad humana y al ordenamiento jurídico.

La situación de odio y discriminación del colectivo LGTBIQ a lo largo de la historia transita de la criminalización y persecución a la protección legal. En las últimas décadas, la situación cambia de manera importante y positiva en el contexto del Estado español con el impulso de la Unión Europea y la sociedad civil organizada. Por eso, España se encuentra a la vanguardia del mundo en cuanto a las garantías formales o legales de los derechos de las personas LGTBIQ. Sin embargo, la situación real de muchas de las personas pertenecientes a este grupo social continúa siendo insatisfactoria; estas personas son objeto de un trato discriminatorio y aversivo en diferentes ámbitos de la vida, incluso, vejatorio que atenta contra la integridad física, moral y psicológica de estas personas.

La pobreza, la desigualdad y la discriminación en el sistema capitalista neoliberal son realidades que están íntimamente relacionadas. Un desigual reparto de la riqueza en el orden social implica grandes bolsas de pobreza que apuntan a la exclusión social y a las actitudes discriminatorias. En este sentido, las crisis económicas de las últimas décadas no solo castigan a los más vulnerables, sino que derivan también en un aumento de las actitudes hostiles contra la otredad, inmigrantes, minorías sociales, etc. España es el país de la Unión Europea con mayor distancia entre rentas altas y rentas bajas, es un país

desigual. Las desigualdades económicas producen una brecha social que está en la base de las fracturas y de los problemas sociales y tiene un gran coste social, político y humano.

Los delitos de odio y discriminación tienen una especial repercusión en el colectivo LGTBI y la expansión de los delitos de odio se apoya en la gravedad de un hecho que en España confirman los datos estadísticos pese a sus limitaciones. Pero también es sabido que tan solo una parte ínfima de las discriminaciones y agresiones por odio se registran por parte de las instituciones y el Ministerio del Interior. Este vacío informativo favorece la invisibilización del problema para las instituciones y evita la asunción de la responsabilidad de la sociedad en la lucha contra los procesos y escenarios que posibilitan el odio y la discriminación. Diferentes estudios hechos desde las entidades del tercer sector como la FELGTB, o el OCH de Barcelona, Madrid y Valencia, entre otros, y de instituciones europeas como la FRA que denuncia que solo se registra el 10% de los delitos de odio, siendo la punta del *iceberg* de un problema estructural que ataca el modelo de convivencia democrática.

Desde el punto de vista de la Dogmática, y de una interpretación de *lege lata* de los artículos implicados en los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género, los arts. 510 y 22.4 CP, respectivamente, es posible argumentar ciertas conclusiones y proposiciones. En cuanto a la delimitación de este tipo de delitos, su interpretación más estricta corresponde, por una parte, al discurso de odio criminalizado del artículo 510 del Código penal o también denominado *hate speech* en su versión anglosajona y, por otra parte, a la circunstancia modificadora de la responsabilidad criminal que agrava las conductas básicas por razones racistas, xenófobas y/o discriminatorias (llamados delitos de odio y también *hate crimes* del artículo 22.4 del Código penal). De esta manera, los delitos de odio sancionan actuaciones que lesionan la igualdad y la dignidad de determinadas minorías sociales, y los discursos del odio lo hacen con manifestaciones o comunicaciones que contribuyen a crear un clima de hostilidad que pone en peligro a los integrantes de dichas minorías sociales, bien porque les sitúan en peligro o porque generan actitudes discriminatorias contra ellos, aunque algunas conductas no lleguen a ser delictivas.

De una lectura atenta de este trabajo de investigación pueden obtenerse las siguientes consideraciones finales a modo de sumario:

Los orígenes de los delitos de odio se remontan en el tiempo. Los primeros vestigios de los delitos de odio datan del siglo XIX en los Estados Unidos de Norteamérica, donde tímidamente aparecen leyes estatales contra la discriminación y los malos tratos contra la comunidad negra que en esa época estaba sometida bajo la institución de la esclavitud o en algunos casos eran recientemente libres. Sin embargo, las primeras leyes de importancia relacionadas con el odio racial surgen a partir de la Segunda guerra mundial debido a las implicaciones que tiene el genocidio judío a manos del Tercer Reich en Europa y de las reivindicaciones raciales en los Estados Unidos. En sus principios, las prohibiciones penales de odio nacen para proteger derechos de entornos étnicos. Posteriormente, y por evolución, el círculo de protección se amplía a otros grupos sociales. La normativa contra el odio parte de la protección de minorías vulnerables, sin

embargo, en su evolución se proyecta sobre todo tipo de colectivos sociales sean minorías o no, vulnerables o no, sino que se vean amenazadas y agredidas.

A partir de este momento, se desarrollan claramente dos modelos divergentes para tratar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión, por un lado, el norteamericano de corte liberal expansivo y más indefinido y, por otro lado, el europeo, de tipo restrictivo y que España acoge.

La falta de concordancia de la normativa internacional contra los delitos de odio favorece la impunidad. Los términos odio y discriminación dan lugar a diferentes interpretaciones, no existe consenso sobre ello y son acogidos de manera diversa por los ordenamientos jurídicos. En las últimas décadas, la legislación internacional contra los delitos de odio aumenta y varía su forma y función. Sin embargo, aunque la protección internacional crece, no existe unanimidad de criterio en las categorías a proteger ni en la consideración penal que estas deben tener. Esta situación, unida a la falta de una definición clara sobre delitos de odio, a la dificultad de demostrar la motivación del sujeto activo y a la excesiva permisividad e inflación de ciertos discursos estereotipados y prejuiciosos colocan a estos delitos entre los más graves, generalizados y poco perseguidos a pesar de los daños personales y sociales que generan.

El derecho penal en la España del siglo XXI se caracteriza por una política criminal basada en el expansionismo penal. Esta inflación de la norma pretende ser un medio solucionador de los problemas sociales a través del incremento de la carga punitiva, donde se manifiesta un error de política criminal bastante usual en nuestros legisladores consistente en creer que las penas más largas son las más efectivas y disuasorias y también como vía para inculcar a la sociedad un determinado consenso moral. De esta manera, la lógica penal tiene efectos sociales contraproducentes y perversos concretados en el aumento de las penas privativas de libertad que castigan de manera desproporcionada a los escalones más bajos de la sociedad y, fundamentalmente, se incide en el olvido de las víctimas y su resarcimiento. Así se tiende a reproducir el ciclo de la desigualdad social y de la violencia estructural. En muy poco tiempo, en esta materia el ordenamiento jurídico español pasa de ser deficitario a ser uno de los más expansivos superando los estándares internacionales. La crítica negativa al legislador por parte de la doctrina es negativa y unánime quizás el único consenso en este tema.

Los delitos de odio conforman una pluralidad de conductas delictuosas de diferente tipo y consideración, basados en prejuicios contra un determinado colectivo social sobre el que se perpetra el delito. Los delitos de odio se refieren a delitos clásicos agravados por la motivación del sujeto activo y/o por la selección discriminatoria del sujeto pasivo. El odio como concepto criminológico es un elemento cualificador de ciertos comportamientos delictivos (agresiones, insultos, amenazas, negación de prestaciones etc.) que tiene como característica común un posicionamiento hostil intolerante y discriminatorio contra algunos grupos sociales.

De las distintas definiciones sobre los delitos de odio nuestro legislador opta por el modelo que atiende a la motivación con que se efectúan estos delitos. De las diversas explicaciones que aportan tanto la doctrina como las instituciones y organismos

internacionales y europeos, podemos determinar dos modelos de definiciones: por un lado, el modelo de animosidad sostiene que los delitos de odio son aquellos actos delictivos que el actor comete motivado por un prejuicio hacia una persona cuyas características personales lo relacionan con un colectivo determinado. Y, por otro lado, el modelo de discriminación selectiva, que se refiere a los actos con los que el autor provoca, independientemente de su motivación, una humillación, menoscabo, vejación, ofensa, etc., hacia un grupo o una persona que perteneciera a un colectivo tradicionalmente discriminado y vulnerable. Ambos modelos coinciden en la protección de ciertos colectivos vulnerables desde una dimensión positiva y negativa del artículo 14 CE. Y en un ejercicio de discriminación positiva y teniendo en cuenta a los grupos sociales históricamente discriminados y perseguidos, se les protege. Por lo tanto, los delitos de odio están enfocados en la defensa de ciertos grupos sociales con un listado cerrado de motivos discriminatorios, por ejemplo: el art. 22.4 CP.

Las reformas del Código penal de 1995 y 2015 del art. 510 CP implican un incremento de las restricciones y de las limitaciones al derecho a la libertad de expresión presentando serias dudas de constitucionalidad que induce al desaliento del ejercicio de libertades fundamentales. La rectificación del art. 510 CP en la reforma penal de 2015 se hace por un triple motivo: para adaptar las conductas a la DM 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra las manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Asimismo, se modifica el art. 510 CP para adaptar su redacción a las exigencias del TC respecto de la sentencia 235/2007, de 7 de noviembre que impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limita su aplicación a supuestos en los que esta conducta constituye una incitación al odio o a la hostilidad contra minorías. Y también para superar la división doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de los tipos penales debido una deficiente técnica legislativa que posibilitaba interpretaciones muy dispares en detrimento de las víctimas. Estas reformas parten de la premisa de mejorar y aclarar conceptos. Sin embargo, se produce la incorporación de nuevas y más nociones que se caracterizan por la indeterminación y la vaguedad. Asimismo, fruto de la tipificación expansiva y simbólica se produce un aumento de la pena, incluso, de actos violentos que no tienen capacidad de desencadenar conductas de odio y discriminación, vulnerando el principio de proporcionalidad y la utilización del Derecho penal como ultima ratio. En este sentido, el TC español establece que la libertad de expresión tiene límites, pero estos se derivarán del hecho que su uso entre en conflicto con otros valores o derechos fundamentales que también deben ser amparados por el Estado. La mayoría de la doctrina opina que esta regulación es amplia e imprecisa. Una de sus manifestaciones más perturbadoras sobre el ejercicio de los derechos de la ciudadanía, es el efecto desaliento o chilling effect, donde el ciudadano se ve coaccionado a ejercitar ciertos derechos con restricciones o directamente se inhibe de su ejercicio por miedo a la sanción penal. La institucionalización de un modelo interpretativo basado en la restricción de los derechos implica un *in crescendo* con inquietantes consecuencias para la salud del libre ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía, como es el castigo desmesurado de simples ofensas enmarcadas en el humor negro, la crítica política, las manifestaciones artísticas, etc.

La normativa de delitos de odio no se adecúa a la directiva europea correspondiente. La doctrina mayoritaria critica que esta regulación si bien está basada en las directrices de la Decisión Marco 2008/913/JAI, no se ajusta a la dicción literal de la propia DM ni al Derecho comparado, no se hace uso de los criterios de restricción de los tipos lo que origina una legislación excesivamente amplia en los tipos y en su alcance sancionador que implica riesgos serios en la restricción de derechos y libertades de la ciudadanía. Además, este adelanto activa la respuesta penal ante conductas insignificantes con un contenido discriminatorio y ante la resolución de conflictos de naturaleza política restringiendo el debate democrático de manera alarmante.

Las críticas más realizadas a la legislación de los delitos y discursos de odio son: reintroduce el Derecho penal de autor y es ineficaz para reparar los daños a las víctimas. Se castiga a los sujetos activos de estos delitos, no por las conductas que realizan, sino por realizarlas motivados por ideas o tendencias internas discriminatorias. En esta normativa se traslada el fundamento del castigo en la posible aparición de estas ideas en terceras personas. De esta manera, el Derecho penal de autor de antaño se convierte en un Derecho penal preventivo de autor que castiga unas ideas que podrían aparecer en el futuro. Desde esta perspectiva, tanto la discriminación producida por el delito de odio, como el clima hostil generado por el discurso del odio son el resultado de conductas de terceros ajenas a los autores de los delitos. Responsabilizar y castigar a los autores de dichos delitos sobre estas situaciones es contrario a las exigencias del principio de lesividad (escasa lesividad), del de culpabilidad y de personalidad de las penas, ya que fundamenta tanto la parte del injusto del delito de odio (discriminación) como el peligro que dota de contenido material de antijuricidad al del discurso del odio (clima peligroso) en situaciones que no se producen o que nunca se producirían. Y si se producen, serían actuaciones ajenas.

La pluspunición de ciertos delitos cometidos por razones de orientación sexual e identidad de género (perspectiva de género) tiene la potencialidad de hacer visible una realidad criminológica, un problema social. Sin embargo, se produce una visibilización simbólica que se traduce en un endurecimiento de la respuesta penal tanto de la actividad legislativa como de la práctica judicial que vulnera a todos los efectos el principio de proporcionalidad. Y en una inaplicación de los tipos penales lo que lleva a la pérdida de la oportunidad de resarcir los daños a las víctimas. Y, en consecuencia, amplía la desconfianza de las víctimas en las instituciones (basada en la inoperancia del sistema judicial y policial). Por lo tanto, no ofrece una solución viable y certera.

De esta situación, también se desprende otro problema importante para tener en cuenta, ***el art. 510 CP relativo al discurso del odio se convierte en un instrumento penal preventivo y sancionador de enorme amplitud***. Este precepto puede ser utilizado para prevenir y castigar simples incitaciones o posturas ideológicas incómodas, incluso indirectas o no expresas, como también la realización de cualquier delito o conducta discriminatoria contra los colectivos protegidos, y no necesariamente de alguno en concreto. Un Derecho penal democrático solo puede perseguir y sancionar hechos, no pensamientos o ideologías. Esta situación pone en evidencia las dudas de

constitucionalidad de los delitos del discurso del odio al entrar en conflicto con ciertos derechos fundamentales (libertad de expresión, ideológica, religiosa, etc.).

Los discursos del odio deben interpretarse tanto como incitación directa como incitación indirecta a la violencia. Desde la evolución interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la doctrina del Tribunal Constitucional español, se desprende que no puede interpretarse sólo ni primordialmente como incitación directa a la violencia. La incitación indirecta y el contexto (clima de hostilidad) en que se vierten dichos discursos son los puntos fundamentales sobre los que se debe construir el ámbito de prohibición de los tipos penales respetando las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades (art. 10.2 CE) y, asimismo, el estado de interpretación del derecho internacional de los Derechos humanos.

Con una interpretación indirecta se amplía el ámbito de prohibición. Sin embargo, el TC español no contempla un modelo de *democracia militante* que permita sancionar los discursos intolerantes o que ataquen la democracia. Y la carta magna no posee ninguna cláusula especial de abuso de derechos fundamentales para salvaguardar la existencia del sistema democrático. Por su parte, la jurisprudencia mantenida por el TEDH en este sentido establece, aunque de manera errática, la legitimidad de la creación de los delitos de odio al entender que existen ciertos discursos que no están protegidos por el derecho a la libertad de expresión por representar un abuso de dicho derecho fundamental (art. 17 CEDH). Por otro lado, y en contraposición a la postura del TEDH, el posicionamiento norteamericano considera que el discurso del odio solo puede ser perseguido cuando los discursos den lugar a un peligro claro e inminente de ataque a los intereses de aquellos a los que se pretende proteger.

El tipo penal del art. 510 CP reformado en 2015 está construido con el objetivo de salvaguardar la función ético social que tiene el Derecho penal a través de su labor pedagógica. La configuración del tipo del artículo 510 CP es rebuscada y complicada y es un instrumento penal *sui generis* de apología de incitación al odio y a la discriminación. La redacción actual posee elementos de controversia. De hecho, no hay ningún apartado del precepto que evite la crítica y el debate doctrinal, ya que esta entiende que el tipo penal debería castigar actos concretos de violencia y discriminación excluyendo la idea de odio por ser una emoción y estar fuera del control penal.

El discurso del odio criminalizado del artículo 510 del Código penal, es un delito de peligro abstracto o peligro hipotético. El bien jurídico se valora en las condiciones de seguridad existencial de ciertos colectivos o minorías sociales especialmente vulnerables. El tipo penal amplía su protección sobre cualquier colectivo indistintamente de su vulnerabilidad, ya que pueden ser minorías no vulnerables, o incluso, mayorías sociales. La seguridad existencial como bien jurídico no solo protege de conductas que pongan en riesgo la vida o la integridad física de las personas que pertenecen a un grupo social vulnerable, sino que también se proyecta a situaciones donde el peligro generado afecta a las esferas de libertad de otros derechos fundamentales que se ven restringidos a escala grupal. El peligro típicamente relevante se produce cuando la incitación o la injuria colectiva amenaza de manera indirecta, y priva de seguridad al colectivo social amenazado. Y, en este sentido, cualquier

integrante del colectivo diana vería peligrar sus espacios de libertad más allá de lo que podría ser un discurso chocante o perturbador. Según el Tribunal Constitucional español, el plus de afección de derechos debe detectarse en contextos críticos.

El artículo 510 CP no prevé una única prohibición penal. Después de la reforma penal de 2015 este artículo despliega seis figuras penales diferentes sobre las que se exhiben diversos tipos cualificados. Los tipos básicos se dividen en dos conductas típicas diferenciadas: la incitatoria y la de cuño injuriosa u ofensiva. El grupo de conductas de incitación pública grave o delitos de incitación expande dicha prohibición también a comportamientos de la cadena de difusión del discurso de incitación y a una modalidad particular de incitación por medio de la apología de crímenes de derecho penal internacional (art. 510.1 a, b y c CP). El segundo grupo de conductas prohíbe delitos menos graves, conductas injuriosas que lesionan la dignidad humana, con inclusión de la cadena de difusión del discurso injurioso y una modalidad particular de injuria por medio de la apología de delitos de odio, xenófobos y discriminatorios (art. 510.2 a y b CP).

Por lo tanto, el legislador español regula dos grupos de casos de discurso del odio penalmente relevantes: los incitatorios que son la antesala del paso al acto que implican un peligro real e inminente de actuación ulterior; y los que son menos graves, contribuyen a demonizar, a denostar, a humillar al colectivo social de referencia en un nivel adelantado como fase previa al estadio de inminencia en la agresión.

Las conductas del artículo 510.1ª CP incitar, promover o fomentar son comportamientos directos o indirectos que pretenden implicar a otros con voluntad dolosa a cometer actos agresivos o delictuosos contra una minoría social y vulnerable. Después del acto de agitación, el paso al acto es el segundo eslabón, que, si bien todavía no supone un riesgo de explosión inminente, requiere únicamente inminencia de su producción en condiciones *ex ante* que lo convierten en probable o posible. Los conceptos de discriminación y violencia pueden reconducirse a hechos ilícitos. Sin embargo, no sucede lo mismo con el odio que es un sentimiento, a lo que se suma la hostilidad. No se exige una incitación directa a la comisión de actos concretos, al ser también indirecta.

La propaganda es típicamente relevante si en el contexto que se produce hace crisis, en esta situación el discurso persigue la inminencia. En este sentido, los estándares internacionales como el *Test de Rabat* recogen el conjunto de parámetros relevantes para determinar la severidad del discurso del odio que alcanza relevancia penal cuando de ellos se puede concluir el efecto contagio o el paso al acto en términos de inminencia con perjuicio potencial de los derechos fundamentales del colectivo diana.

Las conductas del artículo 510.1.b CP en el caso de las acciones de propaganda mediante materiales y soportes, la relevancia jurídico penal se derivará en el caso de que las conductas descritas sean partes de la cadena de difusión del discurso del odio. Las conductas típicas favorecen que otros entren en el círculo de la incitación (la acción de dirigirse a terceros se realiza mediante la realización o producción de un producto de odio listo para consumir). Aunque falta la puesta de contacto con el material, el hecho que ya esté preparado implica un peligro permanente que puede activarse en cualquier

momento o existe el peligro potencial de que se complete el ciclo comunicativo y llegue a terceros. La cadena de difusión solo alcanza relevancia típica cuando se abre su contenido a terceros como medios eficaces para promover, fomentar o incitar su repetición en una medida que afecte los derechos fundamentales de los miembros del colectivo diana. La doctrina mayoritaria considera que este precepto es un adelanto excesivo de la punición a momentos anteriores al delito que colisiona con el ámbito de la libertad de expresión. Y desde el punto de vista de la pena, tiene la misma que el precepto anterior lo que vulnera el principio de proporcionalidad.

Por su parte, el artículo 510.1.c CP dota de nueva regulación y ubicación al delito de justificación del genocidio y hace referencia a una segunda modalidad de incitación grave que se caracteriza por una clase particular de discursos que se articulan en torno a conductas de apología en sentido amplio, de crímenes de derecho penal internacional. El legislador en la reforma penal de 2015 incorpora al art. 510 CP lo que antes se preveía como conductas adelantadas al delito de genocidio, *la mentira de Auschwitz* del art. 607.2 CP. Su relevancia jurídico penal se alcanza cuando las conductas revisionistas, o negacionistas, o de trivialización, en su caso, alcanzan una capacidad incitadora o enaltecedora que ponen en peligro, favorecen o promueven un clima de violencia y amenazan la seguridad existencial del colectivo social. La doctrina mayoritaria acusa en la redacción de este tipo la inclusión velada de los delitos de clima a nuestro ordenamiento jurídico sin criterios restrictivos que los compense. Teniendo en cuenta que lo que anticipa la intervención del Derecho penal a una posición anterior a la incitación indirecta, (ya no al genocidio, sino a la violencia y al odio) es la promoción de un clima.

Las modalidades de propaganda injuriosa de tipo colectiva, o injurias colectivas del artículo 510.2 CP sancionan los ataques humillantes o de descrédito a la dignidad de grupos o miembros y formas de apología. Su sentido de tutela busca proteger a colectivos en un nivel más adelantado que el de la incitación indirecta y frente a un tipo de casos diferenciado. Se identifican como bienes jurídicos el honor y la integridad moral, aunque el precepto se refiere a una lesión de la dignidad. Sin embargo, el núcleo de protección no es solo la dignidad humana, el honor o la integridad moral, sino la combinación de todas ellas que conforman la seguridad existencial del grupo que se ve típicamente lesionado cuando los discursos crean el clima o incitan al favorecimiento de la agresión. Estas injurias colectivas pretenden deshumanizar al colectivo como fase más adelantada y se busca dibujar la diana mediante una caracterización negativa del colectivo. De esta manera, se crean las justificaciones que permiten al agresor atacar a las personas o colectivos previamente deshumanizados. La doctrina mayoritaria considera que, en el caso del inciso b del precepto, las conductas apologéticas deben implicar un ánimo incitador. En términos generales la indeterminación de los tipos penales aboca indefectiblemente a una reinterpretación de dichos tipos por parte del Tribunal Constitucional. Pero hay que tener en cuenta que este alto tribunal ya parte de una posición restrictiva, la excesiva discrecionalidad judicial en este asunto produce que se aumente la presión sobre la ciudadanía a través del efecto desaliento (*chilling effect)*.

El art. 510.1 CP, el tipo básico, parece configurarse como un delito de peligro y se castiga con pena de prisión de uno a cuatro años. Por su parte, el art. 510.2 CP, que es un tipo atenuado, se configura como un delito de lesión de la dignidad y se castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años. En este punto existen dos problemas: por un lado, se castiga con penas más severas el delito de peligro que el delito de lesión; y, por otro lado, el delito de lesión se define de manera confusa por referencia a la dignidad y sus límites difusos. Y en la configuración del tipo agravado del art. 510.4 CP resulta criticable establecer una pena agravada cuando los hechos resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo. Fundamentar la agravación de la pena en la creación de un sentimiento de inseguridad no es adecuado, ya que le Derecho penal no puede proteger sentimientos. Los sentimientos incorporan inseguridad al ordenamiento, y son imposibles de abarcar. Y estas circunstancias hacen de los sentimientos un objeto no susceptible de protección directa por el ordenamiento jurídico, y los inhabilitan para fundamentar la responsabilidad penal o para agravarla (Álamo, 2012: 72).

Escasas resoluciones judiciales: en cuanto a la jurisprudencia relativa al discurso del odio del art. 510 CP, en su versión anterior a la reforma penal de 2015 no supera la decena de condenas. Posteriormente a la reforma se produce una cierta activación del tipo. El Tribunal Constitucional adopta una posición restrictiva en relación con el derecho a la libertad de expresión y el discurso del odio en sus últimas sentencias, como lo certifica STC 177/2015, de 22 de julio. Por su parte, el Tribunal Supremo apuesta por una posición intermedia entendiendo que existen conductas dentro de la libre expresión o manifestación que no son reprochables por la vía penal, pero sí lo son por la vía civil o administrativa. Y sostiene que solo las conductas más graves deben ser castigadas por el Código penal, lo que evidencia posiciones divergentes entre los máximos tribunales del ordenamiento jurídico nacional. Tal postura jurisprudencial comporta la practica inaplicación del artículo. Fruto del análisis jurisprudencial se denota una necesidad de mejora en la motivación de las condenas con argumentos materiales y no solo formales. También se revela necesaria la aplicación de la técnica de los juicios de peligro *ex ante* de la conducta a analizar y la inclusión de criterios y elementos de análisis contextual como lo establece el *Test de Rabat*. Es sumamente importante que se ajuste el núcleo interpretativo de cada modalidad típica (indeterminación), y que se evite la mala utilización de este instrumento penal como herramienta de censura para la defensa de posiciones ideológicas y del sistema político y, a todos los efectos, contraria al estado de derecho.

La aplicación de forma genérica de la agravante del art. 22.4 CP en base al principio de igualdad puede provocar el efecto contrario la protección del intolerante alejándose de su concepción inicial: la protección de minorías. La agravante, recogida en el artículo 22.4 CP sanciona más gravemente los llamados delitos de odio y discriminación o actos de odio (hate crimes) que se enmarcan dentro de lo que se conoce como normativa penal antidiscriminatoria. Se trata de un elemento subjetivo referido al ánimo o móvil específico de actuar y su ámbito de aplicación se expande sobre un listado de colectivos y con relación a todo tipo de delitos lo que refleja en su evolución legislativa una expansión más allá del núcleo étnico. Se trata de una

circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo requisito que la motivación sea determinante para cometer el delito. Esta afección impacta en las condiciones de seguridad existencial, y va más allá de las conductas que ponen en peligro la vida o la integridad física de las personas que pertenecen a un colectivo social determinado. Para su aplicación es necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación e intencionalidad del acusado y la condición de la víctima. Se debe emplear en casos de grupos sociales que se encuentren en condiciones especialmente vulnerables identificando con razones objetivas los grupos a los que se debe aplicar. La intervención penal solo se justifica en los casos de especial vulnerabilidad alejándose de una aplicación genérica conforme al principio de igualdad.

El efecto intimidante no depende de una situación de crisis, debe comprobarse que se produce en el contexto en el que la conducta base se despliega. La generación del efecto de amenaza, aunque indirecta y velada, priva al colectivo de seguridad. Cualquier miembro del colectivo en cuestión vería peligrar sus espacios del libertad más allá de lo que podría ser un discurso inquietante. El plus de afección de derechos o bienes relevantes que reside en los elementos tendenciales según el TC se remite al juicio *ex ante* que debe dar como resultado que la conducta comunica la amenaza.

Este precepto ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios a la hora de apreciar o no su concurrencia y su existencia genera suspicacias en un sector importante de la doctrina, debido a que su tenor literal exige atender a los motivos discriminatorios del autor al cometer el delito. Existe un intenso debate doctrinal respecto de la naturaleza jurídica de la circunstancia agravante del art. 22.4 CP. Gran parte de la polémica en torno a la naturaleza jurídica radica en el debate sobre su fundamento. Acerca de si existe una razón suficiente para que un ordenamiento jurídico como el nuestro cuente con un precepto que obliga a imponer al autor de un delito una pena situada en la mitad superior del marco punitivo previsto para ese delito, si es que lo cometió por determinados motivos. Pero solo si se estima que tal fundamento existe es razonable entrar en dicha discusión. Hay que tener en cuenta que el origen de las circunstancias agravantes por motivos discriminatorios se encuentra en los ordenamientos jurídicos anglosajones, concretamente, en Estados Unidos de Norteamérica. Por lo tanto, si se pretende determinar el fundamento del artículo 22.4 CP es preciso adentrarse en el debate anglosajón. La doctrina mayoritaria acusa al legislador de una labor precipitada que expansiona el ordenamiento jurídico español por encima de los estándares internacionales sin un debate previo y riguroso sobre el contenido y alcance de la normativa antidiscriminatoria (art. 22.4 CP). Y con una deficiente técnica legislativa que dificulta su comprensión e interpretación y la dirige a que se embarque a un Derecho penal de autor.

De lege ferenda sería necesaria una nueva redacción de los tipos penales implicados en el objeto de estudio (simplificación y taxatividad) atendiendo la jurisprudencia, la doctrina y con una superior técnica legislativa, con el objetivo de realizar una mejor determinación de los tipos penales que provocaría la obtención de más condenas.

Los dos principales instrumentos penales para combatir los delitos de odio: el art. 510 CP (relativo al discurso del odio) y el art. 22.4 CP (referente a los actos de odio) para que respondan a su meritoria finalidad político criminal (respetando los derechos fundamentales y los principios del Derecho penal) se debe hacer un uso especialmente restrictivo de dichos tipos penales ya que presentan problemas de legitimación, de delimitación y de aplicación. El art. 510 CP ofrece mayores problemas de aplicación y un mayor riesgo de intrusión en el ámbito esencial de los derechos fundamentales y, en particular, la libertad de expresión que puede llevar a una sospecha de abuso del derecho penal y de control ilegítimo del mercado de las ideas. Y, en el caso de la agravante del art. 22.4 CP, solo aplicable en caso de grupos que se encuentran en condiciones especialmente vulnerables, es necesario identificar con criterios objetivos sobre que grupos debe materializarse, ya que la intervención penal no se justifica por la vulnerabilidad, sino por una especial vulnerabilidad. De lo contrario, una aplicación genérica conforme al principio de igualdad comportaría prohibir ideologías y no tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, dar un tratamiento diferenciado a ciertos grupos sociales frente a otros, pone en duda la cohesión social, por justificado que esté dicho tratamiento. En términos generales el art. 510 CP debería reservarse su aplicación a casos extraordinarios y graves debido a su gran capacidad de generar sospecha de ilegítima interferencia ideológica.

Teniendo en cuenta la propia especificidad de la historia y el Derecho penal español en relación con el terrorismo de ETA y el desarrollo de la categoría jurídica hate speech o discurso del odio del art. 510 CP en torno al delito de enaltecimiento del terrorismo (y al delito de justificación y negacionismo), es importante comprender que el discurso del odio no se vincula a expresiones o a manifestaciones que incitan a discriminar, sino a expresiones que crean un clima que propicia la realización de actos delictivos.

También sería prioritario revisar la carga punitiva, ante el incremento de las sanciones como vía para la solución de este tipo de conductas delictivas y explorar nuevas alternativas como podría ser la justicia restaurativa. Teniendo en cuenta que son delitos de opinión, es urgente y necesario reducir la excesiva carga punitiva, ya que implica pena privativa de libertad cuya duración abarca desde los seis meses a lo seis años. Se trata de evitar el adelantamiento excesivo de las barreras de protección y apostar por zonas intermedias, aludiendo al principio de proporcionalidad y a la función de última ratio del Derecho penal. También para evitar los problemas de técnica legislativa como propone De Pablo Serrano (2019: 105) se puede hacer una lectura del tipo desde el prisma del honor colectivo como bien jurídico protegido, que dote de unidad a los distintos apartados y que, al mismo tiempo, encauce una interpretación teleológica restrictiva del marco punitivo, ya que el honor colectivo tiñe todo el delito del discurso del odio: bien jurídico, tipicidad, sanción penal. Es importante no defender el recurso al Derecho penal exclusivamente sobre la base de su función simbólica.

Por otro lado, en lo que respecta al catálogo de colectivos tutelados, este adolece de una ausencia sistemática de precisión terminológica, es reiterativo y alejado del principio de taxatividad del Derecho penal. La última reforma penal (2015) pone en evidencia la falta de paralelismo entre unos tipos y otros. La falta de incorporación de forma

generalizada de las nuevas circunstancias sospechosas de discriminación reconocidas por el legislador (género e identidad sexual) provoca fisuras injustificables en la protección de estos colectivos. Es por este motivo que, de lege ferenda, es imprescindible su revisión para que se logre una coordinación adecuada entre todos los delitos antidiscriminatorios que garantice un correcta aplicación de los tipos y una protección efectiva de los colectivos.

La dignidad como bien jurídico específico y de gran entidad, posee un perfil demasiado difuminado y poco concreto. Es importante destacar que los delitos de odio comprenden un mosaico importante de diversos tipos penales, lo que manifiesta que el bien jurídico protegido está también fragmentado o desagregado, lo que provoca que esta indeterminación juegue en contra de la protección debida de los grupos y personas vulnerables. Fruto del trabajo de campo podemos constatar que ciertamente se produce la vulneración de bienes jurídicos estructurales como la dignidad y la igualdad de las víctimas por delitos pluriofensivos. Sin embargo, también se produce (como común denominador en la experiencia particular de estas personas) un ataque importante a su tranquilidad y seguridad, que se manifiesta en las situaciones y condiciones de inquietud, preocupación, desasosiego, nerviosismo, turbación, depresión, miedo, etc.; circunstancias que deben tenerse en cuenta como bienes jurídicos alternativos a la hora de estudiar los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género. En el caso del discurso fóbico contra el colectivo LGTBI, en términos jurídico-penales también es un ataque al bien jurídico del honor del colectivo LGTBI. La puesta en peligro del honor colectivo representa el desvalor del resultado de la conducta, completa las exigencias del tipo objetivo e integra el injusto, sin necesidad de que se trate de un delito con varios bienes jurídicos lesionados. En este sentido, la STS 72/2018, de 9 de febrero en su FJ único sostiene: “la antijuricidad del discurso del odio se limita al propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia y por eso considerado lesivo. Y desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes, se integran en la tipicidad”.

La reducción del ámbito penológico del art. 510 CP (teniendo en cuenta el criterio de interpretación teleológica orientada a la protección del bien jurídico del honor) coincide con las propuestas de la Fiscalía General del Estado, plasmadas en la Memoria del año 2018. Asimismo, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con la Recomendación nº 10 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa de 8 de diciembre de 2015. Estas instituciones consideran que los casos de discurso de odio que por su contexto, por su contenido, ausencia de reiteración o circunstancias personales del autor, tengan menor entidad, no merecen un reproche penal tan elevado, proponiendo la posibilidad de penas alternativas a la prisión como multas, pérdida de derechos políticos, trabajos en beneficio de la comunidad como desempeñar alguna tarea compensatoria para el beneficio de algún grupo social atacado, la obligación de asistir a charlas, museos, exposiciones donde se refleje la persecución, violencia y humillación de los colectivos sociales vulnerables, dotando a la pena de una doble orientación: preventivo especial positiva (comprensión del autor del carácter antijurídico de la conducta) y preventivo

general positiva (con la reducción de las penas se refuerza la confianza de la ciudadanía en la respuesta proporcionada del Derecho penal a los problemas sociales).

La construcción de las figuras jurídicas de los delitos de odio se opone al modelo de selección discriminatoria y se alejan de su concepción inicial: la protección de minorías sociales desamparadas. Las figuras jurídicas de los delitos de odio se configuran atendiendo a aspectos motivacionales o internos del sujeto activo o autor. Pero también se opta por otorgar con carácter general la misma calificación a los ataques que se producen contra los integrantes de grupos delimitados por su estatus: raza, sexo, etnia, género, etc., y no por su pertenencia a una de sus clases o tipos que conforman estos estatus como pueden ser: hombres, mujeres, heterosexuales, homosexuales, gitanos, etc. Esto lleva a que los delitos de odio puedan proteger a todos los colectivos admitidos en alguno de los estatus que las figuras dicen, independientemente, de si el mismo pertenece o no a una clase que es objeto de discriminación. Esta construcción legislativa se opone a lo que deberían hacer las figuras de un modelo de selección discriminatoria y desvincula a los delitos de odio del ordenamiento jurídico español de su concepción inicial, que es una función protectora de las minorías desvalidas, para proteger la igualdad de todos (modelo de mera hostilidad). La vasta protección otorgada a los delitos de odio permite a su vez que los discursos de odio puedan extender su ámbito de protección a toda clase de grupos sociales discriminados o no. El campo de protección se extiende a cualquier discurso genérico y abstractamente peligroso para un colectivo o un individuo no necesariamente discriminado oponiéndose a su concepción inicial. Asimismo, esta protección es amparada por una jurisprudencia que admite la constitucionalidad de dichas figuras y da alas al proceso expansivo de los delitos de odio y sus discursos.

De esta manera, se comprende mejor la utilización de estos delitos en nuestra jurisprudencia para perseguir penalmente manifestaciones contra la religión dominante, por delito de injurias a la corona, por criticar al monarca, por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. Condenando a raperos twitteros y titiriteros por difundir bromas sarcásticas o de mal gusto y alejados del objeto inicial de protección de la normativa (caso Casandra Vera, César Strawberry, entre otros), se elimina la esencia y fundamento de la creación de los delitos de odio. Su origen, fundamento y base de legitimación es la protección de minorías sociales discriminadas. Sin embargo, como demuestra la práctica jurídica española, estos instrumentos jurídicos se utilizan fundamentalmente para proteger los intereses de los colectivos o clases dominantes de la sociedad.

Por lo tanto, ***en estas situaciones el Estado español no protege correctamente a estos grupos vulnerables ya que, por una parte, se desvanece el bien jurídico a proteger (dignidad), dejando de lado otros bienes jurídicos que, sí se repiten en la experiencia diaria de las víctimas o, en el caso de la diversidad sexual, se concentra en el honor de la persona o del colectivo.*** Es una legislación nacida al abrigo del simbolismo penal y de la inflación normativa caracterizada por la deficiencia de la técnica legislativa que desemboca en problemas de interpretación y aplicación. Y, por otro lado, se desvirtúa el objeto de protección, es decir, la protección efectiva de los colectivos sociales o grupos

vulnerables. Se difuminan los contornos entre la persecución de los delitos de odio o discurso del odio (discriminatorios) con los delitos de discurso de odio de enaltecimiento del terrorismo. En este sentido y acercándonos a la postura de Landa Gorostiza (2018: 57), este autor considera que como bien jurídico a proteger, la atención debe descansar en las condiciones de seguridad existencial de los grupos o colectivos especialmente vulnerables frente a aquellas conductas que ponen en peligro la vida y la integridad de estas personas y que, al mismo tiempo, afectan a la esfera de libertad y ejercicio de otros derechos fundamentales. Y también a la posición de De Pablo Serrano (2019: 95) que sostiene que el discurso LGTBI fóbico lesiona el honor colectivo de la comunidad LGTBI. Por otro lado, las herramientas de las que actualmente dispone el sistema penal para dar respuesta a las necesidades y expectativas de las víctimas de delitos de odio y discriminación no son suficientes, sobre todo, en la reparación del daño. A menudo, la falta de conocimientos y sensibilidad de los actores del sistema policial y de justicia respecto a los ejes de discriminación y sus mecanismos conlleva victimización secundaria. Y, junto con el desconocimiento de las víctimas sobre la normativa y las dinámicas jurídicas de la ciudadanía en general, y de la misma administración de justicia, suponen impedimentos graves para la restitución de los derechos vulnerados.

Teniendo en cuenta la paradoja del filósofo austriaco Karl Popper (1902-1994) en 1945 y enmarcada dentro de la *Teoría de la decisión*, "si una sociedad es ilimitadamente tolerante, su capacidad de ser tolerante finalmente será reducida por los intolerantes". Sin ser una *democracia militante* ni apostar por un modelo libre de injerencias del Estado como el norteamericano, es importante sentar límites que permitan la participación política en igualdad de condiciones y el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Sobre todo, para evitar que se produzcan excesos gratuitos ofensivos, vejatorios y humillantes con capacidad de inducción o para crear escenarios de crisis como por ejemplo los expresados últimamente por el presidente de los Estados Unidos Donald Trump haciendo alusión a grupos sociales vulnerables.

En relación con los delitos de odio y su aplicación, es sustancial comprender que los intereses del sistema jurídico y del sistema político-legislativo no coinciden con los intereses de las víctimas, lo que provoca su insatisfacción y, en consecuencia, aumenta la desconfianza en el sistema y alienta la infradenuncia. Además, las víctimas tienen miedo a las represalias por parte de los agresores, miedo a revelar su intimidad, viven en contextos donde la violencia y la discriminación están normalizadas, tienen desconfianza de las instituciones, etc. También en este tipo de delitos la vergüenza y la baja autoestima de la víctima se retroalimentan y generan cuadros depresivos y de estrés postraumático. Asimismo, estas personas no conocen sus derechos, la normativa, las dinámicas jurídicas y los servicios públicos disponibles. Por su parte, las autoridades desconocen estas realidades en su correcta dimensión. Igualmente, la falta de formación de los operadores de justicia y de los propios sistemas de recolección de datos de las instituciones públicas inciden en la infradenuncia, ayudan a la invisibilización del problema y, en algunas oportunidades, alientan la victimización secundaria. El trato discriminatorio del que son objeto las personas LGTBIQ se incrementa cuando concurren otras variables que animan la exclusión, como puede ser

la pertenencia a una minoría étnica, religiosa, clases sociales pobres, etc. La intersección de estas variables y la introducción específica de la variable clase social permite tener una perspectiva crítica sobre las realidades subjetivas. En este sentido, es remarcable la especial situación de vulnerabilidad que padecen las personas refugiadas y migrantes LGBTIQ, las cuales son revictimizadas continuamente dada la situación de fragilidad previa en sus países de origen. Algo que también ocurre con las personas mayores LGTBIQ o las personas silenciadas o represaliadas por el franquismo.

El odio y la discriminación contra las disidencias sexuales responde a lógicas sexistas, patriarcales y heteronormativas, por lo que la actividad política del movimiento asociativo LGTBI apunta al reconocimiento de sus integrantes como sujetos de derechos, con el propósito de afirmar la disidencia (que no es más que el reconocimiento de la propia identidad) frente a la hegemonía sexista. Es necesario tomar medidas para prevenir, perseguir y sancionar los delitos de odio contra el colectivo LGTBI. Por lo tanto, es indispensable que el compromiso de las instituciones y autoridades sea estatal, más allá de las organizaciones de la sociedad civil.

En general, ***la intervención de atención a las víctimas de LGTBIfobia por parte de las asociaciones se dirige a las micro-agresiones o incidentes de discriminación de poca entidad o no constitutivas de ilícito penal*** (este tipo de incidencias son las que se producen con más frecuencia). En menor medida se atienden y acompañan casos graves que se vehiculan a través del proceso penal y su previa denuncia ante las instituciones. Se puede constatar que muchas víctimas de delitos de odio por orientación sexual e identidad de género no están dispuestas a poner en conocimiento de las autoridades correspondientes los hechos delictivos por múltiples razones. Entre las que se pueden destacar: desconfianza en las instituciones policiales y judiciales fruto de un tratamiento peyorativo e, incluso, violento previo. En algunas oportunidades, al interponer una denuncia, no se da credibilidad a la palabra de la víctima, se la cuestiona, se desconfía de ella y se la coacciona en un proceso que acaba en la revictimización. Además, los procesos penales son una causa de estrés importante para las víctimas, ya que desconocen la normativa y carecen de autorreferencia como víctima. De esta manera, el sistema judicial se vuelve ineficaz a la hora de dar respuesta a las víctimas y genera impunidad y violencia institucional.

Las organizaciones del tercer sector tienen la potestad de acercar las víctimas a las instituciones por la confianza que generan. El peso de las intervenciones sociales recae sobre las asociaciones del tercer sector o las ONG's especializadas, siendo frecuente que la propia administración pública derive a las personas víctimas de LGTBIfobia a estas organizaciones (a pesar de que estas entidades disponen de menos recursos que las propias administraciones públicas para enfrentar el problema de las violencias de odio y discriminación). La especial sensibilidad y conciencia de los interlocutores hace que las víctimas confíen y expliquen que viven que sienten y que necesitan.

La asistencia psicológica se constituye en eje vital del acompañamiento de las víctimas. Algunos de los servicios que ofrecen a las víctimas, además del asesoramiento jurídico, es la asistencia psicológica *gratuita*, siendo este uno de los servicios más

rechazados por las propias víctimas en un primer momento. Sin embargo, es destacable que, fundamentalmente, este servicio es fundamental *ya que los desequilibrios psicoemocionales afloran en el largo plazo o se cronifican*. *Este aspecto del acompañamiento* ***es*** *uno de los agujeros negros tanto del sistema institucional como de las ONG´s al no estar contemplado dicho acompañamiento (en el largo plazo) ni presupuestado en las instituciones públicas ni en las entidades del tercer sector*. Estas instituciones son plenamente conscientes de este matiz. No obstante, desempeñan su labor con escasos recursos y saben que un acompañamiento a largo plazo insume unos costes que no son asumibles por falta de financiación.

En la actividad de acompañamiento de las entidades del tercer sector existen riesgos y aspectos que deben evaluarse y que pueden afectar a las personas que trabajan en la atención de las víctimas de los delitos de odio. La *victimización por asociación* y la denominada *fatiga por compasión*, son situaciones de estrés resultante de la ayuda terapéutica y similares al trastorno por estrés postraumático. Por lo tanto, la evaluación, la formación adecuada de los trabajadores, terapeutas, etc., y la adecuada atención a las necesidades de las personas trabajadores deben ser prioritarias y no minimizadas.

El movimiento asociativo denuncia la falta de una ley estatal contra la LGTBIfobia que delimite específicamente en qué situaciones puede comprobar fehacientemente la existencia de una motivación LGTBIfóbica en la comisión de un delito, ya que su inexistencia complica muchas veces, la detección, el registro y seguimiento de los casos. Por lo tanto, sería útil la promulgación de una ley integral estatal y la creación de un observatorio nacional que aglutine la información de este tipo de delitos y las implicaciones que supone, y que aproveche la cooperación institucional y asociativa (herramienta poderosa que acercaría el estado de la cuestión a una imagen más fidedigna).

La situación actual de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género solo es la punta del iceberg de un problema estructural. Es preeminente reflejar las múltiples realidades del colectivo LGTBIQ. En los últimos años se han producido grandes avances en torno a la visibilidad. No obstante, estos progresos se centran, básicamente, en la población nativa de varones jóvenes gays de clase media y alta. Por lo tanto, es importante comprender que este colectivo social es diverso como la sociedad y que todavía es necesario visibilizar otras realidades identitarias del colectivo para aflorar situaciones de injusticia y vulneración de derechos. Este grupo social es muy heterogéneo, y los diferentes subgrupos que lo conforman están estigmatizados por vulnerar normas del ordenamiento sexual y de género establecidas en la sociedad. Cada uno de estos grupos posee estigmas específicos que los vulnerabiliza de manera especial. Por ejemplo, en el caso de los transexuales femeninos, están doblemente estigmatizados al producirse una interseccionalidad de discriminación, por ser mujeres y, por vulnerar la cisnormatividad. Algo parecido ocurre con las personas seropositivas, doblemente afectadas por la LGTBIfobia y por la serofobia. Y, en el caso de los bisexuales, estos se encuentran por lo general en una situación de incomprensión por parte del resto de la sociedad por ubicarse identitariamente fuera de la lógica binaria de la organización sexual heteropatriarcal.

El subgrupo de hombres gays y bisexuales es el grupo que más incidencias reporta en las entidades del tercer sector, asimismo se nota un repunte de las incidencias en mujeres transexuales que puede ser debida a diferentes factores como: mayor dificultad y menores oportunidades laborales y más exposición a situaciones de acoso y discriminación por la visibilidad corporal (tienen menos *passing*). Las mujeres lesbianas dentro del colectivo LGTBIQ son el grupo más invisibilizado e infrarrepresentado.

Excesiva impunidad de las micro-agresiones, incluso de las graves. El tipo de agresiones que predominan son las verbales y físicas y el sitio donde se producen, suele ser el espacio público y los agresores acostumbran a ser grupales: hombres jóvenes (incluso menores de edad) y nacionales. Sin embargo, hay otras tipologías de agresiones que quizás son más sutiles y normalizadas, como es el trato inadecuado en un establecimiento comercial, en un centro médico o escolar, que tienen un porcentaje de registro menor. Sin embargo, las personas perciben, intuyen o creen que estas violencias no tienen la suficiente entidad como para ser denunciadas, las razones pueden ser múltiples; sin embargo, la ignorancia de la infracción en términos legales suele ser la mayoritaria, de manera que muchas de ellas nunca llegan a ser visibilizadas, canalizadas y denunciadas.

Un elemento importante que considerar desde el punto de vista de la prueba es la dificultad para identificar a las personas agresoras, ya que es central para la consecución del itinerario jurídico penal. Se plantean otros recorridos alternativos al penal para la solución de los conflictos, como la justicia restaurativa, pero debido a la importancia de las agresiones, la falta de formación de los operadores de justicia en este sentido, la falta de regulación, la cultura jurídica de los operadores de justicia que se basa en la justicia retributiva o punitiva y de la asimetría en las relaciones de poder entre víctima y agresor, estos otros itinerarios todavía no son explorados por las instituciones como la Fiscalía ni los juzgados. Con respecto a las estrategias complementarias, en paralelo al proceso penal, las asociaciones se plantean el comunicado público o la incidencia política y problematizada a nivel mediático. Sin embargo, una exceso de exposición a las redes sociales y medios de comunicación masiva puede ser contraproducente, una vez la situación coge un volumen considerable a nivel mediático, se puede escapar del control de la entidad, cosa que ya ha sucedido (y se considera) y se tiene el riesgo de no poder gestionarla (con importantes consecuencias psicosociales, sobre todo, para la víctima debido a la sobreexposición).

Desde las entidades del tercer sector se denuncia que en los procesos de acompañamiento se constata la ambivalencia de las víctimas en relación con el proceso de denuncia como fruto de su percepción y de la relación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En el proceso de acompañamiento, se certifica que, al interponer las denuncias, los policías (la mayoría, aunque no todos) desconocen tanto la realidad del colectivo LGTBIQ como la normativa penal y administrativa como la ley 11/2014 con el riesgo de que las víctimas reciban mensajes disuasorios, y a veces contradictorios, hasta el punto de que la víctima desiste y no denuncia. Esto ocurre, generalmente, en las agresiones que suceden en el espacio público y en el ámbito de ocio. El principal argumento aludido por la policía es que se trata de peleas y no de

agresiones homófobas, con componente de LGTBIfobia. Este tipo de situaciones genera doble victimización al no dar credibilidad al relato de la víctima, y supone impedimentos para dar continuidad al proceso de denuncia y el consecuente proceso jurídico, además, de una falta de atención integral a la víctima, hecho que puede desencadenar desequilibrios psicoemocionales graves.

Fracaso e insuficiencia de las políticas públicas existentes, se manifiesta una incapacidad notable del sistema de bienestar para corregir las desigualdades sociales, y al mismo tiempo, se expone el desgaste de la estructura institucional de apoyo social. Las necesidades de las víctimas son atendidas por asociaciones y entidades sociales ante la ineficiencia y la falta de medios y respuesta en muchas oportunidades de la administración pública. A lo largo de las diferentes administraciones públicas se puede constatar que este tema está sujeto a los vaivenes políticos, o los cambios de gobierno. Sin embargo, es importante entender que estas personas como parte de la ciudadanía deben ver satisfechas sus necesidades específicas y sus derechos básicos en los servicios públicos normalizados, sin tener que recurrir a entidades del tercer sector. No se trata de demandar servicios específicos, sino que los servicios que se presten tengan en cuenta la realidad dañada que desgraciadamente este colectivo padece.

Falta de campañas institucionales de sensibilización dirigidas a toda la ciudadanía que tiendan a normalizar la diversidad afectivo sexual y que formen sobre violencias y derechos humanos. De esta manera, el resto de la ciudadanía podría asumir y aceptar que estas personas poseen derechos en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad y que la defensa de sus derechos es positiva porque implica la defensa de los derechos de todos. Y también con el objetivo de prevenir las violencias contra la otredad ante una realidad multicultural. Las organizaciones del tercer sector sostienen que estos planes son fundamentales para el avance de las leyes que protegen a los grupos sociales minoritarios y vulnerables y que es necesario insistir en ámbitos específicos como el educativo, el sanitario, y el deportivo, entre otros.

La coyuntura política y económica es desfavorable para la protección de las minorías sociales. En la actualidad se manifiesta una situación particular de ataque al colectivo LGTBIQ, a estas personas y sus reivindicaciones desde diferentes estamentos e instituciones religiosas, sociales y políticas, que tratan de revertir los avances conseguidos y que pretenden extender sentimientos de hostilidad hacia este colectivo social y sus aspiraciones de igualdad. En este sentido, es destacable los embates de la jerarquía de la iglesia católica y de organizaciones como *Hazte Oír* o el *Foro de la Familia* que operan con el apoyo de líderes de opinión o personas de referencia de los principales partidos políticos, sobre todo, conservadores.

A la coyuntura de crisis económica, precariedad laboral, tensión política y desgaste social se une un escenario abierto por la pandemia global del Covid-19. El marco político, económico y religioso conservador aviva los miedos y las inseguridades de la ciudadanía cuyas consecuencias alientan los delitos y discursos del odio que siempre afectan a la dignidad de las personas y a las capas más vulnerables de la sociedad. En consecuencia, las expectativas en relación con el reconocimiento, aceptación y protección de derechos, (con un trato más favorable o equitativo con la diferencia) se

vuelven sombrías. La voluntad de nuestros políticos y legisladores se plasma en una legislación extensa e indeterminada, y, por otro lado, nuestros jueces emiten resoluciones controvertidas, lo que evidencia una concreta divergencia entre objetivos y realidades.

Por un lado, Slavoj Zizek (2020) en un artículo para *Rusia Today* considera que la pandemia es un golpe mortal de los desequilibrios del capitalismo que, sin embargo, abre la posibilidad para redefinir la sociedad ante la necesidad de un cambio radical fruto de una catástrofe global; y, por otro lado, el filósofo surcoreano Han Byung -Chul (2020) en un artículo para *El País* describe que la mutación del virus desencadenará en una solución denominada: "la salida asiática" que implica la globalización del capitalismo autoritario chino, con la imposición de regímenes de vigilancia y cuarentenas biopolíticas marcadas por el miedo social. Indistintamente del contexto geopolítico, es importante recordar que, a lo largo de la historia las enfermedades son utilizadas políticamente para justificar el temor racial la discriminación y la xenofobia. En la sociedad global de la información y del conocimiento y ante un mundo conmocionado (Klein: 2008: 5), los avances tecnológicos permiten, promueven y desarrollan el Estado policial digital instaurado previamente por China, donde la libertad, la solidaridad, la empatía, la cercanía, el contacto y el afecto son inhibidos en pos de un bien común mal entendido. La crisis derivada del Covid-19 generaliza e implementa los modelos de gestión pública de algoritmos de tráfico y geolocalización, etc. que vulneran todo tipo de derechos personales tales como la privacidad, la intimidad, la autodeterminación informativa, entre otros, con la excusa de la lucha contra el virus. Es importante comprender que los algoritmos se basan en extraer valor económico de nuestras vidas, de nuestros cuerpos e identidades. Sin embargo, estos algoritmos no son públicos, lo que impide acceder a su *modus operandi* y, por ende, a la concienciación y sensibilización de sus políticas de uso y consecuencias en las vidas humanas y en las biografías particulares. El virus nos aisla e individualiza aún más, colocando al ser humano en el centro de la incertidumbre.

2. Propuestas de actuación y mejora

Uno de los problemas más importantes que se detectan en este tipo de delitos que afectan a las víctimas es la falta de formación de los operadores de justicia. En relación con los jueces, fiscales, secretarios judiciales, forenses, funcionarios en general, etc., se realizan innumerables cursos, charlas, reuniones, conferencias, etc. relacionados con el objeto de estudio. No obstante, la participación no es obligatoria sino voluntaria. Esta situación pone en evidencia la importancia que el propio sistema de Administración de Justicia otorga al tratamiento de este tipo de delitos. Teniendo en cuenta que estos delitos atacan el modelo de convivencia y quebrantan los derechos humanos deberían formar parte tanto de los programas curriculares como de la formación continua de carácter obligatorio. Solamente para los policías la formación es obligatoria a través de los Protocolos, ya que estos son órdenes de actuación escrita. Si bien desde 2010 se han aprobado diferentes Protocolos, Procedimientos, Instrucciones de Actuación, etc., se reclama en dicha formación una mayor sensibilización sobre el tema, lo que posibilitaría

una mejor aplicación de la normativa, atención a las víctimas, y en definitiva un mejor funcionamiento del sistema. ***Sensibilizar*** es hacer que una persona, en este caso los funcionarios, se den cuenta de la importancia o del valor de algo. Es sustancial comprender que la persona afectada por este tipo de delitos puede ser revictimizada por los funcionarios si estos no disponen de la sensibilización suficiente que otorga una formación adecuada sobre el tema. Esta especial sensibilización permitiría evitar la victimización secundaria que muy a menudo se produce. Se puede estar formado, pero no sensibilizado y actuar incorrectamente lo que genera procesos revictimizantes.

Además de la formación y de la sensibilización es básica ***la concienciación***, entendida como hacer adquirir conocimiento de algo. Esta implica el desarrollo de una actitud positiva y proactiva de los funcionarios o de las personas implicadas en la gestión o administración de estos procesos. Esta disposición, este talante de los funcionarios tiene gran importancia ya que puede acercar a las víctimas a las instituciones que representan, y, además, a través de la confianza que genera permite superar las barreras y suspicacias de las víctimas para con el sistema legal y policial. En este sentido, un informante (de profesión juez) explica que: *si no se incide en la formación en perspectiva de género desde las bases del sistema educativo, la discriminación estructural que existe en la sociedad continuará siendo un grave problema. Si bien se ha avanzado en la programación de cursos, charlas, etc., para los operadores de justicia, no es suficiente para paliar los estereotipos negativos y prejuicios existentes tanto en la sociedad como en las personas que trabajan en la Administración de Justicia. Siendo las víctimas, desde el punto de vista práctico las máximas perjudicadas, además del sistema penal, policial, etc.*

La formación de los funcionarios de justicia y de policía en España se plantea desde la posición de garantes de la protección de los derechos de los demás o de terceras personas, sin tener en cuenta que en el ejercicio de su función cabe la posibilidad de ser agentes discriminadores, lo que implica la vulneración de derechos y, por ende, la comisión de delitos. No existe en el Estado español ningún sistema de alerta temprana por el que se detecte quejas reiteradas por comportamientos o actuaciones inadecuadas de los agentes por motivos discriminatorios al estilo del Estado francés o alemán. Un cambio de este enfoque y formación en este sentido sería un buen indicador de la mejora del funcionamiento de las instituciones y quizás incrementaría la confianza de la ciudadanía en las instituciones del Estado. Por último y no menos importante, en cuestión de formación y educación es prioritario implementar en los programas educativos el aprendizaje sobre diversidad afectivo sexual.

La formación de los cuerpos policiales, la de los miembros del sistema de justicia e incluso la de los médicos forenses, personal sanitario en general, los abogados y el personal de seguridad privada es una cuestión fundamental en la lucha contra los delitos de odio y discriminación. La policía debe conocer los delitos existentes. Es frecuente incurrir en ciertos errores, como, por ejemplo: derivar la negación de prestación de servicios de los arts. 511 CP y 512 CP (denegaciones arbitrarias con contenido discriminatorio) a atención al consumidor cuando en realidad son delitos penales. Es necesario (en orden del aprovechamiento de los recursos materiales y humanos) valorar

adecuadamente la gravedad de los casos. Los datos e informes del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona certifican que los juzgados instruyen como delito gran parte de los hechos que la policía califica de falta en sus atestados. Por este motivo, es indispensable realizar las investigaciones y los atestados de forma que permitan la correcta aplicación de los tipos penales como el art. 510 CP o la circunstancia agravante según corresponda art. 22.4 CP. También, los jueces y fiscales deben saber aplicar correctamente la ley nacional e interpretar los tratados internacionales de forma adecuada. Es preeminente que todos los operadores jurídicos que intervienen en esta casuística específica estén debidamente formados en teoría de sexo y género.

En cuanto a las ***reformas legislativas***, sería útil una reforma del Código penal y la legislación sobre el objeto de estudio. Entre ellas la modificación de la agravante de discriminación del art. 22.4 CP ante la existencia de un excesivo contenido y alcance que posibilita el Derecho penal de autor. Por otro lado, en relación con el art. 510 CP. El delito de incitación, la doctrina reclama una mayor determinación de los tipos penales para hacer más efectiva su aplicación. Es necesario un ajuste en la redacción de los tipos que permita apostar por una interpretación restringida, ya que el Derecho penal es la última ratio para luchar contra la intolerancia, justificable solo excepcionalmente. En cuanto a la normativa procesal es necesario agilizar las investigaciones sobre todo en el ámbito de internet, que es donde se propaga el discurso del odio con mayor incidencia. También debería incluirse en las Leyes de Extranjería instrumentos normativos que permitan a las personas en situación de irregularidad en el país y que hayan sido víctimas de delitos de odio quedar exentas de incoación del expediente administrativo de expulsión.

Parece pertinente promocionar una ley integral de delitos de odio basada en el principio de igualdad y no discriminación cuyo objetivo sea proteger a toda la sociedad en lugar de proteger a minorías sociales específicas. Y, específicamente, una ley LGTBI y ley trans estatales. Una ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gays, transexuales, transgénero e intersexuales. Instrumento jurídico esencial para garantizar de manera uniforme la protección de los derechos de las personas LGTBIQ en todo el territorio del Estado. Actualmente, la protección de los derechos de estas personas depende de las leyes autonómicas con desiguales niveles de aplicación y de desarrollo normativo. Esta situación provoca que conductas como las falsas terapias de conversión a la heterosexualidad sean sancionables solo en algunas comunidades autónomas. También en el caso de las personas trans, presentan unas necesidades de protección jurídica muy específicas que cabría vehicular a través de un instrumento legal concreto e implementado de igual manera en todo el Estado. Una ley integral posibilitaría la protección del derecho a la libre determinación sexual e identidad de género.

Es prioritario dar a conocer y popularizar el concepto y normativa relativa al delito de odio, ya que su difusión es sustancial para la conciencia de los derechos de los colectivos vulnerables y de toda la ciudadanía, y de esa manera, alentar la denuncia con

el objetivo de obtener la protección institucional necesaria en cada caso. En este punto, es fundamental la labor y compromiso de los medios de comunicación masiva en el trabajo de creación de estereotipos positivos a través de la imagen y el empleo de la terminología y lenguaje adecuado para familiarizar y concienciar a la población. Además, es importante la construcción de contranarrativas que desarticulen estereotipos, prejuicios, discursos *fake, etc.,* que tengan por objetivo deshumanizar o privar de la dignidad a minorías o grupos sociales vulnerables.

En un sentido más amplio, se podrían iniciar campañas de alfabetización jurídica ante la comprobación del desconocimiento de sus derechos de la mayoría de las víctimas y de la población en general con el objetivo fundamental de incrementar la capacidad de agencia de las personas afectadas o de las minorías sociales. En cuanto a la realización de los cursos, estos podrían realizarse de manera conjunta y coordinada por las policías locales, nacionales, las administraciones públicas y las asociaciones LGTBIQ.

Tiene sentido la creación de un Observatorio de la violencia de odio y discriminación de carácter estatal con participación de las ONG's y asociaciones de las minorías sociales. De esta manera se tendría una radiografía más fidedigna del estado de la cuestión. Además, con datos primarios de gran calidad sería una herramienta importante para el asesoramiento y diseño de las políticas públicas, y también, de formación para los agentes y actores implicados.

Ante la gran cifra negra de delitos de odio parece oportuno apoyar la existencia de la pluralidad de asociaciones que engloban el movimiento asociativo LGTBIQ debido al excelente trabajo que hacen a la hora de visibilizar, acercar a las instituciones y denunciar el odio y la discriminación. Este apoyo debe traducirse en financiación ya que por lo general los objetivos en la planificación e implementación de las políticas de las administraciones públicas muchas veces no coinciden con las obligaciones reales de este tipo de organizaciones que llevan a cabo su labor con carencias importantes de recursos. Y son estas entidades las que trabajan en primera línea junto a las víctimas y conocen sus necesidades. El contacto directo de los agentes comprometidos con las minorías sociales implicadas transmite confianza, protección y empatía. Es fundamental apoyar a las entidades del tercer sector, debido a que cumplen un papel de máxima importancia. Se debe reivindicar el papel del activismo a favor de las minorías sociales como forma de transformar los estigmas, prejuicios y estereotipos que las oprimen. Además, las organizaciones del tercer sector poseen el atributo de generar la suficiente confianza en las víctimas como para acercarlas a las instituciones. Por lo tanto, la coordinación institucional y las relaciones con la sociedad y el tejido asociativo mejoran la visibilización y la investigación de los delitos de odio y discriminación.

Es fundamental mejorar el registro estadístico de denuncias en todos los operadores implicados, para valorar la situación real del problema, detectar carencias y fallos del sistema y, asimismo, mejorar las políticas públicas en cuestión y redireccionar recursos. En el caso de las estadísticas de la administración de Justicia, hay que abordar la modificación del registro informático de fiscales, juzgados y tribunales de forma que permitan recoger las infracciones penales motivadas por odio y discriminación y así

conocer la cifra de investigaciones, procedimientos tramitados, escritos de acusación y sentencias. También se debe mejorar la incorporación de datos de los delitos de odio de las policías locales al SEC. Existe la necesidad de una mejora en el registro de los casos para monitorizar la situación y hacer visible este tipo de delitos a la sociedad y afrontar la infradenuncia. Cuando no hay casos debidamente registrados, la sociedad no reconoce el problema y no se responsabiliza. Actualmente existen diferentes protocolos y diversos registros de delitos de odio, pero descoordinados, lo que provoca que la cifra real sea un enigma. Es importante continuar trabajando en el registro de casos y sentencias para saber que sucede con los casos que llegan a los juzgados ya que los datos disponibles no son representativos del alcance y dimensión del fenómeno.

Una recomendación es diseñar y llevar a cabo encuestas de victimización específicas que permitan comparar los datos de la vía judicial y policial. En este sentido la OSCE en su informe *Recopilación y Seguimiento de los delitos de odio: Una guía práctica* (2014: 34-35) recomienda: percepción individual sobre los comportamientos intolerantes, percepción individual sobre la posibilidad de ser víctima de ese tipo de delitos, experiencia individual de haber sido víctima de ese tipo de delitos, o algún miembro de su familia, experiencia individual de haber sido víctima de cualquier tipo de comportamiento intolerante, experiencia de la denuncia de estos hechos (experiencia de la satisfacción sobre el trato y respuesta ofrecida por la policía), en los casos que no hay denuncia por qué no se presentó, nivel de conocimiento de la legislación antidiscriminatoria, localización del crimen, datos demográficos sobre etnicidad, edad y género. Y, finalmente, los resultados de estas encuestas deben ser publicitados para dar visibilidad sensibilización y conciencia al problema.

El sistema educativo es la herramienta más poderosa y estructural de cambio social. ***Es imprescindible educar a la sociedad, formarla en ciertos valores, en la tolerancia,*** cambiar estereotipos y prejuicios, desde la infancia y la juventud con el objetivo de lograr no solo la concienciación sino también la sensibilización necesaria en la ciudadanía que permita la empatía y, por ende, una mayor comprensión y protección de las víctimas.

Otra propuesta es la ***mejora de la formación con planes específicos sobre la perspectiva interseccional para los agentes de policía, fiscales, colegios de abogados, personal sanitario y agentes del tercer sector*** involucrados en esta casuística con el objetivo de favorecer la comprensión integral de las dimensiones de los delitos de odio y los comportamientos discriminatorios. Estos planes deben incorporar la formación continua en materia de delitos de odio con el objetivo de realizar una correcta calificación de este tipo de delitos, muchas de las veces escondidas detrás de otros delitos. Hay que mejorar la formación del personal sanitario en la promoción, investigación y detección de la violencia del odio implementando protocolos nacionales. En el ámbito sanitario se producen muchos incidentes de odio y discriminación que quedan invisibilizados. Y, por otro lado, hay que avanzar en la concienciación y sensibilización de los funcionarios. Hace falta una mirada más amplia en los procesos de sensibilización y prevención de los delitos de odio e incidir en la necesidad de que todos los agentes implicados vayan a los espacios y colectivos que sufren este tipo de

agresiones y violencias y divulguen los temas que están relacionados ya que lo que prima en las víctimas es el miedo, el aislamiento y la paralización. No se puede pretender que las víctimas se empoderen por sí mismas, solas y a través de actos heroicos, cosa improbable.

De acuerdo con nuestro sistema procesal es sustancial la ***mejora de la coordinación de los fiscales especializados*** para articular mecanismos más ágiles para elevar la eficiencia y la eficacia de los procedimientos. Crear también vínculos de coordinación y colaboración de todos los colectivos implicados para no solo elevar la eficiencia y eficacia de los procesos, sino la protección de las víctimas.

En la misma línea que lo propuesto para los cuerpos policiales estatales, es necesario aprobar en el ámbito de las policías locales protocolos específicos para las primeras diligencias policiales de prevención y aseguramiento del delito o detención de los autores y atención a las víctimas de delitos de odio haciendo especial hincapié en el Estatuto de la Víctima. Estas mejoras tienen que manifestarse en una profundización de las investigaciones policiales, atestados donde se acredite correctamente la motivación del delito y se identifiquen correctamente los indicadores de polarización. Además de reforzar la prueba incriminatoria para no dejar descansar todo su peso exclusivamente en la declaración de la víctima. Y preservar los derechos básicos de las víctimas como así también evitar las victimizaciones posteriores.

Otra propuesta es la ***creación de un organismo independiente de la policía que entienda de las posibles quejas contra los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado***. Esta medida debe entenderse como una buena práctica de las instituciones públicas que fomenta la transparencia y la eficiencia y eficacia de las políticas públicas de seguridad ciudadana. Este organismo debe estar compuesto por personal acreditado y formado en Derechos Humanos y discriminación que tenga la capacidad de emitir informes razonados sobre los protocolos de actuación policiales aplicados, eliminando el sesgo de las investigaciones que se realizan a policías por su desempeño por otros policías.

Otra sugerencia es la creación de unidades especializadas dentro de las policías locales, ya que la policía de proximidad puede establecer vínculos más cercanos con las víctimas al conocer los entornos y las problemáticas específicas de su área de acción. Asimismo, pueden alentar a denunciar los hechos delictuosos. También es importante que la policía mantenga una relación fluida con las asociaciones LGTBIQ para establecer la atmósfera de confianza de la que adolecen. La policía podría de forma proactiva acercarse a las asociaciones que se ocupan de las víctimas y ofrecer ayuda. En este sentido, para mejorar la confianza, sería importante incorporar agentes de diversos orígenes étnicos y LGTBIQ a los cuerpos policiales. La incorporación paulatina de minorías a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y a la planta judicial tiene la capacidad de mejorar la *salud social*[389] de los integrantes del grupo LGTBIQ como lo certifican las buenas prácticas de los países europeos punteros en este tipo de temas. De

[389] El concepto de salud social hace referencia al bienestar físico y psíquico de las personas.

lo contrario, se mantiene la sensación de un "nosotros" contra un "ellos", que es lo que caracteriza en gran medida la xenofobia institucional y la mirada de la víctima.

Asimismo, urge la aprobación de protocolos específicos en el ámbito sanitario y en los servicios sociales para la detección de posibles víctimas de odio y discriminación con el objetivo de dirigir a las víctimas a los recursos de orientación y protección disponibles, así como para comunicar a la Policía, la Fiscalía o los Juzgados de Instrucción los hechos, siguiendo las pautas marcadas en otros protocolos, como en los casos de violencia de género.

Hasta el momento los esfuerzos asociativos tienen mayor incidencia en el público objetivo de clase media y alta. Para aflorar otras realidades que implican la cifra negra de este tipo de delitos es necesario mejorar las debilidades de este tipo de organizaciones. Para subsanar esta situación, ***se evidencia la necesidad de superar las carencias formativas del asociacionismo en delitos de odio, en psicología transcultural, en justicia restaurativa***, etc., por ejemplo, aprovechando la oferta formativa en delitos de odio existente en la Academia y en los organismos públicos con el objetivo de abarcar y llegar a más públicos. Como así también mejorar la coordinación entre las distintas ONG's y las administraciones públicas para aprovechar los recursos, y mejorar la organización con las autoridades locales, autonómicas y nacionales, esencialmente, para proveer de mejores y más servicios a las víctimas y evitar las victimizaciones secundarias.

Además, es sustancial facilitar y mejorar el sistema de accesibilidad a las organizaciones del tercer sector mejorando la flexibilidad horaria y espacial, incluso, desarrollando estrategias de acercamiento y búsqueda activa de víctimas por parte de las organizaciones para llegar a un público más amplio ante la gran cifra negra existente. Es pertinente mejorar los servicios de traducción e interpretación en la prestación de este tipo de servicios ante sociedades multiculturales y víctimas interseccionales. ***También es prioritario realizar valoraciones del daño que sirvan para determinar la necesidad de asistencia que, a su vez, sirvan como informe pericial.*** Asimismo, sería importante la generación de informes psicológicos periciales colegiados imprescindibles en muchos procedimientos penales. Es preciso considerar la creación y desarrollo de programas de atención e integración social de las víctimas a través de grupos de ayuda mutua o de pares y trabajo con las comunidades en las que se produce la victimización.

Es fundamental ofrecer un servicio de asistencia psicológica a largo plazo debido a las consecuencias psicoemocionales que producen las violencias de odio sobre las víctimas. Talón de Aquiles tanto del servicio asistencial del asociacionismo como de la administración pública. Y ante la falta de un sistema institucionalizado de seguimiento de la evolución de las personas victimizadas, incluidos los casos de personas derivadas a otras organizaciones, es necesario diseñar e implementar políticas que velen a largo plazo por la integridad psicoemocional y hagan un seguimiento de las personas afectadas.

Es necesario superar las diferencias con los diferentes operadores de justicia, especialmente, con la policía. De esta manera, se lograría que tanto la policía como las

organizaciones del tercer sector hagan mejor su trabajo. El fortalecimiento de las relaciones con las entidades policiales posibilitaría la derivación de aquellos incidentes con menor entidad penal (que no tienen recorrido jurídico) para que sean atendidos por las entidades. Es importante no minusvalorar el impacto psicológico que se plasma en las identidades de las víctimas de los incidentes no considerados penalmente perseguibles o de menor entidad ya que, por lo general, estos hechos exigen una oferta sostenida en el tiempo de asistencia psicológica de las víctimas. La investigación criminológica pone de manifiesto que la espiral de odio surge con incidentes de poca relevancia, que al no darles importancia y, si se producen de forma frecuente, pueden provocar situaciones con una potencialidad lesiva importante. Y, además, llevan a la normalización de las violencias del odio y la discriminación, generando en las víctimas situaciones de perdida de autoestima, minusvaloración, frustración y depresión.

Por otro lado, ***sería conveniente la aproximación de los cuerpos policiales y la Fiscalía a la ciudadanía.*** A través del diálogo y la pedagogía posibilitaría la construcción de una imagen cordial y de servicio, reemplazando o suavizando la imagen lejana o de represión y castigo que poseen estas instituciones. Evitando la asimetría de las relaciones que inducen a la verticalidad o una función tuitiva de las organizaciones. En la práctica policial y judicial diaria es importante hacer hincapié en una identificación de los hechos que respete estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación con el objetivo de evitar la victimización institucional.

Una cuestión importante es mejorar el acceso de la información por parte de la víctima. Este es un derecho contemplado en el art. 5 de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima, *es necesario que los poderes públicos se centren en este derecho y protejan su cumplimiento ante la lentitud documentaria certificada*. La falta de información además de ser un obstáculo en la protección de la víctima del delito es una de las principales causas por las que se decide no denunciar hechos que podrían ser constitutivos de infracción penal.

También es adecuado mejorar el acceso a la ayuda letrada por parte de las víctimas. Los estudios de capacidad económica de las víctimas para el acceso a la ayuda letrada gratuita tardan demasiado y pueden dificultar el procedimiento y ser un obstáculo importante. Una opción es eliminar dichos estudios de capacidad económica de la víctima ante la gran vulnerabilidad de estas personas.

Ante una ineficaz respuesta de la justicia tradicional en el proceso de resarcimiento de los daños y las víctimas, se hace necesario una adecuación e incentivo de medidas alternativas y complementarias a las necesidades de compensación de la víctima, como podría ser la Justicia Restaurativa. Se deben establecer protocolos de actuación en los que la prioridad sea el acompañamiento y la satisfacción de los intereses de la víctima en la reparación del daño sufrido con el objetivo de evitar cualquier tipo de victimización secundaria, intimidación, venganza o represalias y obtener, en lo posible, una reparación del daño, la no repetición y la reconciliación. Sin embargo, más allá de la potencialidad de los métodos alternativos es evidente que existe un gran

desconocimiento entre los distintos operadores de justicia sobre las implicaciones de estas nuevas vías. Además, es importante tener en cuenta que en el sistema legal prevalece una justicia de tipo punitivo que impide en cierta manera el avance de nuevas formas de resolución de conflictos. En relación con la justicia restaurativa y ante una falta de regulación clara en este sentido, es necesario un desarrollo legal que garantice claridad en las definiciones de los actores y de procedimientos que garanticen una aplicación óptima de sus principios.

Dentro del colectivo LGTBIQ existen diferentes subgrupos que se encuentran con una mayor vulnerabilidad, como las personas transexuales, las personas mayores, los migrantes y los y las trabajadores sexuales. Es necesario diseñar y desplegar programas específicos para estos grupos sociales con el objetivo de garantizar sus derechos y libertades que en numerosas oportunidades se ven vulnerados por falta de recursos y de conocimiento sobre su realidad, necesidades y tipos de discriminaciones que padecen. En el caso de los refugiados LGTBI, velar por el cumplimiento de las peticiones de asilo político. ***Y, finalmente en el caso de los y las trabajadoras sexuales es imprescindible implementar programas específicos atendiendo sus necesidades y demandas, siendo grupos sociales altamente estigmatizados con mayor riesgo de precariedad.***

Se hace necesario y sería de máxima utilidad el fomento del trabajo en red de todos los servicios de los diferentes operadores de justicia, las organizaciones del tercer sector, las administraciones públicas y la sociedad civil (policía, justicia, sanidad, administraciones locales, servicios sociales y psicológicos, ONG´s, etc.) con el objetivo de superar los contactos personales, las relaciones informales entre los distintos agentes y, a su vez, permitir una mejor comprensión del fenómeno de los delitos de odio y planificar y desarrollar una mejor estrategia de prevención y políticas públicas.

Sería útil potenciar que los ayuntamientos (como administración pública más próxima y el municipalismo como paradigma transformador) desarrollen políticas públicas específicas dirigidas al colectivo LGTBI que potencien la visibilidad y seguridad de las personas LGTBI. Y que estas administraciones cuenten en todo momento con el apoyo y la participación activa del tejido asociativo LGTBI y feminista. Y para combatir el estigma es necesario implementar estrategias educativas a través del sistema educativo público y los medios de comunicación masiva que faciliten el conocimiento de las realidades de la diversidad sexual luchando contra mitos y corrigiendo errores conceptuales vinculados a la composición del estigma.

No menos importante es la dotación económica necesaria para financiar los servicios especializados con los recursos necesarios para desempeñar su función, como son la Fiscalía (mejora del sistema de recolección de datos de la Fiscalía), los servicios especializados para la atención de las víctimas y la financiación de los planes formativos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, policía, sanitarios, etc. También la adecuación de las instalaciones judiciales con los medios técnicos y materiales necesarios para evitar posibles victimizaciones secundarias, como salas de espera separadas, la posibilidad de que las víctimas testifiquen de forma protegida o incluso, que sigan el juicio desde habitaciones contiguas separadas a través de medios telemáticos con la sala de vistas.

El estado de derecho debe apoyar y contar con mecanismos eficaces de lucha contra la homofobia, la lesbofobia, la transfobia, la xenofobia, etc. que van desde el activismo, a la legislación de derechos humanos, hasta como última ratio el Derecho penal, donde la intervención penal solo tiene sentido en los casos extremos y más graves. El odio al otro al diferente puede tener muchas manifestaciones y expresiones, sin embargo, en una sociedad democrática estas exposiciones no mejoran la democracia, al contrario, la desvirtúan.

La inexistencia de estudios empíricos serios sobre el fenómeno de los delitos de odio y discriminación por orientación sexual e identidad de género y el dramatismo mediático con el que se comunican las noticias relacionadas con la violencia y el odio al colectivo LGTBI, preludian un cierto desenfoque sobre las dimensiones reales de estas conductas lesivas y sobre la realidad de estos colectivos vulnerables. Se hace imprescindible una radiografía certera sobre la realidad del fenómeno y sus efectos que nos acerque de manera clara y concisa y no distorsionada. Es necesario compensar el déficit histórico en la investigación de este tipo de delitos y esta tesis pretende ser un paso más en ese proceso de construcción de conocimiento al respecto.

Bibliografía:

Aba Catoira (1999). *La limitación de los derechos en la jurisprudencia dl Tribunal Constitucional español*. Valencia. Tirant lo blanc.

Abel Souto, Miguel (2010). "Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios", *Revista Penal* (25), pp. 3-11.

Achutegui Otaolaurruchi, Pedro (2017). "Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social". *Revista de Victimología*, nº 5, pp. 33-62.

Adam Donat, A.; Martínez Vidal, A. (2004). "Consideraciones sobre tan repugnante tendencia sexual: la homosexualidad en la psiquiatría del franquismo". En: *Orientaciones. Revista de las homosexualidades* 7, pp. 51-72.

Adam Donat, A.; Martínez Vidal, A. (2008). "Infanticidas, violadores, homosexuales y pervertidos de todas las categorías. La homosexualidad en la psiquiatría del franquismo". En Ugarte Pérez, J. (ed.), Una discriminación universal. *La homosexualidad bajo el franquismo y la transición*. Barcelona-Madrid: Egales editorial.

Adam, A.; Martínez Vidal, A. (2008a). "Homosexualitat i perillositat social: bases médiques i cientifiques d´una llei tardofranquista", *Actes d´historia de la ciencia i de la técnica,* 1 (1). Disponible en: http://publicacions.iec.cat/repository/pdf/00000054/00000090.pdf

Adorno, Theodor; Else Frenkel-Brunswik, Daniel J. Levinson y R. Nevitt Sanford (1950). *The Authoritarian Personality*, Nueva York, Harper & Row.

Aebi, Marcelo.; Linde, Antonia (2010). "El Misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-07, pp. 1-30.

Aguilar Fernández, P. (2001). *Justicia, política y memoria: Los legados del franquismo en la transición española.* Centro de estudios avanzados en ciencias sociales: Estudios/working papers. Instituto Juan March de estudios e investigaciones, Madrid.

Aguilar, Miguel Ángel (2011). "La reforma del art. 510 del Código Penal", *Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 86, pp. 1-10.

Álamo, Alonso (2012). "Sentimientos y Derecho penal", *Cuadernos de Política Criminal*, 116, pp. 99-116.

Alastuey Dobón, Carmen (2014). "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas". *Diario La Ley*, nº 8245, pp. 1-25.

Alastuey Dobón, Carmen (2016). "Discurso del odio y negacionismo en la Reforma del Código penal de 2015", en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 1-14, pp. 1-38.

Alcácer Guirao, (2012). "Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes", *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología,* (14), pp. 1-33.

Alcácer Guirao, R. (2013). "Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE. UU y Europa", Revista de Derecho Constitucional, n. 103, pp. 45-86.

Alcalá Zamora Castillo, Niceto (1934). *Estudios de Derecho procesal*. Madrid: Editorial Góngora.

Alejandre, J. (1993). "La crítica de los ilustrados a la administración de justicia del Antiguo Régimen". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXVI* (homenaje a Fr. José López Ortiz), vol. II. San Lorenzo de El Escorial, 26, 425-451.

Aliaga, J; Cortés. M (1997). *Identidad y diferencia (sobre la cultura gay en España)*. Egales. Barcelona-Madrid.

Alises, Charo (2019). *Guía de Delitos de Odio LGTBI*. Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Junta de Andalucía: Unigraphics. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/publicacion/19/01/Guia%20LGTBIfobia.pdf

Allport, G.W. (1954). *La naturaleza del prejuicio*. Cambridge, Mass.: Addison-Wesley.

Alonso Álamo, M. (2002). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos.

Alonso Álamo, M. (2012). "Sentimientos y Derecho penal", *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, pp. 35-96.

Alonso Rimo, A. (2010). "Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3º Época, núm. 4, pp. 13-80.

Alvar, Jaime (2001). *Los misterios: religiones orientales en el Imperio Romano*. Barcelona: Crítica.

Alvarado Planas, Javier (2011) « A modo de conclusiones: el *Liber Iudiciorum* y la aplicación del Derecho en los siglos VI a XI », *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 41-2, pp. 109-127.

Alvarado Planas, Javier (2011). "A modo de conclusiones: el *Liber Iudiciorum* y la aplicación del Derecho en los siglos VI a XI ", *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 41-2, pp. 109-127.

Álvarez Cora, Enrique (1997). "Derecho Sexual Visigótico". *Historia, instituciones, documentos*, 24. Sevilla. Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Álvarez, Javier (2018). "Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 16, nº 1, pp. 69-97.

Álvarez Peláez, R.; Huertas García, A. (1987). *¿Criminales o locos? Dos peritajes psiquiátricos del Dr. Gonzalo Lafora.* Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Álvarez Peláez, Raquel (1988). "Origen y desarrollo de la eugenesia en España", en José Manuel Sánchez (ed.), *Ciencia y Sociedad en España. De la Ilustración a la Guerra Civil*. (Madrid: El Arquero/CSIC), pp.178-204.

Álvarez Rodríguez, Ignacio (2019). "El Discurso del Odio Sexista". *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 48, mayo, pp. 1-68.

Álvarez Uría, Fernando (1983). *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX*. Barcelona: Tusquets.

Álvarez Uría, Fernando; Varela, J. (2009). *Sociología de las instituciones*. Madrid: Morata.

Alventosa del Río, J. (2008). *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Madrid: Ministerio de Trabajo.

Alventosa del Río, J. (2016). "Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y Legislación Española". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, mayo-agosto, pp. 153-186.

Ambos, Kai (2007). *Derecho penal del enemigo*. Traducción por Carlos Gómez Jara Díez y Miguel Lamadrid. Bogotá: Servicio de Publicaciones de la Universidad del Externado de Colombia.

Anguera, M. (1986). "La investigación cualitativa". *Revista Educar*, 10, pp. 23-5. Disponible en: http://www.raco.cat/index.php/educar/article/download/42171/94904

Aniyar de Castro, L. (2008). "Los crímenes de odio: Discurso Político y Delincuencia Violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la Criminología Crítica en Venezuela en los Inicios del Siglo XXI", en: *Capítulo Criminológico*, vol. 36, nº 2, pp. 5-39.

Antón Oneca, José (1949). *Derecho Penal Tomo I, Parte General*. Madrid: Gráfica Administrativa.

Antón Oneca, José (1970). *La obra Penalística de Jiménez de Asúa*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Anton Oneca, J. (1971). El Derecho penal español de posguerra. En *Problemas actuales del Derecho penal y procesal* (pp. 1161-1174). Salamanca: Universidad de Salamanca.

Apolodoro (1987). *Biblioteca mitológica*. Edición de José Calderón Felices. Madrid: Ediciones Akal.

Aresti, Nerea (2010). "Hombres de verdad. El proyecto primorriverista para la restauración de la masculinidad nacional", en *Masculinidades en tela de juicio*, Madrid: Ediciones Cátedra, pp. 121-127.

Ariès, Philippe (1978). "Saint Paul et la chair", *Communication*, 35: 34-36. El número 35 de Communications está publicado en castellano como: Philippe Ariès et al. (1987), *Sexualidades occidentales*, Barcelona: Paidós Studio.

Ariès, Philippe (1987). "San Pablo y los pecados de la carne". Ph Ariès, A. Bejín, M. Foucault y otros, en: *Sexualidades Occidentales*. Barcelona: Paidós, pp. 65-69.

Ariès, Philippe (1987a). "Reflexiones en torno a la historia de la homosexualidad". Ph Ariès, A. Bejín, M. Foucault y otros, en: *Sexualidades Occidentales*. Barcelona: Paidós, pp. 103-122.

Ariès, Philippe; Duby Goerges (1989). *Historia de la vida privada*. Madrid: Taurus

Aristóteles (1968). *Retórica*. Madrid: Editorial Aguilar.

Armand de Fluviá (1978), "La represión legal" en José Ramón Enríquez (ed.), *El homosexual ante la sociedad enferma*, Barcelona. Tusquets. Pp. 85-86.

Arnalte, Arturo. (2003): *Redada de violetas. La represión de los homosexuales durante el franquismo*. Madrid, Ed. La Esfera de los Libros.

Arnalte, Arturo (2004). "Galería de invertidos. Vida cotidiana de los homosexuales en las cárceles de Franco", *Revista Orientaciones*, núm. 7.

Arnalte, A. (2004). *Redada de violetas. La represión de los homosexuales durante el franquismo*. Madrid: La Esfera de los libros editorial.

Article 19 (2018). *Self regulation and hate speech on social media platforms.* London: REC Rights, Equality and Citizenship agency (UE).

Ashmore, R. (1970). "The problem of intergroup prejudice". En Collins, B, editor: *Social Psychology*, Addison Wesley.

Assiego Cruz, Violeta, Orejón Sánchez de las Heras, Néstor (2018). *Delitos de Odio. Guía práctica para la abogacía.* Madrid: Fundación abogacía Española.

Atienza, M (2007). "Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión", en *Revista Internacional de Filosofía política*, núm. 30, pp. 65-72.

Atkinson, P.; Coffey, A.; Delamont, S. (2001). "A debate about our canon". *Qualitative Research*, 1 (1), pp. 5-21

Atkinson, R, Flint, J. (2001a). "Accessing hidden and hard-to-reach populations: Snowball research strategies". *Social Research update*, Departament of Sociology. Guilford., UK: University of Surrey, nº 33, pp. 1-4.

Ayala, Carlos (2017). "La Reconquista: ¿Ficción o realidad historiográfica?", *La Edad Media Peninsular, Aproximación y problemas*, coord. Por A. Gordo Molina y D. Melo Carrasco, Ediciones Trea, pp. 127-142.

Arxiu Central dels jutjats de la Ciutat de la Justicia de Barcelona, legajo de los juzgados de vagos y maleantes, expediente de peligrosidad núm. 142. 1957.

Baca, G. (1766). *Los Toribios de Sevilla: Breve noticia de la Fundación de su Hospicio, su admirable principio, sus gloriosos progresos y el infeliz estado en que al presente se halla.* Madrid: Francisco Xavier García.

Baca, E. (2003). "La actitud ante la víctima: reacciones personales, sociales y profesionales". En E. Baca y M.L. Cabanas (Eds.), *Las víctimas de la violencia*. Madrid: Triacastela.

Baca, E. (2006). "Los procesos de desvictimización y sus condicionantes y obstáculos". En E. Baca, E. Echeburúa y J.M. Tamarit (Eds.), *Manual de Victimología*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Baca, E. (2010). "Presencia y apariencia de la víctima". En J. M. Tamarit (ed.), *Víctimas olvidadas*. Valencia: Tirant lo blanc.

Bacigalupo, Enrique (2005). *Estudio preliminar y epílogo de la teoría jurídica del delito de Luis Jiménez de Asúa*. Madrid: Dykinson

Badinter, Elizabeth (1993*). La Identidad Masculina*. Madrid. Editorial Alianza.

Baird, V. (2006). *Sexo, Amor y Homofobia: Vidas lesbianas, gays, bisexuals y transgénero*. Madrid: Editorial Egales.

Bamforth, N. (2000), «Sexual Orientation Discrimination after Grant v. South-West Trains», *Modern Law Review*, vol. 63, núm. 5, pp. 694-720.

Banají, M. (1994). "The role of stereotyping in system justification and the production of false consciousness". *British Journal of Social Psychology,* 33:1-27.

Baratta, A. (1972). "Filosofia e Diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni". *Revista Internacionale di Filosofia del Diritto*, vol. XIL, 29-54.

Barber Burusco, S. (2004). *Los actos preparatorios del delito*. Granada: Comares.

Barberá, N.; Inciarte, A. (2012)." Fenomenología y hermenéutica: dos perspectivas para estudiar las Ciencias Sociales y Humanas. Multiciencias, vol. 12, nro 2, abril-junio, pp. 199-205. Universidad de Zulia. Venezuela.

Barbero Santos, Marino (1977). *Política y Derecho penal en España*. Madrid: Tucar ediciones.

Barreiro, Jorge (1996). "Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal español", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 25, marzo. Madrid.

Barrientos, J.; Cárdenas, M. (2013). "Homofobia y calidad de vida de gays y lesbianas una mirada psicosocial". *Psykhe*, 22(1), pp. 3-14.

Bartolomé Clavero, Salvador (1990). Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones, en Francisco Tomás y Valiente (ed.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid: Alianza Editorial.

Barth, Paul (1930). *Los estoicos*. Madrid: Revista de Occidente.

Bastida, Francisco (1986). *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*. Barcelona: Ariel.

Bazán, Iñaki (2003): "El estupro. Sexualidad delictiva en la Baja Edad Media y primera Edad Moderna", *Mélanges de la Casa de Velázquez.* Nouvelle série, 33-1.

Becker, Howard (2009). *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Ediciones Siglo XXI.

Bell, M (1998). "Novedades: legislación comunitaria y política de discriminación por orientación sexual", en Berger, J., Krickler, k., Lewis, j (eds.), *Igualdad de lesbianas y gais: un tema importante en el diálogo civil y social*, ILGA-Europa, Bruselas, 1998, pp. 10-13.

Bell, David; Binnie, Jon (2000). "The sexual citizen". *Queer Politics and Beyond*, Oxford-Cambridge-Massachusetts, Polity Press & Blackwell Publishers.

Bell, M. (2012). "Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law". *The American Journal of Comparative law*, vol. 60, pp. 127-146.

Belloc, Hyppolyte (1819). *Curso de medicina legal teórica y práctica*. Madrid: De García.

Bentham, J. (1993)." De l`influence des temps et des lieux en matière de legislation", en: *Oeuvres de J. Bentham, jurisconsult anglais*, trad. De E. Dumont, Bruxelles 1830, t. I, pp. 300-301; citado en Cartuyvelles, Yves, "L`ideal de la codification. Etapes et développements Avant le 19e siecle, en: *Revenue interdisciplinaire d`etudes juridiques*, n. 31, p. 90. Bruxelles.

Berger, P. y Luckman, T. (1986). *La construcción social de la realidad*. Argentina: Amorrortu.

Berlín, Isaiah (1998). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid. Alianza.

Bernal del Castillo, Jesús (1998). *La discriminación en el derecho penal*. Granada: Editorial Comares.

Bernal del Castillo, Jesús (2014). "Política criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación", *Política Criminal,* (18), pp. 371-399.

Bernal del Castillo, Jesús (2016). "La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código penal de 2015", *InDret*, abril-2, pp. 1-22.

Bernaldo de Quirós y Llanas Aguilaniedo (1901). Recensión: "La mala vida en Madrid". *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 49, nº 98, pág. 640-641.
Bernaldo de Quirós (1903). "Mendigos y vagabundos", en el Heraldo de Madrid, de 21 de mayo.

Berneri, Camilo (1928). "La degeneración sexual en las escuelas", en *La Revista Blanca*, 118, pp. 51-55.

Bestard, Joan; Contreras, Jesús (1987). *Bárbaros, paganos, salvajes y primitivos: Una introducción a la Antropología*. Barcelona: Editorial Barcanova.

Billig, M. (1984). "Racismo, prejuicios y discriminación". En: Moscovici, S. (Ed.), *Psicología Social*. Barcelona: Paidós.

Billig, M. (1986). "Very ordinary life and young conservatives". En Belhof, H. (ed.) *Getting into life*. London: Methuen.

Bisquerra, R. (2012*). Metodología de la investigación educativa*. España: La Muralla.

Blackmore, Josiah; Hutcheson, Gregory (1999). *Queer Iberia Sexualities, cultures, and crossing from the middle ages to renaissance*. New York: Duke University Press.

Blanco, A. (1983). *Análisis cuantitativo de la conducta en sus contextos naturales: Desarrollo de un modelo de series de datos para el establecimiento de tendencias, patrones y secuencias.* Tesis Doctoral no publicada. Barcelona: Universidad de Barcelona, Departamento de Psicología Experimental.

Blazak, Randy (2011). *Hate Crime*. Belmont: Cengage Learning, Inc.

Blázquez, José (1995). *Cristianismo primitivo y religiones mistéricas*. Madrid: Cátedra.

Boaventura de Soussa Santos (2003). *Crítica de la razón indolente*: *contra el desperdició de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. San Paulo: Editorial Desclée de Brouwer.

Boaventura de Soussa Santos (2005). *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta.

Boaventura de Soussa Santos (2007). "Para allem do pensamiento abyssal: das linhas globais a uma ecologia de saberes", *Revista Crítica de Ciencias Sociais*, 78, pp. 3-46.

Boeckmann, R.; Turpin-Petrosino, C. (2002). "Understanding the Harm of Hate Crime", in *Journal of Social Issues*, vol. 58, nº 2, pp. 207-225.

Boeri, Marcelo (2004). "Observaciones sobre el trasfondo socrático y aristotélico de la ética estoica". En: *Ordia Prima*, 3, pp. 107-146, Universidad de los Andes.

Boeri, Marcelo (2010). "Ser y Géneros del ser en el estoicismo antiguo. Una distinción ontológica importante aplicada a la ética y teoría de la acción". En: *Pensamiento*, vol. 66, núm. 247, pp. 55-81.

Boix, V. (1863). *Valencia histórica y topográfica*. Tomo II. Valencia: Ruis.

Boixareu, R. (2000). "L´antopología de la salut. Cultura, preocupació social i salut (II-B)". *Art Brevis 6*, pp. 25-76. Cátedra Ramon Llull.

Bolívar, A. (2001). *La investigación biográfico-narrativa en educación. Enfoque y metodología.* España: La Muralla.

Bollinger, L (1986). *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York. Oxford University Press.

Boltanski. Luc (1975). *Puericultura y Moral de clase*. Barcelona: Laia.

Bomhoff, J. (2008); "Lüth´s 50 th Anniversary: Some comparative observations on the German foundations of judicial balancing", *German Law Journal*, vol. 9 núm. 2, pp. 121-124.

Bommes, M.; Geddes, A. (2010). *Inmigration and Welfare. Challenging the borders of the welfare state*. London: Routledge.

Bonilla, A. (1998). “Los roles de género”. En J. Fernández (coord..), *Género y sociedad*. Madrid. Pirámide.

Boone, Marc (1996). “State power and illicit sexuality: the persecution of sodomy in Late Medieval Bruges”, *Journal of Medieval History*, XXII, pp. 135-153.

Borja Jiménez, Emiliano (1999). *Violencia y criminalidad racista en Europa Occidental: la respuesta del derecho penal.* Granada: Editorial Comares.

Borrillo, Daniel (1995). “Statut Juridique de l´homosexualité et droits de l´homme”, en R. Mendes-Leite (dir.), Un sujet inclassable? *Approches sociologiques, littéraires et juridiques des homosexualités*, Cahiers Gai-Kitsch-Camp, nº 28, Lille, fevrier, pp. 99-115.

Borrillo, Daniel (2000). “Sexual Orientation and Human Rights in Europe”, *Peace, Justice and Freedom. Human rights Challenges for the New Millennium,* The University of Alberta Press, Canada, pp. 303-311.

Borrillo, Daniel (2001). *Homofobia*. Barcelona: Bellaterra.

Borrillo, Daniel (2011). “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual”, *Revista de Estudios Jurídicos, Universidad de Jaén, pp. 1-19.*

Boswell, John. (1996a): *Les unions de même sexe dans l’ Europe antique et médiévale.* París, Fayard.

Boswell, John. (1996b): *Las bodas de la semejanza. Uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*. Barcelona, Muchnik Editores S.A

Boswell, John. (1992, 1998, 1999). *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*. Barcelona, Biblioteca Atajos.

Bourdieu, Pierre (2000). *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama.

Bourdieu, Pierre; Wacquant, Loïc (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Bourhis, R.; Leyens, J. (1997). *Estereotipos, discriminación y relaciones entre grupos*. Madrid: Mc Graw-Hill.

Bowman, Jeffrey (2003). “Infamy and Proof in Medieval Spain”, Fenster, Th, and Smail, D. L. (eds.), *Fama. The Politics of talk reputation in Medieval Europe*, Cornell University Press, Nueva Cork, pp. 95-117.

Brandáriz García, J. (2010). “Victimización de migrantes”, en Tamarit Sumalla, J. (coord.). *Víctimas olvidadas*. Valencia: Tirant lo blanc.

Briand, J.; Bouis, J.; Casper, L. (1872*). Manual Completo de Medicina Legal y Toxicología, 2 vols*. Madrid: Moya y Plaza. Pág. 112.

Brietzke, P (1997). "How and Why the Marketplace of Ideas Fails". *Valparaíso University Law Review*, núm. 31, págs. 951 y ss.

Bringaze, T.; White, L. (2001). "Living out proud: Factors contributing to healthy identity development in Lesbian leaders". *Journal of Mental Health Counseling*, 23 (2), 162-173.

Brundage, James A. (2000): *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*, FCE, México.

Brünner, José (2004). *Pobre el que no cambia la mirada*. Santiago: Facultad de Comunicación de la Universidad Diego Portales, Hogar de Cristo y Fundación para la superación de la pobreza.

Buchler, Justus (1961). *The concept of method*. New York: Columbia University Press.

Buffière, Félix (1980): *La pédérastie dans la Grèce antique*, Paris, Les Belles lettres.

Bulmer, M. (1979). "Concepts in the anlysis of quantitative data". *Sociological Review*, 27 (4), pp. 651-677

Bullough, Vern L. y Brundage, James A (1982).: *Sexual practices ant the medieval Church*, Bufalo-New York. Prometheus.

Busquets Surribas, Montserrat (2017). Tesis Doctoral: "*Autonomía e información en el proceso de atención sanitaria a mujeres con cáncer de mama y hombres con enfermedad coronaria*". Barcelona: Universitat de Barcelona.

Bustos Gisbert, R (1994). "El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 85, pp. 261-289

Bustos, O. (1994). "La transformación del género: el impacto de la socialización a través de la educación", en Campo (Consejo Nacional de Población) (eds.). *Antología de la sexualidad humana*, t.I. México, Conapo, pp.267.298.

Butler, Judith (1997). *Excitable Speech: A Politics of the Performative*. New York: Routledge.

Buxán, X. (1977). *Conciencia de un singular deseo*. Barcelona: Alertes.

Caís, Jordi (1997). *Metodología del análisis comparativo.* Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas. Cuadernos Metodológicos.

Caís, J.; Folguera, L.; Formoso, Cl. (2014). Investigación cualitativa longitudinal. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas. Cuadernos Metodológicos.

Calvo Borobia, Kerman (2000). "El movimiento homosexual en la transición a la democracia", en: *Orientaciones: revista de homosexualidades*, 2, pp. 85-108.

Calvo Borobia, Kerman (2003). Disidencia sexual y diferencia: el movimiento de lesbianas y gays en España en perspectiva comparada. En *Sociología de la Sexualidad*, Raquel Osborne y Oscar Guasch, 198-223. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Calvo Borobia, Kerman (2017). *¿Revolución o Reforma? La Transformación de la Identidad Política del Movimiento de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales en España, 1970-2005*. Madrid. Politeya, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Cámara Arroyo, Sergio (2017a). "La libertad de expresión en estado de alerta "Def con Dos": a propósito de una condena por apología del terrorismo y humillación a las víctimas", Revista de Derecho, UNIR, pp, 11-22.

Cámara Arroyo, Sergio (2017). "El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión", ADCP, vol. LXX, pp. 1-44.

Cámara Arroyo, Sergio (2018). "Delitos de Odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?, *La Ley Penal*, nº 130, enero-febrero, pp. 1-38.

Camarero González, Gonzalo (2013). "Algunas notas sobre los artículos 510 y 607.2 CP y su posible reforma desde el derecho comparado". *La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario,* nº 100, pp. 1-16.

Campbell, D. (1967). "Stereotypes and perception of Group differences". *American Psychologist*, 22: 817-829.

Campos, Alberto (1932*). Las aberraciones del sexo*. Jasón. Barcelona.

Campos Marín, Ricardo, Martínez Pérez. José; Huertas García-Alejo, Rafael (2001). *Los ilegales de la naturaleza. Medicina y degeneracionismo en la España de la restauración (1876-1923)*. Madrid: CSIC.

Campos Marín, Ricardo (2007). "Crimen y locura. La patologización del crimen en España". En: *Revista de Historia*, vol. 20, pp. 85-105.

Campos Marín (2007a). "¿Psiquiatría para los ciudadanos o psiquiatría para la represión? El problema de la peligrosidad del enfermo mental en España (1920-1936). En: Campos, R; Villasante, O.; Huertas, R, (eds.), *De la edad de plata al exilio. Construcción y reconstrucción de la psiquiatría española*, Madrid, Frenia, pp. 15-36.

Campos Marín, Ricardo (2012). *El caso Morillo: crimen, locura y subjetividad en la España de la Restauración*. Madrid: Frenia-CSIC.

Campos Marín, Ricardo (2013). "La construcción del sujeto peligroso en España (1880-1936). El papel de la psiquiatría y la criminología". *Asclepio*, 65, (2), p0 17, pp. 1-13.

Campos Marín, Ricardo; Huertas, Rafael (2013). "Lombroso but not Lombrosians? Criminal Anthropology in Spain. En: Kneppe y Ystehede Per Jorgen (ed.), *The Cesare Lombroso Handbook*, New York, Routledge, pp. 309-323.

Campos Marín, Ricardo (2016). "La construcción psiquiátrica del sujeto peligroso y la Ley de Vagos y Maleantes en la España franquista (1939-1970)". *Revista Culturas Psi/Psy Cultures*, nº 7, pp. 9-44.

Cancio, M. (1986). "Entrevista con Michel Foucault: El poder, el sadomasoquismo y el estado", *Ábaco. Revista de cultura y ciencias sociales*, nº 1, pp. 77-80.

Cancio Meliá, Manuel (1997). "Comentario a los delitos contra la Constitución y de terrorismo", en: *Comentario al Código Penal*. Rodríguez Mourullo (dir.) / Jorge Barreiro (coord.). Madrid: Civitas Ediciones.

Cancio Meliá, Manuel (2002). "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000". *Jueces para la democracia*, nº 44, pp. 19-26.

Cancio Meliá, Manuel (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus.

Cannie, H/Voorhoof, D (2011)" The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection*?" Netherlans Quaterly of Human Rights*, núm. 29, págs. 54 y ss.

Canor, I. (2000), «Equality for Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order – 'They shall be male and female'?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, núm. 3, pp. 273-299.

Cappelleti, Ángel (Trad.) (1996). *Los estoicos antiguos*. Madrid: Editorial Gredos.

Carasa, P. (1997). "La revolución nacional-asistencial durante el primer franquismo (1936-1940)". *Historia Contemporánea* (Marginación, desigualdad y poder), nº 16, pp. 89-140.

Caravilla del Barrio, Mauricio (1956). *Sodomitas*. Madrid. Editorial Nos

Cardenal Motraveta, Sergi (2002). *El tipo penal en Beling y los neokantianos.* Barcelona: Universitat de Barcelona

Cardín, Alberto (1984). *Guerreros, chamanes y travestis. Indicios de homosexualidad entre los exóticos*. Barcelona. Tusquets.

Cardoso de Oliveira, Roberto (2004). "El trabajo del antropólogo: Mirar, Escuchar, Escribir". *Revista de Antropología Avá*, 5, pp. 55-68.

Carlavilla del Barrio, Mauricio (Mauricio Karl) (1956). *Sodomitas: homosexuales políticos, científicos, criminales, espías, etc*. Madrid: Editorial Nos.

Carmi, G. (2008). "Dignity versus Liberty: The two Western Cultures of Free Speech". *Boston University International Law Journal*, núm. 26, págs. 277 y ss.

Carnicer, Ramón (1969). *Entre la ciencia y la magia. Mariano Cubí*. Barcelona. Seix Barral. Pp. 273-288.

Carr, Raymond; Fusi, Juan (1981). *Spain: Dictatorship to Democracy*. London: George Allen & Unwin.

Carrasco, Rafael (1986). *Inquisición y represión sexual en Valencia: historia de los sodomitas valencianos (1565-1785)*. Barcelona. Laertes.

Carrasco, Rafael (1989). *Mentalités. Histoire des cultures et des societés. Violences sexuelles*. Madrid: Alianza.

Carratalá, Adolfo (2017). "La participación de la prensa de Cataluña en la construcción de la homofobia como problema social (2012-2014)". *Prisma Social Ciudadanía digital y open data access*, nº 18, pp. 364-392.

Caruso, C. (2011). "Ai confini dell´abuso del diritti: l´hate speech nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritto del´Uomo, en L. Mezzetti y A. Morrone, *Lo strumento costituzionale dell´ordine publico europeo*, G. Giappichelli, Turín, pp. 339-352.

Casadevall Medrano, J. (2007), *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, Barcelona, Bosch.

Casanova, Julián (1997). *De la calle al frente. El anarcosindicalismo al frente (1931-1939).* Barcelona: Crítica.

Casco Solís, J. (1999). "Psiquiatría y franquismo. Período de institucionalización (1946-1960)", en Fuentenebro Filiberto et al. (eds.), *Psiquiatría y cultura en España en un tiempo de Silencio*. Luis Marín Santos. Madrid: Necodisne.

Casiano (2017). *Instituciones*. Madrid: Rialp.

Castejón, F. (1955). "El Código penal y la psiquiatría". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Tomo IX, fascículo II, PP. 229-266.

Castel, Roberto (1980). *El orden psiquiátrico. La edad de oro del alienismo*. Madrid: La Piqueta.

Castiglioni, A. (1948). *Storia della medicina*. Verona: Arnoldo Mondadori Editore.

Castillo Córdova, L. (2007). "Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 119, pp. 385-437.

Castillo Robles, C., Priego Cuadra, T., Fernández Tresguerres, J.A, (2003). El proceso de diferenciación sexual y biología del transgenerismo, en *Transexualidad. La búsqueda de una identidad* (dir. A. Becerra Fernández), Madrid: Ediciones Díaz Santos.

Cátala i Bas, A. (2001*). Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Valencia. Ediciones Revista General de Derecho

Cayuela Sánchez. S. (2009). "El nacimiento de la biopolítica franquista. La invención del homo patiens". *Isegoría*, 50, pp. 273-288.

Cayuela Sánchez, S. (2014). *Por la grandeza de la patria. La biopolítica en la España de Franco (1939-1975).* Madrid: Fondo de Cultura Económica en España.

Cazorla, Antonio (2000). *Las políticas de la victoria. La consolidación del nuevo estado franquista (1938-1953)*. Madrid: Marcial Pons.

Chacón Ledesma, Lucía (2016). "Delitos de odio y Discriminación en el Código Penal", *Ponencia I Congreso Nacional sobe Discriminación y Delito de odio*. Córdoba: Fiscalía Provincial de Córdoba. Disponible en: http://federacionkamira.es/wp-content/uploads/2017/01/PONENCIA-LUCIA-CHACON-Examen-de-los-tipos-espec%C3%ADficos.pdf

Cerezo Mir, José. (2002) "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, nº 10, pp. 47-72.

Cerezo Mir, José (2004). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid: Tecnos.

Chauncey, George (1989). "From Sexual Inversion to Homosexuality: The Changing Medical Conceptualization of Female "Deviance" en Kathy Peiss y Cristina Simmons (eds*.), Passion and Power; Sexuality in History*; Philadelphia. Temple University Press. Pp. 87-117.

Chiffoleau, Jacques (1991). "Dire líndicibile. Osservazioni sulla categoría del *nefandum* dal XII al XV secolo", Marie Vigueur, Pavaricini Bagliani (eds.), *La parola all´accusato*. Palermo.

Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de la intervención de las comunicaciones telefónicas

Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771

Clapman, A.; Waaldijk, K. (1993). "Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order", en Waaldijk y Clapman (dir.): *Homosexuality: a European community issue*. Nijhoff, Dordrecht, p. 16.

Clara, Josep (1981). "Girona a mitjan segle XIX: las cases de tolerancia en: *Tercer Congrès d´Historia de la Medicina catalana. Actes,* Lleida, vol. I, pp 96-98.

Claret Miranda, Jaume (2006). *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad Española por el franquismo, 1936-1945*. Barcelona: Crítica.

Cleminson, Richard; Vázquez García, Francisco (2009). *Hermaphroditism, medical science and sexual identity in Spain, 1850-1960*. Cardiff. University of Wales Press.

Cleugh, James (1963): *La vita sessuale nel medioevo*, Milano, Sugar Editore.

Cobo del Rosal, Gabriela (2013). "El proceso de elaboración del Código penal de 1928". *AHDE*, tomo LXXXII, pp. 561-602.

Codón, López (1954). *Psiquiatría Jurídica Penal y Civil*. Burgos: Aldecoa.

Cohen, Richard (2004). *Comprender y sanar la homosexualidad*. Madrid: Libros Libres.

Colina, C. (2011). "Medicaciones, género y disidencia sexual". En Colina (coord.), *Arcoíris mediático: comunicación, género y disidencia sexual*. Madrid: Editorial Fragua.

Coll-Planas, Gerard (2010). "La policía del género". En Miquel Missé & Gerard Coll-Planas (Eds.), *El género desordenado: Críticas en torno a la patologización de la transexualidad* (pp. 55-64). Barcelona: Egales

Comas d´Argemir, Montserrat (2016). *La regulación del discurso de odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del artículo 510 CP ante la libertad de expresión.* Barcelona: Generalitat de Cataluña-Centre d´Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Comelles, J. (1997): "De la ayuda mutua y de la asistencia como categorías antropológicas.

Una revisión conceptual", *III Jornadas Aragonesas de Educación para la Salud*, Teruel.

Comelles, J. (1985): "Sociedad, salud y enfermedad: Los procesos asistenciales", *Jano*, 655, pp. 71-83.

Comelles, J. (1988). *La Razón y la Sinrazón. Asistencia psiquiátrica y desarrollo del Estado en la España Contemporánea*. Barcelona: PPU.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Madrid: Tirant lo blanc

Coronas González, S. (1996). *El libro de las leyes siglo XVIII*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Cresswell, John (1998). *Qualitative inquiry and Research design: Choosing among five approaches*. Thousand Oaks: Sage.

Crouch, M; McKenzie, h. (2006). "The logic of small samples in interview-based qualitative Research. *Social Science Information*; 45 (4): pp. 483-499.

Cruz Blanca, M. (2002). *Derecho penal de menores (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).* Madrid: Edersa.

Cuello Calón, E. (1933). *Exposición del Código Penal reformado de 1932*. Barcelona: Bosch.

Cuello Calón, E. (1943). *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Bosch.

Cuello Calón, E. (1958). *La Moderna Penología*. Barcelona: Bosch.

Cuello Calón, E. (1971). *Derecho Penal. Tomo I, Volúmen II.* Barcelona: Bosch.

Cuerda Arnau, María (1995). "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", en: *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior* 49, nº 1757, pp. 5230-5260.

Cuerda Arnau, María (2001). "El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales", en Quintero Olivares y Morales Prats (coord.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz.* Pamplona: Aranzadi.

Cuerda Arnau, María (2007)., "Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento", *Revista General de Derecho Penal*, 8, pp. 1-43.

Cuerda Arnau, María (2008). "Terrorismo y libertades políticas", en *Teoría y Derecho*, núm. 3, pp. 60-97.

Cueva Fernández, R. (2012). "A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo ¿una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?", en: *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 2, marzo-agosto, pp. 99-108.

Dalvi, S. (2004), «Homosexuality and the European Court of Human Rights: Recent Judgments Against the United Kingdom and Their Impact on Other Signatories to the European Convention on Human Rights», *Florida Journal of Law Public Policy*, vol. 15, pp. 467-524.

Danel, F. (1977). *Ideología y epistemología*. México: Anuies.

Davidson, Arnold (1987). "Sex and the emerge of sexuality". En: *Critical Inquiry*, 14, pp. 16-48.

Deaux, E; Callaghan, J. (1997 (1985)). "Key informant versus self-report estimates of Health behavior. En: Heckathorn D. Respondent-Driven Sampling: A new Approach to the Study of hidden populations. *Social Problems*; 44 (2): 174-199.
De Hoyos Sancho, Montserrat (2017). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales*. Navarra: Editorial Aranzadi.

De la Fuente, V. (1906). "El Hermano Toribio" (transcripción de la memoria presentada por el autor en la Academia de Ciencias Morales y Política, año 1880), en *Revista Penitenciaria*, año III, tomo III.

De Hoyos Sancho, Montserrat (2017). "Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas", *Diario La Ley*, nº 8955, Sección Tribuna, 5 de abril, Editorial Wolters Kluwer.

De La Rosa Fernández, Ricardo (2011). "Los delito de odio y discriminación desde la perspectiva del colectivo LGTB", *Estudios Jurídicos*, nº 201, pp. 1-31.

Delgado Martín, J. (2017). "La prueba digital. Concepto, clases, aportación a proceso y valoración". *Diario La Ley*, nº 6, pp. 1-36.

De Pablo Serrano, A. (2014). "Todo a una carta: la libertad de expresión. El debate en torno al discurso extremo y al discurso de odio en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos". En Pérez Álvarez y L. M. Díaz Cortés, *Moderno discurso penal y Nuevas Tecnologías*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

De Pablo Serrano, A.; Tapia Ballesteros, P (2017). "Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal", en *Diario La Ley*, nº 8911, pp. 1-4.

De Pablo Serrano, A. (2017a). "Límites jurídicos penales del discurso del odio. Sociedad del desprecio y discurso del odio", en Alonso, L. y Vázquez, V. (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Sevilla: Athenaica.

De Pablo Serrano, A. (2019). "La tipificación penal del discurso LGTBI fóbico: fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP", en: Martín Ríos, B. (dir.), *La prevención y represión del discurso del odio. Hacia una construcción multidisciplinar de la tolerancia*. Navarra: Aranzadi.

De Robertis, Francesco (1939). "La condizione sociale e gli impedimenti al matrimonio nel Basso Imperio". En: *Annali Bari*, vol. IV, pp. 45 y ss.

Delapuerta Montoya, Dora (1999). *Estudio sobre el Edictum de Adtemptata Pudicitia*. Valencia: Tirant lo blanc.

Della Porta, D.; Diani, M. (2015). *Los movimiento sociales (vol. 4).* Madrid: Debate social.

Delumeau, Jean (1983): *La péché et la peur. La culpabilisation en Occident, XIII-XVIII siècles*, Paris, Fayart.

Del Rosal Blasco, Bernardo (1986). *Provocación para cometer delito en el Derecho español*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas. S.A.

Del Rosal Blasco, B. (1994). "Joven delincuente y derecho penal", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 54.

Del Rosal Blasco, Bernardo (1996). "La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995", en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General), Estudios de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Del Rosal Blasco, Bernardo (2005). "Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas", en *Derecho penal español: parte especial*, Manuel Cobo del Rosal (coord.). Madrid: Dykinson.

Del Rosal Blasco, Bernardo (2005a). "Comentario al art. 510 CP", en Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, PE, 2º ed*. Madrid: Dykinson.

Del Rosal Blasco, Bernardo (2016) "Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas", en Morillas Cueva (dir.): *Sistema de Derecho penal. Parte Especial, 2ª ed*.., Madrid: Dykinson.

Denys, C. (1999), «Homosexuality: a non-issue in Community Law», *European Law Review*, vol. 24, núm. 4, 1999, pp. 419-425.

Denzin, N. (1970). *The Research act: A theoretical Introduction to sociologist methods*. New York: Mc Graw-Hill

Denzin, N.; Lincoln, Y. (2012). "Introducción al vol. II", en Norman Denzin y Yvonna Lincoln (comps.), *Manual de Investigación cualitativa. Volúmen II, Paradigmas y perspectivas en disputa*. España: Gedisa, pp. 43-101.

Deschner, Karlheinz (1993). *Historia sexual del cristianismo*. Zaragoza: Editorial Yalde.

De Rody, A. (1946). "Instituciones para menores delincuentes", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, año II, Nº 21.

De Rody, A. (1959). "Instituciones protectoras de los niños que se fundaron en España", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, año XV, Nº 143.

De Tapia (1829). *Tratado del Juicio Criminal*. Valencia. Imp. De Ildefonso Mompié. Págs. 82, 167.

Díaz Lafuente, José (2013). "La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea". *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 17, pp. 1-31.

Díaz López, J. (2013). *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del art. 22.4 CP.* Madrid: Thomson Reuters.

Díaz López, J. (2018). "Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio". Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia y financiado por la Secretaria General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Disponible en: http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeConceptualDelitosOdio.pdf

Diccionario de la Real Academia Española.

Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (2016). Pamplona: Aranzadi.

Dietz, Gunther (2008). "La Educación Religiosa en España, ¿Contribución al diálogo intercultural o factor de conflicto entre religiones?". En *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*. Época II. Vol. XIV. Núm. 28, Colima, diciembre, pp. 11-46.

Diez del Corral, L. (1984). *El liberalismo doctrinario*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Díez Ripollés, J. (2002). "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, vol. XXXV, nº 103, enero-abril, pp. 409-447.

Díez Ripollés, J. (2005). "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-01, pp. 1-37.

Díez Ripollés, J. (2005a). "El control constitucional de las leyes penales". Revista Española de Derecho Constitucional, nº 75, /set./dic.), pp. 59-106.

Díez Ripollés, J. (2013). "Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012", en Álvarez García (Dir.) /Dópico

Diógenes Laercio (1990): *Los filósofos estoicos, libro VII*. Trad. A. López, Barcelona, PPU, p. 183.

Dolz Lago, M. (2016). "Oído a los delitos de odio: algunas cuestiones claves sobre la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015". Ponencia de la Fiscalía General del Estado, Documento de trabajo en: *Diario La Ley*, nº 8712.

Domingo Loren, Victoriano (1977). *Los homosexuales frente a la ley, los juristas opinan*. Barcelona, Plaza y Janés.

Dópico Gómez-Aller, Jacobo (2004). "Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena", en *Anuario de Derecho y Ciencias penales*, vol. LVII, mes 1, pp. 143-176.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo (2010). "Agravante de motivos discriminatorios", en: *Reforma penal, Ley Orgánica 5/2010*, Memento Experto Francis Lefebvre, Ortiz de Urbina (coord.), Madrid: Ediciones Francis Lefebvre

Dópico Gómez Aller, Jacobo (2017). "Twitter Terrorismo: ¿Enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas mediante tweets satíricos sobre Carrero Blanco? Los casos de César Strawberry y Cassandra Vera", *Ponencia en el Seminario: La represión penal de la sátira política,* celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid, 1 y 2 de junio. Disponible en: https://media.uc3m.es/video/5bb236e48f420873bc8b45c5

Douglas Scot, S. (1999). "The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches", *William & Mary Bill of Rights Journal*, núm. 7, pág. 344.

Dover, J. (1978, 2008). *Homosexualidad griega*. Barcelona: Ediciones cobre.

Dupont, F; Eloi, T. (2001). *L´erotisme masculin dans la Rome antique*. Paris: Belin.

Dworkin, R (1996). *Freedom´s Law*. Harvard. University Press.

Dworkin, R (2011). "Foreword", en *Hare/WEINSTEIN (eds.), Extreme Speech and Democracy*. UK. OUP.

Echebarría, A.; González, J. (1995). "Estereotipos grupales y su modificación". En: Echevarría, A., González, J.; Garaigordobil, M. *Psicología Social y del prejuicio y del racismo*. Pp. 71-93. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Echeburúa, E., Corral, P. y Amor, P.J. (2002). "Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos". *Psicothema*, 14 (supl.), 139-146.

Echeburúa, E. (2004). *Superar un trauma. Tratamiento de las víctimas de sucesos violentos*. Madrid, España: Pirámide.

Echeburúa, E. (2013). El valor psicológico del perdón en las víctimas y en los ofensores. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 27, 65-72.

Echevarría Sáenz, Marina (2019). "De la criminalización a la discriminación legal: Lecciones del populismo en el siglo XXI", en *40 años después*, Víctor Mora y Geoffroy Huard (eds.). Madrid: Egales.

ECRI (2015). *Recomendación nº 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio y memorándum explicativo*. Estrasburgo: Consejo de Europa.

ECRI (2018). *Informe de la ECRI sobre España*. Estrasburgo: Consejo de Europa

Eisenberg, L. (1995)." The social construction of the human brain", *American Journal of Psychiatry*, vol. 152, núm. 11 EUA, pp. 1563-1575.

Elvira, A. (2013). "Transexualidad y Derechos". *Revista General de Derecho Constitucional* (17), pp. 1-29.

Ely, J. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.

Engberg-Pedersen, T. (1993). El descubrimiento del bien: oikéiosis y kathékonta en la ética estoica, en Schofield, M. y Striker, G., en *Las normas de la naturaleza*. Estudios de ética helenística, Manantial, Buenos Aires.

Epelé, María (2007). "La lógica de la sospecha. Sobre la criminalización del uso de drogas, complot y barreras del acceso al sistema de salud". *Cuadernos de Antropología Social*, nro. 25, pp. 151-168.

Eribon, Didier (2001). *Reflexiones sobre la cuestión gay*. Barcelona: Anagrama.

Eribon, Didier (2001). *Une morale du minoritaire, variations sur un thème de Jean Genet*. París. Fayard. Págs. 213-234.

Escudero, José Antonio (1985). "La Inquisición en España", en: *Cuadernos de historia*, 16, pp. 1-39.

Espino, J. (1980)." La reforma de la legislación psiquiátrica en la Segunda República: su influencia asistencial", *Estudios de Historia Social*, 14, pp. 59-106.

Fairén Guillén, Víctor (1975). "El tratamiento procesal de la peligrosidad sin delito". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 33-52.

Feijoo Sánchez, B. (1998)." Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal)", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n. 6, pp. 2267-2284.

Fein, S.; Spencer, S. (1997). "Prejudice as self image- maintenance: Affirming the self through derogating others". *Journal of Personality and Social Psychology*, 73, pp. 31-44.

Fejes, F; Petrich, K. (1993). "Invisibility, homphobia and heterosexism: Lesbians, gays and media". *Critical Studies in Mass Communication*, 10(4), pp. 396-422.

Fernández García, J. (2000). "El delito de genocidio", en M. Díaz Santos y V. Sánchez López (Coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*. Madrid: Colex.

Fernández Rey Ballesteros, José (2017). *San Pedro Damián, Tratados (Vol. II), Tratado VII: Liber gomorrhianus, traducción y notas*, edición Kindle.

Ferrajoli, Luigi (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés), 2º ed., Trotta, Madrid.

Ferreiro Galguera, Juan (2003). "La libertad religiosa y la provocación a la violencia de género: el caso del Imán de Fuengirola", en: *RPJ (Revista del Poder Judicial)*, nº 72, pp. 221-250.

Ferreras, V. (2008). "La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, pág. 1173 y ss.

Filangieri, G. (2003). *La Scienza della Legislazione, Volume Terzo*, Edizione critica a cura di Francesco Toschi Vespasiani, Venezia, Centro di Studi sull`Illuminismo europeo "G. Stiffoni.

Fischer, G. (1987). *Les Concepts fondamentaux de la psichologie sociale*. París: Dunod.

Fischer, G. (1997). *La Psichologie Sociale. Paris*: Editions du Seuil.

Fiske, S. (1993). "Controlling other people: the impact of power and stereotyping". *American Psychologist*, 48, 6: 621-628.

Flandrin, Jean Louis (1983): *Un temps pour embrasser. Aux origines de la moral sexual occidentale (VIe-XIe siècles*), Paris, Seuil

Flandrin, Jean Louis (1984): *Le sexe et l'Occident. Evolution des attitudes et des comportements*. Paris, Seuil.

Flick, U. (2002). "Qualitative Research. State of the Art". *Social Science Information*, 41 (1), pp. 5-24.

Flick, U. (2012). *Introducción a la investigación cualitativa*. España: Morata.

Fluviá, Armand (1977). "Los movimientos de liberación homosexual en el Estado español" en Wienberg, M., Williams, C. J. (eds.) (1977). *Homosexuales masculinos. Sus problemas y adaptación*. Barcelona: Fontanella, p. 485-501.

Fluviá de, Armand (1978). "El movimiento homosexual en el estado español". En Enríquez, J. *et al*. (eds.), (1978). *El homosexual ante la mente enferma*. Barcelona: Tusquets.

Fluviá de, Armand (2005). *Pursuing membership in the Polity: the Spanish gay and Lesbian movement in comparative perspective (1970-1997)*. Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales. Madrid: Instituto Juan March.

Fontana, José; Villares, Ramón (2010). Historia de España, vol. 9, Borja de Riquer, *La dictadura de Franco*, Barcelona, Crítica-Marcial Pons.

Formoso Araujo, Climent (2019). *Miedo social en las Sociedades de la Comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Forni, P. (2008). "La sociología de Erving Goffman", *Investigación en Ciencias Sociales*, 1(1), pp. 175-177.

Foucault, Michel (1963). *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*. París: PUF.

Foucault, M. (1974). “Sexualité et Politique”, en Michel Foucault. *Ditsetécrits I*, 1954-1975, Paris, Gallimard.

Foucault, Michel (1975). *Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.

Foucault, Michel (1976). *Historia de la locura en la época clásica, I y II*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (1977). “No, al sexo rey”. Entrevista por Bernard Henry-Levy, en Michel Foucault: *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: ALIANZA Editorial.

Foucault, Michel (1978). *Historia de la sexualidad*. Nueva York: Pantheon Books.

Foucault, Michel (1981). “Lévolution de la notion d ìndividu dangereux dans la psyquiatrie légale”. En: *Deviance et Societé*, 5, pp. 403-422.

Foucault, Michel, (1984) *Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber; 2. El uso de los placeres; y 3. La inquietud de sí,* Siglo XXI, México.

Foucault, Michel (1987). “La lucha por la castidad”, en Ph Ariès, A. Bejín; M. Foucault y otros (eds.). *Sexualidades Occidentales*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.

Foucault, Michel (1990). “La evolución de la noción de individuo peligrosos en la psiquiatría legal”. En Foucault, Michel, *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, pp. 260-264.

Foucault, M. (2001). “Sexualité und Wahrheit”, en Michel Foucault. *Ditsetécrits II*, 1976-1988, Paris: Gallimard.

Foucault, Michel (2007). *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Fox, G./Nolte, G., (1995). “Intolerant Democracies”. *Harvard International Law Journal*, núm. 36, págs.1 y ss.

FRA (2011). *Manual de Legislación Europea contra la Discriminación*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf

FRA (2013). *Fundamental Rights: Challenges and achievements in 2013*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-annual-report-2013-2_en.pdf

FRA (2020). *A long way to LGTBI equality*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Fraisse, Genevieve (2016). *Los excesos del género: concepto, imagen desnudez*. Madrid: Cátedra.

Friedman, Violeta (1997). *Mis memorias*. Barcelona: Editorial Planeta.

Fuentes, P. (2001). "Franquismo y homosexualidad. Autoridad y desviación sexual en la España franquista". *Revista Gesto*, núm. 1, pp.

Fuentes Osorio, J. (2006). "Formas de anticipación a la tutela penal", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 08-08, pp. 1-40.

Fuentes Osorio, J (2017). "El odio como delito". Revista Electrónica en Ciencia Penal y Criminología, nº 19-27, pp. 1-52.

Galera Gómez, Andrés (1986). "Rafael Salillas: Medio siglo de Antropología Criminal Española", *Llull*, vol. 9, pp. 81-104.

Galtung, Johan (2016). "La violencia: cultural, estructural y directa". *Cuadernos de estrategia*, nº 183, pp. 147-168.

Galván, V. (2010). *De vagos y maleantes. Michel Foucault en España*. Barcelona: Virus.

Galván, V. (2013). "La influencia de Michel Foucault en los movimientos de liberación sexual durante la transición española". *Endoxa: Series Filosóficas*-UNED, nº 31, pp. 127-144.

Garaizabal, Cristina (1998). "La transgresión del género. Transexualidades, un reto apasionante". *Transexualidad, transgenerismo y cultura. Antropología, identidad y género*. Nieto, José (comp.). Madrid: Talasa: p. 39-62.

García, M. (1997). *El señor de las uvas*. México. Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco.

García, Alberto (1981). *Historia y presente de la homosexualidad*. Madrid. Ediciones Akal.

García Alvarez, Pastora (2003). *El Derecho penal y la discriminación: especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia: Tirant lo blanc.

García Goyena, F. (1843). *Código criminal español de acuerdo a las leyes y la práctica vigentes, comentado y comparado con el Penal de 1822, el francés y el inglés*. Tomo I. Viuda de Calleja e hijos, Madrid.

García Gual, Carlos (2008). *La filosofía helenística*. Madrid: Editorial Síntesis.

García Guerrero, J. (2007). "Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de la diferencia entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y de la libertad de opinión". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, pp. 359-399.

García-Pablos de Molina, Antonio (1996). "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del ius puniendi", en *Estudios penales y jurídicos*,

Homenaje al profesor Dr. Enrique Casas Barquero, coord. Por Juan González Reus. Córdoba: Secretariado de publicaciones de la Universidad de Córdoba.

García Peña, Carmen (2004). *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*. Madrid: Edisofer.

García Roca, J. (2007). "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, pp. 117-143.

García Roca, J. (2009). "Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)", en ID. Y P. Santolaya (Coords.), *La Europea de Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* 2º ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 797-828.

García Valdés, Alberto (1981). *Historia y presente de la homosexualidad. Análisis crítico de un fenómeno conflictivo.* Madrid: Akal.

García Valdés, C. (1981). *Introducción a la penología*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid

García Valdés, C. (1982). *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Madrid: Civitas.

García Valdés, C. (1986). "Derecho Penitenciario militar: una aproximación histórica", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, Fascículo III.

García Valdés, C. (1987). *Teoría de la pena*. Madrid: Tecnos.

García Valdés, C. (1991). *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX).* Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica: Centro de Publicaciones.

Garland, David (2001). *La Cultura del Control*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Garrido Guzmán, L. (1976). *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Instituto de criminología y Departamento de Derecho Penal. Valencia: Universidad de Valencia.

Garrido y Escuín, Vicente (1888). *La cárcel o el Manicomio. Estudio Medicolegal sobre la locura*. Madrid: Casa Editorial de D. José María Faquineto.

Garrido, R.; Morales, Z. (2014)." Una aproximación a la homofobia desde la Psicología. Propuestas de intervención". *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, 4 (1), 90-115.

Garrorena Morales, A. (1974). *El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía liberal (1836-1847)*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Gascón Cuenca, A. (2015). "La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. La modificación del artículo 510 CP". *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 32, pp. 1-21.

Gascón Cuenca, A. (2016). *El discurso del odio en el ordenamiento español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*. Navarra: Aranzadi.

Gascón Cuenca, A.; Añon Roig, M.; García Cívico, J.; Merino Sancho, V. (2019). *Igualdad de trato, prevención de la discriminación y delitos de odio en la Comunitat Valenciana*. Valencia: Tirant lo blanc

Gauvard, Claude (1993). "La fama, une parole fondatrice", *Medievales, Langue, textes, histoires*, 24, pp. 5-14.

Gervilla Castillo, Enrique (1990*). La escuela del nacional catolicismo: ideología y educación religiosa*. Granada. Impredisur.

Ghirardi, J. C. (2005), "Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho romano", *RGDR*, vol. V, pp. 1-49.

Gil Borrelli, Carlo et al (2020). "Elaboración de un cuestionario para la detección de casos de violencia de odio en urgencias hospitalarias". *Gaceta Sanitaria*, 34 (2); pp. 166-170.

Gil Gil, A. (1999). *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos.

Giménez García, J. (2009). "Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal dese la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo". *Eguzkilore*, nº 23, pp. 317-331.

Giménez García, J. (2007). "Arts. 571 a 580", en Conde Pumpido Touron, C., *Cometarios al Código penal*. Barcelona: Editorial Bosch.

Ginard i Ferón, David (2013). "Represión y especificidad de género: en torno a la violencia política contra las mujeres en la España del primer franquismo". En *Represión, resistencias, memoria*. Mary Nash (ed.). Granada: Editorial Comares, pp. 23-36.

Girón, A. (2002). "Los anarquistas y la criminología de Cesare Lombroso (1890-1914)", Frenia, *Revista de Historia de la Psiquiatría*, vol. II (2), pp. 81-108.

Glaser, B.; Strauss, L. (1965). "Discovery of substantive theory: a basic strategy underlying qualitative Research". *American Behavioral Scientist*, 8, pp. 5-12.

Glück Jiménez, D. (2004). *Juicio de igualad y Tribunal Constitucional*. Madrid: Bosch.

Goffman, Erving (1962). *Estigma, la identidad deteriorada*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.

Goffman, Erving (1970). *Internados*. Buenos Aires: Amorrortu.

Gómez, M. (2004). *Crimen de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar*. Colección Debate Feminista. México: Metis Productos Culturales S.A. de C.V.

Gómez-Aller (coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo blanc.

Gómez García, L. (2016). Desvictimización. Disponible en: http://crimina.es/crimipedia/wp-content/uploads/2016/06/Crimipedia_Desvictimización_Laura-Gómez.pdf

Gómez Martín, V. (2012). "Discurso del odio y principio del hecho", en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dir.): *Protección penal del al libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*. Valencia: Tirant lo blanc

Gómez Martín, V. (2012a). "¿Promoción a la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código penal español", en Mir Puig, Corcoy Bidasolo (dir.) y Hortal Ibarra (coord.), *Constitución y sistema penal*. Barcelona: Marcial Pons.

Gómez Martín, V. (2013). "Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión", *InterseXiones*, (4), pp 77-122.

Gómez Martín, V.; Aguilar, Miguel (2015). *Manual práctico para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de odio y discriminación*. Barcelona: Generalitat de Cataluña. Centre d´Estudis Juridics i de Formació Especialitzada.

Gómez Martín, V. (2016). "Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad en el discurso sexista", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18-20, pp. 1-25.

Gonfroy, Françoise. (1972): *Un fait de civilisation méconu: l'homosexualité masculine à Rome*, Université de Poitiers.

González González, Joaquín (1994). *La imputabilidad en el Derecho Penal español. Imputabilidad y locura en la España del s. XIX*. Granada: Editorial Comares.

González Vega, J. A. (2004), «Interpretación, derecho internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual*», Revista Española de Derecho Internacional,* vol. 56, núm. 1, pp. 165-184

Goodey, J.; Aromma, K. (2007). *Hate Crimes. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums, Monsey, NY*. Helsinki: Criminal Justice Press.

Goodman, L. A. (1961). "Snowball Sampling". *Annals of Mathematical Statistics*, 32: 148-170

Gracia Martín, V. (1990). *La infracción de los deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal.* Madrid: Editorial Trivium.

Gracia Martín, Luis (2005). *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Navarra: Aranzadi.

Greenawalt, K. (1996). *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*. Princeton. Princeton University Press.

Grigolo, M., (2003) «Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject», *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, pp. 1023-1044.

Grupo de Estudios de Política Criminal (1998). *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*. Valencia: Tirant lo blanc

Guasch, Oscar (1993). "Para una sociología de la sexualidad". *Reis,* 64, pp. 105-121.

Guasch, Oscar (2006). *Héroes, científicos, heterosexuales y gays. Los varones en perspectiva de género*. Barcelona. Bellaterra.

Guasch, O.; Lizardo, E. (2018*). Chaperos: Precariado y prostitución homosexual*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.

Guba, E.; Lincoln, Y. (2002). "Paradigmas en competencia en la investigación cualitativa". En: *Por los rincones. Antropología de métodos cualitativos en la investigación social*. (pp. 113-145). México: El Colegio de Sonora.

Guba, E.: Lincoln, Y. (2012). "Controversias paradigmáticas" en: Norman Denzin y Yvonna Lincoln (comps.) *Manual de investigación cualitativa. Volumen II, Paradigmas y perspectivas en disputa.* España: Gedisa., pp. 38-78

Guber, Rosana (2001). *La etnografía. Método, campo y reflexividad*. Bogotá: Norma.

Guereña, J. L. (1999). "Prostitución, estado y sociedad en España bajo la monarquía de Isabel II. El caso gaditano". *Trocadero*, *1*(10-11), 119-143. Recuperado a partir de https://revistas.uca.es/index.php/trocadero/article/view/779

Güerri Fernández, C. (2015). La especialización de la Fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación", *Indret*, 1, pp. 1-33.

Guía de Conceptos TRANS. Asociación de Transexuales de Andalucía. Junta de Andalucía. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/educacion/webportal/ishare-servlet/content/93ccd930-873f-4e81-a5fe-dcd2b404cbbb

Guiguet, B. (1999), «Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 35, núm. 5-6, pp. 537-567

Gutiérrez Alviz y Armario, Faustino (1976). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Ediciones Reus SA.

Guttman, Amy (2008). *La identidad en democracia*. Buenos Aires: Katz.

Hall, Oswald (1948). "The Stages of the Medical Career". *American Journal of Sociology*, LIII (marzo).

Hall, N. (2008). “Making Sense of Numbers: The Social Construction of Hate Crime in London and New York City”, in Goodey, J. & Aromaa, K. (eds.): *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums.* Helsinki: Criminal Justice Press.

Halperin, David (2000). “How to do the History of Homosexuality”, en: *GLQ: Gay and Lesbian Quarterly*, 6, 1, pp. 87-121.

Hammersley, M.; Atkinson, P. (1994). *Etnografía: métodos de investigación*. Barcelona: Paidós.

Hamilton, D. L., & Trolier, T. K. (1986). “Stereotypes and stereotyping: An overview of the cognitive approach”. In J. F. Dovidio & S. L. Gaertner (Eds.), *Prejudice, discrimination, and racism* (pp. 127-163). San Diego, CA, US: Academic Press.

Han, Byung-Chul 2020, “La emergencia viral y el mundo de mañana”, publicado en El País, 22 de marzo del 2020. Disponible en: https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html

Hansen, Bert (1990). “American physicians: Discovery of homosexuals, 1800-1900. A new diagnosis in a changing Society”, en C. E. Rosenberg y J. Golden (eds.), *Framing Disease. Studies in cultural history*. Rutgers University, New Brunswick, pp. 104-133.

Haro, Jesús Armando (2000): “Cuidados profanos: una dimensión ambigua en la atención de la salud”, en: Perdiguero, Enrique y Comelles, Josep Mª (eds.), *Medicina y cultura. Estudios entre la antropología y la medicina*, Edicions Bellaterra, Barcelona, pp. 101-162.

Hatento, Observatorio de Delitos de Odio contra las Personas sin Hogar (2015): “Los delitos de odio contra las personas sin hogar”, en *Zerbitzuan*, nº 59, pp 1-14.

Hegel, G. (1966, orig. 1807). *Fenomenología del Espíritu*. México: FCE.

Helfer, L. (2001), «Will the United Nations Human Rights Committee require recognition of same-sex marriages» en Wintemute, R. y Andenaes, M. (eds.), *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law*, Hart Publishing, Portland, pp. 732-741

Helmut, Puff (2000). “Female Sodomy: The Trial of Katherina Hetzeldorfer (1477)”, *Journal of Medieval and Early Modern Studies,* 30, 1, pp. 41-61. University of Michigan.

Heredia Urzáiz, I. (2009). “Control y exclusión social: la Ley de Vagos y Maleantes en el primer franquismo”, *VI Congreso de Historia Local de Aragón*. Romero Salvado, Carmelo y Sabio Alcutén, Alberto (coord.), Ed. Institución “Fernando el Católico y Prensas Universitarias de Zaragoza (CSIC), Zaragoza. Disponible en: http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/28/93/08heredia.pdf

Herek, Gregory (2000). "Sexual Prejudice and Gender: ¿Do Heterosexuals Attitude Toward Lesbians and Gay Men Differ?", *Journal of Social Issues,* 56 (2), pp. 251-266.

Herek, G. (2004). "Beyond homophobia: Thinking about sexual prejudice and stigma in the twenty-first century". *Sexuality Research and Social Policy*, 1(2), 6-24

Héritier, F. (1991). "La sangre de los guerreros y la sangre de las mujeres". *Alteridades*, vol. 1, núm. 2, México, pp. 92-105.

Herrero Brasas, J. (ed.) (2007). *Primera Plana. La construcción de una cultura queer en España*. Madrid: Editorial Egales.

Herrero, Carmen (2019). "Bases psico-jurídicas para confeccionar medidas y protocolos de actuación respecto al tratamiento de víctimas especialmente vulnerables", en: Del Pozo Pérez, M.; Bujosa Vadell, L.; González Monje, A. (dir.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: Una guía de buenas prácticas*. Navarra: Aranzadi.

Herzog, B. (2016). *Entender crimen y justicia. Métodos y técnicas de investigación social cualitativa en Criminología*. Valencia: Tirant lo blanc.

Hortal Ibarra, Juan Carlos (2012). "La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): Una propuesta restrictiva de interpretación", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 108, III, Época II, diciembre, pp. 31-66.

Huard, Geoffroy (2014). *Los antisociales*. Marcial Pons, Ediciones de Historia. Madrid.

Huertas, Rafael (1987). *Locura y degeneración*. Madrid: CIS.

Huertas, Rafael (1988). *Saber y Poder Médico*. Madrid: CSIC.

Huertas, Rafael; Martínez Pérez, José (1993). "Disease and crime in Spanish positivist Psychiatry", *History of Psychiatry*, 4, pp. 459-481.

Huertas, Rafael (2004)." Entre le ciencia forense y la legitimación social: En torno al caso Garayo", En: Alvarez Martínez, José María; Esteban Arnaiz, Ramón (Coords.), *Crimen y locura. IV Jornadas de la sección de Historia*, Madrid, Asociación Española de Neuropsiquiatría, pp. 17-33.

Hughes, Everett (1945). "Dilemmas and Contradictions of Status", *American Journal of Sociology*, L (marzo), pp. 353-359.

Hughes, Everett (1958). *Men and their work*. New York: The free press of Glencoe.

Huici, C. (1999). "Estereotipos". En: Morales, J, coordinador *Psicología Social*: segunda edición. Madrid: Mc Graw-Hill, pp. 87-98.

Huntington, Samuel (1994*). La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*. Barcelona: Paidós.

Ibarra, E. (2003). *Los crímenes de odio: violencia skin y neonazi en España*. Madrid: Temas de hoy.

Ibarra, E. (2013). Contra la discriminación y el delito de odio. Movimiento contra la intolerancia, Materiales didácticos nº 4. Ministerio de Sanidad y Asuntos Públicos: Secretaria Técnica. Disponible en : http://www.educatolerancia.com/wp-content/uploads/2018/12/Mat.-Didactico-4-2018-WEB.pdf

Ibarra, E. (2013a). "Víctimas y Seguridad ante los Crímenes de Odio", en *Cuadernos de Análisis, nº 46,* pp. 1-82.

Ibarra, E. (2016). "Semiótica de la intolerancia y discurso del odio", en *Movimiento contra la Intolerancia: Materiales Didácticos, nº 12. Intolerancia y discurso del odio: Amenazas para la Democracia,* pp. 1-106.

Iglesias García, Manuel (2020). "Delitos de odio. Análisis Jurídico-penal en el Código penal español". En: Bustos Rubio, Miguel; Abadías Selma, Alfredo (dir.), *Una década de reformas penales*. Barcelona: Editorial Bosch.

Informe Anual 1992 del Defensor del Pueblo y debate en las Cortes generales. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-1992/

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue (2011). Consejo de Derechos humanos. Asamblea General. Naciones Unidas.

Ingrer, S (1984). "Marketplace of ideas: A legitimizing myth", *Duke Law Journal*, vol.1984, núm. 1, p. 1-91.

Insolera, G. (2009). "I delitti contro l´ordine pubblico", en AA.VV., *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale, 5º ed.*, Bolonia: Monduzzi Editore.

Iñigo Corroza, E. (2011). "Caso de la Librería Europa", en Sánchez Ostiz-Gutiérrez (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. Madrid: Editorial La Ley.

Isla Pera, Pilar (2006): *Los procesos asistenciales en las personas trasplantadas. El caso del trasplante de riñón y páncreas,* Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, Alicante.

Iturralde, D. (2008)." Utilidades de la Antropología Jurídica en el campo de los Derechos Humanos: Experiencias recientes. *Revista Pueblo y Fronteras Digital*, junio-noviembre, número 5, pp. 1-34. UNAM, CIESAS. México.

Jakobs, Günter (1999). "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", *Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, pp. 119-146.

Jakobs, Günter; Cancio Meliá, Manuel (2006). *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Aranzadi.

Jericó Ojer, Leticia (2005). "¿Debe ser delito la provocación a la discriminación, a la violencia o al odio contra grupos por motivos de sexo, raza u otros? El ejemplo español". *Revista de Derecho*, (10), pp. 191-226.

Jericó Ojer, Leticia (2006). "El caso del Imán de Fuengirola. ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia del art. 510.1 CP?" *Revista penal*, pp. 153-175.

Jiménez de Asúa, Luis (1920). *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal Moderno*. Madrid: Reus.

Jiménez de Asúa, Luis (1922). *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*. Madrid: Reus.

Jiménez de Asúa, Luis (1934). *Ley de vagos y maleantes: un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*. Madrid: Editorial Reus.

Jiménez de Asúa, Luis (1964). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.

Jiménez de Asúa, Luis (2005). *La teoría jurídica del delito*. Madrid: Dykinson.

Jiménez Glück, D. (2004). *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch.

Jiménez Moreno, Bernardo (1990). *La sexualidad humana: Estudio y perspectiva histórica*. Madrid: Fundación Universidad Empresa. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Jociles, María (1999). "Las técnicas de investigación en Antropología. Mirada antropológica y proceso etnográfico". *Revista Gaceta de Antropología*, 15, pp. 1-35.

Johnston, L.; Sabin, K. (2010). "Sampling hard-to-reach-populations with respondent driven Sampling*". Methodological innovations online*. 5 (2), p. 38-48. Disponible en: http://www.methodologicalinnovations.org.uk/wp-content/uploads/2013/11/5.-johnstons-and-sabin-english-formatted,pdf

Joly, M. (2008). "Las violencias sexuadas de la guerra civil española: paradigma para una lectura cultural del conflicto". *Historia Social*, 61, pp. 89-117.

Jones, W. (1971). The image of the barbarian in Medieval Europe", en *Comparative Studies in Society and History*, 13 (3), pp. 376-407.

Jordan, Mark (2002). *La invención de la sodomía en la teología cristiana*. Barcelona: Laertes.

Juvenal (1996). *Sátiras*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones científicas.

Juzgado Especial para la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes en Gerona. Expediente de peligrosidad nº 7. Rollo 1277/952. Año 1952.

Kai, Ambos (2007). “100 años de la teoría de Beling”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-05, pp. 1-15

Kamen, Henry (2011). *La Inquisición española. Una revisión histórica*. Barcelona: Crítica.

Katz, D.; Braly, K. (1933). “Racial Stereotypes in one hundred college students”. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 28: 280-290.

Katz, Jonathan (2012). *La invención de la heterosexualidad*. Ediciones Me cayó el veinte. México.

Kimmel, M. (2001). “Masculinidades globales: Restauración y Resistencia”, en C. Sánchez-Palencia y J. C. Hidalgo (eds.), *Masculino plural. Construcciones de la masculinidad*. Lleida: Ediciones de la Universidad de Lleida.

Kindhäuser, Urs (2009). “Estructura y legitimación de los delitos de peligro en Derecho penal”, *InDret*, febrero, pp. 19.

Kinsey, Alfred; Pomeroy, Wardell, B.; Martin, Clyde, E. (1948). *Sexual behavior in the human male*. Philadelphia: W.B. Saunders Company.

Kinsey, Alfred (1967). *Conducta sexual en el hombre*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Klein, Naomi (2008). *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Buenos Aires: Paidos.

Kleinman, Arthur (1988): *The illness narrative: suffering, healing, and the human condition*, Basic Books, Nueva York.

Kleinman, Arthur y Csordas, Thomas (1996): «The therapeutic process», en: Sargent, C. y Johnson T. (comps), Medical *anthropology: contemporary theory and method,* Praeger Publishers, Westport, pp. 3-21.

Kollman, K (2013). *The same sex unions revolution in Western Democracies: International normal and domestic policy change*. Manchester University Press: Manchester.

Koppelman, A. (1997). “Three arguments for gay rights”, *Michigan Law Review*, vol. 95, núm. 6, pp. 1661 y s.

Kosofsky Sedgwick, Eve (1998). *Epistemología del armario*. Barcelona: Ediciones de la Tempestad.

Kremer-Marietti, Angele (1985). *Foucault. Arqueología y Genealogía*. París: Librería General Francesa.

Krotoszynski, R. (2004). "A comparative perspective on the First Amendment: free Speech, militant democracy, and the primacy of dignity as a preferred constitutional value in Germany", *Tulane Law Review*, núm. 78 (2004), pág. 1549 y ss.

Krueger, M.; Casey, M. (2000). *Focus Groups: A practical Guide for applied research*. Thousand Oaks: Sage.

Kuhn, T. (1975). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. México. Fondo de Cultura económica.

Kvale, S. (2011). *Las entrevistas en la investigación cualitativa*. España: Morata.

Kymlicka, Will (1996). *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights. Oxford Political Theory*. Barcelona: Paidós (Original: USA: Oxford University Press).

Lamarca Pérez, C. (2016). "Delitos contra el orden público", en Alonso de Escamilla, A.; Lamarca Pérez, C.; Rodríguez Núñez, A.; Mestre Delgado, E. Delitos. *La Parte Especial del Derecho Penal*. Madrid: Dykinson.

Lamo de Espinosa, Emilio (1989). *De los delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral.* Madrid: Alianza Editorial.

Landa Gorostiza, J. (1999). *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código Penal*. Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz, págs. 57 a 99.

Landa Gorostiza, Jon (1999a). "La llamada mentira de Auschwitz (art. 607.2 CP) a la luz del "caso Varela" una oportunidad perdida para la cuestión de constitucionalidad" (Comentario a la sentencia del Juzgado de los penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)", *AP* (36), pp. 689-715.

Landa Gorostiza, Jon (2000). *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código Penal*. Bilbao. Universidad del País Vasco: Servicio Editorial.

Landa Gorostiza, Jon (2001). *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal. (A la vez una propuesta interpretativa de la normativa antidiscriminatoria del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia).* Granada: Comares.

Landa Gorostiza, Jon (2004). "Racismo, Xenofobia y Estado Democrático", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología,* nº 18, pp. 59-71.

Landa Gorostiza, Jon (2012). "Incitación al odio: Evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de *Lege Lata*". *Revista de Derecho Penal y Criminología, 3º Época*, nº 7, pp. 297-346.

Landa Gorostiza, Jon (2018). *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española.* Valencia: Tirant lo blanc.

Landa Gorostiza, Jon (2018a). "El discurso del odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP", en Landa Gorostiza, J. y Garro Carretera, E. (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*. Valencia: Tirant lo blanc.

Landrove Díaz, Gerardo (1994). *Temas penales: Racismo y discriminación*. Barcelona: PPU (Promociones Públicas Universitarias).

Langarita Adiego, José; Sadurni Balcells, Nuria (2020). "Estado penal y disidencias sexo-genéricas. Apuntes para una comprensión crítica", en: *Intersecciones descarnadas*, Jubany, Olga; Guasch, Oscar (eds.). Barcelona: Bellaterra.

Laqueur, Thomas (1990). *Making sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*. Londres, Harvard University: Cambridge Mass.

Laqueur, Thomas (2007). *Sexo solitario*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Laraña, Enrique; Gusfield, Joseph (1994). *Los nuevos movimientos sociales: De la ideología a la identidad*. Madrid: CIS.

Lascurain Sánchez, (2010). "La libertad de expresión tenía una precio". *Revista Aranzadi Doctrinal,* (3), pp. 1-6.

Laurenzo Copello, P. (1996). "La discriminación en el Código penal de 1995", en *Estudios penales y criminológicos*, nº 19, pp. 219-288.

Le Compte, M; Goetz, J. (1982). "Problems of reliability and validity of ethnographic Research. *Review of Educational Research*, 52 (1), 31-60.

Legislación sobre Delitos de odio. Guía Práctica (2009). Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

Legrand du Sauille (1889). *Tratado de medicina legal*. Madrid: Cosmos Editorial.

Letamendi, José De (1894). *Curso de Clínica General ó Canon Perpetuo de la Práctica Médica, para uso de estudiantes y aún de médicos jóvenes*. Madrid: Imp. Sucesores de Cuesta.

Levin, J; & McDevitt, J. (1993). *Hate Crimes: The rising tide of bigotry and bloodshed*. NY: Plenum Press.

Levin, Brian (2018). "La legislación sobre delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo". En: *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza, J. y Garro Carreras, E. (directores). Valencia: Tirant lo blanc.

Levy, R.; Goldman, B. (1996)." Urgencias psiquiátricas", en H. Goldman (ed.), *Psiquiatría general*, México. El manual moderno, pp. 680-686.

Lewinshon, R. (1957). *Historia de la vida sexual*. Barcelona: Luis de Caralt.

Ley del 15 de julio por la que se modifican los arts. 2 y 6 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. *BOE*, 17 de julio de 1954, nº 198, p. 4862.

Ley de 4 de mayo de 1948 por la que se modifica el artículo segundo de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933. Boletín Oficial del Estado, nº. 126, de 05/05/1948, p. 1712

Ley del 15 de julio de 1948 por la que se modifican los artículos 2º y 6º de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto. Boletín Oficial del Estado, 17 de julio de 1954, nº 198, p. 4862.

Ley de 24 de abril de 1958, por la que se crean los Juzgados especiales y se dictan normas complementarias de la ley de vagos y maleantes, de 4 de agosto de 1933, *BOE*, 25 de abril de 1958, p. 749

Ley de 16/1970 de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de agosto de 1970, núm. 187, pp. 12551-12557.

Licht, H. (1976). *Vida sexual de la antigua Grecia*. Madrid: Felmar

Limbach, J. (1999). "The role of Federal Constitutional Court". En *Fifty years of German Basic Law, American Institute for Contemporary German Studies*, The John Hopkins University, pp. 19-33.

Linz, J (1993). "Religión y Política en España". En R. Díaz Salazar & S. Giner (Eds.), *Religión y sociedad en España*. (pp. 1-43). Madrid: CIS.

Linz, Juan: Stepan, Alfred (1996). *Problems of Democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America and post-comunist Europe*. Baltimore: John Hopkins University Press.

Llamas, Ricardo; Vila, Fefa (1997). "Spain: passion for life. Una historia del movimiento de lesbianas y gays en el Estado español", en Xose María Buxán (ed.), *Conciencia de un singular deseo: estudios lesbianos y gays en el Estado español*. Barcelona: Laertes, pp. 189-224.

Llop, J. (1977). "Reflexiones críticas sobe el combate sexual", *Negaciones*, nº 4, julio-septiembre, p. 5-18.
López Amo Marín, A. (1956). "El Derecho Penal español en la baja edad media", en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, n 26, pp. 337-367.

Lofland, J. (1971). *Analyzing social settings*. Beaumont, Ca: Wadsworth.

López Guerra, L. (2010*). Derecho Constitucional Vol. II*. Valencia. Tirant lo blanc, 8º ed.

López Ibor, Juan José (dir.) (1968). *El libro de la vida sexual*. Barcelona: Danae.

López Ibor, Juan José (1968a). *Lecciones de psicología médica (según apuntes tomados en cátedra*. Madrid: Editorial Paz Montalvo.

López Ibor. Juan José (1968b). *El libro de la vida sexual*. Barcelona: Danae.

Lorente, Miguel (2002).” La nueva masculinidad de siempre”. *Meridiam*, nº 25, pp. 46-49.

Lovisi, Claire (1998). “A l´origine de la Loi Scantinia? en: AAVV, *Melanges de Droit Romaní et d´Histoire Ancienne. Hommage à la memoire de André Magdelain*, vol. XXXVI, Paris, pp. 275-284.

Luque, Enrique (1990). *Del conocimiento antropológico*. Madrid: Siglo XXI.

Luther, (2008). “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”. *Revista de Derecho Constitucional europeo*, (9) enero-junio, pp. 247-295.

Macdonald, R. St. J. (1993), «The Margin of Appreciation» en Macdonald, R. St. J.; Matscher, F., y Petzold, H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights.* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

Malinowski, Branislav (1922[1975]). *Los argonautas del Pacífico Occidental: un estudio sobre comercio y aventura entre los indígenas de los archipiélagos de la Nueva Guinea melanésica.* Barcelona: Península.

Mannoni, P. (1998). *Les representations sociales*. Paris: PUF, Collection ¿Que je sais?

Manzanares Samaniego, J. (2015). *La reforma del Código Penal de 2015*. Madrid: La Ley.

Manzano Barragán, Iván (2012). “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobe orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, 2, pp. 49-78.

Marañón, Gregorio (1918). *La doctrina de las secreciones internas*. Madrid. Corona

Marañón, Gregorio (1928). “Nuevas ideas sobre el problema de la intersexualidad y sobre la cronología de los sexos”. En *Revista de Occidente*, año VI, LXVI, pp. 257 y ss.

Marañón. Gregorio (1929). *Los estados intersexuales en la especie humana.* Madrid: Morata.

Marcial (2000). *Epigramas eróticos*. Aldebarán.

Marco Merenciano, F. (1958). *Ensayos Médicos y Literarios*. *Antología*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.

Maristany, del Rayo Luis (1998). “Situación y contexto de la mala vida de Madrid”. En: Bernaldo de Quirós, Constancio; Llanas de Aguilaniedo, José María. *La mala vida en*

Madrid. Estudio psicosociológico con dibujos y fotografías al natural, Huesca, Ed. Justo Broto Salanova-Instituto de Estudios Aragoneses, pp. 31-58.

Marquardt, Bernd (2017). "El primer código penal sistemático de la modernidad temprana europea: La Constitutio Criminalis Carolina de 1532". *Pensamiento Jurídico*, nº 45, enero-julio, p. 15-60.

Martín, S. (2009). "Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea". *Quaderni florentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 (1), pp. 861-951.

Martín Herrera, D. (2014). "¿Cuando el "hate speech" se convierte en "hate crime"? Libertad de expresión y Derecho internacional según el TEDH, en *Revista de la Facultad*, vol. Nº 2, pp. 73-96.

Martín Herrera. D. (2015). "Lucha contra la discriminación a la luz del derecho de la Unión Europea. ¿Normalización o buenas intenciones?", en *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos fundamentales*, Vicente Gimeno Cendra, María Teresa Reguero García (Coords.). Madrid: Editorial Universitats, pp. 601-618.

Martín Sánchez, María (2011). "Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa". *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, pp. 245-276.

Martínez, E. (1950). "Contribución de la psiquiatría a la profilaxis social del delito" *en II Congreso de Neuro-Psiquatría.* Ponencias. Valencia Mayo-Junio. Madrid, Afrodisio Aguado S.A.

Martínez, L. (2005): *La homosexualidad y el matrimonio*. Madrid: Ediciones Académicas.

Martínez, R. (2016). *La cultura de la homofobia y como acabar con ella*. Barcelona: Ediciones Egales.

Martínez, V.; Vallés, M. (1999). *Técnicas cualitativas de investigación social: reflexión metodológica y práctica professional*. Madrid: Síntesis.

Martínez Díez, Gonzalo (1988). *Leyes de Alfonso X. II Fuero Real*, edición y análisis crítico. Ávila: Fundación Sánchez Albornoz.

Martínez González, María (1983). "La minoría de edad en España", en: *Cuadernos de Política Criminal*, nº 20

Martínez Pérez, José (1990). "Sexualidad y Orden Social: la visión médica en España del primer tercio del siglo XIX", en: *Asclepio*, 42, pp. 119-135.

Muyart de Vouglans, Pierre. (1780). *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*. Paris: Meirgot, Crapart, Benoit Morin.

Martínez Pérez, J. (1991).” La discusión sobre la libertad moral del delincuente en el Congreso Médico Español de 1864”, en M. Valera y C. López Fernández (eds.), *Actas del V Congreso de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias y de las Técnicas* (3 vols.), i, pp. 633-648.

Martínez Salgado, C. (1997). “Aspectos metodológicos para el estudio de la morbilidad por encuesta por comunidades pobres urbanas”. En: Schteingart M., coordenadora. *Pobreza, condiciones de vida y salud en México*. México D.F.: El Colegio de México, p. 525-537.

Martínez Taboas, T. (2012). “Origen y evolución de la Justicia penal de menores de España”, en Gonzalo Pillado, E. (coord.): *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*. Valencia: Tirant Lo Blanch

Martos Montiel, Juan (1998). “El concepto de placer en la ética estoica”. En: *Florentia Iliberritana*, núm. 9, pp. 199-213. Universidad de Málaga.

Marx, C. (1982). *El capital*. México. Siglo XXI.

Marx, C.; Engels, F. (1982). *La ideología alemana*. México. Editorial: Pueblo y Educación.

Mason, J. (2006). Mixing methods in a qualitatively driven way”. *Qualitative Research*, 6 (1), pp. 9-26.

Massey, Alexander (1998). “The way we do things around here: The culture of ethnography. *Ethnography and Education Conference*, Universidad de Oxford, Departamento de Estudios Educacionales, (OUDES), 7-8 septiembre.

Masters, W.; Johnson, E.; Kolodny, R. (1978). *Amour et Sexualité*. París: Interdictions.

Mata, Pedro (1844). *Vademecum de Medicina y Cirugía Legal, vol. II*. Madrid: Imprenta Calle de Padilla.

Mata, Pedro (1874). *Tratado de Medicina de Medicina y Cirugía Teórica y Práctica, 4 vols*. Madrid: Bailly-Ballière.

Mate, Reyes (2003). *Memoria de Auschwitz*. Madrid. Ed. Trotta.

Matsuda, Mary; Lawrence, Charles (1993). *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment.* Westview Press

Max-Bembo (1912). *La mala vida en Barcelona: anormalidad, miseria y vicio*. Barcelona: Editorial Maucci.

Maxwell, J. (1914). *El crimen y la sociedad*. Madrid: Librería Gutenberg de José Ruiz (Jaime Ratés, imp.)

Maxwell, J. (2004). “Reemergent scientism, postmodernism, and dialogue across differences”. *Qualitative Inquiry*, 10 (1), pp. 35-41.

Mayan, M. (2009). *Essentials of qualitative inquiry*. Walnut Creek: Left Coast Press Inc.

Mc Callum, Gerald (2014). “Libertad positiva y libertad negativa”. En *Revista CS*, núm. 13 enero-julio, págs. 285-311.

Mejía, Norma (2006). *Transgenerismos. Una experiencia transexual desde la perspectiva antropológica*. Barcelona: Bellaterra.

Memorándum Explicativo ECRI: General Recomendation nº 15. Disponible en: https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904

Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2009.

Mendoza Buergo, Blanca (2002). “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal y Crinología, 2ª Época*, nº 9, pp. 39-82.

Menéndez, Eduardo (2017). *Los racismos son eternos, pero los racistas no*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/pdf/publicaciones_novedades_editoriales/libro_racismos_eternos_racistas_no.pdf

Menéndez, Eduardo (2018). *Colonialismo, neocolonialismo y racismo: El papel de la ideología y de la ciencia en las estrategias de control y dominación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/pdf/publicaciones_novedades_editoriales/libro_colonialismo_neocolonialismo_racismo.pdf

Meron, T. (1985). “The meaning and reach of the International Convention on the Eliminatin of alls forms of Racial Discrimination”. *The American Journal of International Law*, vol. 79.

Mesoneros Romanos, Eugenio (1920). *La vida sexual normal y psicopatológica*. Barcelona: Sociedad General de Publicaciones, S.A.

Meyer, Michel (1991). *Le philosophe et les passions. Esquisse d'une histoire de la nature humaine*, Le Livre de Poche, Biblio-essais, Paris: Hachette.

Meyer, I. (1995). “Minority stress and mental health over gay men”. *Journal of Health and Social Behavior*, 36, 38-56.

Meyer, I. (2003). “Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay and bisexual populations: Conceptual issues and research evidence”. *Psychological Bulletin*, 129, 674-697.

Meyer, I. (2007). “Prejudice and discrimination as social stressors”. In: I. Meyer and M. Northridge (eds.), *The health of sexual minorities: Pub lic health perspectives on lesbian, gay, bisexual and transgender populations* (pp. 242-267). New York: Spring.

Miguel Alonso, Aurora (2005). *Fuentes para la historia del constitucionalismo español. Colección bibliográfica de la Universidad Complutense de Madrid*. Madrid: Universidad Complutense.

Miles, M. (1979). Qualitative data as an alternative nuisance: The problem of the analysis. *Administrative Science Quaterly*, 24, 590-601.

Miles, M.; Huberman, A. (1994). *Qualitative Data Analysis*. Thousand Oaks. California: Sage.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2017*). Legislación sobre Delitos de odio. Guía Práctica*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Ministerio de Justicia. Decreto. *Gaceta de Madrid*, nº 332, 28 de noviembre de 1935, pp. 1715.

Ministerio de Justicia, Orden de 28 de mayo de 1958 por la que se dictan normas complementarias de la Ley de 24 de abril último sobre Juzgados especiales de Vagos y Maleantes, *BOE*, 4 de junio 1958, nº 1333, p. 1006.

Ministerio Fiscal. Memoria 1967.

Ministerio Fiscal. Memoria 1969

Ministerio Fiscal. Memoria 1972

Mir, C. (2005). “Delincuencia patrimonial y justicia durante el Franquismo (1939-1951): una incursion en la marginación social de posguerra”, en Mir, C. y Agustí, C. (eds.), *Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el Franquismo* (Lérida: Edicions de la Universitat de Lérida.

Mir Puig, S. (2010). “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en ID. Y J. J. Queralt Jiménez (dir.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanc.

Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte General, 9ª ed*. Barcelona: Editorial Reppertor.

Mira y López, Emilio (1932). *Manual de Psicología jurídica*. Barcelona: Salvat Editores.

Miró Linares, F. (2015). “La criminalización de las conductas ofensivas”, en *REDPC*, 17-23. Pp. 1-65.

Mommsen, Teodoro (1905). *El Derecho Penal Romano*, Tomo II, Traducido por P. Dorado. Madrid: España La Moderna.

Monaghan, J.; Just, P. (2006). *Una brevísima introducción a la Antropología Social y Cultural.* México: Océano.

Mondimore, F. (1998). Una historia natural de la homosexualidad. Barcelona: Paidós, pág. 21.

Monferrer, J.; Calvo, K (2001). "Homosexualidad y peligrosidad social", diario El Mundo, 30 de septiembre, p. 31.

Monferrer, J. (2004). La construcción de la protesta en el movimiento gay español: La ley de peligrosidad social (1970) como factor precipitante de la acción colectiva. *Revista española de Investigaciones Sociológicas*, 102 (03), 171-204.

Montero Cartelle, E. (1991). *El latín erótico. Aspectos léxicos y literarios (hasta el siglo i d. C.).* Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Montero-Ríos y Villegas, A. (1919). *Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para Niños*. Madrid: Imprenta Clásica Española.

Montoya Melgar, Alfredo (2016). *Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.* Navarra: Editorial Aranzadi.

Moore, Robert I (1989): *La formación de una sociedad represora. Poder y disidencia en la Europa occidental*, Barcelona, Crítica.

Mora Gaspar, Víctor (2016). *Al margen de la naturaleza*. Barcelona: Ediciones Debate.

Mora Gaspar, Víctor (2019). "Rastros biopolíticos del franquismo. La homosexualidad como peligrosidad social según las sesiones de la Comisión de Justicia española en 1970". *Revista de Historia Autónoma*, 14, pp. 173-193.

Mora, Héctor (2010). "El método etnográfico: origen y fundamento de una aproximación multitécnica". *Forum: Qualitative Social Research*, vol. 11, nro. 2, art. 10. Pp. 1-31.

Mora Sánchez, A. (2012). *La medida de internamiento en régimen cerrado: concepto, naturaleza y régimen de ejecución.* Granada: Alternativas. Editorial Universidad de Granada.

Morales, J. (1999). "El estudio del prejuicio en Psicología Social", en: Morales, J., coordinador: *Psicología Social*. Segunda edición. Madrid: Mc Graw-Hill, pp. 301-3016.

Morenilla Rodríguez, J. (1977). "La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades práctica y aproximación a una solución". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales,* tomo 30, número 1, Ministerio de Justicia.

Moreno Jiménez, Bernardo (1990). *La sexualidad humana: Estudio y perspectiva histórica*. Madrid: Universidad Nacional a Distancia. Fundación Universidad Empresa.

Moreno Mengíbar, Andrés; Vázquez García, Francisco. (1997). *Sexo y Razón. Una genealogía de la moral sexual en España (siglos XVI-XX)*. Madrid: Akal.

Moreno Mengíbar, Andrés; Vázquez García, Francisco. (1999). *Crónica de una Marginación, Historia de la Prostitución en Andalucía desde el siglo XV hasta la Actualidad*. Cádiz: Baal, p.177.

Moretón Toquero, Aránzazu (2012). "El ciberodio, la nueva cara del mensaje del odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 27, pp. 1-18.

Morillas Fernández, D. (2014). *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Editorial Dykinson.

Mosse, George (1985). *Nationalism and Sexuality, Respectability and Abnormal Sexuality in Modern Europe*. New York. Howard Fertig. Pág 133-152.

Mosse, George (1999). *The Fascist Revolution: Towards a General Theory of Fascism*. New York: Howard Fertig.

Movimiento contra la intolerancia (2004). *Material Didáctico, nº 5, La lucha contra los delitos de odio en la región OSCE*. Madrid: ODHIR-OSCE.

Movimiento contra la Intolerancia (2010). "Informe Raxen. Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo, Homofobia y otras manifestaciones relacionadas de Intolerancia a través de los hechos de Especial Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio". *Raxen*, Número especial diciembre 2010, pp. 1-138.

Movimiento contra la Intolerancia (2015). *Cuadernos de análisis nº 55*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Muchembled, Robert (1992). *Le temps des suplices. De l´obeissance sous les rois absolus XV-XVIII siècle.* Paris: Armand Colin.

Mullet, E. (2012). "Perdón y terapia". En F.J. Labrador y M. Crespo (Eds.), *Psicología clínica basada en la evidencia*. Madrid: Pirámide

Muñoz Catalán; Elisa (2013). "La impotencia *Generandi* en el matrimonio romano homosexual". En: *Foro Nueva Época*, vol. 16, núm. 2, pp. 211-230.

Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes (2004). *Derecho Penal Parte General, 6ª edición*. Valencia: Tirant lo blanc.

Muñoz Conde, Francisco (2011). "La Herencia de Franz Von Liszt", en: *Revista de Justicia y Sistema Criminal (modernas tendencias del sistema criminal)*, v. 3, nº 5, pp. 23-52.

Muñoz Conde, Francisco (2013a). *Derecho penal. Parte especial, 19º ed*. Valencia: Tirant lo blanc.

Muñoz Conde, Francisco (2015). *Derecho penal. Parte especial*, 20 ª ed. Valencia: Tirant lo blanc.

Murray, Jacqueline (1996). "Twice Marginal and Twice Invisible: Lesbians in the Middle Ages", Bullough, V.L.; Brundage, J.A. (eds.), *Handbook of Medieval Sexuality*, New York: Garland, pp. 191-222.

Narbona Vizcaíno, Rafael (1992): *Pueblo, poder y sexo*. *Valencia medieval (1306-1420),* València, Diputació Provincial de Valencia.

Nazario (2004). La Barcelona de los 70 vista por Nazario y sus amigos. Barcelona: Ellago Ediciones.

Nieto Martín, A.; Pérez Cepeda, A. (coord.) (2007). *Comentarios al Código penal*. Madrid: Iustel.

Niremberg, David (2001)*: Comunidades de violencia: la persecución de las minorías en la Edad Media*, Barcelona, Península.

Nussbaum, Martha (2006). *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. Katz, Buenos Aires.

OSCE-ODHIR (2014). *Prosecuting Hate Crimes: A practical Guide*. Varsovia: Oficina para las Instituciones democráticas y los Derechos Humanos.

ODHIR-OSCE (2016). *La persecución penal de los delitos de odio*. Madrid: Secretaria General de Inmigración Emigración. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE)

Oficina para la no discriminación del Ayuntamiento de Barcelona (2020). *Informe del Observatorio sobre las discriminaciones.* Dirección de Servicios de Derechos de Ciudadanía Área de Derechos Sociales, Justicia Global, Feminismos y LGTBI Ayuntamiento de Barcelona. Disponible en: https://ajuntament.barcelona.cat/dretsidiversitat/sites/default/files/WEB2_INFORME_DISCRIMINACIO_2019_A4_ESP.pdf

Olmeda, F. (2004). *El látigo y la pluma*. Madrid: Editorial Oberón.

Onandia Ruiz, Beatriz (2019). "La inmoralidad pública durante el franquismo. Entre el pecado y la lujuria: el nacimiento del Patronato de Protección de la Mujer". En: (ed.) Juan Cuadrado, *Las Huellas del Franquismo*. Granada: Editorial Comares, pp. 731-751.

Orden de 15 de enero de 1954 por la que se crea una Colonia Agrícola para el tratamiento de Vagos y Maleantes en Tefia de la isla de Fuerteventura. Boletín Oficial del Estado 30/01/1954, nº 30, p. 540.

Orfila, Mateo (1847). *Tratado de Medicina Legal, vol. I*. Madrid: Imp. de D. José M. Alonso.

Organización Mundial de la Salud (1992). *CIE-10: Clasificación de los Trastornos mentales y del comportamiento*. Madrid: Editorial Panamericana.

Organización para la Seguridad y Cooperación europea OSCE (2003). *Hate Crimes in the OSCE Región: Incidentes and Responses.* Polonia. OIDDH.

Organización para la Seguridad y Cooperación europea OSCE (2004). Decisión nº 633. Fomento de la Tolerancia y de la libertad de los medios informativos en internet. Consejo permanente. Disponible en: https://www.osce.org/files/f/documents/6/4/16917.pdf

Orlandis, José (1992). *Semblanzas Visigodas.* Madrid. Ediciones Rialp, S.A.

Ortiz Heras, M. (2004). "Instrumentos legales del terror franquista". *Historia del Presente*, nº 3, pp. 203-222.

Ortiz Heras, M. (2005). Iglesia y control social. De controladora a controlada. En J. de la Cueva Merino y L. López-Villa-Verde (eds.), *Clericalismo y asociacionismo católico en España: de la restauración a la transición*, pp. 161-193. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha

Osborne, R. (2012). *Mujeres bajo sospecha. Memoria y sexualidad (1930-1980)*. Madrid: Editorial Fundamentos.

Ots y Esquerdo, Vicente (1894*). La locura ante los tribunales o estudio médico legal de la irresponsabilidad del loco.* Madrid: Centro Editorial de Góngora.

Ott, B. y Aoki, E. (2002). "The politics of negotiating public tragedy: Media framing of the Matthew Shepard murder". *Rhetoric & Public Affairs*, 5(3), pp. 483-505.

Pajón Leyra, Ignacio (2018). "Irracionalidad, barbarie y violencia en el De ira de Séneca: una lectura política". *Anales del seminario de Historia de la Filosofía*, 35, 1, pp. 11-25.

Paramar, Sat (1999). El Tratado de Ámsterdam, en Krickler, K (coord.), *La orientación sexual y la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam*, ILGA Europa, Bruselas, pp. 17-28.

Paredes, Javier (1998). *Historia Contemporánea de España (siglo XX)*. Barcelona: Ariel

Parker, Richard y Aggleton, Peter. (2003). "HIV and AIDS-related stigma and discrimination: a conceptual framework and implications for action". *Social Science & Medicine Social Science & Medicine*, 57(1), 13-24.

Patton, M. (1980). *Qualitative evaluation methods*. Beverly Hills: Sage.

Pavan, Elisabeth (1986). "Police de moeurs, Societé et politique á Venise á la fin du Moyen Áge". *Revenue Historique*, 536, pp. 241-288.

Peces Barba, G. (2002). *La Dignidad Humana desde la Filosofía del Derecho*. Madrid Dykinson.

Pena González, Wendy (2020). "El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la libertad de expresión y la exaltación del terrorismo, comentario a la STC 35/2020, de 25 de febrero", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, pp. 1-9.

Penna, M.; Mateos, C. (2014). "Los niveles de homofobia de los futuros docentes: una cuestión de derechos, salud mental y educación". *Revista Iberoamericana de Educación*, I (66), 123-142.

Peña García, C. (2004). *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*. Madrid: Edisofer.

Peñafiel Ramón, Antonio (1996). "Inquisición y moralidad pública en la España del siglo XVIII", en: *Revista de la Inquisición*, 5, pp. 293-302. Servicio de publicaciones. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.

Penrod, J. (2003). "A discussion of chain referral as a method of Sampling hard-to reach-populations. *Journal of transcultural Nursing*. SAGE Publications, v. 14, n.2, p. 100-107. Disponible en: http://tcn.sagepub.com/content/14/2/100

Pereda, N. (2013). "La victimología en el contexto de las ciencias sociales". En N. Pereda y J.M. Tamarit, *Victimología teórica y aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial.

Pérez, G. (2004). *Modelos de investigación cualitativa en educación social y animación sociocultural, aplicaciones prácticas*. Madrid: Narcea Ediciones.

Pérez, J. (2012). *Breve Historia de la Inquisición en España*. Barcelona: Crítica.

Pérez Argiles, Valentín (1959). *Discurso sobre la homosexualidad*. Sesión inaugural del cursos académico, Publicaciones de la Real Academia de Medicina del distrito de Zaragoza, Zaragoza.

Pérez Cánovas, Nicolás (1996). *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Granada: Comares.

Pérez de la Fuente, O. (2010). "El enfoque español sobre lenguaje de odio", en Pérez de la Fuente, O.; Oliva Martínez, D. (eds.). *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad.* Madrid: Dykinson.

Pérez de Petinto y Bertomeu, M. (1950) "Contribución de la psiquiatría a la profilaxis social del delito" en *II Congreso de Neuro-Psiquatría. Ponencias*. Valencia Mayo Junio. Madrid: Afrodísio Aguado S.A

Pérez Miranda, Iván (2009). "Mito, género y sexualidad". En: *En torno a la educación social. Estudios reflexiones y experiencias*, pp. 97-105. Universidad de Salamanca.

Pérez Sánchez, Gema (2004). "El Franquismo, ¿un régimen homosexual?, *Revista Orientaciones,* núm. 7, pp. 29-48.

Pérez Sauquillo, Carmen (2015). Ponencia Seminario: *Delitos de peligro abstracto y Bienes jurídicos colectivos*. XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá. Disponible: https://www.ficp.es/wp-content/uploads/2015/11/P%C3%A9rez-Sauquillo-Mu %C3%B1oz.-Ponencia.pdf

Perrin, C.; Roca, i Escoda, M y Parini, L. (2012). "La notion d`homophobie, ses usages et son rapport au féminisme". *Nouvelles Questions Fèministes*, 31, pp. 4-11.

Peset, José (1983). *Ciencia y marginación: Sobre locos, negros y criminales*. Barcelona: Critica.

Petersen, R.; Valdez, A. (2005). "Using Snowball-based methods in hidden populations to gnerate a randomized community sample of gang-affiliated adolescents. *Youth violence and juvenile Justice*. 3 (2), p. 151-167. Disponible en: http://yvi.sagepub.com/content/3/2/151.refs

Petit, Jordi (2003). *25 años más*. Madrid: Icaria.

Petit, J. (2004). *Vidas de arco iris*. Barcelona: Ed. Random House Mondadori.

Petit, Jordi (2008). "El movimiento de liberación de gays y lesbianas durante la Transición (1975-1981)". Ugarte Pérez, Javier (ed.). *Una discriminación Universal*. Barcelona: Egales, pp.171-199.

Pettigrew, T., Meertens, R. (1995). "Subtle and blatant prejudice in Western Europe". *European Journal of Social Psychology*; 25: 57-75.

Pichardo Galán, José Ignacio (2009). *Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*. Barcelona: Bellaterra.

Picornell, M. (2010). "¿De una España viril a una España travesti? Transgresión transgénero y subversión del poder franquista en la transición española hacia la democracia", *Feminismo/s,* núm. 16, pp. 281-304.

Pineda, E. (2008). "Mi pequeña historia de lesbianismo organizado en el movimiento feminista de nuestro país". En: Platero, R. coord.). *Lesbianas. Discursos y representaciones*. Barcelona: Melusina, p. 31-60.

Platero, Raquel (2005). "¿Invisibiliza el matrimonio homosexual a las lesbianas? Una crítica feminista sobre la construcción y representación del matrimonio homosexual en España", *Orientaciones*, nº 10, segundo semestre, pp. 103-119.

Platero, Raquel (2007). "Love and the State. Gay marriage in Spain". En *Feminist Legal Studies* 15 (2), pp. 329-340.

Platero, Raquel (2007b). Overcoming brides and grooms. The representation of Lesbian and gay rights in Spain. En: (ed.) Mieke Verloo, *Multiple meanings of Gender Equality.*

A Critical Frame Analysis of Gender Policies in Europe. CEU. Central European University Press: Budapest, pp. 207-232.

Platero, Raquel (2009). "Discriminación por orientación sexual e identidad de género". En Álvarez, Enrique, Figueruelo, Angela y Nuño Laura (dir.). *Estudios interdisciplinares sobre igualdad.* Madrid: Iustel, 169-182.

Platero, Raquel (2009ª). Apuntes sobre la represión organizada del lesboerotismo y la masculinidad de las mujeres en el período franquista. En AAVV. *Homosexuales y Transexuales: Los otros represaliados del franquismo*, desde la memoria histórica. Barcelona: Bellaterra.

Platero Raquel (2009b). "Transexualidad y agenda política: una historia de discontinuidades y patologización". *Política y Sociedad*, vol. 46, núm. 1 y 2, pp. 107-128.

Plumed, D., Rey González, A. (2002). "La introducción de las ideas degeneracionistas en la España del siglo XIX. Aspectos conceptuales". *Frenia*, 2, pp. 31-48.

Pollack, Michael (1987). "La homosexualidad masculina o: ¿La felicidad en el ghetto?". Ph Ariès, A. Bejín, M. Foucault (eds.). *Sexualidades Occidentales*. Barcelona: Ediciones Paidós, pp. 71-102.

Popper, K (1994*). La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Barcelona. Planeta Agostini.

Portilla Contreras, G. (1997). En Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*. Madrid: Marcial Pons.

Portilla Contreras, G. (2015). "La represión penal del discurso del odio" en Quintero Olivares (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi.

Powell, Charles (2006). "El camino a la democracia en España". *Cuadernos de la España contemporánea*, núm. 1, diciembre, pp 1-27.

Pratto, F.; Sidanius, J; Stallworth, L. M., & Malle, B. (1994). Social dominance orientation: A personality variable predicting social and political attitudes. *Journal of Personality and Social Psychology*, 67, 741-763.

Preciado, Beatriz (2008). *Testo Yonki*. Madrid: Espasa.

Preciado, Beatriz; Hocquenghem, Guy (2009). *En el deseo homosexual (con terror anal)*. Barcelona: Melusina.

Preston, P. (2015). *Franco. Caudillo de España*. Barcelona: Editorial Debate.

Principios de Yogyakarta, (2007). Disponible en: http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/

Prins, Adolphe (1910). *La défense sociale et les transformations du droit penal*. Bruxelles: Misch et Thron.

Protocolo de Actuación sobre delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación (2015). Ministerio del Interior.

Puertas, S. (2003). *Activación automática de los estereotipos asociados al poder y su medición implícita y explícita* (Tesis Doctoral). Granada: Universidad de Granada.

Pulido, R.; Bailén, M.; Zúñiga, S. (2007). *Abordaje hermenéutico de la investigación cualitativa, teorías, procesos, técnicas*. Colombia. Editorial Universidad Cooperativa de Colombia.

Quesada Alcalá, C. (2015). "La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española", en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 30, pp. 1-33.

Quintero Olivares, G. (2015)." Estudio preliminar", en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Ramírez Pérez, V. (2018). "Franquismo y Disidencia Sexual. La visión del Ministerio Fiscal de la época". *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 77, 132-176.

Ramos Vázquez, J. (2008). "Presente y Futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, nº12, pp. 771-794.

Ramos Vázquez, J. (2009). "La declaración de inconstitucionalidad del delito de negacionismo (art. 607.2 del Código penal", en *Revista Penal*, núm. 23, pp. 120-137.

Ratzinger, Joseph (1997). *Carta sobre la atención pastoral a las personas homosexuales*. Madrid: Ediciones Palabras.

Rawls, J (1996*). Sobre las libertades*. Barcelona. Paidós.

Rayón Ballesteros, M. (2014). "Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, pp. 209-234.

Rebollo Vargas, Rafael (1997). *La provocación y la apología en el nuevo Código penal.* Valencia: Tirant lo blanc.

Rebollo Vargas, Rafael (2004). "Art. 510", Córdoba Roda y García Arán (dir.), *Comentarios al Código penal, Parte especial II*. Madrid: Marcial Pons.

Rebollo Vargas, Rafael (2018). "Controversias y propuestas interpretativas sobra la agravante de discriminación por razón de odio", en: *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española,* Landa Gorostiza, J.; Garro Carrera, E. (directores). Valencia: Tirant lo blanc.

Reglamento a que han de sujetarse todas las mujeres públicas residentes en esta Corte, con las instrucciones necesarias para su cumplimiento (1865). Madrid: Imprenta de Gregorio Hernando.

Reichardt, C.; Cook, T. (1979). Beyond Qualitative versus quantitative methods. In T.D. Cook & C.S. Reichardt (eds.) *Qualitative and quantitative methods in evaluation Research* (pp. 7-32). Beverly Hills: Sage.

Renneville, M. (2003). "La reception de Lombroso en France (1880-1900)", en L. Mucchielli (ed.), *Histoire de la criminologie en France*, Paris, pp. 107-135.

Revenga, Sánchez, M (2004). "Trazando los límites de lo Tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española". *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21, págs. 23 y ss.

Rey Martínez, Fernando (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Mc Graw-Hill.

Rey Martínez, Fernando (2005). Homosexualidad y Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época)*, núm. 73, enero-abril, págs. 111-156.

Rey Martínez, Fernando (2015). "Discurso del odio y racismo líquido". En Revenga Sánchez, M., *Libertad de expresión y discursos del odio*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá.

Rivacoba y Rivacoba, M. (1988). "La reforma penal de la Ilustración". *Doctrina Penal*, 11 (42), 231-252.

Rivera, J. (2009). *La Libertad de expresión y las expresiones de odio*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

Robert, Jean Noel (1999). *Eros romano. Sexo y moral en la Antigua Roma*. Madrid: Universidad Complutense.

Robitaille-Froidure, A. (2011). *La liberté déxpression face au racisme*. París. L ´Harmattan.

Robleda, Olís (1980). "La definizione del matrimonio nel Diritto Romano, en AAVV, *La definizione esenciale del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*, Roma, Pontificia Università Lateranense, Pontificium Institutum Utriusque Iuris, p. 42.

Roca Chus, T. (1968). *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*. Madrid: Sección de Publicaciones del Consejo Superior de Protección de Menores.

Rodrigues-Breitman, M. (1994). "La construcción social de la infancia delincuente". *Nueva Sociedad*, 129, pp. 152-163.

Rodríguez, Hildegart (1931). *El problema sexual tratado de una mujer española*. Madrid. Morata

Rodríguez Ferrández, S. (2014). "El ámbito de aplicación del artículo actual 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, 12, pp. 165-232.

Rodríguez Lafora, Gonzalo (1929). "La Psiquiatría en el nuevo Código Penal español de 1928, (juicio crítico)". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol., 78, nº 154, pp. 386-459.

Rodríguez López, S. (2010). "La Sección Femenina, la imagen del poder y el discurso de la diferencia", *Feminismo/s* 16, pp. 233-257.

Rodríguez Montañés, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanc.

Rodríguez Mourullo, G. (1979). *Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código penal español de 1979*. Santiago de Compostela.

Rodríguez Paniagua, José María (1980): *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid. Univ. Complutense.

Rodríguez Yagüe, A. (2007). *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal*. Albacete: Editorial Bomarzo.

Rodríguez Yagüe, Cristina (2007). "Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español", *Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, dos mil-tres mil*, Universidad de Castilla La Mancha nº 11, pp. 1-25

Rodrigo, Javier (2007). *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1647*. Barcelona. Crítica.

Rodrigo Paredes, Florentina (2019). "El regreso de la tradición durante el primer franquismo: La mujer, la gran olvidada de la normativa legal". En: (ed.) Juan Cuadrado, *Las Huellas del Franquismo*. Granada: Editorial Comares, pp.885-901.

Roig Torres, M. (2014). "El discurso del odio en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma penal". *Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 15, pp. 172-217.

Roig Torres, M. (2015). "Los delitos de racismo y discriminación", en González Cussac, J.L. (Dir.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Romeo Casabona, María (2001). "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en Criminología*. Madrid: UNED.

Romero Reina, Tatiana (2019). "¿Violencias sexuadas? Cuestiones en torno al análisis de la violencia ejercida sobre los cuerpos de las y los Rojos durante la Guerra Civil

Española. Una reflexión teórica". En: (ed.) Juan Cuadrado, *Las Huellas del Franquismo*. Granada: Editorial Comares, pp. 658-674.

Rosal, J. del (1947). "Política y criminalidad", en *Revista de Estudios Políticos*, 3-4, pp. 755-763.

Rosenfeld, M (2000). "La filosofía de la libertad de expresión en América", Derechos y Libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, págs. 470 y ss.

Rosenfeld, Michel (2005). "El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional". *Pensamiento Constitucional*. Vol. 11, núm. 11, págs.153-199.

Rottenbacher, J.; Espinosa, A. (2011). "Analizando el prejuicio: bases ideológicas del racismo, el sexismo y la homofobia en una muestra de habitantes de la ciudad de Lima-Perú". *Revista de Psicología Política*, 11(22), 225-246.

Rubio García, Luis (1991): *Vida licenciosa en la Murcia bajomedieval*, Murcia. Academia Alfonso X el Sabio.

Rudolf, B. (2003), «European Court of Human Rights: Legal Status of Postoperative Transsexuals», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 4, pp. 716-721.

Rueda Martín, M (2016). "Delitos contra la Constitución II", en Romeo Casabona /Sola Reche/Boldova Pasamar (Coords.): *Derecho penal. Parte Especial.* Granada: Comares.

Ruggiero, Guido (1985): *The boundaries of Eros: sex crime and sexuality in renaissance Venice*, Oxford. Oxford University Press

Rullán, Rebeca (2004). Derechos civiles y sociales en materia de identidad de género. Asociación española de Transexuales, AET Transexualia. *XVI Congreso Estatal de la Federación Española de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales*. Salamanca, mayo 1-2.

Ruiz, S. (2009). *Diversidad sexual en las aulas. Evitar el bullying o acoso homofóbico. Cuadernos Plural 2*. Badajoz: Fundación Triángulo Extremadura.

Ruiz Maya, Manuel (1928). "La peligrosidad de los alienados en sus aspectos teórico y práctico", *Archivos de Neurobiología*, pp. 63-97, Segunda reunión anual de la asociación de neurosiquiatría, Madrid, 22, 23, 24 de octubre de 1927.

Ruiz Maya, Manuel (1930). "Límite de la peligrosidad en los enfermos mentales y medios para justificar la existencia de las circunstancias que la determinan". En: *Asociación Española de Neuropsiquiatras. Tercera Reunión Anual*, Bilbao, 22, 23, 24 de septiembre de 1928, Barcelona: Tipografía Santiago Vives.

Ruiz Maya, Manuel (1931). *Manual de psiquiatría penal y civil*. Madrid: Plus Ultra.

Ruiz Velasco, María Eugenia (1994), "Subjetividad y trabajo en el mundo actual", *Revista Tramas: Subjetividad y procesos sociales*, núm. 6, junio, México, pp. 37-52

Sabaté, Flocel (1993): "Evolució i expressió de la sexualitat medieval", *Anuario de Estudios Medievales*, nº 23.

Sabater, Antonio (1962). *Gamberros, Homosexuales y Maleantes.* Barcelona. Editorial Hispano Europea.

Sabater Tomás, Antonio (1972). *Peligrosidad Social y Delincuencia*. Barcelona: ediciones Nauta

Saforcada, M.; Busquet, T. (1926). "Necesidad urgente de revision total de la legislación relativa a los alienados". Primera Reunión de la Asociación Española de Neuropsiquiatras, celebrada en Barcelona los días 21, 22 y 23 de junio de 1926", *Archivos de Neurobiología*, VI, 179-188, p. 181.

Saforcada, Manuel; Torras, Oscar (1930). "Comentarios psiquiátricas al nuevo Código Penal español. Cuarta Reunion Annual de la Asociación Española de Neuropsiquiatras, celebrada en Sevilla el 17, 18, y 19 de diciembre de 1929", *Archivos de Neurobiología*, 10, pp. 443-463.

Saforcada, Manuel (1953). "La medicina y el derecho". *Anales de medicina y cirugía*, 33 (92), pp. 21-43.

Sainz Guerra, J. (2004). *La evolución del Derecho penal en España*. Jaén: Universidad de Jaén, p.20.

Saiz, I. (2004), «Bracketing sexuality: human rights and sexual orientation – a decade of development of denial at the UN», *Health and Human Rights: an international journal*, vol. 7, núm. 2, pp. 48-80.

Salazar Benítez, Octavio (2012). "El reconocimiento jurídico constitucional de la diversidad afectiva y sexual". *Revista de Estudios Políticos*, julio-septiembre, pp. 45-79.

Salillas, Rafael (1896). *El lenguaje*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez.

Salillas, Rafael (1898). *El delincuente español: Hampa*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez.

Salillas, Rafael (1901). *Teoría básica bio-sociológica*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez.

Salillas, Rafael (1903). "Las tres cuestiones", en el Heraldo de Madrid, 29 de mayo.

Salinero Echeverría, S. (2013). "La nueva agravante penal de discriminación. Los delitos de odio". En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, pp. 263-308.

Sandel, M. (2008). *Filosofía pública*. Barcelona: Ediciones Marbot.

Sandelowski, M; Barroso, J. (2003). "Writing the proposal for a qualitative research methodology project. *Qualitative Health Research*; 13 (6): pp. 781-820.

San de Velilla, Antonio (1932). *Sodoma y Lesbos modernos: Pederastas y Safistas, estudiados en la clínica, en los libros y en la historia*. Barcelona. Carlos Ametller
Sánchez Sánchez, E. (2001). "El auge del turismo europeo en la España de los años setenta", *Revista Arbor*, vol. 170, núm. 669, pp. 201-224.

Sandin, M. (2003). *Investigación cualitativa en educación. Fundamentos y tradiciones*. España: McGraw-Hill.

Santana Vega, D. (2014). "El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación e identidad sexuales", en: Cuesta López y Santana Vega, D. (coords.), *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. Navarra: Aranzadi.

Santos Sacristán, Marta (2012). "Una aproximación a la Ley de Mendicidad de 1903". *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, vol. 16, pp. 227-260.

Sanz Delgado, Enrique (2003). "Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales". *ADPCP*, vol. VLI, pp. 253-349.

Sartori, Giovani (1998). *Homo videns*. Madrid: Taurus.

Sartre, Jean Paul (1961). "Prefacio", en *Los condenados de la tierra,* Fanon, F. (1961). Paris: Editions Masperó.

Schauer, F. (2005). "The exceptional First Amendment", en Ignatieff (ed.). *American Excepcionalism and Human Rights,* Princeton, págs. 29 y ss.

Scweleb, E (1966). "The international Convention on the Elimination of alls Forms of Racial Discrimination". *The International and Comparative Law Quaterly*, 15

Seale, C.; Silverman, d. (1997). Ensuring rigour in Qualitative Research. *European Journal Public* Health; 7 (4), pp. 379-384.

Sellin, T. (1938). "Culture conflict and crime", en: *American Journal of Sociology*, vol. 44, nº 1, pp. 97-103.

Séneca (1992). "Cartas: El bien único es lo honesto". En: *Tratados filosóficos y cartas*. México: Editorial Porrúa.

Séneca (1996). Sobre la ira, I (Reynolds) (trad. De C. Cordoñer, en Lucio Anneo Séneca, *Diálogos* [1986], Madrid p.64.

Séneca (2007). Sobre la ira. (*De ira*). Traducción de Francisco Navarro y Calvo. Artemisa Ediciones, La Laguna.

Sereñana y Partagás, Prudencio (1881). *La prostitución en la ciudad de Barcelona, estudiada como enfermedad social y considerada como origen de otras enfermedades dinámicas, orgánicas y morales de la población barcelonesa*. Barcelona: Imprenta de los Sucesores de Ramírez y compañía.

Serra Perelló, Laia (2018). *Discurso de incitación al odio*. Barcelona: Diputación de Barcelona-Instituto de Derechos Humanos de Cataluña.

Shanghaghi, A; Bhopal, R. (2011), "Approaches to recruiting "hard-to-reach" populations into research: a Review of the literature". *Health promotion perspectives*, 1 (2), p. 86-94. Disponible en: http://journals.tbzmed.ac.ir/HPP/Manuscript/HPP-1-86.pdf

Shutz, A. (1974). *El problema de la realidad social*. Argentina: Amorrortu.

Sibila Paula (2005). *El Hombre Postorgánico. Cuerpo, Subjetividad y tecnologías digitales*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica

Silva Sánchez, J. (1997). *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch.

Silverman, D. (2000). *Doing Qualitative Research*. *A Practical Handbook*. Londres: Sage.

Silverman, D. (2005). "Instances or sequencies. Improving the state of art of qualitative Research". *Forum: Qualitative Research*, 6 (3), art. 30. Disponible en: http://www.qualitative-research-net/fqs-texte/3-05/05-3-30-e.htm.

Sinistrati de Ameno, R. (1879). *De Sodomia Tractatus*. Paris: Isadore Lisieux Editeur.

Smith, Adam (1978). *Teoría de los sentimientos morales*. Madrid: Alianza.

Smolla, R (1992). *Free Speech in an Open Society*. New York. Random House New York

Sol Jiménez, Elena (2016). "Los gnósticismo y sus rituales. Una introducción general. En: *Antestería*, 5, pp. 225-240, Universidad de Cantabria.

Solano y Polanco, J. (1920). *Tribunales para niños y comentarios a la legislación española*. Madrid: Reus.

Soldevilla y Carrera, Manuel (1912). *La infancia y la Criminalidad*, Memoria premiada en el Certamen Escolar Nacional celebrado por la Academia Jurídico-Literaria de Zaragoza, Lérida: Imp. José Pagés, p. 169.

Solórzano, Jesús (2005). "Justicia y ejercicio del poder: la infamia y los delitos de lujuria en la cultura legal de la Castilla Medieval", *Cuadernos de Historia del Derecho*, 12, pp. 313-353.

Solórzano, Jesús (2012). "Poder sexo y ley: la persecución de la sodomía en los tribunales de la Castilla de los Trastámara". *Clío y Crimen*, nº 9, pp. 285-396.

Soriano Gil, M. (2005). *La marginación homosexual en la España de la transición*. Madrid: Editorial Egales.

Spargo, Tamsin (2004). *Foucault y la Teoría Queer*. Barcelona. Gedisa.

Spiry, E. (1996), «Homosexualité et droit international des droits de l'homme – vers une nouvelle donne en Europe*», Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 7, núm. 25, pp. 45-66.

Spitzer, S.; Scull, T. (1977). "Social control in historical perspective: from private to public responses to crime". En: *Corrections and punishment*, pp. 265-284.

Stephan, W.G.-Stephan, C.W. (1985): "lntergroup anxiety". *Journal of Social lssues*, 41 (3), pp. 157-175.

Strauss, A.; Corbin, J (1990). *Basics of Qualitative Research*. Newbury Park. California: Sage.

Suárez Espino, M. (2008). "Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio", en: *Indret,* 2, pp. 1-12.

Sullaway, M (2004). "Psychological perspectives on hate crimes laws". *Psychology, Public Policy and Law,* 10, 250-292.

Summer, L. (2009). "Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A philosophical Analysis", en Hare, I & Weinstein, J.: *Extreme speech and Democracy*. New York: Oxford University Press.

Sunstein, Cass (1993). *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York. First Free Press

Sunstein, Cass R. (1994). "Homosexuality and Constitution". *Indiana Law Journal*, vol. 70, núm. 1, p. 3.

Szasz, T. (1970). *The Manufacture of Madness: A Comparative Study of the Inquisition and the Mental Health Movement*. USA: SUP

Tajfel, H. (1984). *Grupos humanos y categorías Sociales*. Barcelona: Herder.

Tamarit Sumalla, Josep; Villacampa, Carolina; Rodríguez Puerta, María; García Alberó, Ramón, Quintero Olivares, Gonzalo; Morales Prats, Fermín (2004). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 4º edición. Pamplona: Editorial Aranzadi.

Tamarit Sumalla, Josep (2011). "Artículo 510 y artículo 607", en Quintero Olivares (dir.) y Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Pamplona: Thomson/Aranzadi.

Tapia Ballesteros, P. (2010). "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas", en Gómez Tomillo. M. (dir.), *Comentarios al Código penal*. Valladolid: Lex Nova.

Tapia Ballesteros, P. (2015). "Artículo 510", en Gómez Tomillo, M. y Javato Martín, J. (dir.): *Comentarios prácticos al Código penal*. Pamplona: Aranzadi.

Tapia Ballesteros, P. (2017). "Identificación de las víctimas de los delitos de odio: Aproximación a algunos de los problemas que plantea esta categoría delictiva", en: De Hoyos Sancho, M. (dir.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales*. Navarra: Aranzadi.

Tardieu, Ambrosio (1863). *Estudio medicolegal sobre los delitos contra la honestidad*. Madrid: imprenta médica Manuel Alvarez.

Taylor, S.; Bogdan, R. (1986). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Argentina: Paidós.

Téllez Aguilera, A. (1998). *Seguridad y Disciplina penitenciaria. Un estudio Jurídico*. Madrid: Edisofer.

Termes, Josep (1976). *Federalismo, anarcosindicalismo y catalanismo*. Barcelona: Editorial Anagrama.

Teruel Lozano, Germán (2015). "La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal", *Indret*, 4, pp. 1-51.

Teruel Lozano, Germán (2018). "Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español", *Revista española de Derecho Constitucional*, 114, septiembre-diciembre, pp. 13-45.

Tin, L. (2012). "Introducción". En Tin. L. (dir.), *Diccionario Akal de la homofobia*. Madrid: Ediciones Akal.

Terrasa Mateu, Jordi (2008). "La legislación represiva", en Javier Ugarte Pérez (ed.). Un discriminación universal. Barcelona: Egales, p. 90.

Tolosa Latour, Manuel (1883). *Medicina e Higiene de los Niños*. Madrid: Biblioteca Científica Moderna.

Tomás y Valiente, Francisco (1990): *Delincuentes y pecadores, Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza.

Tomás y Valiente, Francisco (1992): *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos.

Tomás y Valiente, Francisco (2001). "El crimen y pecado contra natura". *Orientaciones*, nro. 1, pp. 105-128.

Torcal Loriente, Mariano (1989). "La dimensión materialista/postmaterialista en España: Las variables del cambio cultural". *Reis*, 47, pp. 227-254.

Toro-Alfonso, J. (2012). "El estado actual de la investigación sobre la discriminación sexual". *Terapia psicológica*, 30 (2), 71-76.

Trend, M. (1979). On the reconciliation of qualitative and quantitative analysis: A case Study. In T.D. Cook & C.S. Reichardt (eds.). *Qualitative and quantitative methods in evaluation Research* (pp. 68-86). Beverly Hills: Sage.

Trujillo Barbadillo, Gracia (2008). "De la clandestinidad a la calle: Las primeras organizaciones políticas de lesbianas en el Estado español". En Ugarte Pérez, Javier (ed.), *Una discriminación universal*. Barcelona: Egales editorial, pp. 199-223.

Ugarte Pérez, J. (2004). "Entre el pecado y la enfermedad", *Revista Orientaciones*, 7, pp. 7-26.

Ugarte Pérez, Javier (ed.) (2008). *Una discriminación universal. La homosexualidad bajo el franquismo y la transición*. Madrid-Barcelona, Egales. Págs. 89-91.

Valentí y Vivó, Ignacio (1884). *Tratado de Antropología Médica y Jurídica*. Barcelona: Imp. de Jaime Jepús Roviralta, vol. II.

Vanoyeke, V. (1991). *La prostitución en Grecia y Roma*. Madrid: Edaf

Valentí y Vivó, I. (1911). *Criminales lujuriosos y agresividad sexual*. Barcelona: Antonio Virgili, pp. 23-26.

Valle Mariscal de Gante, Margarita (2015). "La reforma del Código Penal de 2015". *Foro, Nueva época*, vol. 18, núm. 1, pp. 317-337.

Vallejo Nágera, A. (1937). *Psicología de la conducta antisocial*. San Sebastián: Editorial Española.

Vallejo Nágera, A. (1939). "Psiquismo del fanatismo marxista". *Semana Médica Española*, nº 25, pp. 194-200.

Vallejo Nágera, A. (1941). *Higienización psíquica de las grandes urbes*. Instituto Provincial de Sanidad de Vizcaya, Monografía de vulgarización, núm. 3, Bilbao.

Vallejo Nágera, A. (1944). *Tratado de Psiquiatría*. Barcelona-Buenos Aires: Ediciones Salvat.

Valls Prieto, J. (2015). "Delitos contra la Constitución", en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Dykinson.

Valverde, Clara (2014). *Desenterrar las palabras. Transmisión generacional del trauma de la violencia política del siglo XX en el Estado español*. Barcelona: Icaria.

Valverde, Clara (2015). *De la necropolítica neoliberal a la empatía radical*. Barcelona: Icaria.

Van Meter, K (1990) "Methodological and design issues: techniques for assessing the representatives of Snowball samples". In Lambert, E. (org). *Collection and Interpretation of Data from Hidden Populations*, p. 31-43. Disponible en: https:/www.ncjrs.gov/app/publications/abstract.aspx?id=128612

Vance, Carole (1989). *Placer y Peligro*. Madrid: Talasa Ediciones.

Varela, J.; Álvarez Uría, F. (1989). *Sujetos frágiles. Ensayos de sociología de la desviación.* Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (1983-1984). "La Constitución española de 1837: una Constitución transaccional", en *Revista de Derecho Político*, 20, pp. 95-106

Vasilachis de Gialdino, Irene (2003). *Pobres, Pobreza, identidad y representaciones sociales*. Barcelona: Gedisa.

Vasilachis, I. (2009). "Los fundamentos ontológicos y epistemológicos de la investigación cualitativa" *Revista Forum: Qualitative Social Research*. Volumen 10, No. 2, art. 30. Disponible en: http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/view/1299/2778

Vázquez, Juan (2001). Los inicios del movimiento transsexual en el estado español. Disponible en: http://www.humano.ya.com/transexualia/archivos_historia/inicios-mov.htm

Vázquez García, F.; Moreno Mengíbar, A. (1991). "Biopolíticas del placer en España. Documentos sobre la prostitución en Sevilla (2º parte): las reglamentaciones del siglo XIX". En: *Revista de Filosofía*, n. 11, 153-192.

Vázquez García, F.; Cleminson, R. (2011). *Los invisibles. Una historia de la homosexualidad masculina en España 1850-1939*. Granada: Editorial Comares.

Vázquez González, C. (2004). "Primeras normas e Instituciones protectoras de la Infancia Delincuente en España", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 24, UNED.

Vázquez González, C. (2007). "Modelos de Justicia Penal de Menores", en: Vázquez González, y Serrano Tárraca: *Derecho Penal Juvenil*. 2ª Ed. Madrid: Dykinson.

Ventas Sastres, R. (1999). "Artículo 19", en Cobo del Rosal, M. (dir.): *Comentarios al Código penal, Tomo II. Artículos 19 al 23*. Madrid: Edersa.

Veyne, Paul (1987): "La homosexualidad en Roma*",* Ph. Ariès, A. Bejín, M. Foucault. *Sexualidades occidentales*". Barcelona, Ediciones Paidós

Vicent, Gerard (1993). "¿Una historia del secreto?", en *Historia de la vida privada*, vol. 4, Círculo, Barcelona, p. 372.

Vidal Martínez, J. (1989). "¿Se incluye el cambio de sexo (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad al que se refiere el art. 101 de la Constitución española?". *Revista General de Derecho*, (534), pp. 987-1029.

Vidich, A.; Lyman, S. (1994). Qualitative methods, their history in sociology and anthropology. En Norman Denzin & Yvonna Lincoln (eds.), *Handbook of qualitative Research* (pp. 22-44). Thousand Oaks: Sage

Vivas Marzal, Luis (1963): "Contemplación jurídico-penal de la homosexualidad". Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Contestación del Académico de número, Excmo. Sr. D. Eduardo Molero Massa. Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia.
Von Henting, H. (1968). *La pena II, las formas modernas de aparición, traducción al castellano y notas de J. M. Rodríguez Devesa*. Madrid: Espasa Calpe.

Vives Antón, T.; Carbonell Mateu, J. (2004). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo blanc.

Vives Antón, T. (2011). *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales, 2º ed*. Valencia: Tirant lo blanc.

Volkan, V. (2013). *Enemies on the couch: A psychopolitical Journey Through war and peace.* Durham: Pitchstone Publishing.

Waldron, J. (2010). "Dignity and defamation", *Harvard Law Review*, vol. 123, nº 7, pp. 1596-1657.

Waldron, J. (2012). *The harm in hate speech*. Cambridge: MIT Press.

Walker, K (2000). "Evolving Humans Rights norms around sexuality", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 6, núm.2, pp. 343-353.

Walker, K. L. (2001), «United Nations human rights law and same-sex relationships: ¿where to from here?» en WINTEMUTE, R. y ANDENAES, M. (eds.), *Legal recognition of same-sex partnerships: a study of national, European and international law,* Hart Publishing, Portland, pp. 743-757.

Warner, Michael (1993). *Miedo a un planeta queer: política queer y teoría social.* Minneapolis: University of Minnesota Press

Weber, A (2009). *Manual on Hate Speech*. Conseil d l´Europe.

Weinberg, George (1977). *La homosexualidad. Un revolucionario enfoque psicológico*. Barcelona: Granica.

Weinstein, J., (2009). “An overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Hate Speech” en Hare/Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford.

Wieviorka, M. (1992). "Analyse sociologique et historique de l'antisémitisme en Pologne", *Cahiers Internationaux de Sociologie*, vol. XCIII: 237-249

Whittle, Etpehn; Turner, Lewis & Al-Alami, Maryam. (2007). *Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People’s Experiences of Inequality and Discrimination*. Manchester: Manchester Metropolitan University. Recuperado de http://www.pfc.org.uk/pdf/EngenderedPenaltie s.pdf

Whitman, J. (2004) “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty”, *The Yale Law Journal*, núm. 113, págs. 1151 y ss.

Willis, D. G. (2008). “Meanings in adult male victims' experiences of hate crime and its aftermath”. *Issues In Mental Health Nursing*, 29(6), pp. 567-584.

Witker, Jorge (1995). *La investigación jurídica*. México D.F.: McGraw-Hill

Yourow, H. C. (1998), «The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the Strasbourg Jurisprudence and the Construction of Europe», *Zeitschrift für europarechtliche Studien (Journal for Studies in European Law)*, pp. 233 *et seq*.

Zaykowski, H. (2010). “Racial disparities in hate crime reporting”. *Violence and Victims*, 25 (3), pp. 378-394.

Zizek, S. (2020). “El coronavirus es un golpe al capitalismo a lo Kill Bill que podría reinventar el comunismo” Publicado en Russia Today, 27 de febrero, 2020. Disponible en: https://actualidad.rt.com/actualidad/344511-slavoj-zizek-coronavirus-golpe-capitalismo-kill-bill-reinventar-comunismo

Legislación citada:

Legislación Romana:

Lex Iulia de Adulteriis Coercendis, año 19 a J.C.

Lex Cornelia de sicariis et veneficis, año 81 d J.C.

Edicto Adtemptata Pudicitia s. II d. J.C.

Codex Gregorianus, año 291-292 d. J.C.

Codex Hermogenianus, año 291-323 d. J.C.

Edicto de Milán 313-314

Constitución 342 emperadores Constancio y Constante

Lex Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum, año 380 d J.C

Edicto de Tesalónica, año 380 d.J.C.

Edicto de Teodosio, de 6 de agosto de 390 d J.C.

Codex Theodosianus, año 438 d J.C.

Digesto, año 533.

Corpus Iuris Civilis, año 527-565

Código Justiniano, año 529 (primera versión), 534 (segunda versión).

Legislación medieval:

Código de Eurico circa *480*

Breviario de Alarico, el 2 de febrero de 506

Código Revisado de Leovigildo *año 580*

Canon 3 del Concilio de Toledo, año 589.

Liber Iudiciorum año 654.

Liber Gomorrhianus, año 1050

Concordia discordantium canonum 1140-1142

Concilio de Letrán 1179

Fuero de Cuenca 1190

Fuero Juzgo 1241

Las siente Partidas de Alfonso X el Sabio 1252-1284

El Fuero Real 1255

Ordenamiento de las Cortes de Alcalá de 1348

Bula de 1 de noviembre de 1478 del Papa Sixto IV de creación del Santo Oficio en la Península Ibérica (*Exigit sincerae devotionis)*

Instrucción del Santo Oficio de 1484 sobre el proceso inquisitorial

Legislación Monarquía Absoluta:

Pragmática Real de los Reyes Católicos dada en Medina del Campo 1497

Leyes de Toro de 1505

Constitutio Criminalis Carolina (Carlos V-1532)

Bula *Cum primum,* sobre desobediencia civil de 1566 del papa Gregorio XVI, por la que se prescribe la entrega de homosexuales al Estado para su ejecución

Nueva Recopilación de 1567

Pragmática de Felipe II, 1598

Ley Sálica de Felipe V, 1713

Real Pragmática de 1771 sobre la clasificación de los penados de Carlos III

Real decreto y Cédula de Carlos III, de 7 de mayo de 1775

Legislación siglo XIX:

Novísima Recopilación de 1805

Código Napoleónico de 1810

Constitución de Cádiz de 1812 (La Pepa)

Código Penal Español de 1822

Real Orden, de 22 de octubre de 1826

Decreto de 26 de abril de 1829, ordena la creación de un Código criminal.

El Estatuto Real de 1834.

Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 14 de abril de 1834

Constitución de 1837

Ordenanza sobre ejecución carcelaria, de 25 de julio de 1842

Constitución de 1845

Ley especial de la vagancia, de 9 de marzo de 1945

Real Decreto de 19 de marzo de 1848 por el que se promulga el Código Penal.

Circular del Ministerio de Gobernación, de 23 de marzo de 1848

Código Penal Español de 1848

Real Decreto de 30 de junio de 1850 por el que se reforma el Código Penal de 1848.

Código Penal Español de 1850

Prevenciones reglamentarias concernientes a la prostitución, Gerona, 26 de octubre de 1854.

Ley de Instrucción Pública de 1857

Disposiciones adoptadas por el gobierno de la provincia de Sevilla para prevenir los males que en esta capital origina el ejercicio de la prostitución de 1859.

Código Penal Español de 1860

Reglamento sobre la prostitución de Barcelona de 1863.

RD, de 16 de marzo de 1867, sobre los procedimientos previstos para las infracciones de orden público

Ley de 27 de marzo de 1868, infracciones de orden público

Real Orden, de 28 de marzo de 1868 por la que se insta al personal de la administración de justicia a sustanciar los procesos contra la vagancia

Ley de 21 de octubre de 1868

Constitución de 1869

Código Civil Español, 24 de julio 1889

Real Decreto de 30 de agosto de 1870 por el que se promulga el Código penal de 1870.

Código Penal Español de 1870

Constitución de 1876

Reglamento a que han de sujetarse todas las mujeres públicas residentes en esta Corte, con las instrucciones necesarias para su cumplimiento. Ordenanza local de Madrid de 1865

Ley Provincial de 29 de agosto de 1882

Ley de 1885 por la que se regula el ingreso de dementes

Código Civil de 1889

Ordenanza local de escándalo público de Cádiz 1889

Legislación española del siglo XX:

Ley de mendicidad de 1903, de 2 de agosto.

Ley de Protección de la Infancia de 1904, de 12 de agosto.

Real Decreto de 28 de marzo de 1912, se transforma un asilo en Escuela de Reforma.

Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales para niños de 25 de noviembre de 1918

Ley de Bases de 1918

Decreto disponiendo que los preceptos de la Ley de 26 de agosto de 1922

Decreto de 2 de diciembre 1922, por el que se reorganiza el Tribunal Tutelar de Menores de Madrid, serán aplicables a todos los Tribunales Tutelares de España, que se constituirán a base de Juez único Letrado

Real Orden de 24 de mayo de 1924

Real Decreto de 15 de julio de 1925, que modifica el nombe de Tribunales especiales por Tribunales Tutelares de Menores

Código Penal Español de 1928

Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, por el que se publica el Código Penal

Real decreto del 03 de febrero de 1929, aprobando el Reglamento, que se inserta, para la ejecución de la ley de Tribunales Tutelares de Menores.

Código de Justicia Militar, de 14 de abril de 1931

Decreto de 3 de julio de 1931 por la que se regula el internamiento de los enfermos mentales

Ley de Defensa de la República, de 21 de octubre de 1931

Código Penal Español 1932

Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933

Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933

Decreto de 28 de mayo de 1937, Redención de las penas por trabajo

El Decreto de Unificación, de 20 de abril 1937 por el que se fusionan bajo el mando del caudillo los partidos políticos Falange Española de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (FE de las JONS) y la Comunión Tradicionalista, creándose un nuevo partido único con el nombre de Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (FET y de las JONS)

Decreto de 28 de mayo de 1937 (Decreto 281), que concede el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos por delitos no comunes.

Ley de subsidio familiar 1938, Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, modificado por Ley Orgánica de 10 de enero de 1967.

Orden de 26 de noviembre de 1938 sobre la refundación del orden penitenciario bajo el nuevo Estado.

Ley de 8 de febrero de 1939, por la que se constituye la jurisdicción especial de responsabilidades políticas

Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939

Ley de 1 de marzo de 1940, sobre la represión de la Masonería y el Comunismo

Decreto de 4 de junio de 1940, por el que se crea el Tribunal especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo

Ley de 21 de junio de 1940 que reorganiza el Tribunal de Madrid con dos jueces unipersonales y retribuidos.

Decreto de 23 de noviembre de 1940, por el que se concede el beneficio de redención de pena a los condenados que logren instrucción religiosa o cultural

Ley del aborto, de 24 de enero 1941

Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1941, que recoge actos contrarios a la moral y a la decencia pública y faltas de obediencia o respeto a la autoridad.

Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941

Decreto del 6 de noviembre de 1941, por el que se crea el Patronato de la mujer para controlar la moralidad femenina

Ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista.

Ley de 2 de marzo de 1943, de rebelión militar

Código Penal Franquista 1944

Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945

Ley el 17 de julio de 1945, del Fuero de los españoles

Decreto Ley de 18 de abril de 1947, sobre bandidaje y terrorismo

Ley de 4 de mayo de 1948 por la que se modifica el artículo segundo de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933

Decreto de 11 de junio de 1948 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores

Ley del 15 de julio de 1948 por la que se modifican los artículos 2º y 6º de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto

Concordato entre el Estado español y la Santa Sede de 27 de agosto de 1953

Orden de 15 de enero de 1954 por la que se crea una Colonia Agrícola para el tratamiento de Vagos y Maleantes en Tefia de la isla de Fuerteventura

Ley del 15 de julio de 1954 por la que se modifican los arts. 2 y 6 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933

Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956

Ley de Jefatura del Estado de 24 de abril de 1958

Ley de Principios Fundamentales de 17 de mayo de 1958

Ley de 24 de abril de 1958, por la que se crean los Juzgados especiales y se dictan normas complementarias de la ley de vagos y maleantes, de 4 de agosto de 1933

Orden de 28 de mayo de 1958 por la que se dictan normas complementarias de la Ley de 24 de abril último sobre Juzgados especiales de Vagos y Maleantes

Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre modificación de determinados artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956

Decreto 779/1967, de 20 de abril, por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino.

Ley de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social de 1970

Orden Ministerio de Justicia de 1 de junio de 1971, por la que se crea el Centro de reeducación de homosexuales en Huelva.

Código Penal Español de 1973, aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas)' libertad de trabajo.

Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política

Decreto ley de 1 de abril de 1977 por el que se suspende el Código penal franquista de 1944

Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía

Ley 77/1978 de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social

Constitución Española 1978

Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación

Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985

Ley Orgánica reguladora del régimen disciplinario de las Fuerzas Armas, de 27 de diciembre de 1985.

Tratado de Adhesión de España a la UE, de 1 de enero de 1986.

Ley Orgánica 05/1988, de 9 de junio, por la que se suprime el delito de escándalo público

Ley General de la Seguridad Social de 1994 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio

Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio.

Ley Orgánica 5/1998, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado

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

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil

Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña

Legislación española siglo XXI:

Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra

Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho de Valencia

Ley 11/2001, de 19 de diciembre de uniones de hecho Madrid

Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables Islas Baleares

Ley 4/2002, de 23 de mayo de parejas estables Asturias

Ley 34/2002, de 11 de julio de los Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico

Ley 5/2002, de 16 de diciembre de parejas de hecho Andalucía

Ley 5/2003, de 6 de marzo, de parejas de hecho Islas Canarias

Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho Extremadura

Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho País Vasco

Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho Cantabria

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la ley 9/1998, del código de familia, de la ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la ley 40/1991, del código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña en materia de adopción y tutela.

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña

Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, del Estatuto de Autonomía para Andalucía

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Aragón

Decreto 141/2007, de 26 de junio, de creación del Consejo Nacional de Lesbianas, gays y hombres y mujeres bisexuales y transexuales (LGTB) de Cataluña

Ley 19/2007, de 11 de julio contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte

Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Castilla y León

Ley 56/2007, de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

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 en Navarra

Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas de Aragón

Convenio marco de colaboración, cooperación y coordinación entre el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias, en materia de Seguridad Ciudadana y Seguridad Vial 2007.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura

Ley Orgánica 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible

Decreto 114/2011, de 11 de mayo, por el que se regula la convivencia en el ámbito educativo de la Comunidad autónoma de Canarias

Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidades de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales en País Vasco

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

Instrucción Nº 16/2014 de la Secretaria de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el Protocolo de Actuación para las Fuerzas Y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación.

Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales

Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de personas transexuales de Andalucía

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 en Canarias

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 12/2015, de 8 de abril, de libertad sexual de Extremadura

Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica

la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid

Legislación Comunitaria

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950

Reglamento (CEE, Euratom, CECA) 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión (Estatuto de los funcionarios)

Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos

Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Resolución 756 (1981) del Consejo de Europa relativa a la discriminación hacia personas homosexuales

Recomendación 934 (1981) del Consejo de Europa del mismo año relativa a la discriminación hacia las personas homosexuales

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 1989 sobre la discriminación de los transexuales

Constitución Alemana de Brandemburgo (1992)

Constitución Alemana de Turingia (1993)

Constitución Alemana de Berlín (1995)

Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, sobre igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea

Recomendación nº 453 del Comité de Ministros de 1996 (Consejo de Europa)

Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la CE de 26 de enero de 1996

Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997

Recomendación R (97) 20 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género

Resolución del Parlamento Europeo de 16 de marzo de 1998 sobre el respeto de los Derechos Humanos e la Unión Europea

Directiva 2000/31/C, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico

Directiva 2000/43 de 29 de junio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico

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

Recomendación de Política General nº 6 sobre la lucha contra la difusión de materiales racistas, xenófobos y antisemitas en internet, de 15 de diciembre de 2000, ECRI.

Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 10 de marzo de 2001

Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos

Directiva 76/207 de 23 de septiembre de 2002 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción de profesionales

Recomendación del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003 por la que recomienda a los Estados miembros reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo

Reglamento 723/2994 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas

Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro

Constitución Europea de 29 de octubre de 2004

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos», COM (2005) 224 final, de 1 de junio de 2005

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato de hombres y de mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Estrategia Política Anual para 2008», COM (2007) 65 final, de 21 de febrero de 2007

Resolución del Parlamento Europe de 26 de abril de 2007 sobre la homofobia en Europa

Recomendación 211 (2007) del Consejo de poderes locales y regionales del Consejo de Europa sobre Libertad de expresión y de reunión para lesbianas, gays, bisexuales y transexuales.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008», COM (2007) 640 final, de 23 de octubre de 2007

Tratado de Lisboa 2007, 13 de diciembre

Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de marzo de 2010

Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de abril de 2011

Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas, que incorpora la citada Declaración de la ONU de 2008 a la normativa europea.

Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas

Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre, contra el abuso sexual infantil, la explotación sexual y la pornografía infantil.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo establece las normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, de 25 de octubre de 2012.

Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI), de 24 de junio de 2013 Consejo de la Unión Europea.

Directiva 2013/48/UE dl Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los

procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad

Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género

Recomendación 15, *General Policy Recomendation*, de 8 de diciembre de 2015 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)

Directrices de la UE sobre Derecho humanos relativas a la libertad de expresión en internet y fuera de internet, de 27 de junio de 2016. Consejo de la Unión Europea.

Resolución 2144 (2017) "*Ending cyberdiscrimination and online hate*", del Consejo de Europa

Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, de 1 de marzo de 2018.

Legislación Internacional

Decimocuarta Enmienda norteamericana de 1868

Encíclica Divini Redemptoris del Sumo Pontífice Pío XI sobre el comunismo ateo, 19 de marzo de 1937.

Convenio para la Prevención y la Sanción de los Delitos de Genocidio, Nueva York, 9 de diciembre de 1948

Carta Internacional de Derechos Humanos, de 10 de diciembre (1948)

Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) aprobada por Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965

Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966

Ley federal 18 US 245, de 1969, de delitos de odio

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976. Naciones Unidas

Hate Crime Act de 1978 del Estado de California, EEUU.

Hate Crime Stadistics Act, 1990.

Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990

Violent Crime and Control and Law Enhancement Act, 1994.

Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género, de 26 de marzo de 2007. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Declaración sobre orientación sexual e identidad de género. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008.

Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add. 4, 11 de enero de 2013.

Jurisprudencia española

Tribunal Constitucional

STC 8/1981, de 30 de marzo

STC 12/1982, de 31 de marzo

STC 13/1982, de 1 de abril

STC 19/1982, de 5 de mayo

STC 8/1983, de 18 de febrero

Auto 446/1984, de 11 de julio, declara constitucional el precepto penal militar que, sanciona al militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo

STC 114/1984, de 29 de noviembre

STC 5/1985, de 21 de enero

STC 53/1985, de 11 de abril

STC 54/1985, de 18 de abril

STC 39/1986, de 31 de marzo

STC 65/1986, de 22 de mayo

STC 104/1986, de 17 de julio

STC 14/1988, de 4 de febrero

STC 20/1990, de 15 de febrero.

STC 105/1990, de 6 de junio

STC 171/1990, de 12 de junio

STC 120/1990, de 27 de junio

STC 171/1990, de 12 de noviembre

STC 64/1991, de 22 de marzo

STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman)

STC 26/1991, de 14 de noviembre

STC 223/1992, de 14 de octubre

Auto TC 139/1993

STC 57/1994, de 28 de febrero

STC 127/1994, de 5 de mayo

STC 76/1995, de 22 de mayo

STC 176/1995, de 11 de diciembre

STC 204/1997, de 25 de noviembre

STC 6/1998, de 13 de enero

STC 6/1998, de 21 de enero

STC 200/1998, de 14 de octubre

STC 187/1999, de 25 de octubre

STC 199/1999, de 8 de noviembre

STC 6/2000, de 17 de enero

STC 112/2000, de 5 de mayo

STC 49/2001, de 26 de febrero

STC 200/2001, de 4 de octubre

STC 204/2001, de 15 de octubre

STC 99/2002, de 6 de mayo

STC 160/2003, de 15 de septiembre

STC 41/2006, de 13 de febrero

STC 174/2006, de 5 de junio

STC 230/2007, de 5 de noviembre

STC 235/2007, de 7 de noviembre

STC 176/2008, de 22 de diciembre

STC 29/2009, de 26 de enero

STC180/2012, de 14 de marzo

STC 198/2012, de 28 de noviembre

STC 41/2013, de 14 de febrero

STC 177/2015, de 22 de julio

STC 846/2015, de 30 de diciembre

STC 112/2016, de 20 de junio

Tribunal Supremo

STS de 13 de octubre 1947

STS de 15 de octubre de 1951

STS de 30 de noviembre de 1953

STS de 7 de febrero de 1955

STS de 20 diciembre de 1966

STS de 5 de noviembre de 1974

STS de 9 y 13 de octubre de 1981

STS de 14 de julio de 1982

STS de 13 de mayo de 1985

STS de 11 de diciembre de 1985

STS de 30 de abril de 1986

STS de 2 de julio de 1987

STS de 15 de julio de 1988

STS de 21 de septiembre de 1988

STS de 3 de marzo de 1989

STS de 27 de noviembre de 1989

STS de 19 de abril de 1991.

STS de 15 de noviembre de 1991

STS de 2 diciembre de 1993

STS 1341/2002, de 17 julio

STS 364/2003, de 13 de marzo

STS 786/2003, de 29 de mayo

STS 1145/2006, de 23 de noviembre

STS 114/2006, de 23 de noviembre

STS de 17 de septiembre de 2007

STS 149/2007, de 26 de febrero

STS 230/2007, de 5 de noviembre

STS 1045/2007, de 17 de diciembre

STS 51/2008, Sala de lo Penal, de 6 de febrero

STS 54/2008, de 8 de abril

STS 249/2008, de 20 de mayo

STS 1243/2009, de 30 de octubre

STS 745/2010, de 26 de julio

STS 31/2011, de 2 de febrero

STS 259/2011, de 12 de abril: caso librería Kalki

STS de 13 de abril de 2011 (n rec. 2071/2010)

STS 372/2011, de 10 de mayo, asunto Blood & Honour

STS 812/2011, de 21 de julio

STS 1396/2011, de 28 de diciembre, asunto Hammerskin España

STS 180/2012, de 14 de marzo

STS 263/2012, de 28 de marzo

STS 333/2012, de 26 de abril

STS 39/2013, de 31 de enero

STS 400/2013, de 16 de mayo

STS 663/2014, de 15 de octubre

STS 865/2015, de 14 de enero

STS 314/2015, de 4 de mayo

STS 846/2015, de 30 de diciembre

STS 812/2016, de 28 de octubre

STS 820/2016, de 2 de noviembre

STS 31/2017, de 18 de enero

STS 378/2017, de 25 de mayo

STS 72/2018, de 9 de febrero

STS 646/2018, de 14 de diciembre

STS 185/2019 de 2 de abril

Tribunales Superiores de Justicia

STJ de Madrid, Sala de lo Social, de 26 de enero de 1999

TSJ Navarra 3/2005, de 14 de diciembre

TSJ Murcia 5/2008, de 23 de octubre

Audiencias:

SAN 20/2016, de 18 de julio

SAN 9/2017, de 29 de marzo

SAP Barcelona de 20 de marzo de 2001

SAP Burgos, de 15 de febrero de 2002

SAP Almería 62/2002, de 31 de marzo

SAP Navarra 144/2005, de 8 de julio

SAP Barcelona de 3 de noviembre de 2006

SAP La Coruña, de 19 de abril de 2007

SAP Barcelona de 7 de octubre de 2009

SAP Barcelona de 26 de abril de 2010

SAP Madrid 53/2010, de 30 de junio

SAO Barcelona, de 29 de marzo de 2012

SAP Málaga, de 4 de marzo de 2014

SAP Málaga, 152/2015 de 4 de marzo

Juzgado de lo Penal

Sentencia 27 de octubre de 2014 Juzgado de lo Penal nº 3 Vilanova i la Geltrú

Sentencia 24 de julio de 2016 Juzgado de lo Penal nº 1 Gijón

Jurisprudencia comunitaria:

Comisión de Derechos Humanos

caso X. contra República Federal de Alemania, 10 de octubre 1955.

caso X. e Y. contra Reino Unido, de 3 de mayo de 1983

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

caso P. contra S. y Cornwall County Conucil, 1996.

caso Lisa Jacqueline Grant contra South- West Trains, 1998.

caso D. y Suecia contra Consejo, 2001.

caso K.B. contra National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health, 2004.

caso Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, 2008

Tribunal Europeo de Derechos humanos

asunto Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976

asunto Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978

asunto The Sunday Times, de 26 de abril de 1979

asunto Van oostrwijck c. Bélgica, de 6 de noviembre de 1980

asunto Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981.

asunto Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986

asunto Rees y Cossey contra Reino Unido, de 17 de octubre de 1986

asunto Rees contra Reino Unido, de 17 de octubre de 1986

asunto Autronic AG c. Suiza, de 22 de mayo de 1990

asunto Cossey contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990

asunto Norbert c. Francia, de 25 de marzo de 1992

asunto Castells c. España, de 23 de abril de 1992

asunto Botella c. Francia, de 25 de mayo de 1992

asunto Modinos c. Chipre, de 22 de abril de 1993.

asunto Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido, de 19 de febrero de 1997.

asunto De Haes y Gijels contra Bélgica, de 24 de febrero de 1997

asunto Sutherland contra Reino Unido, de 1 de julio de 1997.

asunto Lustig-Prean y Beckett contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999.

asunto Smith y Grady contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999.

asunto Norris c. Irlanda, de 21 de diciembre de 1999.

asunto Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal, de 21 de diciembre de 1999

asunto Salgueiro da Mouta Silva, de 21 de diciembre de 1999.

asunto Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000

asunto Bergens Tiedende contra Noruega, de 2 de mayo de 2000

asunto A.D.T. contra Reino Unido, 31 de julio de 2000.

asunto Lopes Gomes Da Silva contra Portugal, de 28 de septiembre de 2000

asunto Oksey contra Turquía, de 10 de octubre de 2000

asunto Tammen contra Estonia, de 6 de febrero de 2001

asunto Fretté contra Francia, de 26 de febrero de 2002.

asunto Christine Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002.

asunto I. contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002

asunto L.V. contra Austria, de 3 de enero de 2003.

asunto S.L. contra Austria, de 3 de enero de 2003.

asunto Van Kück contra Alemania, de 12 de junio de 2003.

asunto Garaudy contra Francia, de 14 de junio de 2003

asunto Karner contra Austria, de 24 de julio de 2003.

asunto Baczkowski contra Polonia, de 3 de mayo de 2007

asunto E.B. contra Francia, de 22 de enero de 2008

asunto Schalk y Kopf contra Austria, de 24 de junio de 2010.

asunto X c. Turquía, de 9 de octubre de 2012

asunto Vejdeland y otros contra Suecia, de 9 de febrero de 2012

Jurisprudencia Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos)

Caso Toonen contra Australia, 1994.

<u>Jurisprudencia norteamericana</u>

Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica

Sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896)

Schenck vs Estados Unidos, en la sentencia 249 US 47, 1919,

Brandenburg v. Ohio [395 U.S. 444 (1969)

caso R.A.V. vs. St. Paul, en 1992

Anexos:

-Anexo I: Relación de entrevistados

Nombre	Edad	País/procedencia	Ámbito profesional
1. Montserrat	53	Barcelona	Psicóloga
2. Josep	52	Barcelona	Activista/victima
3. María	37	Barcelona	Trabajadora social
4. Olga	57	Barcelona	Psicóloga
5. Eugenia	39	Barcelona	Asistente social
6. Juan	59	Barcelona	Psiquiatra
7. Maricarmen	52	Barcelona	dependienta/víctima
8. Diego	29	Badalona	Dependiente/víctima
9. Juan Pedro	55	Hospitalet de Llobregat	Conductor/víctima
10. Ramiro	39	Cartagena	enfermero/víctima
11. Ancor	47	Tenerife	Dependiente/víctima
12. Ana	52	Bilbao	Informática/víctima
13. Paco	62	Barcelona	jubilado/víctima
14.Vicent	53	Barcelona	profesor/víctima
15. Rodolfo	54	Barcelona	Abogado/víctima
16. Eugenio	55	Barcelona	Activista
17. Danel	47	Barcelona	informático/víctima
18. Adriana	51	Brasil	trabajadora sexual/víctima
19. Pilar	32	Barcelona	Estudiante/víctima
20. Sheila	32	Barcelona	Dependienta/víctima
21. Ana	42	Barcelona	Psicóloga
22. Victoria	44	Gerona	Psicóloga
23. José	52	Reus	Camarero/víctima

24. Carla	50	Barcelona	Dependienta/víctima
25. Ricardo	29	Barcelona	informático/víctima
26. Elisabeth	43	Barcelona	Empleada/víctima
27. Carlos	29	Málaga	Enfermero/víctima
28. informante			Fiscal
29. Alberto	54	Barcelona	Camarero/víctima
30. Hugo	52	Barcelona	Dependiente/víctima
31. Oscar	34	Barcelona	Activista
32. Ruth	36	Barcelona	Dependienta/víctima
33. Ahmed	32	Marruecos	Construcción/víctima
34. Antonio	49	Sevilla	Peluquero/víctima
35. Solange sexual/víctima	56	Brasil	Trabajadora
36. Miriam	53	Cádiz	Taxista/víctima
37. Carla	28	Barcelona	Dependienta/víctima
38. Tony banca/víctima	37	Barcelona	Empleado
39. Pau	47	Barcelona	Estilista/víctima
40. Rodrigo	39	Jaén	Albañil/víctima
41. Ana María	52	Uruguay	Dependienta/víctima
42. Jansen	50	Holanda	Arquitecto/víctima
43. Vanesa sexual/víctima	72	Almería	Extrabajadora
44. Clara	42	Barcelona	Vigilante/víctima
45. Adán	47	Tarragona	Biólogo/víctima
46. Juana	46	Madrid	Empresaria/víctima
47. Francesc	23	Barcelona	Estudiante/víctima
48. Juan Manuel	29	Almería	Estudiante/víctima
49. Sebastián	37	Barcelona	Vigilante/víctima
50. Ángeles	39	Barcelona	Psicóloga
51. Albert	50	Barcelona	charcutero/víctima

52. Arnau	42	Barcelona	Empresario/víctima
53.Jordi	37	Barcelona	Dependiente/víctima
54. Rosario	54	Málaga	Abogada
55. Marcel	31	Barcelona	Monitor/víctima
56. Erica	34	Murcia	Peluquera/víctima
57. Paulo sexual/víctima	36	Brasil	Trabajador
58. Javier	44	Gerona	Jardinero/víctima
59. Antonio	27	Tarragona	Dependiente/víctima
60. Julia	39	Barcelona	Fotógrafa/víctima
61. María Victoria	48	Barcelona	Cantante/víctima
62. Informante			Fiscal
63. María	52		Fiscal
64. Paul	32	Gran Bretaña	Ingeniero/víctima
65. Pep	27	Mollet del Vallés	Dependiente/víctima
66. Manel	34	Balaguer Lérida	Administrativo/vícti
67. Marta	37	Barcelona	Abogada
68. Juan José	54	Sort Lérida	Cocinero/víctima
69. Bryan	52	Ecuador	Maestro/víctima
70. Lara sexual/víctima	54	Valencia	Trabajadora
71. Jordi	52	Barcelona	Enfermero/víctima
72. Joanna	28	Lérida	Estudiante/víctima
73. Gloria	36	Barcelona	Politóloga
74. Amparo	59	Argentina	Psicóloga
75. Montserrat	32	Barcelona	Asistente social
76. Federico	53	Barcelona	Profesor/víctima
77. Ferran	56	Barcelona	Profesor/víctima
78. Bárbara	36	Barcelona	Activista
79. Silvia	38	Barcelona	Activista

80. Marta	47	Barcelona	Empresaria
81. Flor	39	Barcelona	Activista
82. Jaime	31	Barcelona	Dependiente/víctima
83. Virgilio	32	Barcelona	Dependiente/víctima
84. Judith	57	Barcelona	Funcionaria Ayto
85. Carles	43	Barcelona	Abogado
86. Marc	32	Barcelona	Abogado activista
87. Rubén	52	Barcelona	Funcionario
88. Marga	32	Barcelona	Estudiante/víctima
89. Oscar	54	Barcelona	Funcionario
90. Aleix	32	Barcelona	Estudiante Univ.
91. Gemma	54	Barcelona	Enfermera/víctima
92. Christian	28	Barcelona	Activista/víctima
93. Joan Manel	48	Barcelona	Funcionario/víctima
94. Carles	43	Barcelona	Abogado
95. Judith	38	Valencia	Maestra/víctima
96. Josefa	29	Cádiz	Arbitro/víctima
97. Informante			Juez
98. Informante			fiscal
99. Elena	54	Barcelona	Abogada
100. Roberto	57	Barcelona	Policía Nacional
101. Jesús	69	Barcelona	Policía/víctima
102. Miriam	53	Barcelona	Policía/víctima
103. Albert	36	Barcelona	Abogado
104. Pedro	51	Barcelona	Policía Nacional
105. Carla	43	Barcelona	Trabajadora sexual/víctima
106. Fabián	37	Barcelona	Dependiente/víctima
107. Eva	54	Barcelona	Abogada
108. Joan	58	Barcelona	Profesor

109. Informante			Juez
110. Carina	51	Badalona	Cocinera/víctima
111. Albertina	47	Barcelona	Funcionaria/víctima
112. Eric	36	Barcelona	Dependiente/víctima
113. Julia	57	Barcelona	Funcionaria Justicia
114. José María	53	Barcelona	Restauración/víctima
115. Mariona	52	Barcelona	Florista/víctima
116. Alicia	47	Barcelona	Enfermera

Anexo II

-Guiones de entrevistas a víctimas, operadores de justicia, entidades del tercer sector y sanitarios

1. Presentación y agradecimiento por la participación

2. Reformular el motivo de la entrevista. Reforzar el consentimiento y la confidencialidad de los datos.

3. Recordar al informante que *a posteriori* puede realizar cambios o retirar información si lo desea.

Primera parte: parte general centrada en la víctima

-Comencemos primero por un breve resumen de tu vida, que edad tienes, de donde eres a qué te dedicas.

-Si te parece bien me gustaría profundizar un poco sobre tu orientación sexual y tu identidad de género. ¿Como te defines en relación con tu sexualidad y tu género, cómo te autorreferencias?

- ¿Cómo consideras que es la situación actual de una persona diversa sexualmente? ¿Te sientes seguro, tienes miedo?

- ¿Has percibido o te han discriminado por tu orientación sexual o tu identidad de género? ¿en un primer momento has tenido experiencias violentas relacionadas con tu orientación sexual e identidad de género en la familia?

- En el caso de ser víctima de odio y discriminación u homofobia, ¿cómo fue tu experiencia, como te sentiste, qué hiciste? ¿Dónde fue, en el espacio público, en una institución, en el colegio, en la universidad, etc.? ¿Sabías si la conducta que padeciste era un delito? ¿Te había ocurrido con anterioridad o habías tenido algún episodio similar de violencia?

¿Cómo reaccionaste? ¿Cómo fue el proceso? ¿Pediste ayuda? ¿Quién te ayudó? ¿Como accediste a la información? ¿Cómo te sentiste? ¿solucionaste el problema? ¿qué implicaciones tuvo este hecho en tu vida diaria, la modificó?

- ¿Conoces que son los delitos de odio?

- Ante un hecho delictivo como una agresión o incluso una acto violento leve:

¿Sabes qué hacer?, si el hecho es un delito y si decides denunciar ¿sabes cómo es el proceso de denuncia? ¿Sabes ante quienes o que instituciones puedes denunciar?

¿Has tenido alguna experiencia relacionada con tu orientación sexual o tu identidad de género en la que te hayas relacionado con la Fiscalía, tribunales, policías? ¿Qué percepción tienes del sistema penal y policial?

¿Conoces las instituciones que están al servicio de la ciudadanía ante eventos discriminatorios basados en el odio? Y si las conoces, ¿sabes de los recursos disponibles para ayudar a las víctimas?

¿Conoces las entidades del tercer sector, ONG´s o del colectivo LGTBI? ¿cómo supiste que estas organizaciones ofrecían ayuda a las víctimas de odio? Si has accedido a sus servicios ¿cómo lo hiciste? ¿cómo te sentiste? ¿Cómo fue la experiencia? ¿Realmente te ayudaron?

¿Cuál ha sido tu balance a nivel personal y también a nivel institucional con respecto a esta experiencia negativa que implicó agresiones o vejaciones?

¿Sentiste que el hecho de denunciar ante un hecho violento grave y sus consecuencias a nivel judicial mejoraron tu vida? ¿sentiste que este proceso te otorgó paz, tranquilidad, seguridad o resarcimiento?

¿Cómo es tu vida actual? ¿te sientes satisfecho, tienes miedo, estas peor que antes o todo continúa más o menos igual?

Segunda parte: conversaciones con profesionales sobre aspectos concretos de los delitos de odio

Operadores de Justicia:

- ¿En el desempeño de su función pública, como abogado, como fiscal, como juez, polícía, que percepción tiene ante los delitos de odio y discriminación? ¿Es una situación crítica o alarmista fruto de los medios de comunicación masiva?
- ¿Que problemas específicos considera que son los más importantes a tener en cuenta con relación a este tema?
- Con respecto a la cifra negra del delito, ¿Cree usted que conocemos la dimensión real del problema? En este sentido: ¿es correcta la colaboración de las instituciones a la hora de compartir la información que permita conocer mejor la magnitud de la cuestión?
- En el caso de la legislación: ¿Considera usted que la normativa penal antidiscriminatoria está cumpliendo su función? En este sentido, ¿A que se debe tan pocas condenas? ¿Existe coherencia entre la voluntad del legislador y la práctica jurídica?
- ¿Están coordinados los procesos entre policía, Fiscalía y jueces?
- ¿Conocen correctamente los policías la normativa correspondiente como para calificar y hacer correctamente los atestados policiales?
- ¿Dispone la Fiscalía de los medios como para conocer su propia gestión en relación con los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género, procedimientos, sentencias, etc.?

- ¿Existe la suficiente coordinación institucional que permita prevenir este tipo de problemas o gestionar correctamente los procesos? ¿Qué considera que podría mejorar la situación?
- ¿Según su criterio, las víctimas reciben un trato coherente con su situación?
- -¿Cree usted que existe homofobia institucional?
- En relación al problema de la revictimización de este tipo determinado de víctimas, ¿cree usted que esta situación podría evitarse? ¿A que factores relaciona este inconveniente que en algunas oportunidades adopta dimensiones preocupantes en la gestión de los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género?
- ¿Usted cree que se garantiza la seguridad jurídica de las víctimas?
- ¿Qué grado de satisfacción considera usted que tienen las víctimas del sistema penal y policial?
- Además de la homofobia institucional, ¿considera usted que la revictimización de las víctimas no solo por homofobia sino por la proyección de los estereotipos y prejuicios de los funcionarios es coyuntural o estructural? ¿Podría solucionarse con formación?
- ¿ Considera usted que la formación es un problema a la hora de enfrentar este tipo de delitos?
- ¿Entiende usted que las instituciones y funcionarios disponen de los recursos necesarios para enfrentar este problema?
- ¿Cuál sería la proyección de este tipo de delitos, positiva-negativa en relación con la coyuntura del sistema?

ONG´s:

- ¿Cual es la situación actual en torno a la homofobia? ¿Barcelona continua siendo una ciudad *gay-friendly* o segura o la situación se ha degradado?
- En el ámbito de las organizaciones del tercer sector. ¿Cómo afrontan esta problemática que está escondida detrás de otros delitos y bajo una cifra negra enigmática?
- ¿Cuáles son los mecanismos o vías para acceder a los servicios de la entidad?
- ¿Cuáles son las necesidades de las víctimas después de un incidente de odio por orientación sexual e identidad de género? ¿En qué estado se encuentran?
- ¿Cuales son los itinerarios a seguir dependiendo de las necesidades de las víctimas y de los eventos que han sufrido, sean estos hechos delictivos leves o graves?
- ¿Cómo es el servicios de asistencia jurídica y en qué casos se despliega?
- ¿Cómo es el itinerario penal?
- ¿Cómo es el itinerario administrativo?
- ¿Como se el proceso de acompañamiento psicosocial?
- ¿Cuál es la formación de los activistas o de las personas encargadas de atender a las víctimas tanto en la asistencia jurídica como en el acompañamiento psicosocial? ¿Es suficiente la formación que se tiene, o es necesaria una formación continua ante la realidad de un activismo con una rotación importante en estas entidades?

- ¿Cuáles son las sensaciones y percepciones que se tienen de las víctimas?
- ¿Son conscientes las víctimas que han sufrido un delito violento? ¿Conocen las víctimas los itinerarios según los hechos padecidos? ¿Tienen las víctimas la suficiente conocimiento y seguridad como para denunciar? ¿Tienen confianza en el sistema penal y policial?
- ¿Se disponen de los recursos suficientes para afrontar este tema? Teniendo en cuenta que las consecuencias en las víctimas son a largo plazo y se necesitan un seguimiento de estas. ¿Se hace tal seguimiento?
- ¿Consideran ustedes que existe homofobia institucional? ¿En que instituciones se nota más o es una cuestión estructural?
- ¿Existe coordinación con los operadores de justicia? ¿Considera usted que esta falta de colaboración se debe más a los estereotipos y prejuicios que a una falta de medios y procesos?
- ¿Es una ventaja o una desventaja las relaciones informales que se mantienen con los operadores de justicia ante la falta de protocolos específicos para la agilización de los procedimientos?
- ¿Qué podría explicar de las críticas que recibe el movimiento asociativo en relación con la diferencia de los objetivos políticos del movimiento y las necesidades reales de las víctimas? ¿Necesitan las víctimas pasar por un proceso penal que les acarrea un coste emocional importante sin apenas beneficios desde el punto de vista penal? O ¿necesitan las víctimas asistencia psicoemocional de largo plazo ante cuadros de desestabilización psicoemocional importantes y de duración de largo plazo?
- ¿Cómo calificaría el servicio que ofrece esta entidad? ¿cumple su objetivo? ¿las víctimas están satisfechas? ¿se sienten resarcidas? O ¿continúan insatisfechas?
- ¿Propuestas de mejora?

<u>Sanitarios:</u>

- ¿Como sanitario que labor desempeña?
- ¿Considera usted que el sistema sanitario atiende correctamente a las personas en riesgo de exclusion y vulnerables como es el caso de la diversidad sexual, incluidos trabajadores y trabajadores sexuales?
- ¿Existe discriminación, racismo, xenofobia en la atención sanitaria?
- ¿Sabe lo que es un delito de odio y discriminación?
- ¿Considera que existe homofobia en la atención sanitaria, y entre los propios sanitarios?
- Ante una víctima de violencia de odio, ¿funcionan los servicios de asistencia social del hospital?
- ¿Ha recibido formación relacionadas con este tipo de violencia?
- ¿Conocen ustedes protocolos específicos para atender las violencias de odio, problema emergente en el sector sanitario?
- Ante la inexistencia de protocolos ¿cómo se desempeñan ante una violencia que intuyen es de odio? Por lo general, ¿de que gravedad suelen ser los incidentes de violencia de odio?

- ¿Cómo es la reacción del paciente? ¿Asume su rol o quiere ser atendido y obtener el alta para marcharse rapidamente para no verse involucrado en la burocracia sanitaria?
- ¿Considera usted que son necesarios estos protocolos?
- ¿Existe coordinación entre las instituciones policiales y sanitarias en relación a las violencias de odio?
- ¿Se hace un seguimiento de este tipo de víctimas?
- ¿Considera usted que las violencias de odio son un problema coyuntural o es estructural, un tipo de violencia que va en aumento?

Anexo III: Información para los participantes y consentimiento

Proyecto: "*Génesis, usos jurídicos y consecuencias (sociales y biográficas) de los Delitos de Odio y Discriminación por Orientación sexual e Identidad de género en España*"

Me dirijo a usted para pedir su colaboración en un estudio sobre los delitos de odio por orientación sexual e identidad de género. Uno de los objetivos fundamentales del estudio es conocer las experiencias tanto de las personas que son víctimas de este tipo de delitos como así también las vivencias de los profesionales involucrados en este tema.

Para ello es importante su colaboración para recoger datos y poder comprender los procesos. Esta tarea supone hacerle una entrevista de una duración aproximada de una hora u hora y media acerca de su experiencia diaria ante este tipo de eventos. Y, por otro lado, sería de gran interés recibir todo tipo de sugerencias y comentarios que ayudaran de alguna manera a mejorar los procedimientos y, por ende, la vida de las personas. Las entrevistas serán documentadas con previa autorización de los entrevistados como prescribe la ley y los datos recogidos serán tratados con máxima prudencia, confidencialidad y anonimato.

Si decide participar en el estudio, estaría encantado de ponerme en contacto con usted y concretar la entrevista.

El proyecto se realiza desde la Universidad Internacional de La Rioja y está dirigido por el Dr. Enrique Sanz Delgado y por el Dr. Sergio Cámara Arroyo.

Agradezco de antemano su interés y colaboración,

Eduardo Lizardo González

691448705/934912704

emlizardo@gmail.com

Índice de Abreviaturas

APA American Psychological Association

BOE Boletín Oficial del Estado

CAP Centro de Atención Primaria

DSM Diagnostical and Statistical Manual for Mental Disorders

CCAA Comunidades Autónomas

CE Constitución Española

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

COGAM Colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales de Madrid

CP Código penal

DM Decisión Marco

DOCE Diario Oficial de la Comunidad Europea

ECRI European Comission Against Racism and Intolerance

EHGAM Euskal Herriko Gay Askapen Mugimendua del País Vasco

ETS Enfermedades de Transmisión Sexual

FAGC Front d´Alliberament Gay de Catalunya

FAHPV Frente de Liberación Homosexual del País Valenciá

FCE Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

FELGTB- Federación estatal de gais lesbianas y transexuales.

FLHG Frente de Liberación Homosexual Gallego

FRA Fundamental Rights Agency. Agencia independiente de la Unión Europea.

IGA International Gay Association

IU Izquierda Unida

JPRS Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim Ley de Enjuiciamiento Criminal

LEVD Ley del Estatuto de la víctima del delito

LGTBI Lesbiana gay trans bisexual e intersexual

LO Ley Orgánica

LOPG Ley orgánica del Poder Judicial

LPRS Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social

LV Liber Iudiciorum

LVM Ley de Vagos y Maleantes

OCH Observatorio contra la homofobia

ODIHR Office for Democratic Institutions and Human Rights

OND Oficina para la no discriminación del Ayuntamiento de Barcelona

ONU Organización de Naciones Unidas

OSCE Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa

PC Partido Comunista

PSOE Partido Socialista Español

RAE Real Academia Española de la Lengua

SAP Sentencia Audiencia Provincial

SEC Sistema Estadístico de Criminalidad

SIDA Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida

SIVIVO Sistema de Vigilancia de Violencia de Odio

STC Sentencia Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH Tribunal de Derechos Humanos

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TTM Tribunales Tutelares de Menores

TUE Tratado de la Unión Europea

UCD Unión de Centro Democrático

UE Unión Europea