

HOMOFOBIA EN LA APLICACIÓN DE ATENUANTES Y EXIMENTES A HOMICIDIOS DE HOMOSEXUALES: PAÍSES DEL *COMMON LAW* Y UN CASO ESPAÑOL*

José Antonio Ramos Vázquez
Contratado Investigador Doctor
Programa Ángeles Alvariño de la Xunta de Galicia
Universidade da Coruña

Sumario: I. El caso español: planteamiento. II. Homofobia en la calificación de los homicidios de homosexuales en el *Common Law*. 1. Una primera aclaración terminológica. 2. Algunos casos. 3. Homicidio de homosexuales como trastorno psiquiátrico: el *homosexual panic*. 3. 1. La resurrección del *homosexual panic*: el caso Matthew Shepard. 3. 2. Teoría y crítica del *homosexual panic*. 3. 3. Metamorfosis del *homosexual panic*. 4. La *homosexual advance defense*. 4. 1. Planteamiento / la *homosexual advance defense* como legítima defensa. 4. 2. La *provocation defense*: evolución histórica y la problemática de sus formulaciones actuales. 4. 3. El *avance homosexual* como provocación suficiente: los términos del debate. 4. 4. Género, homofobia y *homosexual advance defense*: una conclusión crítica. III. El caso español: comentario crítico. IV. Bibliografía.

I. EL CASO ESPAÑOL: PLANTEAMIENTO

En la madrugada del 13 de julio de 2006, Jacobo conoce en un local de ambiente homosexual de Vigo a Isaac, quien lo invita a ir a la casa que compartía con su pareja, Julius, aceptando aquél.

A las 9 de la mañana, los bomberos acuden al edificio para extinguir un incendio declarado en la vivienda, encontrando allí los cadáveres de Julius e Isaac, ambos –según la autopsia practicada- muertos por shock hipovolémico causado por 22 puñaladas (en el primer caso) y 35 puñaladas (en el segundo). Horas después, Jacobo confiesa haber sido el autor de ambas muertes, alegando haber actuado en defensa propia, movido por el temor a ser violado o asesinado, pues –según su versión- la pareja habría reaccionado violentamente a su negativa a mantener relaciones sexuales con ellos. Una vez muertos, Jacobo hizo acopio de diversos objetos de la casa para simular un robo y, finalmente, provocó el incendio para destruir sus huellas.

* La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada al proyecto de I+D sobre “Espacio y Derecho penal” (DER2008-01523/JURI) por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del cual es investigador principal Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho penal de la Universidade da Coruña. Agradezco a Victor Manuel Macías Caro, doctorando de la Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche de la Università di Modena e Reggio Emilia (Italia) el haberme proporcionado información sobre la existencia de la corriente jurisprudencial del *Common Law* que centra gran parte de este trabajo.

A principios de 2009, por sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra¹, Jacobo es absuelto de los delitos de asesinato y hurto² y condenado sólo por un delito de incendio, al declarar el jurado como hechos probados los siguientes:

“En la madrugada del día 13/07/2006 cuando Jacobo se encontraba en el domicilio de Isaac y Julius (...) este último trató de obligarlo, esgrimiendo un cuchillo, a mantener relaciones sexuales con ellos y, al negarse Jacobo, Julius le hiere con el cuchillo, y temiendo Jacobo por su vida forcejean apoderándose Jacobo del cuchillo y alcanzando con él a Julius (...) Posteriormente Julius se levanta y se dirige de nuevo hacia Jacobo que, temiendo por su vida, se protege acuchillándolo y lo arrastra a otro dormitorio donde lo ata y encierra (...).

[Isaac] en un momento dado se abalanza con un cuchillo sobre Jacobo que, temiendo por su vida y con intención de evitar el arma y protegerse, levanta un cuchillo que llevaba, hiriendo con él a Isaac, abandonando la habitación para posteriormente regresar a buscar sus gafas y móvil; y al ver cerrada la puerta la rompe y al darse cuenta de que en el interior se encontraba Isaac, temiendo por su vida, lo agrede con el cuchillo.

Posteriormente Jacobo prendió fuego a la vivienda y a los cadáveres, abriendo asimismo la espita del gas a su salida del domicilio (...).

Jacobo, al apuñalar a Julius, actuó con el único propósito de defenderse de ser violado o muerto. Jacobo, ante el temor de ser violado o muerto, apuñaló a Julius en un estado de pánico que anuló su capacidad de comprender la ilicitud de lo que hacía y de actuar conforme a esa comprensión.

Jacobo, ante el temor a ser violado o muerto, apuñaló a Isaac en un estado de pánico que anuló su capacidad de comprender la ilicitud de lo que hacía y de actuar conforme a esa comprensión”³.

Considero que, al contrario de lo que pueda parecer, esta sentencia presenta elementos de gran interés que pretendo desarrollar del siguiente modo:

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 5ª) 10 / 2009 de 27 de febrero (ponente: magistrada Fariña Conde).

² El primero solicitado tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular, el segundo sólo por ésta.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009, hecho probado único.

-En primer lugar, considero altamente discutible la aplicación de las eximentes de legítima defensa y miedo insuperable en este caso, a la vista de los hechos declarados probados⁴, lo que, a mi juicio, permite entroncar esta sentencia con una consolidada tendencia existente en los estados de sistema jurídico anglosajón⁵ a una aplicación muy particular de eximentes y atenuantes⁶ en el caso de homicidios de homosexuales⁷.

Por ello, este trabajo se inicia con un análisis de los diversos expedientes jurídicos utilizados en los estados del *Common Law* para aminorar la responsabilidad de los autores de esta clase de delitos (*homosexual -y trans- panic, homosexual advance defense* etc.). A través de este análisis se intentará ofrecer al lector un panorama amplio y crítico de cómo en otras culturas jurídicas se ofrecen *vías de escape* al autor de estos homicidios⁸.

-En segundo lugar, se entrará en el análisis del caso español antes mencionado, a fin de determinar si puede ser considerada o no una primera muestra de *importación* a nuestro ordenamiento jurídico de los expedientes antes mencionados o si, simplemente, se trata de una sentencia discutible, pero sin mayores implicaciones.

II. HOMOFOBIA EN LA CALIFICACIÓN DE LOS HOMICIDIOS DE HOMOSEXUALES EN EL *COMMON LAW*:

1.- Una primera aclaración terminológica:

Antes de iniciar el estudio de la situación en los países anglosajones, se impone una aclaración terminológica: en el sistema de *Common Law*, el homicidio intencional viene dividido en cinco grados, en función de la presencia de determinadas circunstancias.

⁴ Es decir, incluso admitiendo la –a mi entender también altamente discutible– verosimilitud de la secuencia de hechos aceptada por el jurado (hechos aceptados, por cierto, en su mayoría, por unanimidad).

⁵ Fundamentalmente, aunque –como veremos– no exclusivamente, en los Estados Unidos.

⁶ La utilización de los conceptos “eximente” y “atenuante” con referencia al *Common Law* no es del todo correcta, pero sirva como modo de expresar los expedientes jurídicos utilizados en los estados anglosajones en estos supuestos. Vid. *infra* para ulteriores precisiones terminológicas.

⁷ Y, más minoritariamente, por existir una menor casuística, en homicidios de transexuales.

⁸ Que son, a su vez, como indicaremos más tarde, *vías de escape* de prejuicios sociales –expresados o latentes.

Este espectro de gradación de la culpabilidad -señala FLETCHER- es uno de los más grandes desarrollos jurisprudenciales en la historia del Derecho penal y nos muestra que „la culpabilidad no es sólo cuestión de previsión cognitiva, sino de autocontrol“⁹.

Si atendemos a los tres primeros grados (que son los que aquí nos interesarán), aquéllos podrían ser esquematizados así¹⁰:

	<i>Fundamento tradicional</i>	<i>Fundamento psiquiátrico</i> ¹¹
Homicidio en primer grado	Ninguno	Ninguno
Homicidio en segundo grado	Ausencia de premeditación	Capacidad disminuida
<i>Manslaughter</i>	Provocación	Capacidad disminuida o perturbación emocional extrema

Dicho esto, conviene destacar que, en la mayoría de casos que aquí examinaremos, los autores de homicidios de homosexuales verán atenuada su pena al ser considerada su conducta como *manslaughter* en vez de como homicidio, sea porque se considera que actuaron movidos por un estado pasional incontrolable, sea porque se considere el *avance homosexual* como provocación suficiente para el homicidio¹².

⁹ FLETCHER, G. P., *Rethinking Criminal law*, Oxford University Press, New York, 2000, pág. 353

¹⁰ Sigo parcialmente la tabla ofrecida por FLETCHER, *Rethinking Criminal law*, pág. 354.

¹¹ Se distingue entre una fundamentación “tradicional” y una fundamentación “psiquiátrica” no sólo porque los avances en psiquiatría han ofrecido nuevos perfiles a estos conceptos, sino también porque, p. ej., los tribunales de Reino Unido son más escépticos a la hora de aceptar evidencias psiquiátricas que no sean directamente derivadas de una enfermedad mental, teniendo en cuenta, por lo general, sólo el fundamento tradicional de la graduación del homicidio (vid. SMITH, J. C., *Justification and excuse in the Criminal law*, Stevens and sons, Londres, 1989, pág. 116).

¹² Vid. *infra*, apartado 4.

La cuestión, desde el punto de vista penológico no es en absoluto baladí. Por ejemplo, en el Reino Unido la pena prevista para el homicidio es fija (cadena perpetua¹³) y la calificación de un homicidio como *manslaughter* en vez de como *murder* implica una más que sensible reducción de pena¹⁴.

Por último, conviene destacar que aquí utilizaremos siempre *manslaughter*¹⁵ como término sin traducir, dado que no existe un concepto equivalente en español¹⁶. En este sentido, la mejor y más completa traducción al español, sería, a mi juicio, la siguiente:

“*Voluntary manslaughter*¹⁷: homicidio voluntario, pero realizado sin premeditación, bajo la influencia súbita de alguna circunstancia (arrebato u obcecación,

¹³ Por esta razón, la provocación es una *defense* sólo para el caso del homicidio. En el resto de delitos, se tiene en cuenta sólo a los efectos de graduación de la pena, no supone un cambio en la naturaleza del delito imputado (como sí lo sería en el caso del homicidio, que pasaría de ser considerado *murder* a *manslaughter*). Vid. CLARCKSON, C. M. V. / KEATING, H. M., *Criminal law: texts and materials*, segunda edición, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1990, pág. 639.

¹⁴ En lo que respecta a Estados Unidos, hay que dejar constancia de que existen Estados en los que la pena por *manslaughter* puede llegar a los veinte años de prisión –BIGLER, B., “Sexually provoked: recognizing sexual misrepresentation as adequate provocation”, en *UCLA Law Review*, 53, pág. 787, nota 16. No obstante, teniendo en cuenta que en muchos de esos Estados la pena por el homicidio en primer grado es la capital, sigue siendo claro que el imputado se juega mucho en la calificación como *murder* o como *manslaughter*.

¹⁵ Definido en el *Common law*, usualmente, con formulaciones como la siguiente: “*Voluntary manslaughter is committed where the defendant does possess the necessary malice aforethought for murder but is regarded as having a reduced level of blameworthiness because of the existence of a specified excuse, namely, provocation, diminished responsibility, or because the killing was pursuant to a suicide pact*” (CLARKSON, C. M. V., *Understanding Criminal law*, Tercera edición, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2001, págs. 206 y 207). Más en general, sobre el *manslaughter*, vid. págs. 200 y ss. de esa misma obra. A su vez, una selección de pronunciamientos judiciales de los tribunales del Reino Unido sobre el *manslaughter*, puede encontrarse en SMITH, J. C. / HOGAN, B., *Criminal law: cases and materials*, cuarta edición, ed. Butterworths, Londres, 1990, págs. 320 y ss.

¹⁶ Ofrecemos seguidamente, alguna de las traducciones usuales del término *manslaughter* en español, todas ellas, a mi juicio, incompletas o escasamente informativas:

-*Homicidio sin premeditación* (p. ej. en ALCARAZ VARÓ, E. / CAMPOS PARDILLOS, M. A. / MIGUÉLEZ, C., *El inglés jurídico norteamericano*, segunda edición, ed. Ariel, Barcelona, 2002, pág. 129 o en RAMOS BOSSINI, F. / GLEESON, M. / ARANA LANDÍN, S., *Diccionario bilingüe de terminología jurídica: Inglés - español / español - inglés*, cuarta edición, ed. Comares, Granada, 2005, pág. 163).

-*Homicidio involuntario* (AAVV., *Diccionario Collins español-inglés / english-spanish*, sexta edición, editorial Grijalbo, 2000, pág. 1573).

-*Homicidio simple* (PIÑA ROCHEFORD, J. I., *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, ed. Comares, Granada, 2002, p. ej. en págs. 124 y 145, n. 317).

¹⁷ El *manslaughter* puede ser también involuntario, precisión en la que ya no entraremos, al no existir ningún caso de *manslaughter* involuntario entre los que examinaremos.

provocación suficiente), que disminuye la responsabilidad y lo sustrae a la calificación como asesinato¹⁸.

De todos modos, ante la prolijidad de dicha definición (necesaria, de todos modos, para captar el sentido completo del término), la no traducción se convierte en la mejor opción.

Teniendo, pues, en mente la diferencia entre el homicidio en primer grado, en segundo grado (por falta de premeditación / por la presencia de una menor culpabilidad) y la peculiar figura del *manslaughter*, veamos algunos casos de homicidios sobre los que se han pronunciado sentencias mucho más favorables de lo teóricamente permisible al verse intermediadas por el factor de la homosexualidad de la víctima.

2. Algunos casos:

*-Mills v. Shepard (1978)*¹⁹:

D. Mills, un adolescente de 17 años, acuerda con un hombre mantener relaciones sexuales con él a cambio del pago de 20 dólares. Una vez llegados a una zona despoblada, el hombre comienza a acariciar a Mills, quien le reclama el dinero. El hombre le dice que no tiene esa cantidad y Mills reacciona violentamente, golpeándole hasta la muerte y huyendo posteriormente en el coche de la víctima tras haberle quitado a ésta un reloj, un anillo y una pulsera. Posteriormente, Mills confesó los hechos a su compañero de habitación, diciéndole que había “arrollado a un maricón”²⁰.

El jurado condenó a Mills por *manslaughter*, aceptando su alegación de que había actuado movido por el miedo a ser violado.

Como muy bien indica LEE²¹, resulta problemático aceptar un veredicto que considera razonable que Mills se sintiese violentado por el acercamiento sexual de un

¹⁸ AAVV., *Diccionario Espasa de términos jurídicos español-inglés / english-spanish*, ed. Espasa Calpe, Madrid, 2002, pág. 316.

¹⁹ Sobre este caso, vid., entre otros, LEE, C., “The gay panic defense”, en *U.C. Davis Law Review*, 42, 2008, págs. 502 y ss.; MISON, R. B., “Homophobia in manslaughter: the homosexual advance as insufficient provocation” en *California Law Review*, 80, 1992, págs. 167 y ss. y SUFFREDINI, K. S., “Pride and prejudice: the homosexual panic defense” en *Boston College Third World Journal*, 21, 2001, págs. 307 y ss.

²⁰ “*I’ve rolled a queer*”.

²¹ LEE, “The gay panic defense”, pág. 503.

hombre con el que había acordado mantener relaciones sexuales²². Tampoco la paliza y posterior robo de las joyas y el coche parecen muy acordes con una situación de pánico.

-Schick v. Indiana (1991)²³:

Otro adolescente²⁴, T. Schick, tras tener un accidente automovilístico, se sube de madrugada al coche de un desconocido de 38 años, preguntándole si sabe dónde podría conseguir que le hiciesen una felación. El hombre le responde que él mismo se encargaría de ello. Ambos van a un campo de béisbol y cuando el hombre realiza un acercamiento sexual hacia el joven, éste le golpea repetidamente, causándole la muerte. Posteriormente, Schick se lleva el dinero de la cartera de la víctima, limpia sus huellas del coche y huye.

Nuevamente, un jurado declaró que los hechos eran constitutivos de *manslaughter*, considerando que la actitud sexual de la víctima excusaba parcialmente la reacción violenta de Schick.

-State v. Schmitz (1998)²⁵:

Este caso, al igual que el caso de Matthew Shepard al que más tarde aludiremos²⁶ obtuvo un notabilísimo impacto mediático, dadas las particulares circunstancias en las que se produjo.

J. Schmitz acudió como invitado a un famoso programa de televisión (*The Jenny Jones Show*), en el que, ante su sorpresa, un amigo suyo se confesó su admirador secreto. A pesar de estar visiblemente contrariado, Schmitz prosiguió con normalidad su participación en el programa, sin mantener en ningún momento un comportamiento

²² Vulnerando, además, el principio de *Common law* según el cual quien alega una defensa propia no puede haber creado las circunstancias que motivaron su defensa (ROBINSON, P. H., “Causing the conditions of one's own defense: a study of the limits of theory in Criminal Law doctrine”, en *Virginia Law Review*, 71, 1985, págs. 3 y ss.)

²³ LEE, “The gay panic defense”, págs. 500 y ss.; SULLAWAY, M., “Psychological perspectives on hate crimes laws” en *Psychology, Public Policy and Law*, 10, 2004, págs. 268 y ss; MISON, “Homophobia in manslaughter”, págs. 134 y ss.

²⁴ Veremos más adelante que el hecho de que el autor sea mucho menor que la víctima influye notablemente en la aceptación de sus alegaciones en los supuestos de homicidios de homosexuales. Vid. *infra*, apartado 4.4.

²⁵ LEE, “The gay panic defense”, págs. 495 y ss.; SUFFREDINI, “Pride and prejudice”, págs. 279 y ss.

²⁶ Y que, en todo caso, no debe ser confundido con el Mills v. Shepard antes mencionado. Vid. *infra* apartado 3. 1.

incorrecto. Días después, sin embargo, Schmitz compró un arma y munición y se presentó en casa de Amedure, disparando mortalmente a éste.

En el juicio, Schmitz culpó a Amedure de su propia muerte, aludiendo a la “emboscada” que había sufrido por parte de éste²⁷ y pidiendo al jurado que simpatizase con su situación²⁸.

A pesar de que había evidencias más que suficientes para probar la premeditación del homicidio²⁹, el jurado consideró sus alegaciones y lo condenó por homicidio en segundo grado³⁰.

-*People v. Palmer (1998)*³¹:

W. Palmer conoce a una mujer en un bar y van juntos a su casa. Una vez allí, Palmer descubre que la mujer, en realidad, es biológicamente un hombre y la golpea repetidamente, hasta producirle la muerte.

El jurado absolvió a Palmer del delito de homicidio³², sobre la base de la provocación que había sufrido por parte de la víctima.

Los anteriores casos, todos ellos de los Estados Unidos³³, nos muestran el éxito de las defensas basadas en la sexualidad de la víctima a las que inmediatamente haremos referencia, pero, además, han servido como modelo para otros ordenamientos jurídicos anglosajones, como, señaladamente, el australiano, donde sólo en el trienio

²⁷ SUFFREDINI, “Pride and prejudice”, pág. 308.

²⁸ SUFFREDINI, “Pride and prejudice”, pág. 280.

²⁹ Sin ir más lejos, la compra del arma y la munición ese mismo día.

³⁰ A ello no es ajeno el hecho de que existiese una fuerte percepción social de que habían sido los productores del programa los que habían motivado la situación de humillación que decía haber sufrido Schmitz y que, socialmente, ellos “eran los responsables del asesinato” (FRANKLIN, K. / HEREK, G. M., “Violence toward homosexuals” en AAVV., *Encyclopedia of violence, peace and conflict*, vol. II, ed. Lester / Turpin, San Diego, 1999, pág. 148).

³¹ Referido por STEINBERG, V. L., “A heat of passion offense: emotions and bias in “trans panic”. Mitigation claims”, en *Boston College Third World Journal*, 25, 2005, págs. 521 y ss.

³² Es decir, ni siquiera fue condenado por *manslaughter*.

³³ Hay que destacar que en la cuna del *Common Law*, Reino Unido, esta tendencia jurisprudencial a la aminoración de responsabilidad no ha tenido acogida, a pesar de haber sido intentada por varias defensas en los años 50 (COSS, G., “Lethal Violence by Men”, en *Criminal Law Journal*, 20, 1996, pág. 305). Ello es debido a, entre otras cosas, una más restrictiva visión de la provocación. Así, en el Reino Unido, parece exigirse de un modo más enérgico el requisito de la provocación *adecuada* y, sobre todo, de la proporcionalidad entre la provocación y la respuesta del provocado (Vid. CREMONA, M., *Criminal law*, MacMillan, Londres, 1989, págs. 114 y ss).

1993-1995³⁴ se produjeron hasta 13 alegaciones de avance homosexual como provocación al homicidio³⁵. En todos esos casos, el homicida fue absuelto³⁶ o condenado sólo por *manslaughter*³⁷.

Precisamente fue una condena por *manslaughter* el último eslabón de la larga cadena de apelaciones por la que pasó el caso más notorio sucedido en Australia: *Green v The Queen (1997)*³⁸.

En dicho caso, M. Green alegó haber matado a su amigo D. Gillies porque éste le había realizado una proposición homosexual, proposición que le había traído el recuerdo de su padre abusando sexualmente de sus hermanas, abuso que le había relatado su madre, es decir, abuso que él ni siquiera había presenciado.

La alegación –como vemos, ciertamente curiosa³⁹- no fue aceptada ni por el tribunal que conoció en primera instancia del caso ni por los dos tribunales de apelación subsiguientes⁴⁰. En cambio, la *High Court of Australia* casó la sentencia que condenaba a Green, al considerar suficiente la “provocación” de la víctima para fundamentar un menor reproche a Green, quien terminó siendo condenado en el nuevo juicio que se abrió contra él por *manslaughter*⁴¹.

³⁴ Y sólo en la región de New South Wales.

³⁵ HOWE, A., “Green vs The Queen: the provocation defence: finally provoked its own demise?”, en *Melbourne University Law Review*, 22, 1998, pág. 468; YOUNG, A., “Into the blue: the image written on Law”, en *Yale Journal of Law and Humanities*, 13, 2001, pág. 307, nota 2.

³⁶ P. ej. en *The Queen v Murley* (1992), sentencia en la que se absuelve a R. Murley de un delito de homicidio por haber realizado su víctima un acercamiento homosexual no consentido hacia él o *The Queen v MacKinnon* (1993), en la que se absuelve al acusado de haber matado al hombre que había intentado mantener relaciones sexuales con él. Vid. HOWE, “Green vs The Queen”, pág. 467.

³⁷ Incluso en el caso relatado por YOUNG de un hombre que mató a otro que estaba masturbándose en la vía pública vestido de mujer se consideró que no era *murder*, sino sólo *manslaughter*. Vid. YOUNG, “Into the blue”, pág. 307, nota 2.

³⁸ Durísimo el comentario de HOWE, quien considera esta sentencia el punto más bajo de la “lamentable historia de la utilización de la provocación como defensa en el Derecho anglo-australiano” (HOWE, “Green vs The Queen”, pág. 466).

³⁹ “*This may sound bizarre*”, indica HOWE (HOWE, “Green vs The Queen”, pág. 466).

⁴⁰ Sobre estos avatares procesales, vid. YOUNG, “Into the blue”, pág. 307, nota 2.

⁴¹ En cierto modo, la sentencia se sustenta sobre la idea de que “la víctima se buscó su propia suerte” con su actuación (vid. EDWARDS, S., “Provoking her own demise: from common assault to homicide”, en HANMER, J. / MAYNARD, M. (eds), *Women, Violence and Social Control*, MacMillan, Londres, 1987, pág. 159). Sin embargo, sin perjuicio de lo que se haya de decir más adelante, como ha indicado ASHWORTH, una cosa es mantener que la víctima, con lo que hizo, se buscó esa reacción y otra decir que la víctima buscó ser asesinada (ASHWORTH, A., *Principles of Criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pág. 238).

El caso Green es, por tanto, muestra de que el tipo de argumentaciones que aminoran la responsabilidad en estos casos no es privativo de jurados, sino que también puede encontrarse en sentencias dictadas por jueces y tribunales

Cita SUFFREDINI, por ejemplo, el caso de un juez de la *California Superior Court* que dictó una condena por *manslaughter* considerando que la víctima, al haber realizado una proposición sexual al autor, “había contribuido en gran parte a su propia muerte con su reprobable conducta”⁴².

Expresando sus prejuicios de un modo mucho más directo, un juez de Florida señaló lo siguiente como fundamento de una pena atenuada en el caso de un adolescente que había matado a dos homosexuales, tras haberse subido voluntariamente a su coche: “Estos dos tipos no habrían sido asesinados si no hubiesen estado patrullando las calles subiendo a sus coches chicos adolescentes (...) Pongo a las prostitutas y a los gays al mismo nivel”⁴³.

Por último, a pesar de no ser un caso de homicidio, parece obligado mencionar el caso de los dos jóvenes acusados de emascular al hombre que les había propuesto relaciones sexuales, los cuales, a la postre, fueron condenados a 400 horas de trabajos comunitarios, al considerar el juez que había existido provocación⁴⁴.

Así las cosas, los anteriores casos nos hablan de un fenómeno generalizado⁴⁵, algo que, en unos estados en los que el nivel de violencia contra homosexuales es alto, lo convierte en más que una anécdota⁴⁶. Sobre todo porque, como veremos, ha sabido

⁴² SUFFREDINI, “Pride and prejudice”, pág. 305.

⁴³ MISON, “Homophobia in manslaughter”, págs. 163-164 ; SUFFREDINI, “Pride and prejudice”, págs. 306-307.

⁴⁴ DODGE, K. S., “Bashing back: gay and lesbian street patrols and the Criminal justice system” en *Law and inequality: a Journal of theory and practice*, 11, 1993, 313 y ss.

⁴⁵ Por desgracia, carezco de datos generales sobre el número de defensas por homicidio basadas en una conducta homosexual de la víctima producidas en los estados del *Common Law* en los últimos años, pero tanto los datos australianos citados *supra* como el recorrido que realiza SMYTH por algunos de los más destacados casos acontecidos en California, siendo datos parciales, nos demuestran que, en todo caso, se trata de un fenómeno de absoluta vigencia y más que habitual –SMYTH, M. A., “Queers and provocateurs: hegemony, ideology and the Homosexual Advance Defense”, en *Law and Society Review*, Diciembre 2006, págs. 912 y ss.

⁴⁶ Es posible, incluso, trazar un paralelismo entre ataques a homosexuales y utilización de este tipo de estrategias jurídicas en los Estados Unidos. A principios de los 90, época en la que abundaron las defensas fundamentadas en una –real o presunta- provocación homosexual de la víctima, los delitos basados en la condición sexual de la víctima aumentaron un 31% y sólo en 5 de las más grandes ciudades de Estados Unidos –Boston, Chicago, Minneapolis, Nueva York y San Francisco- hubo un total de 1.898

mutar y amoldarse a los tiempos, convirtiéndose en un fenómeno multiforme, capaz de dar cobertura a casos en los que la proposición sexual de la víctima va dirigida a un tercero⁴⁷ o, incluso, a casos en los que no existe proposición de ningún tipo⁴⁸.

En suma, como desarrollaremos más adelante, en estos Estados –como en tantos otros- la noción masculina⁴⁹ de la “violencia *apropiada*”⁵⁰ ha ganado terreno en la sociedad e influencia en los procesos penales⁵¹, generando la sensación de que existe un “permiso cultural para participar en violencia antigay”⁵².

Veamos cómo se articula *jurídicamente* este permiso *cultural*.

3. Homicidio de homosexuales como trastorno psiquiátrico: el *homosexual panic*

3. 1. La resurrección del homosexual panic: el caso Matthew Shepard

En octubre de 1998, M. Shepard, un joven de 21 años aparece en estado de coma atado a una valla de las afueras de Laramie, Wyoming, falleciendo días después. Dos conocidos del joven, A. MacKinney y R. Henderson confiesan que Shepard iba en su furgoneta aquella noche y que fue MacKinney quien lo agredió brutalmente.

Henderson se declaró culpable, mientras que MacKinney optó por ir a juicio. En la primera sesión de dicho juicio, su abogado afirmó que Shepard había comenzado a

agresiones (incluyendo homicidios). Vid. KIBELSTIS, T. E., “Preventing violence against gay men and lesbians: should enhanced penalties at sentencing extend to bias crimes based on victim’s sexual orientation?” en *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 9, 1995, págs. 314 y ss.

⁴⁷ P. ej., el caso *Wills v. State*, en el que el acusado como autor de la muerte del hombre que había propuesto relaciones sexuales a su amigo fue, finalmente, condenado por *manslaughter* -MISON, “Homophobia in manslaughter”, págs. 169 y ss.).

⁴⁸ Como en el caso del hombre que, descubriendo a dos lesbianas manteniendo relaciones sexuales, dispara sobre ellas, matando a una e hiriendo gravemente a la otra, alegando posteriormente haberse sentido provocado por la conducta sexual de las mujeres -*Commonwealth v. Carr* (1989)-. Afortunadamente, su peregrina argumentación no fue aceptada por el tribunal (DODGE, “Bashing back”, pág. 314).

⁴⁹ “Masculina” en la medida en que, por cuestiones de educación en roles de género, “los homicidios femeninos son tan diferentes de los homicidios masculinos que podría decirse que mujeres y hombres viven en culturas distintas, ambas con su propia “subcultura de la violencia” (TAYLOR, L. J., “Provoked reason in men and women: Heat-of-passion manslaughter and imperfect self-defense”, en *UCLA Law Review*, 33, 1986, pág. 1681).

⁵⁰ TOMSEN, S. / MASON, G., “Engendering homophobia: violence, sexuality and gender conformity”, *Journal of Sociology*, 37 (3), 2001, pág. 270.

⁵¹ MACDONALD, E., “No straight answer: homophobia as both an aggravating and mitigating factor in New Zealand homicide cases”, *Victoria University of Wellington Law Review*, 2006, pág. 231.

⁵² FRANKLIN / HEREK, “Violence toward homosexuals”, pág. 148.

acosar a MacKinney en la furgoneta y que esto había provocado que su defendido –que había tenido precedentes malas experiencias relacionadas con la homosexualidad⁵³– sufriese “cinco minutos de odio y caos emocionales”⁵⁴ que habrían provocado que aquél hubiese “abandonado su cuerpo”⁵⁵ durante la agresión a Shepard⁵⁶.

El abogado, en suma, estaba procediendo a la resurrección del viejo argumento del *homosexual panic*.

3. 2. Teoría y crítica del *homosexual panic*

Exactamente 50 años antes del proceso a MacKinney, en el caso *USA v Parelius (1949)* se aceptó el recurso frente a la condena de un hombre que había asesinado a un amigo mayor que él, su “mentor y figura paterna”, quien le había realizado una proposición sexual.

El juez de la apelación razonó que el jurado debería haber tomado en mayor consideración el hecho de que el homicida era un homosexual latente, “constreñido a eliminar las manifestaciones en el mundo exterior de su deseo reprimido”. Al asesinar a su mentor, Parelius estaría en un estado emocional que anulaba su raciocinio. De hecho, Parelius no sería consciente de “estar matando un ser humano”, sino “algo interno a sí mismo, inconsciente y oscuro”⁵⁷.

Sin mencionarlo, el juez del caso *USA v Parelius* estaba aceptando el argumento psiquiátrico del *homosexual panic*, una teoría basada en argumentos psicoanalíticos y

⁵³ Concretamente, haber sido forzado a mantener relaciones sexuales tanto con adultos como con niños cuando tenía 7 años.

⁵⁴ Cita del juicio recogida por CHEN, C. P-L., “Provocation’s privileged desire: the provocation doctrine, homosexual panic, and the non-violent unwanted sexual advance defense” en *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 10, 2000, pág. 196.

⁵⁵ Cita del juicio recogida por LEE, “The gay panic defense”, pág. 524.

⁵⁶ En esos cinco minutos, MacKinney golpeó repetidamente a Shepard con la culata de una pistola, lo sacó fuera de la furgoneta, quemó diversas partes de su cuerpo y lo dejó todavía vivo atado a la valla con los brazos en cruz, como si se tratase de un espantapájaros. Más detalles sobre el caso en LEE, “The gay panic defense”, pág. 523 y ss; DUMIN, J., “Superstition-based injustice in Africa and the United States: the use of provocation as a defense for killing witches and homosexuals”, en *Wisconsin Women’s Law Journal*, 40, 2006, págs. 171 y ss., CLIETT, C. R., “How a note or a grope can be justification for the killing of a homosexual: an analysis of the effects of the Supreme Court’s views on homosexuals, african-americans and women”, *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 29, 2003, págs. 219 y ss. y CHARLES, C., “Panic in the project: critical queer studies and the Matthew Shepard murder”, en *Law and literature*, 18, 2006, 225 y ss.

⁵⁷ Citas de la sentencia *USA v Parelius* recogidas en SCHMEISER, S. R., “The ungovernable citizen: psychopathy, sexuality, and the rise of medico-legal reasoning” en *Yale Journal of Law and Humanities*, 20, 2008, págs. 232 y ss.

dependiente de conceptos como represión, proyección, latencia, conflicto inconsciente, etc.⁵⁸

Fue en 1920 cuando el psiquiatra E. KEMPF, en su libro *Psychopathology*⁵⁹, acuñó el término *homosexual panic* para describir el trastorno de ansiedad y pánico que sufren los homosexuales latentes debido a “la presión ejercida por sus incontrolable pulsión sexual perversa”⁶⁰. De acuerdo con esta teoría, muchos hombres que se tienen por heterosexuales son, en realidad, homosexuales latentes, permanentemente en conflicto con su propia identidad. Cuando estos sujetos se ven envueltos en contextos en los que su autoimagen de heterosexualidad se colapsa, sufren episodios de pánico febril y psicosis.

Partiendo de esta teoría de KEMPF, posteriores psiquiatras y psicólogos han definido el *homosexual panic* como un estado de repentino pánico febril que puede derivar en un brote psicótico cuando el sujeto no puede sostener por más tiempo su imagen de heterosexualidad. La persona que –incluso involuntariamente- ha hecho salir del inconsciente del sujeto su homosexualidad latente puede verse, por tanto, inmersa en una situación de violencia derivada del estado mentalmente perturbado de quien sufre un acceso de *homosexual panic*⁶¹.

En este sentido, señala GLICK, el *homosexual panic* es la respuesta de aversión de un sujeto a una atracción homosexual, aversión debida a su propia homosexualidad latente, que puede provocarle “un agudo episodio esquizofrénico acompañado de un intenso terror”⁶².

⁵⁸ SULLAWAY, “Psychological perspectives”, pág. 268.

⁵⁹ KEMPF, E. T., *Psychopathology*, C. V. Mosby, S. Louis, 1920 (especialmente págs. 427 y ss.).

⁶⁰ KEMPF, *Psychopathology*, pág. 477.

⁶¹ BAGNALL, R. G. / GALLAGHER, P. C., “Burdens on gay litigants and bias in the court system: homosexual panic, child custody and anonymous parties”, en *Harvard Civil rights - Civil liberties Law Review*, 19, 1984, pág. 500.

⁶² GLICK, B. S. “Homosexual panic: Clinical and theoretical considerations” en *Journal of Nervous and Mental Disease*, 129, 1959, págs. 20 y ss.

El *homosexual panic* fue incluido (por primera y última vez) como tal desorden psiquiátrico en 1952⁶³ en el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*⁶⁴ de la American Psychiatric Association.

Pues bien, tomando como base la teoría de KEMPF – aceptada durante años-, el *homosexual panic* se convirtió en un elemento de defensa en casos de homicidios de homosexuales, en los que los psiquiatras adquirieron un lugar preponderante.

Así sucedió, por ejemplo, en los casos *People v Rodríguez (1967)*, *People v Parisie (1972)* o *State v Thornton (1975)*. En todos ellos el homicida alegó haber tenido un episodio incontrolable de *homosexual panic*, incluyendo episodios de extrema violencia, trastorno disociativo y posterior amnesia, aportando todo tipo de testimonios periciales al respecto⁶⁵.

La relevancia jurídica del asunto estriba, por supuesto, en que si aceptamos como correcta la premisa de que el *homosexual panic* es un trastorno psiquiátrico, la consecuencia es una absolución o, al menos, una atenuación de la pena, pues se trataría de una *excuse*⁶⁶, sea de *insanity*⁶⁷, sea de *diminished capacity*⁶⁸ –por utilizar el vocabulario jurídico del *Common Law*⁶⁹.

Para ello, el alegante debe probar que al tiempo de la comisión del homicidio estaba en un estado mental que le impedía comprender la naturaleza y contenido del

⁶³ COMSTOCK, G. D., “Dismantling the Homosexual Panic Defense”, *Law & Sexuality*, 2, 1992, pág. 83; LEE, “The gay panic defense”, pág. 483.

⁶⁴ Más conocido como DSM-I.

⁶⁵ Por ejemplo, en el caso *People v Parisie (1972)* gran parte de la defensa consistió en demostrar mediante psiquiatras que el acusado era un homosexual latente con un gran complejo de inferioridad y episodios esquizoideos.

⁶⁶ La diferencia entre *excuses* y *justifications* viene a coincidir, *grosso modo*, con la diferencia entre causas de inculpabilidad y causas de justificación. A pesar de que ha existido cierta discusión al respecto, el consenso generalizado es que tanto el *homosexual panic disorder* como la *homosexual advance defense* a la que luego haremos referencia son *excuses* y no *justifications*. Vid. LEE, “The gay panic defense”, págs. 489 y ss.

⁶⁷ En cuyo caso, como sucede con nuestra eximente de trastorno psiquiátrico, el alegante se vería eximido de toda pena.

⁶⁸ En cuyo caso, se atenuaría su pena.

⁶⁹ Conviene destacar, de todos modos, que el *homosexual panic* no constituye *per se*, a efectos jurídicos, una *defense* independiente (LEE, “The gay panic defense”, pág. 490), sino que debe venir encardinada en una *defense* de *insanity* o de *diminished capacity*, como se indica en el texto.

acto que estaba realizando o comprender la ilicitud de éste⁷⁰ o, en la formulación del Model Penal Code⁷¹ que carecía de la “capacidad sustancial para apreciar la criminalidad de su conducta o para actuar de acuerdo con las previsiones del Derecho”⁷²

Sin embargo, a pesar de que en algunos casos, como hemos señalado, esta defensa ha funcionado⁷³, lo cierto es que no puede decirse que se trate de una defensa exitosa, pues resulta, sin duda, altamente problemática.

Desde el punto de vista puramente científico, existe el problema de que las versiones posteriores del DSM no incluyen el *homosexual panic* en el elenco de trastornos mentales, pues la científicidad de las conclusiones de KEMPF está puesta en discusión⁷⁴, así como, sobre todo, los desarrollos posteriores, como por ejemplo el de GLICK antes citado.

En efecto, KEMPF en ningún momento indica que los pacientes aquejados de *homosexual panic* tengan un comportamiento violento, sino todo lo contrario: suelen bloquearse o, como mucho, autolesionarse⁷⁵.

En este sentido, señala HOWE, “existe una considerable discrepancia entre los casos referidos en la literatura psiquiátrica y los casos relativos a reacciones inmediatas o pánicos súbitos descritos en las defensas legales. Pacientes diagnosticados de *homosexual panic* agudo demuestran una indefensión, pasividad e incapacidad de

⁷⁰ Esta definición es del llamado “M’Naghten test”, nacido de la sentencia *USA v Freeman (1966)* y adoptado en la actualidad –con variantes particulares- por 17 Estados de los Estados Unidos (LEE, “The gay panic defense”, pág. 491, n. 82).

⁷¹ El Model Penal Code es un proyecto de Código penal unificado para los Estados Unidos que, si bien no ha alcanzado nunca vigencia, se tiene como referente en muchos casos, al ser, en gran medida, una cristalización del *Common Law* y los precedentes jurisprudenciales. Sobre esta cuestión, vid. CADOPPI, A., *Introduzione allos tudio del Diritto penale comparato*, segunda edición, CEDAM, Padova, 2004, págs. 173 y ss.

⁷² Model Penal Code, parágrafo 4.01.1. La formulación del Model Penal Code en este ámbito es aplicada en 14 Estados de los Estados Unidos (LEE, “The gay panic defense”, pág. 491, n. 83).

⁷³ Por ejemplo el *State v Thornton*, en el que la alegación de que el homicida había actuado “*fuera de su mente*” sirvió para obtener una condena por *manslaughter*. DUMIN, “Superstition-based injustice”, pág. 171.

⁷⁴ Además, la propia homosexualidad ha desaparecido del DSM desde 1973, por lo que resulta difícil mantener como trastorno un comportamiento derivado de aquélla.

⁷⁵ COMSTOCK, “Dismantling the Homosexual Panic Defense”, pág. 87.

agresividad que está muy lejos de la visión del hombre violentamente explosivo construida por los abogados que alegan una HPD [Homosexual Panic Disorder] defense. El argumento legal de que este desorden puede redundar en violencia extrema, por tanto, carece de base psiquiátrica”⁷⁶.

Así, la revisión de la teoría de KEMPF realizada por GLICK, en la que sí se señalaba la posibilidad de un comportamiento agresivo del sujeto, se trataría de una reformulación basada no en evidencias empíricas, sino en la necesidad de encontrar un soporte teórico al argumento jurídico⁷⁷.

De este modo, tenemos una teoría ya de base de dudosa fiabilidad que, después, se ha intentado reformular para dar cobertura teórica a una cuanto menos discutible defensa jurídica. El resultado es la opinión generalizada de que el término *homosexual panic* debería restar permanentemente en el desván de los términos psiquiátricos obsoletos⁷⁸.

Por si eso fuese poco, una defensa basada en que el *homosexual panic* es una eximente fundamentada en aspectos psiquiátricos tiene más problemas, que podrían resumirse del siguiente modo:

-En primer lugar, parece indiscutible que este tipo de reacciones ante la homosexualidad está basada no en aspectos psiquiátricos sino en valores culturalmente impuestos⁷⁹.

De este modo, podría decirse que el *homosexual panic* es, a fin de cuentas, una *psiquiatrización* –por así decirlo- de un problema que tiene una base cultural y un espectro de aplicación mucho más amplio de lo que dicha teoría quiere hacer ver⁸⁰.

⁷⁶ HOWE, A., “More folk provoke their own demise (homophobic violence and sexed excuses - rejoining the provocation Law debate, courtesy of the Homosexual Advance Defence)”, *Sydney Law Review*, 19, 1997, pág. 342.

⁷⁷ CHARLES, “Panic in the project”, pág. 232.

⁷⁸ CHUANG, H. T. / ADDINGTON, D., “Homosexual panic: a review of this concept”, en *Canadian Journal of Psychiatry*, 33, 1988, pág. 616.

⁷⁹ AAVV., “Sexual orientation and the Law: gay men and lesbians and the criminal justice system”, en *Harvard Law Review*, 102, pág. 1544.

⁸⁰ Así, p. ej., el *homosexual panic* descansa sobre la falsamente individualizante y patologizante premisa de que la homofobia en sus manifestaciones más radicales es tan inusual en nuestra sociedad que puede ser reconducida a una enfermedad. SEDGWICK, E. K., *The epistemology of the closet*, University of California Press, Los Angeles, 1990, pág. 19.

-En segundo lugar, –de aceptarse este tipo de argumentaciones- esto supondría, en la práctica, que se retroalimentasen los prejuicios que causan reacciones como las de los homicidas supuestamente aquejados de *homosexual panic*⁸¹, cuando no que se incitase a la comisión de estos homicidios⁸².

-En tercer lugar, ya desde una perspectiva puramente jurídica, resulta muy complicado probar una eximente de este tipo: hay que probar la homosexualidad latente del autor del homicidio⁸³, la efectiva existencia del episodio de disociación, la incapacidad del autor de comprender qué estaba haciendo etc. Y ello resulta no sólo muy difícil sino también un campo abonado a las manipulaciones por parte de los alegantes⁸⁴.

-Por otra parte, el uso que se ha hecho jurídicamente del *homosexual panic* pervierte el propio sentido de la *insanity*, al poner el punto de mira más en la víctima que en el propio autor⁸⁵.

-Por último, hay que tener en cuenta que los procesos por *insanity* son competencia exclusiva del jurado⁸⁶ y las estadísticas prueban que los jurados son escasamente receptivos a aceptar una absolución de este tipo⁸⁷. Además, cabe destacar que hay jurisdicciones de los Estados Unidos en las que no se aceptan defensas basadas en argumentos de este tipo⁸⁸.

⁸¹ BAGNALL / GALLAGHER, “Burdens on gay litigants”, pág. 501.

⁸² AAVV., “Sexual orientation and the Law”, pág. 1544.

⁸³ Aunque, en último término, el requisito de que el autor sea homosexual latente (como debería ser, de acuerdo con la teoría de KEMPF) se ha venido difuminando, aceptándose incluso que no lo sea. Señalan BAGNALL / GALLAGHER, de todos modos, que la homosexualidad latente del alegante debe ser probada como elemento inherente a la defensa utilizada (BAGNALL / GALLAGHER, “Burdens on gay litigants”, pág. 510).

⁸⁴ LEE, “The gay panic defense”, pág. 497; AAVV., “Sexual orientation and the Law”, pág. 1544.

⁸⁵ BAGNALL / GALLAGHER, “Burdens on gay litigants”, pág. 513. Esta focalización en la víctima más que en el autor es, como veremos más adelante, una de las características de la posterior versión del *homosexual panic*, la *homosexual advance defense*.

⁸⁶ AAVV., “Sexual orientation and the Law”, pág. 1543.

⁸⁷ LEVINE aporta, por ejemplo, un estudio afirmando que, de dos millones de casos en los tribunales penales de Estados Unidos, sólo 1.625 han redundado en absoluciones por *insanity*. Vid. LEVINE, J. P., *Juries and politics*, Brooks/Cole Pub. Co., Pacific Grove, 1992, pág. 89.

⁸⁸ P. ej. en Wyoming, California y Michigan. LEE, “The gay panic defense”, pág. 498.

Por ese conjunto de razones, el *homosexual panic* no es, a día de hoy, la vía jurídicamente más apropiada para llevar una defensa en los casos que aquí estudiamos, lo cual, como inmediatamente veremos, no implica que no exista una defensa mejor: la *homosexual advance defense*⁸⁹.

3. 3. *Metamorfosis del homosexual panic*

El argumento del *homosexual panic* alegado por MacKinney en el proceso por la muerte de Matthew Shepard no fue, a la postre aceptado. El juez entendió que este tipo de defensa era, en realidad, una *homosexual rage defense* y que, además, el Estado de Wyoming no admitía defensas basadas en trastornos mentales transitorios o en *diminished capacity*⁹⁰. En consecuencia, MacKinney fue condenado a cadena perpetua⁹¹.

El caso Matthew Shepard se convirtió en un hito en la lucha contra la violencia homófoba en Estados Unidos⁹². Nunca antes se había producido una reacción social y política tan grande sobre esta cuestión, hasta el punto de que, a raíz de la muerte de Shepard, se tomaron todo tipo de medidas legislativas contra los *hate crimes*⁹³.

Shepard representa, por tanto, el epítome de la violencia homófoba en Estados Unidos⁹⁴ o, como con cierto sarcasmo lo denominó un periodista, “el nuevo chico de póster por los derechos de los homosexuales”⁹⁵. Y este sarcasmo nos pone en alerta

⁸⁹ Vid. *infra*, apartado 4.

⁹⁰ LEE, “The gay panic defense”, págs. 524 y ss.

⁹¹ En realidad, la condena podría haber sido a muerte, pero los padres de Shepard solicitaron al juez que le fuese impuesta, como máximo, la pena de cadena perpetua. Vid. CLIETT, “How a note or a grope”, pág. 231.

⁹² Resultaría, a mi juicio, digno de estudio averiguar cuáles son las causas que llevan a que la sociedad reaccione frente a determinados fenómenos sólo después de un caso determinado (o, quizá mejor dicho, después de que los medios decidan hacerse eco de un caso determinado), por ejemplo, el caso de Ana Orantes (1997) y su repercusión en la concienciación social sobre la violencia de género en España.

⁹³ La muerte de Shepard coincidió en el tiempo con la tortura y muerte de un afroamericano en Texas, James Byrd, muerte cuyos muy macabros detalles y el hecho de haber sido cometido por tres hombres relacionados con grupos racistas llevó a la sociedad a interconectar ambos casos y exigir mayor protección para los grupos sociales potencialmente víctimas de violencia racista, xenófoba o basada en la condición sexual. A ello no es ajeno el hecho de que ambos casos trajesen a la memoria el fenómeno –tan propio de la historia de los Estados Unidos- de los linchamientos. Vid. IFILL, S. A., “Creating a truth and reconciliation commission for lynching”, en *Law and Inequality Journal*, a *Journal of theory and practice*, 21, 2003, pág. 264. Por otra parte, si IFILL relaciona los casos Shepard / Byrd con los linchamientos, AHMAD hace lo propio relacionando estos crímenes con las agresiones a musulmanes después del 11-S (AHMAD, M. I., “A rage shared by Law: post-september 11 racial violence as crimes of passion”, en *California Law Review*, 92, 2004, págs. 1286 y ss.).

⁹⁴ AHMAD, “A rage shared by Law”, pág. 1286.

⁹⁵ CHARLES, “Panic in the project”, pág. 226 (citando a un periodista del canal de televisión ABC).

sobre el hecho de que, tanto jurídica como mediáticamente, el caso Shepard es mucho menos relevante de lo que parece.

Mediáticamente porque, años después de la condena de MacKinney, se produjo un efecto *boomerang* –por así llamarlo-, en el que se intentó transmitir la idea de que, en realidad, de algún modo, la comunidad homosexual se había aprovechado indebidamente del caso, sobredimensionando el hecho de que Shepard fuese homosexual. En realidad, según esta corriente periodística, el homicidio de Shepard había sido causado por el consumo de drogas de MacKinney y no por la homofobia⁹⁶. A ello contribuyó el propio MacKinney, quien afirmó en una entrevista desde la prisión que era incierta la historia de los abusos sexuales sufridos en su infancia, la proposición sexual de Shepard y el posterior *homosexual panic*. Todo ello se habría tratado de una estrategia de su abogado para intentar conseguir una aminoración de pena⁹⁷.

Y jurídicamente porque, si bien en este caso la estrategia no funcionó, el caso Shepard es una buena muestra de cómo, incluso cuando una defensa basada en la homosexualidad de la víctima no llega a buen puerto, se producen distorsiones en la administración de justicia⁹⁸.

En suma, a pesar de que se tiende a minimizar la relevancia de los prejuicios en estos casos, lo cierto es que parece claro que sí desempeñan una función relevante. Y ello se ve claramente en la “reestilización”⁹⁹ que ha sufrido esta defensa, mutando en la *homosexual advance defense* de la que se hablará a continuación.

4. La *homosexual advance defense*

4. 1. Planteamiento / la *homosexual advance defense* como *legítima defensa*

⁹⁶ CHARLES, “Panic in the project”, pág. 225 y ss.

⁹⁷ CHARLES, “Panic in the project”, pág. 227. En págs. 228 y ss. este autor realiza una ácida crítica a esta corriente mediática, acusándola de intentar minimizar el problema de los delitos homófobos. Sea como fuere, las declaraciones de MacKinney sí dejan claro que hay un alto porcentaje de oportunismo en las alegaciones de *homosexual panic* (y, también, como veremos, de *homosexual advance defense*).

⁹⁸ LEE, “The gay panic defense”, págs. 523 y ss., donde se demuestra que, incluso después de que el juez del caso hubiese prohibido la *homosexual panic defense*, el componente de la homosexualidad de Shepard jugó un relevante papel en la defensa de MacKinney.

⁹⁹ SMYTH, “Queers and provocateurs”, pág. 906.

Como acabamos de avanzar, el *homosexual panic* -un nada común trastorno- terminó por convertirse en una defensa común¹⁰⁰: la *homosexual advance defense* (en adelante, HAD).

En esta defensa, el peso recae sobre el comportamiento de la víctima mucho más de lo que recaía en el caso del *homosexual panic*¹⁰¹: de hecho, la conducta de la víctima es considerada la causa del homicidio¹⁰². Por otra parte, hay otro elemento fundamental, junto al del comportamiento de la víctima: el ambiente social en el que nace y se desenvuelve esta defensa¹⁰³.

Con estos dos elementos, la HAD se articula como una defensa cultural¹⁰⁴ centrada en la conducta de la víctima y, siendo ésta necesariamente homosexual, por pura traslación, la HAD es una defensa cultural sobre homosexualidad¹⁰⁵.

Pero, ¿qué es, en suma la HAD?

La HAD es una defensa en la que el homicida alega que la víctima realizó un *avance* de tipo sexual hacia él y que, por esa razón, el homicidio debe ser considerado como atenuado (por existencia de provocación) o, incluso, en las versiones más arriesgadas, justificado (por legítima defensa).

Al ser este último supuesto menos habitual en casos de HAD, empezaremos, brevemente, por él.

El planteamiento teórico es sencillo: el alegante de una HAD en su versión legítima defensa plantea que su acción (el homicidio) fue una reacción defensiva frente a una agresión ilegítima por parte de la víctima homosexual. Aceptada esta defensa, el autor se vería eximido de toda pena¹⁰⁶.

¹⁰⁰ SUFFREDINI, “Pride and prejudice”, pág. 310.

¹⁰¹ MISON, “Homophobia in manslaughter”, pág. 147.

¹⁰² SMYTH, “Queers and provocateurs”, pág. 906.

¹⁰³ MacCAULEY, F., “Anticipating the past: the defence of provocation in Irish Law”, en *Modern Law Review*, 50, pág. 138.

¹⁰⁴ Sobre ello, vid. *infra*, epígrafe 4. 2. Recuérdese lo anteriormente dicho sobre la praxis judicial en Estados Unidos y el mensaje que transmitía sobre la existencia de un “permiso cultural” para tomar parte en violencia contra homosexuales.

¹⁰⁵ En realidad, como intentaremos argumentar más adelante, *contra* la homosexualidad.

¹⁰⁶ La *self-defense justification* no difiere sustancialmente, en este sentido, de la eximente de legítima defensa de nuestro ordenamiento.

El problema, claro está, estriba en demostrar no sólo la agresión ilegítima sino, también que el uso de la fuerza (de la fuerza *mortal*¹⁰⁷) era necesario, cuando la HAD, por lo general, no implica violencia por parte de la víctima¹⁰⁸.

Aún así, a pesar de que la HAD teóricamente no debería funcionar como alegación de legítima defensa¹⁰⁹, ha habido casos en los que se ha aceptado la eximente por parte de jurados –incluso contra el parecer del juez presidente¹¹⁰.

Así sucedió en el caso *State v Bright (1998)*, en el que un hombre de 30 años alegó legítima defensa tras haber dado muerte a un hombre de 58¹¹¹, K. Brewer que, según su testimonio, se abalanzó desnudo sobre él tras haber estado bebiendo en su casa después de haberse conocido en un bar de ambiente homosexual.

A pesar de que Bright era casi treinta años menor que la víctima y albañil de profesión, el jurado estimó legítima defensa en su uso de la *deadly force* frente a Brewer (quien, además, era obeso)¹¹².

Sin embargo, insistimos, la utilización de la HAD en su versión legítima defensa es residual y sus éxitos prácticamente anecdóticos.

El corazón de la HAD es, en cambio, su utilización como defensa basada en la provocación de la víctima.

Expresado brevemente, la *provocation defense* atenúa a *manslaughter* acusaciones de homicidio si quien la alega demuestra haber actuado bajo provocación

¹⁰⁷ *Deadly force*. La legítima defensa requiere, según las formulaciones más usuales, que quien la alegue demuestre que creía honesta y razonablemente que esa *deadly force* era imprescindible para protegerse de un peligro inminente de muerte o de grave daño físico. Vid., LEE, C., “The act-belief distinction in self-defense doctrine: a new dual requirement theory of justification”, en *Buffalo Criminal Law Review*, 2, 1998, págs. 198-99.

¹⁰⁸ BRUNELLI, H. C., “The double bind: unequal treatment for homosexuals within the american legal framework”, en *Boston College Third World Journal*, 20, 2000, pág. 214.

¹⁰⁹ Y, consecuentemente, en la mayoría de supuestos el alegante es, a la postre, condenado.

¹¹⁰ Por ejemplo, en el caso *State v Oliver (1985)* la absolución del homicida por parte del jurado provocó la protesta del propio juez-presidente, quien consideró el veredicto “absolutamente inapropiado” (AAVV., “Sexual orientation and the Law”, pág. 1546, n. 175). Asimismo, DODGE relata el testimonio de un juez lamentando la absolución por legítima defensa de un adolescente que había asesinado a martillazos a un homosexual, señalando que “si éste hubiese sido un proceso ante un tribunal, lo habría condenado por homicidio en primer grado” (DODGE, “Bashing back”, pág. 314, n. 144).

¹¹¹ De nuevo, nótese cómo la diferencia de edad constituye un elemento clave en los casos de HAD más exitosos. Vid. infra epígrafe 4. 4.

¹¹² LEE, “The gay panic defense”, págs. 518 y ss.

legalmente adecuada¹¹³. La pregunta, obviamente, es qué haya de contar por “provocación adecuada” a efectos legales, dado que no existe una formulación universalmente aceptada¹¹⁴.

Seguidamente, se expone –con la necesaria concisión- la evolución histórica (imprescindible para entender las formulaciones actuales) y los aspectos teóricos de la *provocation defense*, a fin de entender mejor su aplicación en los casos de HAD.

4. 2. La provocation defense: evolución histórica y la problemática de sus formulaciones actuales

Señala FLETCHER que „al ir tomando forma el *Common Law*, comenzó a distinguirse entre tres niveles de homicidio criminal, reflejando cada nivel un grado diferente de participación de la víctima.

La víctima tiene su máxima participación en casos de agresión contra quien se defiende. Si el defensor se había retirado hasta un punto en el que se encontraba „contra la pared“ y no tenía otros medios de evasión, la muerte violenta de su agresor en defensa propia estaba excusada –injusta e ilegal, pero exenta del castigo penal ordinario. El homicidio era llamado *se defendendo* (...).

A finales del siglo XVI, el *Common Law* llegó a un segundo refinamiento en sus niveles de culpabilidad para el homicidio. Si la víctima y el homicida habían peleado el uno contra el otro o si la víctima había cometido abiertamente adulterio, su muerte era considerada como provocada y el agresor era condenado por homicidio involuntario¹¹⁵ en lugar de asesinato (...).

El nivel más alto de homicidio, llamado asesinato, se materializa en la malicia premeditada –malicia, para abreviar. No podía haber malicia si se trataba de un accidente inevitable o necesidad de autoprotección. Más importante aún, no había malicia si el asesinato era provocado por la víctima. Así, si la muerte era intencional (y no en defensa propia), la cuestión de si había o no asesinato giraba enteramente en torno a la presencia o ausencia de provocación¹¹⁶.

¹¹³ BIGLER, “Sexually provoked”, pág. 787.

¹¹⁴ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 205.

¹¹⁵ En realidad, como hemos indicado en el epígrafe 2. 1, se trata de *manslaughter*, no de homicidio involuntario, como señala esta traducción.

¹¹⁶ FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el jurado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 41 y 42.

En suma, tras una primera época en la que todo homicidio –cualesquiera fuesen las circunstancias en las que se hubiese producido- era punible –y con la pena de muerte¹¹⁷-, el *Common law* fue afinándose en este sentido y, tras admitir la legítima defensa, dio un paso más y aceptó la provocación como causa de atenuación a *manslaughter* de homicidios.

En esta primera etapa¹¹⁸, el criterio de la provocación era *categorico*, es decir, sólo determinadas conductas taxativamente fijadas eran consideradas como susceptibles de ser provocación a efectos legales¹¹⁹.

Una de estas categorías era la de “delito grave cometido contra un familiar”. Quizá previendo la futura utilización de la HAD como *provocation defense*, los tribunales ingleses limitaban esta categoría al supuesto del padre “descubriendo a alguien cometiendo sodomía contra su hijo”¹²⁰. También conviene destacar que el adulterio era considerado provocación suficiente (por supuesto, en el caso del marido que descubre a su mujer en adulterio y no a la inversa)¹²¹.

Viéndose las insuficiencias de esta aproximación categórica a la provocación, las formulaciones más modernas hacen hincapié en criterios de razonabilidad o en criterios psicológicos¹²².

En esta última corriente se encuadra la propuesta del Model penal code, denominada *extreme emotional disturbance* (EED), formulada así:

¹¹⁷ Señalan DONOVAN / WILDMAN que el hecho de aplicar uniformemente la pena de muerte a todos los supuestos de homicidio era imprescindible en aquella época por necesidades de control de la violencia social y de evitación de la autotutela, que interfería con la efectiva implantación del Derecho. Vid. DONOVAN, D. A. / WILDMAN, S. M., “Is the reasonable man obsolete? A critical perspective on self-defense and provocation”, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, 14, 1981, pág. 442.

¹¹⁸ Sobre los avatares históricos de la provocación, remontándose incluso hasta Aristóteles y su teoría de la ira justificada, vid. HORDER, J., *Provocation and responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1992, *passim*.

¹¹⁹ FORELL, C., “Homicide and the unreasonable man”, en *George Washington Law review*, 72, 2004, pág. 603; BIGLER, “Sexually provoked”, pág. 788.

¹²⁰ LEE, “The gay panic defense”, pág. 500.

¹²¹ MISON, “Homophobia in manslaughter”, pág. 139; FORELL, “Homicide and the unreasonable man”, pág. 603. Las otras categorías admitidas como provocación en esta primera etapa eran el asalto o lesiones graves, el combate mutuo y el arresto ilegal (DRESSLER, J., *Understanding Criminal Law*, 2ª ed., M. Bender & Co., New York, 1995, pág. 491).

¹²² No obstante, conviene tener en cuenta, como alerta BIGLER, que el peso de las antiguas categorías de la provocación del *Common Law* sigue siendo muy alto en la praxis. BIGLER, “Sexually provoked”, pág. 789.

“Un homicidio constituye *manslaughter* cuando (...):

b) Un homicidio que sería de otra manera *murder*¹²³ es cometido bajo la influencia de una extrema perturbación mental o emocional para la que haya una explicación razonable o excusa. La razonabilidad de esa explicación o excusa será determinada desde el punto de vista de una persona en la situación del autor bajo las circunstancias en las que él creía estar”¹²⁴.

Como vemos, se trata de un criterio psicológico y subjetivo¹²⁵, que ha suscitado muchas críticas: así, por ejemplo, FORELL llama la atención sobre el hecho de que el EED obvia las revoluciones sociales y legales acontecidas en los últimos treinta años referentes a derechos de las mujeres, homosexuales y otras minorías¹²⁶.

En efecto, al referirse a la situación del autor y a las circunstancias en las que éste creía estar, el EDD, en su formulación del Model penal Code, supone una previsión expansiva de los casos aceptables de provocación y adolece de una tendencia a ser aplicada en casos de racismo u homofobia¹²⁷.

De todos modos, el criterio subjetivo es minoritario en las legislaciones estadounidenses¹²⁸, siendo absolutamente mayoritario el criterio del *hombre razonable*, utilizado por primera vez en el caso *Maher v People (1862)*¹²⁹.

De acuerdo con este criterio, un homicidio vendría a considerarse *manslaughter* cuando el autor haya actuado en el *calor de la pasión*¹³⁰, causada por una *provocación suficiente* como para causar a un *hombre razonable* en *similares circunstancias* perder

¹²³ En este caso, parece obligado dejar sin traducir el término, para evitar confusiones terminológicas.

¹²⁴ Model penal code, parágrafo 210. 3. 1.

¹²⁵ MISON, “Homophobia in manslaughter”, pág. 143. Vid., asimismo, LEE, “The gay panic defense”, pág. 500 y FORELL, “Homicide and the unreasonable man”, pág. 606.

¹²⁶ FORELL, “Homicide and the unreasonable man”, pág. 607.

¹²⁷ En la medida en que pueden llegar a ser tenidos en cuenta prejuicios subjetivos del autor.

¹²⁸ Sólo 5 estados cuentan con unos criterios legales de provocación subjetivos (Arkansas, Hawaii, Kentucky, Minnesota y Montana). Vid. MISON, “Homophobia in manslaughter”, pág. 143, n. 68.

¹²⁹ MISON, “Homophobia in manslaughter”, pág. 141, n. 52.

¹³⁰ *Heat of passion*.

su *normal autocontrol*¹³¹. Además, el autor debe haber actuado antes de que haya pasado un tiempo razonable de *enfriamiento*¹³².

Como vemos, dada su formulación, se trata de una *excuse* parcial¹³³ basada en una reacción (razonable) a una provocación (suficiente). Reacción y provocación medidas desde la perspectiva de un *hombre razonable*.

El problema, claro está, estriba en qué pueda constituir provocación suficiente para que un *hombre razonable* pierda su autocontrol y, por otra parte, hasta qué punto han de tenerse en cuenta las características particulares del sujeto en cuestión¹³⁴.

Sea como fuere, el criterio del *hombre razonable*, por definición, es mutable con los cambios sociales, apareciendo como un camaleón (según la afortunada metáfora de HORDER¹³⁵) que se amolda a los tiempos, aunque –como veremos en otro epígrafe– normalmente lo haga para acomodarse a las reacciones masculinas de ira¹³⁶.

Lo que sí está claro es que el *hombre razonable* es una entidad que habita en la visión social del comportamiento racional¹³⁷ o, lo que es lo mismo, la *provocation defense* es una defensa cultural¹³⁸.

¹³¹ Vid. AAVV., “Sexual orientation and the Law”, pág. 1547. Cursiva añadida.

¹³² BIGLER, “Sexually provoked”, pág. 787.

¹³³ BIGLER, “Sexually provoked”, págs. 792 y ss. Apunta DRESSLER que, de todos modos, la provocación contiene elementos tanto de *excuse* como de *justification* (DRESSLER, J., “When heterosexual men kill homosexual men: reflections on provocation law, sexual advances and the reasonable man standard”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 85, 1995, pág. 745 -afirmando que, sea como fuere, la provocación es ante todo una *excuse*, como había ya mantenido en DRESSLER, J., “Rethinking heat of passion: a defense in search of a rationale”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 73, 1982, pág. 467). Más en general, sobre el debate acerca de la naturaleza –*justification* o *excuse*– de la provocación: FLETCHER, *Rethinking Criminal law*, págs. 245 y ss.

¹³⁴ “Si la defensa permite demasiada particularización, la definición de la reacción razonable deviene progresivamente subjetiva y eventualmente puede empezar a parecerse exactamente a lo que el alegante hizo. En el otro extremo, permitir demasiada poca particularización conlleva un estándar muy objetivo, pero pueden darse casos en los que el jurado no pueda considerar características individuales del alegante que podría parecer injusto ignorar”. BIGLER, “Sexually provoked”, pág. 790.

¹³⁵ HORDER, *Provocation and responsibility*, pág. 3.

¹³⁶ HOWE, “Green vs The Queen”, pág. 488. Vid., asimismo, REILLY, A., “Loss of self-control in provocation”, en *Criminal Law Journal*, 21, 1997, pág. 320.

¹³⁷ COLLINS, R. K. L., “Language, history and the legal process: a profile of the reasonable man”, en *Rutgers-Camden Law Journal*, 8, 1977, pág. 315.

¹³⁸ Vid., p. ej., SING, J. J., “Culture as sameness: toward a synthetic view of provocation and culture in the Criminal law”, en *Yale Law Journal*, 108, 1999, págs. 1872 y ss.

Así, en la medida en que la provocación encuentra su aplicación más genuina a través de las simpatías que despierta en el ciudadano ordinario¹³⁹, aquélla queda vinculada a los sentimientos de la sociedad, amoldándose a los cambios en ésta¹⁴⁰.

La problemática de las *defensas culturales* es ardua. El propio concepto transita, como ha afirmado DUMMIN, en una delgada línea entre el deseo de reconocer prácticas y creencias sociales y el riesgo de aceptar ciertas formas de violencia tradicionalmente dirigidas a minorías sociales¹⁴¹.

De hecho, esta autora compara la HAD con la defensa utilizada en la República Sudafricana para atenuar la pena de quien mata a una mujer en la creencia de que se trata de una bruja. La conclusión es sugerente: ¿no es paradójico considerar que una defensa basada en la condición de bruja es absurda y supersticiosa y mantener en el ordenamiento jurídico, a un tiempo, una HAD? ¿No es igual el fundamento en ambos casos?¹⁴². Y, segunda paradoja, ¿cómo puede el Derecho sostener que la homofobia no es razonable¹⁴³ y, simultáneamente, continuar admitiendo la razonabilidad de conductas que traen causa de dicha homofobia?¹⁴⁴

Éstas son sólo algunas de las paradojas a las que aboca la HAD, principiando por la fundamental: ¿de verdad existen provocaciones suficientes para que un *hombre razonable* mate? ¿no es más lógico pensar que el *hombre razonable* no mata nunca, con independencia de a cuánta provocación se vea sometido?¹⁴⁵

Pasemos seguidamente de estas consideraciones generales a los concretos aspectos de la HAD.

¹³⁹ “A fin de cuentas, la cuestión es si la pérdida de autocontrol del autor puede ser entendida en términos que despierten simpatía en el ciudadano medio” (comentario anexo 5. a) al párrafo 210. 3 del Model penal code).

¹⁴⁰ BIGLER, “Sexually provoked”, pág. 792.

¹⁴¹ DUMIN, “Superstition-based injustice”, pág. 148.

¹⁴² DUMIN, “Superstition-based injustice”, pág. 148.

¹⁴³ Tras el caso Shepard, como señalamos, hubo diferentes iniciativas legislativas en este sentido. Un apéndice con legislación contra los *hate-crimes* puede encontrarse en SULLAWAY, “Psychological perspectives on hate crimes laws”, págs. 290 y ss.

¹⁴⁴ DUMIN, “Superstition-based injustice”, pág. 170.

¹⁴⁵ Aguda observación en este sentido la de MORSE, S. J., “Undiminished confusion in diminished capacity”, en *Journal of criminal law and criminology*, 75, 1984, pág. 33.

4. 3. *El avance homosexual como provocación suficiente: los términos del debate*

“La cuestión es simple: ¿debería un avance homosexual constituir en sí y por sí mismo provocación suficiente como para inducir a un hombre razonable a perder su autocontrol y matar en el calor de la pasión?”¹⁴⁶

Si echamos la vista atrás¹⁴⁷, vemos que la respuesta a esta simple cuestión es, en muchísimas ocasiones, afirmativa: una proposición sexual que despierta la fantasía de un abuso sexual sobre terceros¹⁴⁸, una contraprestación por sexo incumplida¹⁴⁹, la visión de una masturbación en la vía pública¹⁵⁰, una proposición sexual realizada no al autor, sino a un amigo¹⁵¹ o, incluso, la ocultación de la condición de transexual¹⁵² han sido consideradas “provocaciones suficientes” a través de la HAD. En todos esos casos, se concluye que un *hombre razonable* no tiene por qué autocontrolarse.

Que la HAD funciona es, por consiguiente, un hecho. Los términos del debate académico son, en este sentido, si esta situación es aceptable o no, constituyendo el elemento de discusión más importante, en resumidas cuentas, si la homofobia “es (detractores) o no es (partidarios) un factor [de la HAD]”¹⁵³.

Veamos cuál es la postura de los partidarios de la HAD –absolutamente minoría en la doctrina- a través de uno de sus máximos exponentes: J. DRESSLER¹⁵⁴.

¹⁴⁶ MISON, “Homophobia in manslaughter”, págs. 133 y 134.

¹⁴⁷ Epígrafe 2.

¹⁴⁸ *Green v The Queen*. Recuérdese que, en este caso, Green afirmó que la proposición homosexual que se le hizo le trajo a la mente el abuso de su padre sobre sus hermanas –abuso que él no presenció. Como observa YOUNG, este caso supone el reconocimiento por el Derecho de la fuerza visual de la fantasía. De hecho, el Derecho estaría reconociendo “una fantasía visual que existe a través de la conversión al plano de lo visual de historias orales familiares” (YOUNG, “Into the blue”, pág. 310).

¹⁴⁹ *Mills v Shepard*.

¹⁵⁰ YOUNG, “Into the blue”, pág. 307, nota 2.

¹⁵¹ *Wills v State*.

¹⁵² *People v Palmer*.

¹⁵³ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 216.

¹⁵⁴ Merece ser mencionada también la posición de BIGLER, quien propone una defensa más amplia basada en la “falsa representación sexual” (*sexual misrepresentation*). Según este autor, una falsa representación sexual sería una causa adecuada para una provocación cuando el alegante se haya visto envuelto en un acto sexual en el que a) se haya visto razonablemente decepcionado, b) sobre un hecho esencial para su consentimiento, y c) cuyo descubrimiento pueda causar en una persona razonable una crisis mental o emocional grave -BIGLER, “Sexually provoked”, pág. 808 y ss. Esta teoría, a mi juicio, presenta el problema de que parece destinada a legitimar el uso de la violencia en –paradigmáticamente- el caso del descubrimiento de la condición transexual de la persona con la que se ha consentido una relación

Sintéticamente, la posición de DRESSLER puede ser resumida así:

-La HAD no conlleva una absolución, sino la conversión del homicidio en *manslaughter*, por lo que no puede afirmarse que esta defensa envíe un mensaje legitimador de la violencia contra los homosexuales o que éstos merezcan menos protección que los heterosexuales¹⁵⁵.

-La HAD no puede ser considerada sexista porque, si bien es cierto que los hombres son los beneficiarios esenciales de esta defensa, eso sucede con *todas* las defensas, dada la mayor tendencia de los hombres a la violencia¹⁵⁶.

-No existe ninguna evidencia de que el Derecho trate los *avances homosexuales* de un modo distinto a como se tratan los *avances heterosexuales* que resultan en homicidio¹⁵⁷. En este sentido, una mujer probablemente también reaccionará airadamente a un *avance heterosexual* no consentido. El hecho de que su ira no derive en homicidio, como sí sucede en los casos hombre-hombre no es debido a la homofobia del hombre y la no-heterofobia de la mujer sino a que “él es él y ella es ella”¹⁵⁸.

-La persona que reacciona frente a un *avance homosexual*, por definición actúa con conocimiento de la orientación sexual del provocador (*sic*), pero la condición homosexual de la víctima no es necesariamente la motivación del homicidio¹⁵⁹.

En mi opinión, estos argumentos de DRESSLER no son convincentes.

En primer lugar, como intentaremos mostrar en el próximo epígrafe, la aplicación de la HAD es consustancialmente sexista.

En segundo lugar, si bien niega que la HAD sea sexista, DRESSLER acude a expedientes “de género” repetidamente, aludiendo a las diferencias en el comportamiento violento de hombres y mujeres. Si las mujeres no reaccionan

sexual.

¹⁵⁵ DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, pág. 750.

¹⁵⁶ DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, págs. 735 y 736. De todos modos, el propio DRESSLER reconoce que si existe un ámbito en el que rigen “las reglas de los chicos” es éste (*ibid.*).

¹⁵⁷ DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, pág. 745.

¹⁵⁸ DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, pág. 754.

¹⁵⁹ DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, pág. 754.

violentamente a *avances heterosexuales*¹⁶⁰, esto enfatiza la idea de que el HAD no sólo sigue “las reglas de los chicos”, sino que refuerza éstas y los comportamientos violentos masculinos.

Por último, además de que las consideraciones de género preñan el razonamiento de DRESSLER –a pesar de que éste niegue el carácter sexista de la HAD-, cabe mencionar, por cuanto concierne a su último argumento (“la condición homosexual de la víctima no es necesariamente la motivación del homicidio”), que, más adelante, este autor afirmará:

“Si el avance sexual es de naturaleza homosexual y el receptor del avance es exclusivamente heterosexual, el hecho de que el avance sea de carácter homosexual será una razón para la reacción airada del receptor (...) para algunos hombres, la idea de participar en un acto homosexual es físicamente (en contraposición a moralmente) repulsivo (...) Es imposible condenar a aquellos hombres o mujeres heterosexuales u homosexuales que encuentran algunos actos sexuales –incluyendo algunas actividades sexuales con personas de su misma orientación- extremadamente desagradable y, por tanto, emocionalmente repulsivo”¹⁶¹.

DRESSLER, acto seguido, afirmará que “la repulsión de una persona a la idea de participar en un acto homosexual no es siempre evidencia de homofobia”¹⁶². Quizá pueda compartirse esta idea, pero el hecho de reaccionar matando a quien propone tal participación, a mi juicio, sí lo es. Y el hecho de atenuar la pena de un homicidio por la extrema repulsión que pueda sentir una persona hacia la idea de una relación homosexual también¹⁶³.

Por todo ello, parece más convincente la posición –por lo demás, abrumadoramente mayoritaria en la doctrina- que critica la utilización de la HAD.

¹⁶⁰ Y, de todos modos, la cuestión sería si reaccionaría violentamente a un *avance homosexual*, no a uno heterosexual.

¹⁶¹ DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, pág. 755.

¹⁶² DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, pág. 756.

¹⁶³ Sin ánimo de añadir un componente demagógico a nuestra crítica a la HAD, invitamos al lector a pensar qué sucedería si un homicida alegase su repulsión hacia la condición racial de la víctima para fundamentar una reacción violenta. Si la respuesta de DRESSLER fuese la de que esto no es usual y, en cambio, la repulsión del hombre heterosexual a verse inmerso en una conducta de naturaleza homosexual sí lo es, parece que nos estaría concediendo que, a fin de cuentas, de lo que estamos hablando aquí es de la (des)consideración que en la sociedad se tiene hacia la homosexualidad.

Por ejemplo, MISON¹⁶⁴, uno de los primeros autores en señalar y criticar el fundamento homófobo de la utilización de la HAD en los Estados Unidos, se expresa en los siguientes términos:

“La presunción de heterosexualidad está presente en la percepción americana de matrimonio, familia, deseos sexuales, arte visual, entretenimiento, literatura y criminalidad. La sociedad americana es heterocéntrica en cuanto que dominada por (y centrada alrededor de) un punto de vista heterosexual. Desde esta perspectiva, la heterosexualidad es vista como moral y socialmente superior y preferible a la homosexualidad. El comportamiento homófobo es un producto de esta sociedad heterocéntrica”¹⁶⁵.

“La homofobia y el heterocentrismo afectan al modo en que el estándar del hombre razonable es percibido y aplicado tanto por jueces como por jurados. En la medida en que el hombre razonable debe ser concebido como heterosexual, también debe ser concebido como homófobo y heterosexista. Esta concepción heterocéntrica del hombre razonable tiene un efecto directo en la aplicación de la doctrina de la provocación”¹⁶⁶.

“La HAD, por definición (...) implica que quien la alega se vio motivado a matar a la víctima por su orientación sexual. Continuar aceptando el avance homosexual como provocación legalmente suficiente subvierte las iniciativas legislativas condenando la violencia motivada por el odio¹⁶⁷. (...) Cuando quien mata en respuesta a un avance homosexual no es condenado por asesinato¹⁶⁸, tribunales y jurados refuerzan la noción de que la homosexualidad es un comportamiento culpable y que los hombres homosexuales no merecen el respeto y la protección del sistema de justicia penal”¹⁶⁹.

¹⁶⁴ A quien DRESSLER critica abiertamente en su citado trabajo: DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, págs. 749 y ss.

¹⁶⁵ MISON, “Homophobia in manslaughter”, pág. 147. En este sentido, la homofobia sería un mecanismo para reafirmar el mayor valor de la heterosexualidad, al colocar a los homosexuales en una posición de inferioridad. Vid. p. ej., KAHAN, D., “The anatomy of disgust in Criminal Law”, en *Michigan Law Review*, 96, pág. 1636.

¹⁶⁶ MISON, “Homophobia in manslaughter”, pág. 160.

¹⁶⁷ MISON, “Homophobia in manslaughter”, pág. 173.

¹⁶⁸ *Murder*.

¹⁶⁹ MISON, “Homophobia in manslaughter”, pág. 174.

Aquí se comparten las anteriores conclusiones, que podrían ser desarrolladas como sigue:

4. 4. Género, homofobia y homosexual advance defense: una conclusión crítica

Comencemos por una cuestión empírica: afirmaba DRESSLER que no existían pruebas de que el ordenamiento tratase de modo distinto a homosexuales y heterosexuales en los casos de *avance sexual*¹⁷⁰. Pues bien, CHEN¹⁷¹ ha demostrado –de modo, a mi juicio, incontrovertible- que esto no es así, a través de unas tablas que reflejan todas las posibilidades lógicas de *unwanted sexual advance*¹⁷², esto es, no sólo el caso de supuestos de avance homosexual, sino todas las combinatorias posibles.

La conclusión es meridiana: el Derecho sí actúa de modo sexista en este ámbito, existiendo extraordinarias diferencias de tratamiento entre hombres homosexuales y hombres heterosexuales, siendo estos últimos los beneficiarios principales (si no los únicos) de la *USA defense*¹⁷³. Veamos, sintetizados y reelaborados parcialmente, los resultados de su análisis:

-Grupo 1: hombres heterosexuales

-Como sujetos activos de un USA, los hombres heterosexuales rara vez sufrirán la consecuencia de un homicidio. En primer lugar porque las mujeres (destinatarias únicas de un posible USA de este grupo) apenas cometen homicidios¹⁷⁴. En segundo lugar, porque, obviamente, los hombres heterosexuales, por definición, no realizarán un USA frente a otro hombre, homosexual o no. Se trata de una imposibilidad situacional¹⁷⁵.

-Como sujetos pasivos de un USA, si se trata de un avance homosexual, como hemos visto, los hombres heterosexuales pueden alegar (y

¹⁷⁰ DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, pág. 745.

¹⁷¹ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, págs. 223 y ss.

¹⁷² En adelante, USA (sigla utilizada por la propia autora).

¹⁷³ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 224.

¹⁷⁴ Éste era un dato que, como vimos, el propio DRESSLER admitía. Vid. DRESSLER, “When heterosexual men kill homosexual men”, pág. 754.

¹⁷⁵ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 224.

beneficiarse de) una HAD para atenuar su pena en caso de que reaccionen violentamente. De este modo, este grupo 1 se convierte en una clase aislada que goza de todos los beneficios de la *USA defense* sin ninguno de sus perjuicios¹⁷⁶.

-Grupo 2: hombres homosexuales

-Como sujetos activos de un USA, este grupo es el que más probabilidades tiene de sufrir un homicidio como respuesta, pues si realiza un avance sobre un hombre heterosexual¹⁷⁷, éste cuenta con el respaldo de la HAD para atenuar su pena¹⁷⁸. Si el avance se realiza sobre otro hombre homosexual, como veremos inmediatamente, se verá sometido al estándar del hombre razonable *heterosexual*, entrando en una dinámica perversa¹⁷⁹.

-Como sujetos pasivos de un USA, por definición, este grupo no puede sufrir un USA por parte de hombres heterosexuales, así que las probabilidades de poder beneficiarse de una atenuación de la pena en caso de reacción homicida se restringen a supuestos de avance homosexual, quedando al albur de que el jurado o tribunal consideren un avance homosexual frente a un hombre también homosexual provocación suficiente *desde el estándar del hombre razonable heterosexual*¹⁸⁰, bajo cuyo prisma se juzgará doblemente la condición homosexual, en cuanto que sujeto activo y pasivo del USA:

-Grupo 3: mujeres

-Como sujetos activos de un USA, este grupo parece carecer de probabilidad alguna de sufrir un homicidio como consecuencia de su *avance*: si es realizado sobre otra mujer, cuenta con el mencionado factor de que las mujeres apenas matan y, cuando lo hacen, rara vez es a otra

¹⁷⁶ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 224.

¹⁷⁷ Grupo que, además, estadísticamente, es el que comete la abrumadora mayoría de los homicidios.

¹⁷⁸ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 225.

¹⁷⁹ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, *ibid.*

¹⁸⁰ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, *ibid.*

mujer¹⁸¹. Si es frente a un hombre, culturalmente se conceptúa no como una agresión sino como mera promiscuidad¹⁸².

-Como sujeto pasivo de un USA, por definición, una mujer sólo puede ser sujeto pasivo de un *avance* por parte de otra mujer (en cuyo caso, como hemos reiterado, rara vez acudirá al homicidio como reacción) o por un hombre heterosexual, en cuyo caso, nuevamente sería improbable un resultado de homicidio y, de producirse éste, seguramente no se alegraría una provocación sino una legítima defensa¹⁸³.

La conclusión es clara: al igual que existe una disparidad entre hombres y mujeres¹⁸⁴, en lo que respecta a la teoría de la provocación, existe una disparidad entre homosexuales y heterosexuales, disparidad “evidente” y que “indudablemente no es debida a factores empíricos como quién mata a quién más a menudo”¹⁸⁵.

Ello, indica CHEN, puede no ser fruto de una homofobia consciente, pero, sin duda, sí a dos milenios de heterosexismo y de autoperpetuación de los privilegios de los hombres heterosexuales¹⁸⁶.

Si, como se ha afirmado, por una parte, el Derecho es una suerte de *código guerrero* que simpatiza y legitima ciertos fenómenos de violencia y dominación¹⁸⁷ y, por otra, la *heterosexualidad forzada*¹⁸⁸ es una forma de control social¹⁸⁹, la HAD se nos

¹⁸¹ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, págs. 225 y 226.

¹⁸² CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 227.

¹⁸³ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 226.

¹⁸⁴ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 227.

¹⁸⁵ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 228.

¹⁸⁶ CHEN, “Provocation’s privileged desire”, pág. 234.

¹⁸⁷ FORELL, C. / MATTHEWS, D., *A law of her own: the reasonable woman as a measure of man*, New York University Press, New York, 2000, pág. XVIII.

¹⁸⁸ *Compulsory heterosexuality*. El heterocentrismo presume que, salvo *desviaciones*, todos los seres humanos son heterosexuales. Es en este sentido que la heterosexualidad es forzada, pues asume la premisa de que “parte del género de cada uno (...) es decir, parte de lo que es ser un hombre o una mujer, es la atracción por y sólo por, y la conducta sexual con y sólo con miembros del otro sexo biológico y género”. VALDÉS, F., “Unpacking hetero-patriarchy: tracing the conflation of sex, gender and sexual orientation to its origins”, en *Yale Journal of Law and Humanities*, 8, 1996, págs. 168 y ss.

¹⁸⁹ VALDÉS, “Unpacking hetero-patriarchy”, pág. 168.

muestra como una vía jurídica de escape de la violencia masculina; violencia que actúa como preservadora de la jerarquía entre géneros¹⁹⁰.

Comenzando por el propio concepto de *hombre razonable*, éste no deja de ser un criterio que privilegia hombres sobre mujeres y, dentro del primer grupo, heterosexuales sobre homosexuales¹⁹¹, pues es un concepto que lleva implícito el hecho de que se está jugando con las reglas del hombre heterosexual¹⁹², reglas que no han mutado lo más mínimo en los últimos tiempos y tienden, por tanto, a obviar la emergencia social de las mujeres, las minorías y los individuos que no siguen el *mainstream* de los valores de la clase media¹⁹³.

En este sentido, es un prejuicio muy difundido en jueces y jurados¹⁹⁴ que un avance homosexual es, en sí mismo, una conducta peligrosa¹⁹⁵, un ataque¹⁹⁶; ataque que lo es, sobre todo, a la noción convencional de masculinidad¹⁹⁷. Por ello, la reacción violenta frente a un avance homosexual supone el acto más claro de reafirmación de la masculinidad¹⁹⁸, pues “convierte al agresor en lo que la víctima no es”¹⁹⁹, excluyendo al homosexual de la categoría *hombre*, por no ser merecedor de pertenecer a ella²⁰⁰.

¹⁹⁰ TOMSEN / MASON, “Engendering homophobia”, pág. 259.

¹⁹¹ LEE, “The gay panic defense”, pág. 511. Un hombre razonable no deja de ser un hombre *heterosexual* razonable, entendiéndose que éste puede mostrarse violento ante un avance homosexual. Si, en cambio, un homosexual reacciona violentamente a un avance de una mujer, le resultaría difícil a aquél convencer a nadie sobre la razonabilidad de su ira y la adecuación de la *provocación* de la mujer. (LEE, “The gay panic defense”, *ibid.*).

¹⁹² BENDER, L., “A lawyer’s primer on feminist theory and tort Law”, en *Journal of legal education*, 38, págs. 20 y ss.

¹⁹³ DONOVAN / WILDMAN, “Is the reasonable man obsolete?”, pág. 464.

¹⁹⁴ En contra, MACDONALD, quien critica que se centre la cuestión en los prejuicios de los jurados o jueces que conocen de los casos de HAD, cuando, a su juicio, el problema está en la propia normativa. MACDONALD, “No straight answer”, pág. 236.

¹⁹⁵ COMSTOCK, “Dismantling the Homosexual Panic Defense”, pág. 97.

¹⁹⁶ GOLDBERGER, B., “The homosexual advance defense and the law/body nexus: towards a poetics of law reform”, en *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 11 (1), 2004, pág. 36.

¹⁹⁷ TOMSEN, S. / GEORGE, A., “The Criminal justice response to gay killings: research findings”, en *Current issues in Criminal Justice*, 9 (1), 1998, pág. 58.

¹⁹⁸ PERRY, B., *In the name of hate: understanding hate crimes*, Routledge, New York, 2001, págs. 110 y ss.

¹⁹⁹ BUFKIN, J. L., “Bias crime as gendered behavior”, en *Social Justice*, 26, 1999, pág. 159.

²⁰⁰ WHITEHEAD, A., “Man to man violence: how masculinity may work as dynamic risk factor”, en *Howard Journal of Criminal Justice*, 44(4), 2005, pág. 417. La masculinidad, por su parte, cobraría forma material en el propio cuerpo del hombre, que viene considerado –por decirlo con la expresión utilizada

La HAD rezuma esta consideración *sacralizadora* del cuerpo masculino²⁰¹, no estableciéndose en ella ninguna diferencia entre *avance* y *agresión*²⁰², cuando tal distinción sí se realiza en los casos de *avance* de un hombre sobre una mujer.

Éstas son sólo algunas de las distorsiones que provoca la HAD. Cuando ésta viene aceptada por un órgano jurisdiccional, se están institucionalizando jurídicamente los prejuicios del agresor –que son, en suma, los de la sociedad–, concediéndosele, además, la oportunidad de culpar a la víctima de lo sucedido.

Esta culpabilización de la víctima es consustancial a estas defensas²⁰³ y alcanza su grado máximo (y sus mayores probabilidades de éxito) cuando el agresor presenta una imagen de su víctima que concuerda con los prejuicios sociales de su época sobre los homosexuales y su comportamiento.

En una magnífica investigación²⁰⁴, SMYTH analiza por períodos²⁰⁵ alegaciones de HAD, comparando la retórica utilizada en éstas²⁰⁶ con la imagen de los homosexuales que se transmitía en los medios de comunicación de esos mismos períodos²⁰⁷.

SMYTH identifica cuatro tipos básicos de estereotipos sobre homosexuales, presentes en los casos de HAD (y, correlativamente, en los medios de comunicación de cada época)²⁰⁸:

-El *afeminado*, es decir, el estereotipo del homosexual como hombre que despliega una conducta femenina²⁰⁹.

por NAFFINE- *impermeable* (NAFFINE, N., “The body bag” en NAFFINE, N. / OWENS, R. (eds.), *Sexing the subject of law*, The Law Book Co., Sidney, 1997, pág. 84).

²⁰¹ GOLDER, “The homosexual advance defense”, pág. 35.

²⁰² MACDONALD, “No straight answer”, pág. 235.

²⁰³ SUFFREDINI, “Pride and prejudice”, pág. 308.

²⁰⁴ Ya citada, SMYTH, M. A., “Queers and provocateurs: hegemony, ideology and the Homosexual Advance Defense”, en *Law and Society Review*, Diciembre 2006, págs. 903 y ss.

²⁰⁵ 1946-1968, 1969-1980 y 1981-2003.

²⁰⁶ SMYTH, “Queers and provocateurs”, págs. 904 y ss.

²⁰⁷ SMYTH, “Queers and provocateurs”, págs. 920 y ss.

²⁰⁸ SMYTH, “Queers and provocateurs”, pág. 927.

²⁰⁹ Este estereotipo se daba, sobre todo, en los años 40-50.

-El *enfermo*, en el que el homosexual es visto como un *degenerado* o, a lo sumo, como un enfermo mental.

-El *monstruo*, en el que el homosexual viene percibido como un sujeto dispuesto a desplegar cuanta violencia sea necesaria para satisfacer su impulso sexual.

-El *depredador*, en el que el homosexual es visto como un sujeto que se aprovecha de la debilidad o la juventud de otros hombres y que no cejará bajo ninguna circunstancia en su empeño de conseguir satisfacer sus deseos.

Estas dos últimas retóricas son las propias de nuestro tiempo²¹⁰, sobre todo la del depredador²¹¹.

Bajo este estereotipo se presentaron (y se presentan) multitud de casos, muchos de ellos, a la postre, aceptados como HAD.

Por ejemplo, en *Green v The Queen*, el homicida afirmó que golpeó a la víctima en la cara hasta desfigurarle el rostro pero que, incluso en esas condiciones, aquélla siguió persistiendo en intentar mantener relaciones sexuales (forzadas) con él. “¿Cómo –se pregunta HOWE- pudo la mayoría de los jueces²¹² encontrar esto creíble si no fuese por el estereotipo del homosexual depredador?”²¹³.

Más chocante aún es el caso *People v Estrada (2002)*, en el que el agresor relató (y así fue aceptado por el jurado) que la víctima, después de haber sido golpeada en la cara por aquél repetidas veces con un vaso, se levantó del suelo, con el pene en erección y expresó su deseo de realizarle una felación (!)²¹⁴.

Este estereotipo alcanza su plenitud en el caso de una diferencia de edad notable entre agresor y víctima, particularmente, si el agresor es un adolescente, en cuyo caso, la retórica del homosexual maduro y lujurioso en búsqueda de jovencitos ofrece un óptimo

²¹⁰ Las del afeminado y el degenerado parecen haber remitido en el imaginario popular.

²¹¹ SEDGWICK, *The epistemology of the closet*, pág. 19.

²¹² Recordemos, de la *High Court of Australia*.

²¹³ HOWE, “Green vs The Queen”, pág. 486.

²¹⁴ SMYTH, “Queers and provocateurs”, pág. 917. Por supuesto, según el jurado, visto el cariz que había tomado la situación, el alegante no tuvo otra opción que matar a su “agresor sexual”.

rendimiento²¹⁵, como comprobamos, sin ir más lejos, con los casos *Mills v Shepard* o *Schick v Indiana*²¹⁶.

Esta permisividad jurídica para con los jóvenes agresores adquiere tintes todavía más preocupantes a la luz de las estadísticas: en Estados Unidos más de la mitad de las agresiones a homosexuales son realizadas por menores de 29 años²¹⁷ y más del 20% de los menores de edad afirman que matarían a un hombre si les hiciese una proposición sexual²¹⁸. A la vista está que el alto nivel de HAD exitosas cuando quien está involucrado es un joven se corresponde con una actitud negativa de este tramo de edad hacia la homosexualidad, hostilidad que el éxito de las HAD no hace sino retroalimentar.

Dicho todo lo anterior, a mi juicio, la conclusión no puede ser otra que la siguiente: la HAD es claramente sexista y homófoba, desfigura y reconfigura acciones en función de la condición sexual de los implicados en ellas y legitima no sólo los prejuicios, sino también la violencia contra los homosexuales / transexuales, perpetuando un círculo vicioso de violencia contra estos colectivos²¹⁹.

Señala con gran acierto WITTGENSTEIN que no hay nada más difícil que librarse de un prejuicio, porque un prejuicio es también un modo de comprender al que nos resistimos a renunciar²²⁰. A mi juicio, es, precisamente, la dificultad inherente a la eliminación de los prejuicios tradicionalmente ligados a la condición homosexual la que permite que aberraciones jurídicas como la HAD sigan existiendo en el *Common Law*.

Veamos seguidamente si es así también en España.

III. EL CASO ESPAÑOL: COMENTARIO CRÍTICO

El lector que pacientemente haya llegado hasta aquí probablemente piense que el caso español mencionado en el apartado I de este trabajo se diferencia de los casos

²¹⁵ LEE, “The gay panic defense”, pág. 502.

²¹⁶ Vid. *supra*, epígrafe 2.

²¹⁷ LEE, “The gay panic defense”, pág. 502.

²¹⁸ SUFFREDINI, “Pride and prejudice”, pág. 304.

²¹⁹ AAVV., “Sexual orientation and the Law”, pág. 1541.

²²⁰ WITTGENSTEIN, L., *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, Vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1987, parágrafo 12.

acaecidos en los países del *Common Law* en al menos dos aspectos fundamentales: que ni el ordenamiento jurídico español ni nuestra jurisprudencia admiten unas defensas como las citadas y que en el caso de Vigo hubo algo más que un *avance* homosexual, pues el (doble) homicida se vio atacado por las víctimas con un arma blanca algo, que, por supuesto, debe hacer cambiar sustancialmente el discurso.

Ello es, indudablemente, cierto. Sin embargo, intentaré en lo que sigue convencer al lector de que las salvedades apuntadas son accidentales y que la identidad estructural entre el caso español y los que hemos referido a lo largo de estas páginas es, en cambio, esencial.

En este sentido, da la impresión de que el doble homicidio de Vigo supone una suerte de precipitado de elementos ya apuntados.

Comencemos por un dato criminológico: en un reciente trabajo de BARTLETT sobre homicidios de homosexuales en el Reino Unido²²¹ se aportan una serie de estadísticas que revelan algunos aspectos comunes de estos casos. Y, entre dichas características están las siguientes²²²:

-No existencia en el autor de una previa intención de matar.

-Alto consumo de alcohol (tanto en el autor, como, en ocasiones, en la propia víctima).

-El homicidio se lleva a cabo en un espacio privado, generalmente, la vivienda de la víctima.

-El autor despliega un nivel elevado de violencia.

Un trabajo anterior, también de índole criminológica, circunscrito a Australia arroja conclusiones prácticamente idénticas, añadiendo como dato ulterior la frecuente utilización del arma blanca como arma homicida²²³.

El caso de Vigo constituye, en este sentido, un fiel representante de los homicidios de homosexuales en otros estados, pues, como vemos, cuenta con muchas de

²²¹ BARTLETT, P., "Killing gay men: 1976-2001", en *British Journal of Criminology*, 47, 2007, págs. 573 y ss.

²²² BARTLETT, "Killing gay men", pág. 582.

²²³ MOUZOS, J. / THOMPSON, S., "Gay hate related homicide: an overview of major findings on NSW", en *Trends and issues in crime and criminal justice*, 155, 2000, citado por WHITE, S. / HABIBIS, D., *Crime and society*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pág. 58.

las características evidenciadas por los estudios criminológicos: parece plausible que Jacobo no quisiera matar *a priori* a la pareja, hubo un elevado consumo de alcohol por su parte²²⁴, los homicidios tuvieron lugar en la vivienda de la pareja y el nivel de violencia desplegado (entre otras cosas, 57 puñaladas, una puerta rota a patadas y posterior incendio de la vivienda²²⁵) se corresponde con la violencia extrema de otros casos aquí examinados.

En cambio, sorprendentemente, si el lector examina la sentencia aquí comentada, verá que en ningún momento se hace referencia al *componente homosexual* del caso, sino que se alude, únicamente, a que la pareja quiso obligar a Jacobo a mantener relaciones sexuales con ellos.

En ningún momento se hace referencia a que el homicida hubiese conocido a una de las víctimas –Isaac– en un local de ambiente homosexual²²⁶, ni a que Jacobo hubiese pasado con aquél varias horas en su dormitorio²²⁷.

Da la impresión de que el jurado ha procurado razonar de un modo neutro, obviando el componente homosexual del caso, como si se tratase de una tentativa de agresión sexual con un desafortunado resultado de doble homicidio²²⁸. Sin embargo, a mi juicio, sólo teniendo en cuenta dicho componente, a la luz de lo sucedido y de la larga

²²⁴ De hecho, su defensa solicitó la apreciación de una eximente completa de intoxicación alcohólica, tras haber afirmado Jacobo en la vista oral que había tomado un total de 30 combinados de alcohol esa noche (testimonio recogido por la prensa: vid. p. ej., *La voz de galicia*, edición de 17 de febrero de 2009).

²²⁵ Incendio de notables proporciones y finalidad altamente destructiva. Así lo afirmó el propio acusado en su testimonio ante el juzgado de instrucción, en los siguientes términos:

“Entonces pensó lo que podía hacer y se le ocurrió plantar fuego a todo para borrar sus huellas. Empezó a sacar ropa de los armarios y se la tiró encima a ellos. También tiró ropa por los pasillos y luego fue cuando cogió todas las cosas que había tocado y las metió en la maleta que estaba en un armario de la entrada, cogió un bote de alcohol que había en el lavabo de plástico transparente gris pequeño, chorreó la ropa por encima y le prendió fuego. Primero prendió fuego al chico mulato, luego a Isaac y luego el pasillo. Que al chico mulato primero le prendió fuego sin manta, porque cuando encontró el bote de alcohol estaba furioso o ido y le chorreó un poco de alcohol sobre la espalda y le prendió fuego con un mechero, prendió pero se apagó, que cree que no lo quemó con ningún objeto sólo le roció con alcohol y lo prendió con un mechero. Como así no ardió, le echó la manta por encima y lo volvió a rociar con alcohol, después roció a Julius y después el pasillo. Puede que usara dos mecheros. Que no recuerda qué hizo con los mecheros. Que encendió el gas del piso, justo antes de irse, con intención de que la casa volara” (testimonio de Jacobo de 16 de julio de 2006, recogido en el Fundamento jurídico 3º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009).

²²⁶ Algo afirmado por el propio homicida (vid. su declaración en la vista oral, recogida por la prensa (*La voz de galicia*, edición de 17 de febrero de 2009).

²²⁷ Algo afirmado tanto por diversos testigos cuanto por el propio homicida (de nuevo, *La voz de galicia*, edición de 17 de febrero de 2009).

²²⁸ Tal es, en suma, la conclusión de la sentencia.

serie de casos similares acaecidos en otros ordenamientos jurídicos, puede entenderse el caso y su inverosímil veredicto.

El caso no puede bajo ningún concepto ser presentado de un modo *genéricamente neutro*, pues todo él está decisivamente condicionado por consideraciones de género y estereotipos.

Un argumento burdo sería invitar al lector a imaginarse qué opinaría un jurado sobre un hombre que, tras haber apuñalado una cincuentena de veces a dos mujeres, simulado un robo e incendiado la vivienda, alegase que reaccionó frente a un intento de agresión sexual por parte de aquéllas. Seguramente, que la alegación es infundada, pues, en pocas palabras, *las mujeres no acuden a la violencia para satisfacer sus deseos sexuales y los hombres no reaccionan violentamente a proposiciones sexuales de mujeres (o no tienen necesidad de utilizar la violencia)*. Ambas son afirmaciones realizadas desde una perspectiva de género, que es la que ha utilizado (conscientemente o no) el jurado en este caso.

Refinemos el argumento, añadiendo todo lo que el jurado ha omitido decir sobre los hechos (y sobre sus prejuicios)²²⁹.

¿Es plausible la alegación de Jacobo de que Julius intentó agredirlo sexualmente, haciendo uso de un cuchillo?

Hay un dato favorable a esta versión: Jacobo resultó herido con “herida profunda en región palmar, herida incisa, en cara palmar de la articulación MCF de 2º dedo (...) heridas incisas en 3º, 4º y 5º dedos, herida incisa en el cuero cabelludo y múltiples heridas incisas en cara interna del muslo y pierna derechos”²³⁰. Es éste el único dato que podría servir para corroborar su versión, pero, aún así, esas heridas podrían servir para todo lo contrario: ¿por qué aceptar que Jacobo fue herido intentando defenderse del ataque de Julius cuando esas mismas heridas –unidas a las 22 puñaladas que, a la postre recibió Julius- pueden ser igualmente debidas a la defensa de este último frente al ataque de aquél?

²²⁹ Soy consciente de la poca *cientificidad* de un comentario que pone en entredicho hechos declarados probados en sentencia sin haber asistido a la vista oral, pero considero que, en un caso tan, a mi juicio, palmario de sentencia errada, no está de más apelar a hechos no controvertidos por el propio homicida para reinterpretar aquélla.

²³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009, hecho probado único.

Ambas hipótesis son, a mi juicio, perfectamente conmutativas y me inclino a pensar que el jurado optó por la menos plausible²³¹.

Vayamos un poco más adelante: admitamos que Julius atacó a Jacobo para obligarle a mantener relaciones sexuales y que, como resultado, ambos resultaron heridos, uno desarmado –Julius- y otro con el cuchillo –Jacobo²³². ¿Es creíble la alegación de este último de que, a pesar de estar desarmado, Julius volvió a abalanzarse sobre él para acabar con su vida, hasta el punto de que Jacobo se vio forzado a apuñalarlo 21 veces más?

A mi juicio, la pregunta merece una respuesta negativa y la opinión favorable del jurado, en este sentido, refleja uno de los estereotipos que mencionábamos en el apartado anterior: el del homosexual *depredador*, el del homosexual que, tras un frustrado intento de agresión sexual y herido gravemente, no cesa en su empeño violento y vuelve a acometer a su “víctima”, aun cuando ésta está armada. ¿No es éste un eco de algunos de los casos mencionados en los apartados anteriores?

Por supuesto, hay aquí un margen que queda a la libre apreciación. Pero, por mucho que se conceda al jurado su derecho a afirmar como probadas las hipótesis que así le convenzan –por muy poco probables que parezcan-, su versión de la muerte de Isaac es todavía más increíble –en todos los sentidos de este adjetivo.

Según la versión del homicida, Isaac corrió en auxilio de su compañero de piso armado con otro cuchillo, “hacía gestos y gritaba (...) me lanzó una puñalada, pero puse el brazo y se lo clavó él mismo”²³³. Es decir, en realidad, Isaac se autolesionó.

Acto seguido, Jacobo abandona la habitación, regresando posteriormente para recoger sus gafas y su móvil, momento en el que “al ver cerrada la puerta, la rompe y al darse cuenta de que en el interior se encontraba Isaac, temiendo por su vida lo agrede con el cuchillo”²³⁴.

²³¹ Los peritos forenses que testimoniaron en proceso también indicaron que las heridas de Julius eran más compatibles con una defensa que las de Jacobo (testimonio recogido en *La voz de galicia*, edición de 18 de febrero de 2009). De todos modos, el jurado tiene, por supuesto, libertad para formar su convencimiento como crea oportuno.

²³² Así se desprende del hecho probado único, párrafo 1º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009.

²³³ Declaración recogida en prensa (*La voz de galicia*, edición de 17 de febrero de 2009).

²³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009, hecho probado único, párrafo 3º.

Con todo el respeto que me merece el jurado de la causa²³⁵, este relato es, si no un insulto, sí una puesta en tela de juicio de la inteligencia de cualquier persona (por definición, un ser *racional*).

Según esta versión, Isaac, intentando matar a Jacobo, se hiere a sí mismo. Jacobo -no sabemos por qué razón, quizá para atar el cuerpo de Julius²³⁶, a quien, recordemos, acababa de apuñalar 22 veces *en legítima defensa*- abandona la habitación, despreocupándose de qué pueda suceder con Isaac.

Instantes más tarde, Jacobo regresa a por sus objetos personales, encontrándose la puerta cerrada. Invito al lector a imaginar qué otra opción puede haber aparte de que Isaac se haya encerrado dentro. Si estaba allí, Julius estaba muerto y nadie más había en casa, todo parece indicar que sea él quien haya cerrado la puerta.

En cambio, el jurado, abandonando cualquier tipo de lógica racional, afirma que sólo al derribar la puerta Jacobo se dio cuenta de que en el interior se encontraba Isaac. No explica el jurado qué otra posibilidad existía. Tampoco explica por qué Jacobo tuvo necesidad alguna de derribar la puerta. Ni mucho menos explica por qué Jacobo (armado), al descubrir a Isaac (herido y desarmado) dentro de la habitación “temió por su vida”, hasta el punto de tener que apuñalarlo 34 veces más.

Y, lo que es –si cabe- más grave: el jurado omite el dato de que Isaac, ya herido, llamó a la policía para pedir auxilio, afirmando haber sido apuñalado²³⁷. Que el jurado haya aceptado la versión de la “sorpresa” y el “miedo a ser asesinado” de Jacobo en vez de la más plausible del miedo de Isaac a ser asesinado, encerrándose y llamando a la policía, hasta que Jacobo irrumpe en la habitación, derribando la puerta y asestando 34 puñaladas más al joven, escapa a cualquier explicación racional.

Tenemos, por tanto, una versión de la muerte de Julius altamente discutible y una versión de la muerte de Isaac absolutamente increíble²³⁸, versiones que redundan en

²³⁵ Es sencillo juzgar *a posteriori* y sin tener la carga de la decisión, mientras que la labor del jurado es siempre ingrata.

²³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009, hecho probado único, párrafo 2º.

²³⁷ Así testimoniaron los agentes a la prensa durante la investigación de los hechos (*La voz de galicia*, edición de 14 de julio de 2006).

²³⁸ Aún así, sólo dos de los miembros del jurado votaron “no” a la versión de la muerte de Isaac relatada en la sentencia (la versión del doble ataque de Julius a Jacobo para obligarle a mantener relaciones sexuales fue admitida por unanimidad). Cabe decir, además, que esos mismos miembros del jurado votaron “sí” a la versión de que Jacobo mató a Isaac dolosamente y sin que mediase ninguna causa de justificación ni estado de pánico alguno. Quede constancia aquí, por tanto, de dicha posición minoritaria

la conclusión de que Jacobo “actuó con el único propósito de defenderse de ser violado o muerto”²³⁹ y “en un estado de pánico que anuló su capacidad de comprender la ilicitud de lo que hacía y de actuar conforme a esa comprensión”²⁴⁰.

Con dichos hechos declarados probados, la magistrada ponente de la sentencia no puede sino absolver a Jacobo, aplicándole simultáneamente las eximentes de legítima defensa y miedo insuperable (en el caso del homicidio de Julius) y la de miedo insuperable (en el caso de la muerte de Isaac)²⁴¹.

No entraremos aquí en la argumentación estrictamente jurídica –ni siquiera en lo que respecta a la discutible apreciación simultánea de las eximentes mencionadas²⁴²- pues, obviamente, el razonamiento de la magistrada trae causa de los hechos probados por el jurado y se encuentra constreñido por dicho relato. No obstante, quisiera llamar la atención sobre dos aspectos.

En primer lugar, sobre la absoluta falta de motivación de la aplicación de la eximente de miedo insuperable en el segundo homicidio²⁴³.

Señala la magistrada que, para aplicar dicha eximente, deben concurrir los siguientes requisitos:

“a) Que se produzca como consecuencia de una situación de miedo o temor capaz de generar en el ánimo del acusado un estado emocional de tal intensidad que le prive del normal uso de su raciocinio y provoque la anulación de su voluntad o capacidad para autodeterminarse,

b) Que dicha situación proceda de estímulos reales, ciertos, graves, acreditados, inminentes e injustificados,

c) Que el mal causado no sea superior al temido

d) La insuperabilidad del miedo, es decir, la imposibilidad psíquica de que el
(a mi entender, la correcta).

²³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009, hecho probado único, párrafo 8°.

²⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009, hecho probado único, párrafos 9° y 10°.

²⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009, fundamento de Derecho 4°.

²⁴² La magistrada cita a favor de dicha aplicación una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (sentencia de la Sala 2ª del Tribunal supremo, 332/2000).

²⁴³ Motivación que, en cambio, sí existe cuando argumenta la aplicación de la legítima defensa a la muerte de Julius.

acusado hubiese podido neutralizarlo o dominarlo”²⁴⁴.

Pues bien, sentado lo anterior, la magistrada indica que “el Tribunal del Jurado ha estimado probado que Isaac se abalanzó inicialmente con un cuchillo sobre Jacobo y que (...) cuando Jacobo vuelve a la habitación y agrede de nuevo a Isaac con el cuchillo lo hizo en un estado de pánico ante el temor a ser violado o muerto que anuló su capacidad de comprender la ilicitud de lo que hacía y de actuar conforme a esa comprensión, lo que determina que necesariamente tenga que apreciarse la eximente de miedo insuperable solicitada por la defensa”²⁴⁵.

Me pregunto qué sentido tiene que la magistrada plasme en la sentencia los requisitos para la apreciación de la eximente de miedo insuperable para, acto seguido, limitarse a señalar que como el jurado ha entendido que Jacobo estaba en un estado de pánico, la apreciación de la eximente deviene *necesaria*. No se trata de que el jurado haya entendido así o no la conducta de Jacobo sino, precisamente, de si el relato de hechos se compadece o no con los requisitos que ella misma cita²⁴⁶.

Y, en mi opinión, si hemos de creer los hechos probados por el jurado²⁴⁷, podrían entenderse –siendo laxos- cumplidos los requisitos a) y c), pero ni en el relato de hechos ni en el razonamiento de la magistrada existe referencia alguna a la realidad, certeza, gravedad, acreditación, inminencia e injustificación del estímulo que llevó al estado de pánico a Jacobo (¿era *real* su temor a que un herido y desarmado Isaac lo matase?) ni mucho menos a la imposibilidad de Jacobo de controlar su miedo (después de todo, al contrario que Isaac, él estaba armado, y, desde luego, el miedo no le impidió instantes antes derribar la puerta de la habitación, ni tomarse su tiempo en atar y encerrar el cuerpo de Julius).

En segundo lugar, quisiera volver a las concomitancias entre los casos del *Common Law* y éste. Por ejemplo, esa aplicación de la legítima defensa en concurrencia con la de miedo insuperable ¿no nos trae a la mente la vacilación existente entre

²⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009, fundamento de Derecho 4º.

²⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 10 / 2009, fundamento de Derecho 4º.

²⁴⁶ En realidad, el argumento de la magistrada es que como el jurado ha considerado que Jacobo estaba en un estado de pánico, le es aplicable la eximente de miedo insuperable, cuando lo que se tiene que explicar es, precisamente, por qué se ha llegado a esa convicción y en qué medida se cumplen los requisitos de dicha eximente.

²⁴⁷ La magistrada, por supuesto, así debe hacerlo.

encontrar a la HAD en las *excuses* o en las *justifications*? Y, sobre todo, ese estado de pánico irracional de difícil explicación pero que convence a un jurado ¿no recuerda poderosamente a los supuestos estados de pánico que sirvieron como argumento para la atenuación de pena o incluso para la absolución en muchos casos sucedidos en Estados del *Common Law*? Incluso, en muchos de ellos, como vimos, el estado de pánico no les impedía borrar huellas, atar a la víctima o robarles objetos de valor, como precisamente ha sucedido en el caso de Vigo.

En conclusión: a mi entender, este caso, que puede parecer simplemente curioso, grotesco o una simple apreciación equivocada de hechos por parte de un jurado concreto se torna perfectamente inteligible atendiendo al *background* que nos aporta el examen de qué sucede en otros estados cuando se juzga el homicidio de homosexuales.

En este sentido, aquí no se toma el caso de Vigo desde el punto de vista desde el que ha sido criticado desde otras instancias. No se trata de si 57 puñaladas pueden o no constituir legítima defensa²⁴⁸ o de si es posible que unos hechos como éstos puedan ser juzgados como constitutivos únicamente de un delito de incendio²⁴⁹, es decir, no se toma este caso como un desafortunado error del jurado, sino como lo que aquí se mantiene que es: una muestra de un fenómeno más amplio que se da a nivel internacional.

Estoy absolutamente convencido de que, si este caso se hubiese presentado a juicio en los Estados Unidos (o en Australia o en Nueva Zelanda), la abogada de Jacobo habría acudido a la HAD (o, incluso, al *homosexual panic*²⁵⁰) para intentar la absolución, o, al menos, una atenuación de pena, para su defendido.

²⁴⁸ “57 puñaladas no pueden justificar una legítima defensa”, afirmó la actual ministra de Igualdad al ser preguntada por el fallo (testimonio recogido, p. ej., por *El mundo*, edición de 24 de febrero de 2009).

²⁴⁹ A la postre, recordemos, Jacobo fue condenado a veinte años de prisión por dicho delito de incendio. Da la impresión de que la magistrada –viendo el cariz que habían tomado los hechos probados por el jurado– quiso imponerle a aquél la máxima pena posible. Esto, en cambio, refuerza lo chocante de la sentencia: se argumenta sobre la particular peligrosidad de un incendio, hasta el punto de imponérsele una pena de veinte años de prisión, cuando en la misma sentencia se absuelve a dicho sujeto, con argumentos harto discutibles, de dos homicidios.

²⁵⁰ A pesar de que, como vimos en su momento, la base psiquiátrica de esta defensa es más que discutible, de haber sucedido el caso comentado en los Estados Unidos, uniendo los problemas psicológicos y de autoaceptación de la homosexualidad evidenciados durante el proceso (que culminaron con la frase de Jacobo durante el ejercicio de su derecho a la última palabra, “la culpa es de cómo soy” –recogida en prensa, *El país*, edición de 24 de febrero de 2009), seguramente habría posibilidades de haber llevado adelante una defensa de este tipo.

Sin embargo, parece que repugnaría a nuestra sensibilidad jurídica contar con esa clase de defensas, por lo que la única vía posible era utilizar las circunstancias admitidas en nuestro ordenamiento: legítima defensa y miedo insuperable.

El resultado es idéntico: formalmente, la legítima defensa y el miedo insuperable han sustituido a la HAD y, materialmente, ambas circunstancias han cumplido a la perfección su función de canalizar los prejuicios que afloran en esta clase de supuestos.

En suma, la sentencia del caso de Vigo es tan sexista y homófoba como cualquiera de las mencionadas en este trabajo y por las mismas razones que hemos ido acumulando a lo largo de éste.

Con esto, insisto, no quiere decirse que, conscientemente, los jurados²⁵¹, por sus tendencias homófobas, hayan querido absolver a Jacobo, sino que aquéllos no han podido sustraerse a la influencia de estereotipos y prejuicios sociales. Como mencionamos antes, si se hubiese tratado de un hombre acusado del homicidio de dos mujeres, el veredicto habría sido, sin lugar a dudas, muy distinto. Al haber sido todos hombres, el resultado es el ya conocido: dos homosexuales muertos y una condena sólo por el posterior incendio.

La sentencia, es, en efecto, un escándalo, pero no (o no sólo) jurídico, sino, sobre todo, social, pues es un producto de una cultura, una jerarquía de valores y una manera de enfocar las cuestiones de género y sexualidad que genera este tipo de distorsiones.

En este sentido, una eventual anulación de la sentencia²⁵² no supondría en absoluto una solución, pues el problema es más amplio y más grave. Si se celebra un segundo juicio²⁵³ y, a la postre, Jacobo es condenado por el doble homicidio, esto podría entenderse como un triunfo del ordenamiento jurídico frente a un fallo en su funcionamiento, pero en absoluto como un avance, porque la sociedad heterosexista y patriarcal que mueve a sus miembros a tomar decisiones como la que aquí hemos comentado, seguirá, sin duda, produciendo más frutos.

²⁵¹ Por cierto, siete mujeres y dos hombres. En contra de lo que pudiera pensarse, no es privativo de los hombres el reflejar en sus decisiones consideraciones sexistas u homófobas.

²⁵² La sentencia, lógicamente, ha sido recurrida ante el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, tanto por la Fiscalía como por la acusación particular.

²⁵³ Y todo parece apuntar a que así será, visto el nivel de polémica que ha generado y las, creo que indiscutibles, carencias de la sentencia.

Cuenta SUFFREDINI en su trabajo el siguiente diálogo entre un juez de apelación y el fiscal en un caso de homicidio de un homosexual:

-“¿Es un crimen ahora dar una paliza a un homosexual?”

-“Sí, señor, y también es un crimen matarlo”.

-“Pues sí que han cambiado los tiempos”²⁵⁴.

A juzgar por la evolución de los casos acaecidos en el *Common Law* en los últimos 60 años y la decisión tomada en el caso de Vigo, parece que, lejos de haber cambiado, nuestros tiempos siguen llenos de prejuicios y perpetuando esta clase de violencia.

IV. BIBLIOGRAFÍA

-AAVV., *Diccionario Collins español-inglés / english-spanish*, sexta edición, editorial Grijalbo, 2000.

-AAVV., *Diccionario Espasa de términos jurídicos español-inglés / english-spanish*, ed. Espasa Calpe, Madrid, 2002.

-AAVV., “Sexual orientation and the Law: gay men and lesbians and the criminal justice system”, en *Harvard Law Review*, 102, págs. 1519 y ss.

-AHMAD, M. I., “A rage shared by Law: post-september 11 racial violence as crimes of passion”, en *California Law Review*, 92, 2004, págs. 1286 y ss

-ALCARAZ VARÓ, E. / CAMPOS PARDILLOS, M. A. / MIGUÉLEZ, C., *El inglés jurídico norteamericano*, segunda edición, ed. Ariel, Barcelona, 2002.

-ASHWORTH, A., *Principles of Criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

-BAGNALL, R. G. / GALLAGHER, P. C., “Burdens on gay litigants and bias in the court sistem: homosexual panic, child custody ans anonymous parties”, en *Harvard Civil rights - Civil liberties Law Review*, 19, 1984, págs. 497 y ss.

-BARTLETT, P., “Killing gay men: 1976-2001”, en *British Journal of Criminology*, 47, 2007, págs. 573 y ss.

²⁵⁴ SUFFREDINI, “Pride and prejudice”, pág. 305.

- BENDER, L., "A lawyer's primer on feminist theory and tort Law", en Journal of legal education, 38, págs. 3 y ss.
- BIGLER, B., "Sexually provoked: recognizing sexual misrepresentation as adequate provocation", en UCLA Law Review, 53, págs. 783 y ss.
- BRUNELLI, H. C., "The double bind: unequal treatment for homosexuals within the american legal framework", en Boston College Third World Journal, 20, 2000, págs. 201 y ss.
- BUFKIN, J. L., "Bias crime as gendered behavior", en Social Justice, 26, 1999, págs. 155 y ss.
- CADOPPI, A., *Introduzione allo studio del Diritto penale comparato*, segunda edición, CEDAM, Padova, 2004.
- CHARLES, C., "Panic in the project: critical queer studies and the Matthew Shepard murder", en Law and literature, 18, 2006, 225 y ss.
- CHEN, C. P-L., "Provocation's privileged desire: the provocation doctrine, homosexual panic, and the non-violent unwanted sexual advance defense" en Cornell Journal of Law and Public Policy, 10, 2000, págs. 196 y ss.
- CHUANG, H. T. / ADDINGTON, D., "Homosexual panic: a review of this concept", en Canadian Journal of Psychiatry, 33, 1988, págs. 613 y ss.
- CLARCKSON, C. M. V. / KEATING, H. M., *Criminal law: texts and materials*, segunda edición, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1990.
- CLARKSON, C. M. V., *Understanding Criminal law*, Tercera edición, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2001.
- CLIETT, C. R., "How a note or a grope can be justification for the killing of a homosexual: an analysis of the effects of the Supreme Court's views on homosexuals, african-americans and women", New England Journal on Criminal and Civil Confinement, 29, 2003, págs. 219 y ss.
- COLLINS, R. K. L., "Language, history and the legal process: a profile of the reasonable man", en Rutgers-Camden Law Journal, 8, 1977, págs 311 y ss.
- COMSTOCK, G. D., "Dismantling the Homosexual Panic Defense", Law & Sexuality, 2, 1992, págs. 82 y ss.

- COSS, G., "Lethal Violence by Men", en *Criminal Law Journal*, 20,1996, págs. 305 y ss.
- CREMONA, M., *Criminal law*, macMillan, Londres, 1989.
- DODGE, K. S., "Bashing back: gay and lesbian street patrols and the criminal justice system" en *Law and inequality: a Journal of theory and practice*, 11, 1993, págs. 295 y ss.
- DONOVAN, D. A. / WILDMAN, S. M., "Is the reasonable man obsolete? A critical perspective on self-defense and provocation", en *Loyola de Los Angeles Law Review*, 14, 1981, págs. 435 y ss.
- DRESSLER, J., "Rethinking heat of passion: a defense in search of a rationale", *Journal of Criminal law and Criminology*, 73, 1982, págs. 421 y ss.
- IDEM, "When heterosexual men kill homosexual men: reflections on provocation law, sexual advances and the reasonable man standard", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 85, 1995, págs. 726 y ss.
- IDEM, *Understanding Criminal Law*, 2ª ed., M. Bender & Co., New York, 1995.
- DUMIN, J., "Superstition-based injustice in Africa and the United States: the use of provocation as a defense for killing witches and homosexuals", en *Wisconsin Women's Law Journal*, 40, 2006, págs. 145 y ss.
- EDWARDS, S., "Provoking her own demise: from common assault to homicide", en HANMER, J. / MAYNARD, M. (eds), *Women, Violence and Social Control*, MacMillan, Londres, 1987, págs. 152 y ss.
- FLETCHER, G. P., *Rethinking Criminal law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- IDEM, *Las víctimas ante el jurado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FORELL, C., "Homicide and the unreasonable man", en *George Washington Law review*, 72, 2004, págs. 597 y ss.
- FORELL, C. / MATTHEWS, D., *A law of her own: the reasonable woman as a measure of man*, New York University Press, New York, 2000.

- FRANKLIN, K. / HEREK, G. M., "Violence toward homosexuals" en AAVV., *Encyclopedia of violence, peace and conflict*, vol. II, ed. Lester / Turpin, San Diego, 1999, págs. 139 y ss.
- GLICK, B. S. "Homosexual panic: Clinical and theoretical considerations" en *Journal of Nervous and Mental Disease*, 129, 1959, págs. 20 y ss.
- GOLDER, B., "The homosexual advance defense and the law/body nexus: towards a poetics of law reform", en *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 11 (1), 2004, págs. 8 y ss.
- HORDER, J., *Provocation and responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- HOWE, A., "Green vs The Queen: the provocation defence: finally provoked its own demise?", en *Melbourne University Law Review*, 22, 1998, págs. 465 y ss.
- IDEM "More folk provoke their own demise (homophobic violence and sexed excuses - rejoining the provocation Law debate, courtesy of the Homosexual Advance Defence)", *Sydney Law Review*, 19, 1997, págs. 336 y ss.
- IFILL, S. A., "Creating a truth and reconciliation commission for lynching", en *Law and Inequality Journal, a Journal of theory and practice*, 21, 2003, págs. 263 y ss.
- KAHAN, D., "The anatomy of disgust in Criminal Law", en *Michigan Law Review*, 96, págs. 1621 y ss.
- KEMPF, E. T., *Psycopathology*, C. V. Mosby, S. Louis, 1920.
- KIBELSTIS, T. E., "Preventing violence against gay men and lesbians: should enhanced penalties at sentencing extend to bias crimes based on victim's sexual orientation?" en *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 9, 1995, págs. 309 y ss.
- LEE, C., "The gay panic defense", en *U.C. Davis Law Review*, 42, 2008, págs. 471 y ss.
- IDEM, "The act-belief distinction in self-defense doctrine: a new dual requirement theory of justification", en *Buffalo Criminal Law Review*, 2, 1998, págs. 191 y ss.
- LEVINE, J. P., *Juries and politics*, Brooks/Cole Pub. Co., Pacific Grove, 1992.
- MacCAULEY, F., "Anticipating the past: the defence of provocation in Irish Law", en *Modern Law Review*, 50, págs. 133 y ss.

- MACDONALD, E., “No straight answer: homophobia as both an aggravating and mitigating factor in New Zealand homicide cases”, *Victoria University of Wellington Law Review*, 2006, págs. 223 y ss.
- MISON, R. B., “Homophobia in manslaughter: the homosexual advance as insufficient provocation” en *California Law Review*, 80, 1992, págs. 133.
- MORSE, S. J., “Undiminished confusion in diminished capacity”, en *Journal of criminal law and criminology*, 75, 1984, págs. 1 y ss.
- NAFFINE, N. / OWENS, R. (eds.), *Sexing the subject of law*, The Law Book Co., Sidney, 1997.
- PERRY, B., *In the name of hate: understanding hate crimes*, Routledge, New York, 2001.
- PIÑA ROCHEFORD, J. I., *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, ed. Comares, Granada, 2002.
- RAMOS BOSSINI, F. / GLEESON, M. / ARANA LANDÍN, S., *Diccionario bilingüe de terminología jurídica: Inglés - español / español – inglés*, cuarta edición, ed. Comares, Granada, 2005.
- REILLY, A., “Loss of self-control in provocation”, en *Criminal Law Journal*, 21, 1997, págs. 320 y ss.
- ROBINSON, P. H., “Causing the conditions of one's own defense: a study of the limits of theory in Criminal Law doctrine”, *Virginia Law Review*, 71, 1985, págs. 1 y ss.
- SCHMEISER, S. R., “The ungovernable citizen: psychopathy, sexuality, and the rise of medico-legal reasoning” en *Yale Journal of Law and Humanities*, 20, 2008, págs. 163 y ss.
- SEDGWICK, E. K., *The epistemology of the closet*, University of California Press, Los Angeles, 1990.
- SING, J. J., “Culture as sameness: toward a synthetic view of provocation and culture in the Criminal law”, en *Yale Law Journal*, 108, 1999, págs. 1845 y ss.
- SMITH, J. C., *Justification and excuse in the Criminal law*, Stevens and sons, Londres, 1989.

- SMITH, J. C. / HOGAN, B., *Criminal law: cases and materials*, cuarta edición, ed. Butterworths, Londres, 1990.
- SMYTH, M. A., "Queers and provocateurs: hegemony, ideology and the Homosexual Advance Defense", en *Law and Society Review*, Diciembre 2006, págs. 903 y ss.
- STEINBERG, V. L., "A heat of passion offense: emotions and bias in "trans panic". Mitigation claims", en *Boston College Third World Journal*, 25, 2005, págs. 499 y ss.
- SUFFREDINI, K. S., "Pride and prejudice: the homosexual panic defense" en *Boston College Third World Journal*, 21, 2001, págs. 279 y ss.
- SULLAWAY, M., "Psychological perspectives on hate crimes laws" en *Psychology, Public Policy and Law*, 10, 2004, págs. 250 y ss.
- TAYLOR, L. J., "Provoked reason in men and women: heat-of-passion manslaughter and imperfect self-defense", en *UCLA Law Review*, 33, 1986, págs. 1679 y ss.
- TOMSEN, S. / GEORGE, A., "The Criminal justice response to gay killings: research findings", en *Current issues in Criminal Justice*, 9 (1), 1998, págs. 56 y ss.
- TOMSEN, S. / MASON, G., "Engendering homophobia: violence, sexuality and gender conformity", *Journal of Sociology*, 37 (3), 2001, págs. 257 y ss.
- VALDÉS, F., "Unpacking hetero-patriarchy: tracing the conflation of sex, gender and sexual orientation to its origins", en *Yale Journal of Law and Humanities*, 8, 1996, pág. 161 y ss.
- WHITE, S. / HABIBIS, D., *Crime and society*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- WHITEHEAD, A., "Man to man violence: how masculinity may work as dynamic risk factor", en *Howard Journal of Criminal Justice*, 44(4), 2005, págs. 411 y ss.
- WITTGENSTEIN, L., *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, Vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- YOUNG, A., "Into the blue: the image written on Law", en *Yale Journal of Law and Humanities*, 13, 2001, págs. 305 y ss.