

INCIDENTES LGTBIQ-FÓBICOS EN ESPAÑA: MÁS ALLÁ DE LOS DELITOS DE ODIO

LGBTI-PHOBIC INCIDENTS: BEYOND HATE CRIMES

María del Mar Martín Aragón
Profesora de Derecho penal
Universidad de Cádiz (España)

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2019.

Fecha de aceptación: 5 de noviembre de 2019.

RESUMEN

De acuerdo con las últimas estadísticas del Ministerio del Interior, en 2017 se registraron en España 271 delitos de odio por razón de orientación o identidad sexual o de género, lo que supone una variación del 17,8% respecto al año 2016. Sin embargo, hay una importante tasa invisibilizada de incidentes que por no cumplir con los requisitos exigidos por el tipo penal no se reflejan en las estadísticas oficiales. En este sentido, una reciente investigación realizada por Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans y Bisexuales ha revelado la existencia de 629 incidentes sufridos por personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ denunciados por diferentes asociaciones. Precisamente esta cifra invisibilizada por las estadísticas oficiales, es la que se pretende rescatar con el término “incidente LGTBIQ-fóbico”, que incluiría cualquier tipo de comportamiento que implique una ataque contra este colectivo en un sentido amplio.

ABSTRACT

According to official statistics, in 2017 there were 271 hate crimes in Spain on the grounds of sexual/gender orientation/identity, which means an increase of 17,8% from 2016. Nevertheless, there is an important, invisible rate of incidents on the same grounds that don't match the criminal offences requirements, so they aren't shown in the official data. A recent research developed by the FELGTB (State Federation OF Lesbians, Gays, Trans and Bisexuals) reveals 629 incidents suffered by people within the collective reported by different associations. This unrecorded rate is intended to be rescued by using the concept “LGBTI-phobic incident”, which would also include any kind of behaviour that involves an assault in a wide meaning.

PALABRAS CLAVE

Delitos de odio - LGTBIQ - Incidente LGTBIQ-fóbico – Colectivos vulnerables-
Violencia

KEYWORDS

Hate Crimes- LGBTIQ- LGBTI-phobic incident- Vulnerable group- Violence

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES. 2. LA VIOLENCIA SOBRE EL COLECTIVO LGTBIQ 2.1. La cuestión terminológica 2.2. El Informe de la FELGTB **3. CONCLUSIONES 4. BIBLIOGRAFÍA.**

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. VIOLENCE AGAINST LGTBIQ GROUP. 2.1. The terminological issue. 2.2. The FELGTB's report **4. BIBLIOGRAPHY.**

1. ANTECEDENTES

El art.10 CE reconoce de manera clara que el respeto a la dignidad de las personas y al libre desarrollo de la personalidad son “fundamentos del orden político y de la paz social”. Dentro de este marco, no es difícil reconocer que el respeto a la diversidad afectivo-sexual pasa por reconocer que tanto la orientación afectivo-sexual como la identidad sexo-genérica son aspectos fundamentales de la dignidad de las personas y como tal debe protegerse.

Si bien la orientación, identidad sexual y el género no son razones específicamente contempladas por el art. 14 CE, no supone ningún problema encajarlo en la cláusula que alude a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Y en este sentido tuvo ocasión de manifestarse el TS al abordar la cuestión de la transexualidad

Comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 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 artículo 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE. (STS 176/2008 de 22 de diciembre)

De igual manera, el art.14 del CEDH no hace referencia de manera explícita a la orientación, identidad sexual y el género como motivos discriminatorios, pero sí

menciona “cualquier otra situación”, donde tendrían cabida estas circunstancias. El propio TEDH así lo entendió en 1976 en su Sentencia de 8 de junio en el caso de Engel y otros c. Países Bajos: “la lista que contiene este texto reviste un carácter indicativo y no limitativo como testimonio del adverbio “especialmente”; la palabra “situación” parece suficientemente amplia para comprender el grado”. En este mismo sentido, y centrado en el ámbito que nos ocupa, se manifestó también en 1999, en su Sentencia de 21 de diciembre en el caso Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal: “[...]la orientación sexual [...]se contempla, sin duda, en el artículo 14 del Convenio. El Tribunal recuerda a este respecto que la lista que encierra dicho artículo tiene un carácter indicativo y no limitativo, como atestigua el adverbio “especialmente”.

En cambio, los *“Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional en materia de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”* sí que incluyen en su principio nº 2 relativo a “los derechos a la igualdad y a la no discriminación”, una referencia explícita a la discriminación por motivos de “orientación o identidad de género”, respecto a la que aclara que

Incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. (Yogyakarta Principles, 2017, pp. 10-11)

En el instrumento que recoge estos principios, se alerta de la preocupante situación de discriminación y violación de derechos humanos que sufren las personas por estos motivos. Así, apuntan a un “patrón global y arraigado” como causa principal que se sirve de la “vigilancia de la sexualidad” para sustentar “la perpetuación de la violencia basada en el género y la desigualdad entre los género” (Yogyakarta Principles, 2017, p.6).

Recientemente, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante FRA) ha finalizado la recopilación de respuestas para la segunda edición de su encuesta europea sobre personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales, de género no binario y variante. Esta segunda ronda ha supuesto un avance respecto a la primera de 2012 al incluir también a personas intersexuales, de género no binario y de género variante.

Esta suerte de encuesta de victimización parte de dos premisas claras a raíz de sus resultados: que las personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ constituyen un grupo especialmente vulnerable (casi la mitad de las personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ han sufrido acoso o discriminación por razón de su orientación o identidad sexual y hasta una cuarta parte han sido víctimas de violencia por el mismo motivo en los cinco años anteriores) (FRA 2013:7) y la importancia de la cifra negra en los delitos de los que son víctimas (las cifras de denuncias ante instituciones policiales son muy bajas en casos de violencia que se encuentran en torno a 22% pero sobre todo en el caso de conductas no violentas definidas como acoso, donde el porcentaje desciende hasta el 6%)(FRA 2013:24). Pero incluso dentro de este grupo especialmente vulnerable hay un sector que destaca con unas cifras muy superiores en

cuanto a ataques se refiere, las personas transexuales, cuya cifra de victimización en caso de ataques violentos asciende hasta un 35% según (FRA 2013:7). De hecho en el desglose de las cifras estadísticas, se destina un apartado entero a “cuestiones específicas de personas transgénero”¹.

En el caso de España, el número de ataques físicos/sexuales o amenazas violentas que manifiestan haber sufrido las personas pertenecientes al colectivo en el último año se mantienen en la media de la cifra europea. Sin embargo llama poderosamente la atención que los únicos dos casos en que España supera a la media de Europa (aunque tan solo en un 1%) son en los más opuestos; el de una sola vez y el de más de 10 veces. Con respecto a las denuncias policiales, España se sitúa tan solo un 1% por encima en la media europea con un preocupante 82% de personas que no denunciaron en su mayoría (48%, por encima de la media europea de un 43% de personas que aducen este mismo motivo) por no considerarlo lo suficientemente grave. Por lo tanto nos enfrentamos no solo ante un problema de invisibilización de los ataques que sufre este colectivo sino también a la infravaloración de los mismos, por parte incluso de las propias personas que lo protagonizan. Sin embargo la encuesta nos muestra un 17% de personas que sí decidieron denunciar, pero ante otro tipo de instituciones como ONG, asociaciones LGTB, oficinas de apoyo a las víctimas, instituciones estatales, hospitales o servicios médicos u otras organizaciones².

Estas cifras no mejoran mucho cuando se pregunta por el peor ataque físico/sexual o amenaza violenta; el 77% de las personas encuestadas en España no denunció ante estas situaciones (un 2% por encima de la media europea) y de nuevo la razón (para un 41% frente al 35% de la media europea) fue la falta de consideración del hecho como lo suficientemente importante, pese a que la formulación de la pregunta era clara: “el peor ataque”. En estos casos se mantiene el 17% de personas que denunciaron los hechos ante otro tipo de instancias³.

Sobre las importantes consecuencias de la cifra negra en España, alertaba también Aguilar García (2014, pp.360-367) al referir que ello podía conllevar una falta de concienciación sobre la gravedad e importancia del asunto que trascendía a los poderes públicos encargados del diseño de la política criminal, al afectar también al resto de personal implicado en la investigación de hechos delictivos (fiscalías, juzgados, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). En este sentido señalaba una cierta tendencia en el poder judicial a

¹ Información disponible en <https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/survey-fundamental-rights-lesbian-gay-bisexual-and> (fecha de último acceso: 22 de agosto de 2019).

² Información disponible en <https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/survey-fundamental-rights-lesbian-gay-bisexual-and> (fecha de último acceso: 22 de agosto de 2019).

³ Información disponible en <https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/survey-fundamental-rights-lesbian-gay-bisexual-and> (fecha de último acceso: 22 de agosto de 2019).

Restar gravedad a los hechos denunciados como amenazas o lesiones con primera asistencia facultativa, las cuales quedan reducidas en varias ocasiones desde un primer momento a simples infracciones leves, sin profundizar en la investigación y sin valorar la posible afectación con estos comportamientos de otros bienes jurídicos como la dignidad o la integridad moral de la víctima. (Aguilar García, 2014, p. 368)

Ante esta situación y desde una perspectiva general la FRA anima a los estados miembros a facilitar y promover acciones que impliquen a los medios de comunicación, los partidos políticos y las instituciones religiosas en estos asuntos. Pero también a incrementar los esfuerzos desde el ámbito de la investigación (FRA, 2013, p.10). Con respecto a los delitos de odio, la FRA recomienda a los estados miembros la adopción de una legislación propia para los actos de homofobia, transfobia, delitos de odio y discurso de odio (FRA, 2013, p.10).

En este sentido, España sí castiga en su Código penal por un lado el llamado discurso del odio (art.510 y 510 bis), y los delitos de actos de odio⁴ mediante una agravante genérica (art. 22.4ª) que incrementa la pena de cualquier delito cometido “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”.

Sin embargo, carece de una ley a nivel estatal contra la discriminación por estos motivos, de manera que han sido las autonomías⁵ las que han asumido esta responsabilidad de dar protección al colectivo LGTBIQ. Esta situación viene a agravar el panorama presentado, ya que en función del lugar, la respuesta a los incidentes LGTBI-fóbicos será distinta, provocando una mayor inseguridad jurídica y situaciones de desigualdad manifiesta entre las personas del colectivo.

Tan solo el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En comú Podem-En Marea ha presentado dos iniciativas legislativas en este sentido. En 2017 la “Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales” y en 2018 la “Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género”. Ninguna de las dos ha sido aprobada. Es más, la reciente incorporación al panorama político de VOX dificulta alcanzar un acuerdo en estos términos⁶.

⁴ Siguiendo la nomenclatura empleada por Landa Gorostiza (2018, *pássim*)

⁵ Tan solo son 5 comunidades autónomas las que no disponen de una ley en este sentido (Asturias, Cantabria, La Rioja, Castilla y León, Castilla –La Mancha) y las dos ciudades autónomas Ceuta y Melilla.

⁶ La formación política solicitó la derogación de hasta 15 artículos de las leyes 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid y la 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género

2. LA VIOLENCIA SOBRE EL COLECTIVO LGTBIQ: DE LOS DELITOS DE ODIO A LOS INCIDENTES DE ODIO

Las personas que pertenecen al colectivo LGTBIQ constituyen un grupo especialmente vulnerable que son objeto no solo de ataques físicos y verbales sino también de una fuerte exclusión social (Peramato Martín, 2013) como hemos tenido ocasión de comprobar a través de los datos ofrecidos por el FRA. El origen de estos ataques se encuentra según Hereck (1990) en el heterosexismo, en concreto en una “lógica, aunque extrema extensión” (p.316) del mismo, el cual define como

Un sistema ideológico que niega, denigra y estigmatiza cualquier comportamiento, identidad, relación o comunidad no heterosexual. Como el racismo, el sexismo y otras ideologías basadas en la opresión, el heterosexismo se manifiesta tanto en las costumbres e instituciones sociales, como la religión y el sistema legal (lo que se entiende aquí como heterosexismo cultural), así como en las actitudes y comportamientos individuales (lo que se entiende aquí como heterosexismo psicológico) (Hereck, 1992, p. 89)

Iganski y Levin (2015) sostienen que los delitos de odio comparten proceso emocional con cualquier otro acto de violencia. El denominador común es el sentimiento de perjuicio o de falta de respeto que experimenta la persona victimaria, que contraataca con la intención de “imponer un sistema informal de justicia sobre la víctima y reparar el daño al respeto que ha experimentado la persona victimaria”. Los puntos débiles de la víctima se utilizan para ejecutar el ataque (verbal o físico). Y precisamente el origen de esas debilidades se encuentra en el constructo social de la diferencia, lo diferente se entiende como negativo y por tanto se (re) interpreta en clave de punto débil (pp.54-55).

En este proceso emocional, hay un elemento clave, que según Thomas (1995) es la vergüenza, entendida como una respuesta “primitiva” ante situaciones en las que una persona siente que se le falta al respeto. Respuesta que puede proyectarse hacia la persona que ha causado esa sensación, contra otras personas o incluso contra sí mismo/a (p. 587). De esta forma, aquellas personas que tienen un buen nivel de autoestima son capaces de gestionar mejor la vergüenza que aquellas que han experimentado a lo largo de su vida un escaso orgullo hacia sí mismo, quien cuando sienten que de alguna manera se les humilla (sea real o imaginariamente) en vez de reconocerlo, lo enmascaran con ira (Iganski y Levin, 2015). Como muestra reciente, recordamos el incidente que tuvo lugar el día del Pregón del *Pride Barcelona 2019*, en el que un joven resultó agredido verbalmente por otro en un sitio público ante la pasividad del agente de seguridad privada. El agresor manifestaba en el vídeo que “*a mí me estás faltando al respeto por vestir así en un sitio público*” y amenazó a la víctima con hacerle “*heterosexual a ostias*” (La Vanguardia, 2019).

La presencia de la ira como elemento detonante nos hace de nuevo volver sobre la cuestión cultural. Según el Observatorio Madrileño contra la homofobia, transfobia y bifobia (2017) el 89% de las personas victimarias son hombres, en quienes la ira como forma de respuesta no solo está permitida sino reconocida como elemento de “virilidad”. Así, la cultura heteropatriarcal promueve que desde la infancia los niños no expresen sus sentimientos ni emociones, porque se considera que es un acto

propio de niñas (mujeres), y se asocia a debilidad. Sin embargo, hay un sentimiento que sí les está permitido, que es incluso fomentado, la ira. El niño que se enfada demuestra “virilidad”, la niña que se enfada se excede. De esta forma, los hombres crecen aprendiendo que el único sentimiento que pueden exteriorizar es la ira, y así proceden en consecuencia, sea cual sea el sentimiento que realmente están experimentando. La falta de gestión de las emociones supone por lo tanto un elemento fundamental en la configuración de la motivación en los delitos que aquí nos ocupan.

2.1.La cuestión terminológica

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (2009) define los delitos de odio como

Actos delictivos motivados por la discriminación o prejuicio hacia un grupo concreto de personas. Los delitos de odio se componen de dos elementos: se trata de un acto que constituye un delito de acuerdo la normativa penal y la persona victimaria actúa basándose en la discriminación o el prejuicio [...]. El término describe un fenómeno no un concepto legal.

En España, el empleo del término delitos de odio se ha extendido de una manera generalizada, a pesar de que el Código penal no hace referencia en ningún momento a esta tipología delictiva, sino que regula por un lado en el art.510 y 510 bis toda una serie de conductas que castigan los “delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la constitución” y por otro, la agravante genérica del art.22.4ª relativa a cometer cualquier delito por motivos discriminatorios (en nuestro caso, nos centraremos en los que se basan en la “orientación o identidad sexual”).

Según Landa Gorostiza (2018)la terminología delitos de odio incluiría tanto aquellos que consisten en una mera expresión como los que se refieren a actos propiamente dichos. Y así, entiende que las conductas del art.510 son figuras que castigan el “discurso del odio”, mientras que el art.22.4ª viene a penalizar los delitos de “actos de odio”(pp. 25-48). De forma que mientras que las conductas del art.510 hace referencia a “manifestaciones ideológicas [...], en el caso de la agravación el “vehículo” del mensaje amenazante es de otra cualidad: es la propia conducta delictiva” (p.124). En este mismo sentido Santana Vega (2014), entiende que el art.22.4ª es el que proporciona una protección central y general en el ámbito de la discriminación por motivos de orientación e identidad sexual. Es más, señala la autora cómo la referencia a la identidad sexual se incluyó antes en este artículo -en 2010- que en el art.510 -en 2013- (pp.385-387). Aguilar García (2014) destaca la importancia de utilizar la terminología “delito de odio” ya que permite destacar lo que realmente los caracteriza, que es la motivación de quien los comete, basada en “su animadversión u hostilidad abierta a las personas o colectivos”. Pero además pone de manifiesto las graves consecuencias y el impacto que estos delitos tienen no solo sobre la víctima directa, sino también sobre el colectivo con el que aquella se identifica, “afectando de esta forma muy directamente tanto a la cohesión de la comunidad como a la estabilidad social” (p.354).

Incluso la primera estadística oficial del Ministerio al respecto (“Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España”) incluye esta terminología y aclara al respecto que a pesar de que el Código penal no incluye esta denominación

Se ha decidido optar por computar las acciones punibles sobre los cuales no existe divergencia entre los expertos en el tema. Para ello, tendremos en cuenta que cualquier hecho que infrinja el orden penal y administrativo y que se ejecute contra una persona por su pertenencia, a una etnia, raza, religión o práctica religiosa, discapacidad, orientación o identidad sexual, así como por su situación de pobreza y exclusión social, pasa a ser catalogado como delito de odio. Esta definición es “extensiva” en cuanto a su consideración, por cuanto no sólo se consideran las infracciones graves, sino que pasa a tenerse en cuenta las menos graves y las infracciones a leyes de carácter administrativo.

Nos encontramos por lo tanto que los primeros datos, a pesar de estar ubicados en un estudio sobre “delitos”, no se centran únicamente en conductas recogidas en el Código penal, sino también en infracciones administrativas, apelando a una vocación extensiva para abarcar cualquier tipo de conducta que se lleva a cabo contra una persona por alguno de los motivos indicados. Parece, que las propias instituciones oficiales eran ya conscientes de que los ataques que tienen lugar en este ámbito abarcan muchas más conductas y escenarios que los recogidos por el Código penal. Sin embargo, no parece adecuado recoger en la categoría de delitos aquellas conductas que son infracciones administrativas, ya que podría conducir a imágenes distorsionadas de la realidad criminológica.

Ante esta situación, surge el concepto de “incidentes de odio o discriminación”, como una categoría aglutinadora. En 2010, el Consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec (2010) 5 para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, distinguía entre “crímenes de odio y otros incidentes motivados por el odio”. Díaz López (2018) arroja algo luz al respecto y define los incidentes de odio como

Hechos que, pudiendo ser indiciariamente constitutivos de un delito de odio o de una infracción administrativa relacionada con un delito de odio, no son delito: ya sea porque no es constitutivo de infracción alguna, ya sea porque sólo es constitutivo de infracción administrativa, ya sea porque todavía no se ha dictado sentencia condenatoria por la comisión del delito de odio en cuestión. Un discurso de odio que no pueda catalogarse como delito de discurso de odio sí puede ser tildado de incidente de odio [...]. Se antoja preferible seguir empleando “crimen de odio” como sinónimo de “delito de odio”, reservando para las conductas no constitutivas de delito “incidente de odio”. (p.55)

Este concepto más amplio de incidente, permite incluir efectivamente conductas que por no reunir los requisitos exigidos por el tipo penal quedarían fuera de las estadísticas de delitos, pero que sin embargo sí que atacan a los derechos y libertades de las personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ. El “incidente” como término omnicompreensivo, permite además conocer mejor la realidad del posicionamiento de una sociedad ante la discriminación. En este mismo sentido

apunta la FELGBT (2018) que además señala la importancia de la distinción entre incidentes de odio y delitos de odio

De lo contrario se terminaría criminalizando todo comportamiento discriminatorio sin que haya sido todavía declarado como delito de odio y sin reconocer que existe una graduación que no siempre conlleva una respuesta penal [...]. Garantiza que se respete el principio de seguridad jurídica y el de tutela judicial efectiva necesarios para dar una respuesta legal y social proporcionada al daño causado a la víctima. (p. 15)

Precisamente en este tipo de incidentes es en los que el informe de la FELGBT (2018) que centra su estudio, por su alta cifra negra y su invisibilidad debido, por un lado a que la ley nos la combate de manera directa (al ser compatibles con la libertad de expresión), y por otro, por su difícil identificación al tratarse de una discriminación encubierta.

2.2.La regulación penal de la agravante del art. 22.4ª

Siguiendo a Landa Gorostiza (2018) se va a analizar aquí la agravante del art. 22.4ª por considerar que es el precepto que realmente castiga por delitos de “actos de odio” en contraposición a lo recogido en el art. 510 y 510 bis que se entiende que castigan el “discurso del odio”.

La idea de agravar la pena por cometer el delito por motivos discriminatorios se planteaba ya desde la LO 4/95 de 11 de mayo, por la que se incluyó en el Código penal de 1973 esta circunstancia, si bien limitada a los delitos contra las personas o el patrimonio y por “motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima”. Más tarde la LO 10/95 de 23 de noviembre que aprobó el actual Código Penal modificó este precepto ampliando el ámbito de aplicación a cualquier delito e incluyendo el sexo, la orientación sexual, la enfermedad y la minusvalía. La inclusión de la identidad sexual en este precepto vino de la mano de la LO 5/2010 de 22 de junio sin que el preámbulo se haga ninguna referencia a dicha inclusión. En cambio en la última reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, mediante la que se incluye también el género en la agravante, sí que se fundamenta la introducción de este nuevo motivo

La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 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 el 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», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo

Si bien la tradición de este precepto es larga, la primera condena con relevancia mediática que contempla la aplicación de la agravante por motivos de orientación sexual es del año 2000 (SAP de Barcelona, de 13 de marzo), posteriormente confirmada por el TS en su Sentencia de 17 de junio de 2002 (Peñaranda Ramos,

2013). La Sentencia del Supremo resulta además especialmente relevante por cuanto que no tiene en cuenta la orientación sexual de la víctima, simplemente la motivación de los victimarios basada en la misma y así condenó sin declarar probado la condición de homosexual de la víctima. Sin embargo, este posicionamiento no es pacífico ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, ya que existen sentencias y autoras/es que exigen que la víctima sea efectivamente homosexual/bisexual para apreciar esta agravante. Y así, por ejemplo encontramos la STS de 23 de noviembre de 2006 que entiende que “para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no sólo 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 ello porque entiende el Alto Tribunal que la justificación de esta circunstancia se encuentra motivada por una mayor culpabilidad, “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”. Esta es la tesis mayoritaria que sigue la doctrina, así Muñoz Conde y García Arán (como se citó en Landa Gorostiza, 2018) mantiene que sería imposible fundamentar esta agravante en un mayor desvalor objetivo de injusto y que habría que buscar su justificación en el móvil de la actuación de la persona, en su fuero interno. En el lado opuesto se encuentran quienes consideran que se trata de un mayor injusto, y dentro de estas teorías encontramos las que sostienen la existencia de un mayor injusto subjetivo y las que abogan por un mayor injusto objetivo. Mir Puig (2015) sería el primero en sostener la existencia un mayor injusto subjetivo, por entender que todas las circunstancias aumentan el injusto y que la recogida en el art. 22.4^a en concreto aumenta el tipo subjetivo, proyectándose en la negación del principio constitucional de la igualdad, por lo que es un hecho más grave que merece más pena. En cambio, Lorenzo Copello (1996) sostiene que estamos ante un mayor injusto objetivo que justifica el plus de castigo al afectarse adicionalmente otro otro bien jurídico como es “el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro” (p.282). En un sentido similar, Landa Gorostiza (2018) entiende que

La “motivación” subjetiva del autor no resulta relevante sino la peligrosidad objetiva de la conducta. A efectos de aplicación de la agravante no se precisa de una investigación motivacional sino la comprobación de que el autor conocía las circunstancias y el contexto en el que llevaba a cabo la conducta delictiva y era consciente por tanto de que su actuar iba a ser comprendido, tanto por el grupo diana, como por la sociedad en su conjunto, como un “comportamiento expresivo”: esto es, que se proyecta en su realización más allá de la víctima concreta inmediata y despliega una expectativa amenazante sobre todos – o un espectro significativo de- los sujetos que presentan el mismo elemento común que determinó en términos intersubjetivos la selección de la víctima. Esta interpretación convierte en irrelevante el error in persona [...] y permite la activación de la agravante en supuesto de asociación [...] siempre que intersubjetivamente la dinámica comisiva transmita el mensaje intimidatorio y éste esté abarcado por el dolo del autor. (p.124)

A este respecto, el Código penal francés resulta más clarificador tal y como indica Peramato Martín (2013) ya que hace referencia expresa a la orientación sexual

“cierta o supuesta”. Esta autora se suma también a la línea sustentada por Landa Gorostiza al entender que

La exigencia de que concurra la condición [...] en la persona agredida, no ayuda a la consecución de la finalidad perseguida por el legislador: castigar más gravemente al que actúe por alguno de los motivos establecidos en el precepto analizado; la finalidad de proteger a estos colectivos frente a actos discriminatorios, solamente se conseguirá si son igualmente perseguidos aquellos que dirigen su violencia contra hombres y mujeres que no son gays ni lesbianas, pero que son percibidos como tales. (p. 218)

También el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto, su Sentencia de 26 de marzo de 2017, en el caso *Skorjanec c. Croacia*, entendiendo que no es necesario que la víctima “personalmente posea la característica o circunstancia” que motiva la agravación (en este caso era por motivos racistas).

Otro de los problemas que plantea esta agravante es la dificultad en la fase probatoria. Y este es precisamente uno de los motivos que según Peramato Martín (2013) explicarían su “escasa o nula aplicación” (p.217). A este respecto la OSCE en su *Guía para prevenir y hacer frente a los delitos de odio* (2009) ofrece una serie de indicadores que ayudan a determinar cuando nos encontramos ante un delito de odio: la percepción de la víctima, la conducta de la persona victimaria (empleo de palabras o símbolos), características de víctima y persona victimaria (que la “raza”, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, género, orientación sexual de víctima y persona victimaria sean diferentes, que la víctima pertenezca a un grupo minoritario dentro de la zona, que la víctima sea miembro de una comunidad agrupada en zonas determinadas de la ciudad, que el incidente tuviera lugar por parte de un grupo mayoritario en una zona habitada por personas pertenecientes a una minoría, que la víctima pertenezca a una minoría atacada por un grupo integrado por personas de distintos grupos de población, que haya un enfrentamiento histórico entre los grupos de pertenencia de víctima y persona victimaria, que la víctima pueda ser identificada como “diferente” no solo respecto a la persona agresora sino también respecto a la comunidad mayoritaria con base a su apariencia, vestimenta, idioma o religión, que la víctima sea una figura de referencia dentro de su comunidad, que la víctima esté en compañía o esté casada con alguien perteneciente a un grupo minoritario, afirmaciones, expresiones y comportamientos llevados a cabo por la persona agresora antes, durante o después del incidente, vestimentas, insignias o tatuajes que representen movimientos extremistas, comportamientos por parte de la persona victimaria que pudieran sugerir su pertenencia a una organización basada en el odio, delitos o incidentes de odio anteriores).

De estos criterios se hace eco el Ministerio del Interior en su *Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación* y los recoge de manera exacta la plasmada por la OSCE. Sin embargo, la finalidad de esta herramienta estaba más enfocada a incidentes de tipo racista o xenófobo. De hecho, el mismo protocolo reconoce que para su elaboración se ha tenido como referencia el “Manual de apoyo

para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la identificación y registro de incidentes racistas y xenófobos”.

2.3.El Informe de la FELGTB

No cabe duda que los movimientos y organizaciones han jugado un papel fundamental en la consecución de derechos por parte del colectivo LGTBIQ, “que han tenido y tienen que actuar; no en pocas ocasiones, en ambientes muy hostiles y homófobos” (Peramato Martín, 2013, p. 35).

En España son numerosas las entidades dedicadas de una forma u otra a la defensa del colectivo LGTBIQ, sin embargo, la FELGTB es según la propia federación señala en su página web “por historia, por trayectoria, por estructura, por número de asociaciones que la integran, por las aportaciones hechas en estos años [...] el referente más importante del movimiento asociativo lésbico, gay, transexual y bisexual de España”. Esta federación ha llevado a cabo recientemente un estudio, “el más completo realizado hasta la fecha sobre esta materia” (FELGTB, 2018, p.7) su preocupación

No solo por la cantidad de víctimas que provoca, sino por lo que implica de disminución de la libertad de todo el colectivo, que amenazado del riesgo de violencia con el que se ve obligado a convivir se retrae-o es susceptible de retraerse- nuevamente a la falsa y muy dañina seguridad de la invisibilidad” (FELGTB, 2018, p.6)

Una de las primeras realidades que ha puesto de manifiesto este informe es la falta de correlación entre los datos oficiales facilitados por el Ministerio del Interior y los recabados por la Federación. Así según el *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España* (Ministerio del Interior, 2017) el total de “incidentes de delitos de odio” conocidos por motivos de orientación o identidad sexual, asciende a 271, mientras que en el Informe de la FELGTB este total asciende a 629⁷ (FELGTB, 2018).

Esta diferencia confirma por un lado, lo que ya se indicara anteriormente en la encuesta realizada por la FRA, y es que las personas afectadas en ocasiones prefieren dar a conocer este tipo de hecho ante instituciones diferentes a las policiales o judiciales y además otro dato al que apunta la FELGTB (2018) en su informe “la dificultad para extender y armonizar la atención a las víctimas y la recogida de información” (p.7).

Así pues, con los datos ofrecidos por dicho informe se pretende mostrar un panorama general que nos permita conocer, siquiera de manera aproximada, el perfil de víctima y de persona victimaria en este tipo de incidentes, así como la tipología de incidentes más recurrente.

⁷ De los que han servido para el objeto de estudio 332.

Así con respecto a la víctima, del total de casos analizados por la FELGTB, la mayoría de personas eran hombres cissexuales homosexuales, con una edad entre 18 y 35 años. Cabe destacar en este punto al hilo de lo anteriormente comentado en torno a si cabe apreciar la agravante del art. 22.4^a en casos en que la víctima no sea realmente homosexual, que la FELGTB recoge las denuncias de 13 personas heterosexuales que manifiestan haber sido víctimas de estos delitos o incidentes.

Cataluña es el lugar donde se han registrado un mayor número de incidentes (130), lo que guarda relación con la relación de los datos con el tamaño del núcleo poblacional, siendo así que la mayor parte de los incidentes se registran en grandes ciudades. Los lugares públicos son la ubicación más habitual de estos incidentes, en concreto la calle. Sin embargo, es importante el dato que resalta la FELGTB en referencia a los espacios en los que la persona debería sentirse más protegida (centro escolar, trabajo y casa), y es que sumadas estas tres categorías, igualan en número a los incidentes ocurridos en los lugares públicos.

Con respecto a la tipología, recordar que no solo se recogen ilícitos penales sino también infracciones de carácter administrativo. Así, el 56% de los incidentes reportan situaciones de acoso e intimidación, prevaleciendo el ataque con insultos (62%). Este tipo de ataques son realizados en igual proporción por personas desconocidas y por el círculo íntimo de la víctima (que se obtiene de la suma de las categorías entorno cercano, vecinos y entorno familiar), lo que guarda estrecha relación con el lugar en que tienen lugar los incidentes (desconocidos en la vía pública y círculo íntimo en el centro escolar, trabajo o casa). En este sentido la Federación pone de manifiesto las graves consecuencias que para la persona puede tener que estas agresiones procedan de su círculo íntimo, “incitar a las personas LGTBI a defender su integridad mediante la ocultación más radical de su realidad incluso en entornos supuestamente seguros o amigables” (FELGTB, 2018, p. 34).

3. CONCLUSIONES

La atención a los incidentes generados por LGTBI fobia han sido objeto de escasa atención no solo desde un punto de vista académico, sino también por parte de las instituciones públicas. Así, a pesar de que la agravante relativa a cometer el delito por motivos de orientación sexual ha estado presente en el Código penal desde sus inicios y la identidad sexual desde 2010, el primer informe del Ministerio del Interior data de 2013 y la Oficina Nacional de lucha contra los delitos de odio, de 2018, que se crea bajo el reconocimiento de que la lucha contra estos delitos supone una prioridad “*para España*” (Ministerio del Interior, 2018, p.1). Esta última está constituida como “la herramienta clave y fundamental para el estudio y análisis de los delitos de odio, así como para impulsar la colaboración con otros Departamentos Ministeriales y organismos públicos y privados, asociaciones y ONGs” (Ministerio del Interior, 2019, p. 1). Y el *Plan de Acción de lucha contra los delitos de odio* del Ministerio del Interior, de enero de este año 2019. Como se puede comprobar todo muy reciente, demasiado quizás. Parece que hasta que este problema no ha sido puesto de relieve por colectivos sociales y con cifras, los poderes públicos no han tomado conciencia de la importancia y la atención que estos asuntos merecen.

A la vista de este panorama, es claro que la situación actual requiere de una intervención firme y unívoca por parte de las instituciones públicas que pase como indica Monereo Atienza (2015) por una “transformación estructural del sistema sexo-género patriarcal” (p.74).

La referencia a delitos de odio para visibilizar las agresiones (en sentido amplio) que sufre el colectivo LGTBI deja fuera del mapa otro tipo de conductas que también victimizan y suponen un ataque grave a la dignidad y la igualdad de las personas. En este sentido es importante acoger y dar cabida a las reclamaciones de las distintas entidades que representan y luchan por los derechos de este colectivo. Así, el Observatorio Madrileño contra la homofobia, transfobia y bifobia (2017), señala acertadamente que

Hay actos que socavan nuestra dignidad como personas LGTB que pueden ser constitutivos de delitos (amenazas, homicidio, lesiones...) y otros que es más complicado catalogarlos en esta tipología como puede ser la presunta “curación” de personas homosexuales, los insultos que han sido despenalizados o ciertas discriminaciones que, aunque podrían estar incluidas en alguna tipología de delito, es más común abordarlas de forma administrativa. Por eso hablamos siempre de incidentes de odio o discriminatorios, donde incluimos los delitos y los ilícitos administrativos. (p.10)

Sin duda, este tipo de entidades son las que con su quehacer diario impulsan y fomentan la implantación de políticas de diversidad y reconocimiento de los derechos del colectivo LGTB. Sirva de ejemplo la iniciativa que se lleva a cabo en Málaga desde hace dos años de contar con “punto arcoíris” para denunciar casos de homofobia durante la celebración de la feria en la misma línea que los punto violeta para denunciar agresiones a mujeres (Diario Sur, 2019). Este tipo de actuaciones permiten no solo visibilizar los incidentes LGTBI- fóbicos que quedan fuera de nuestro conocimiento sino también poner de manifiesto cuáles son los patrones de agresión en contextos de ocio masivos, como pueden ser las ferias.

Conocer la realidad y fenomenología del problema al que se pretende dar solución supone un paso fundamental para cualquier política pública que pretenda ser eficaz. En este caso, para poder acercarnos de una forma veraz al fenómeno que aquí se estudia y poder en consecuencia implantar medidas que realmente ayuden al colectivo LGTB, es necesario que se sienta apoyado por las instituciones, no invisibilizado, y sobre todo que sienta que las agresiones de cualquier índole suponen un ataque a su derecho a la dignidad y a la igualdad.

4. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar García, M.A. (2014). Investigación y persecución de delitos de odio y discriminación en los supuestos de homofobia y la transfobia. En V. Cuesta López y D.M. Santana Vega (Dir.), *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual* (pp.351-382). Navarra, España: Aranzadi.

Díaz López, J.A. (2018). *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*. Recuperado de

<http://www.mtramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeConceptualDelitosOdio.pdf> (fecha de último acceso: 7 de junio de 2019)

El Diario.es. Recuperado de https://www.eldiario.es/madrid/Vox-articulos-transfobia-Comunidad-Madrid_0_914108834.html (fecha de último acceso: 26 de agosto de 2019)

Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans y Bisexuales. (2018). *La cara oculta de la violencia hacia el colectivo LGTBI*. Recuperado de <http://www.felgtb.org/temas/eventos-y-formacion/noticias/i/15100/560/felgtb-y-su-observatorio-redes-contraelodio-presentan-su-informe-sobre-delitos-de-odio-e-incidentes-discriminatorios-a> (fecha de último acceso: 22 de julio de 2019)

FRA, European Union Agency for Fundamental Rights (2013), *EU LGBT Survey. European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey. Results at a glance*. Recuperado de https://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf (fecha de último acceso: 22 de agosto de 2019)

Herek, G.M. (1990). "The context of anti-gay violence: Notes on cultural and psychological heterosexism", *Journal of Interpersonal Violence*, 5:316-333.

Herek, G.M. (1992). "The social context of hate crimes: Notes on cultural heterosexism", en G.M. Herek y T.K. Berrill (eds.) *Hate Crimes: Confronting Violence against Lesbians and Gay Men* (pp. 89-104), Thousand Oaks, CA: Sage.

Iganski, P. y Levin, J. (2015). *Hate Crime. A global perspective*. Nueva York, Estados Unidos: Routledge

Juárez, D. (28 de junio de 2019). "Te voy a hacer heterosexual a hostias", el episodio homóforo que empaña el Pride. *La Vanguardia*. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20190628/463143134279/video-heterosexual-hostias-episodio-homofobo-barcelona-pride.html> (fecha de último acceso: 1 de octubre de 2019)

La Feria contará con un punto arcoíris para denunciar casos de homofobia durante estos días. (10 de agosto de 2019). *Diario sur*. Recuperado de <https://www.diariosur.es/feria/feria-punto-arcoiris-20190810121653-nt.html> (fecha de último acceso 1 de octubre de 2019)

Landa Gorostiza, J.M. (2018). *Los delitos de odio*. Valencia, España: Tirant lo Blanch

Laurenzo Copello, P. (1996). La discriminación en el Código penal de 1995. *Estudios penales y criminológicos* (XIX), pp. 221-288.

Ministerio del Interior. (2014). *Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales*. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/PROTOCOLO+ACTUACION/99ef64e5-e062-4634-8e58-503a3039761b> (fecha de último acceso: 23 de julio de 2019)

Ministerio del Interior. (2017). *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España*. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874> (fecha de último acceso: 19 de septiembre de 2019)

Ministerio del Interior. (2018). *Instrucción 1/2018, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se crea la Oficina Nacional de lucha contra los delitos de odio*. Recuperado de https://comafomacion.es/wp-content/uploads/2018/03/OFICINA-NACIONAL-LUCHA-CONTRA-DELITOS-DE-ODIO_1.pdf (fecha de último acceso: 2 de septiembre de 2019)

Ministerio del Interior. (2019). *Instrucción 1/2019, de 15 de enero de 2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre el Plan de Acción de Lucha contra los Delitos de Odio*. Recuperado de https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Instruccio%CC%81n_2019_01_MinisterioInterior_plan_delitos_odio.pdf (fecha de último acceso: 1 de septiembre de 2019)

Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal. Parte General*. Barcelona, España: Reppertor.

Monereo Atienza, C. (2015). *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*. Madrid, España: Dykinson.

Observatorio Madrileño contra la homofobia, transfobia y bifobia. (2017). *Informe de Incidentes de Odio por LGTBfobia en la Comunidad de Madrid*. Recuperado de <https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/IgualdadDeOportunidades/Publicaciones/Publicaciones%202018/ficheros/informe2017observatoriomadrile%C3%B1oLGTBfobia.pdf> (fecha de último acceso: 3 de septiembre de 2019)

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. (2009). *Preventing and responding to hate crime*. Recuperado de <https://www.osce.org/odihr/39821> (fecha de último acceso: 23 de julio de 2019)

Peñaranda Ramos, E. (2013). *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª*. Navarra, España: Aranzadi

Peramato Martín, T. (2013). *Desigualdad por razón de orientación sexual e identidad de género, homofobia y transfobia*. Navarra, España: Aranzadi

Santana Vega, D.M. (2014). El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación o identidad sexuales. En V. Cuesta López y D.M. Santana Vega (Dirs.), *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual* (pp.383-420). Navarra, España: Aranzadi.

Thomas, H.E. (1995). "Experiencing a shame response as a precursor to violence", *Bulletin of the American Academy Psychiatry Law*, 23(4): 587-593.

Vox cede finalmente en la derogación de las leyes LGTB y en la reducción de consejerías para alcanzar acuerdo en Madrid. (1 de agosto de 2019). *Europapress*.

Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad

ISSN: 2531-1565

Recuperado de <https://www.europapress.es/madrid/noticia-vox-cede-finalmente-derogacion-leyes-lgtb-reduccion-consejerias-alcanzar-acuerdo-madrid-20190801123726.html> (fecha de último acceso: 26 de agosto de 2019)

Yogyakarta Principles, 2017. Recuperado de http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf (fecha de último acceso: 26 de agosto de 2019)