

Universidad Abierta Interamericana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Sede: Berazategui

Carrera: Abogacía

"DELITOS DE ODIO: ANÁLISIS DEL ART. 80 INC. 4 DEL CÓDIGO PENAL. DISCUSIONES EN TORNO A SU FUNDAMENTO Y CONSTITUCIONALIDAD"

TUTOR: Javier Teodoro Álvarez

ALUMNO: Daniela Belén Radozevich

TELÉFONO: 1561503318

E-MAIL: danielaradozevich@gmail.com

TÍTULO AL QUE ASPIRA: ABOGADA

FECHA DE PRESENTACIÓN: OCTUBRE 2021

ACEPTACIÓN DE LA RESERVA DE TEMA Y TUTOR SELECCIONADO

Reserva tema de tesis

14 mensajes

Daniela B. Radozevich <danielaradozevich@gmail.com> 14 de enero de 2020, 13:48

Para: "<Marilina.Miceli@uai.edu.ar>" <marilina.miceli@uai.edu.ar>

Marilina, buen día
Te escribo para pedirte la reserva del tema para mi tesis: "Los homicidios agravados en base al ánimo del autor: el odio como dispositivo amplificador de la responsabilidad penal".
El tema seleccionado corresponde además a la investigación que estamos llevando adelante con Javier Teodoro Álvarez como director de la misma, a quien designo como mi tutor de tesis.
Quedo a la espera de tu respuesta
Saludos

Daniela Radozevich
DNI 39980070

Marilina.Miceli@uai.edu.ar <Marilina.Miceli@uai.edu.ar> 6 de febrero de 2020, 13:34
Para: danielaradozevich@gmail.com
CC: Viviana.Cespedes@uai.edu.ar

Registrado, presentación a partir de abril. atte

Dra. Marilina Andrea Miceli

Secretaria Técnica de la

Facultad de Derecho y Cs. Políticas y

Directora de la carrera de Martillero publico,

Corredor y Administrador de consorcios

Universidad Abierta Interamericana

Tel. 4342-7788 int.139 Fax 4342-7654

**NOTA: El título aludido en el correo de reserva del tema de Tesis corresponde al título del Trabajo de Investigación realizado. Se lo ha mencionado para determinar claramente el tema sobre el que versaría el presente Trabajo Final de Grado. Esto ha sido posteriormente rectificado y registrado con el título correspondiente a la Tesis por Marilina Miceli.*

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARTA DE ACEPTACIÓN DE TUTORÍA

Por medio de la presente acepto asesorar en calidad de Tutor durante la etapa de desarrollo del Trabajo de Tesis de Grado hasta su presentación y evaluación a Daniela Belén Radozevich titular del DNI 39.980.070, quien aspira al título de Abogada.



JAVIER TEODORO ÁLVAREZ

INDICE

DELITOS DE ODIO: ANÁLISIS DEL ART. 80 INC. 4 DEL CÓDIGO PENAL. DISCUSIONES EN TORNO A SU FUNDAMENTO Y CONSTITUCIONALIDAD.

INDICE 4

Agradecimientos 7

I- RESUMEN 8

II- INTRODUCCIÓN 8

III- HIPÓTESIS 10

IV- MARCO TEÓRICO 10

V- MARCO METODOLÓGICO 11

VI- ESTADO DEL ARTE 12

CAPITULO 1: El odio como agravante de la responsabilidad penal: Conceptos y definiciones: Hate Crime y Bias Crime. Antecedentes normativos en nuestro país. El papel del prejuicio. Clasificación. Fundamentos de la agravante. Análisis de la ley 26.743. Concepto de identidad de género. 12

1.1. Orígenes del término crimen de odio (*Hate Crime)* y su diferenciación con el crimen prejuicioso *(Bias Crime)*. 13

1.2. Antecedentes normativos en nuestro país. 14

1.3. El papel del prejuicio en los crímenes de odio. 14

1.4. Clasificaciones de los crímenes de odio. Sujetos activo y pasivo. 16

1.5. Fundamentos de la agravante. 18

1.6. Análisis de la ley 26.743. Concepto de identidad de género. 19

VII- ABORDAJE TEÓRICO 21

CAPITULO 2: Análisis del tipo penal: La teoría del delito: ¿Dónde se ubica el odio? Diferentes posturas: Las motivaciones viles como incremento de la

culpabilidad. Un mayor injusto subjetivo. Tesis objetiva de resultado. La solución mixta objetivo-subjetiva.....21

2.1. Las motivaciones "viles" como incremento de la culpabilidad. Una mayor reprochabilidad basada en el móvil que impulsa al autor a cometer el delito.....22

2.2. Las incompatibilidades de la agravación de la culpabilidad por la actitud interna del autor.....24

2.3. Un mayor injusto subjetivo.....26

2.4. Tesis objetiva de resultado. La reinterpretación de los "motivos" como "efectos" exteriorizados.....28

2.5. La solución mixta objetivo-subjetiva 29

CAPITULO 3: Discusión sobre la constitucionalidad de la agravante. La culpabilidad, el derecho penal de acto y el principio de reserva del Estado. El reproche de los motivos emocionales en la agravante. Posibles soluciones a la inconstitucionalidad. Objetivizar el odio. Efectos supraindividuales.....31

3.1. Culpabilidad, derecho penal de acto y principio de reserva del Estado. 34

3.2. El reproche de los motivos emocionales en la agravante. 35

3.3. Posibles soluciones a la inconstitucionalidad. 37

3.4. Objetivizar el odio 38

3.5. Efectos supraindividuales 39

CAPITULO 4: El Estado como impulsor y encubridor del odio: Crímenes de Lesa Humanidad contra la comunidad LGTBIQ+. "Lxs 30.400". Testimonios: Valeria del Mar Ramirez. Ivanna Aguilera. 40

4.1. "Lxs 30.400" 43

4.2. Testimonios: Valeria del Mar Ramírez. 44

4.3. Testimonios: Ivanna Aguilera 46

CAPITULO 5: Jurisprudencia. Análisis y comentarios de fallos trascendentes en nuestro país: "C/ Gil, Claudio Javier". "Amancay Diana Sacayán". "Casiva, Fabián Alejandro p.s.a. Homicidio agravado, daño, etc.".

"Azzolini Ángel Emanuel s/ homicidio o Encubrimiento agravado y Biott Oscar Humberto s/homicidio simple"..... 47

5.1. "C/Gil, Claudio Javier - por homicidio doblemente agravado por alevosía y odio a la orientación sexual de la víctima y hurto en concurso real, (art. 80 incs. 2ºy, 4ºy 55 del Código Penal)" . Sala tercera de la Cámara en lo Penal y Correccional de la Provincia de San Juan - 27/05/2016..... 47

5.2. "Amancay Diana Sacayán" Expte. N.º 62.162/2015 – Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N.º 4 de Capital Federal- 18/06/2018..... 49

5.3. "Casiva, Fabián Alejandro p.s.a. Homicidio agravado, daño, etc." Expte. SAC 6764069 - Cámara en lo Criminal y Correccional N°9 , Secretaría N° 17 de Córdoba. 11/09/2019..... 54

5.4. "Azzolini Ángel Emanuel s/homicidio o Encubrimiento agravado y Biott Oscar Humberto s/homicidio simple" - Expte. N° 5610/17 - Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Cruz – 13/06/2019..... 57

VIII- CONCLUSIONES 59

IX- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 63

X- ANEXO..... 66

Anexo 1: "Nuevos aires se acercan a los justiciables que por mucho tiempo fueron olvidados (Luego del fallo Sacayán)" 67

Agradecimientos

A mi tutor, Javier Teodoro Álvarez, no solo por haberse comprometido conmigo para apoyarme en esta última instancia académica, sino también por ser parte esencial en mi formación a lo largo de la carrera, brindándome siempre la oportunidad de continuar aprendiendo a su lado.

A las hermanas que me dio la vida, mis amigas: Giuliana Piaggio y Agustina Meccico. Estuvieron en cada pequeño logro, fueron contención en los momentos difíciles y compartieron conmigo los momentos de felicidad. Gracias, de verdad. Sin ustedes no estoy completa.

A mi otro yo en versión masculina que conocí transitando la carrera, Dan Treiyer. Gracias por formar parte de mi vida hace ya más de 6 años de manera incondicional.

A mi familia entera: abuelas María Antonia Angeletti y María Isabel Jurio, mis tíos Laura Radozevich, Claudio Villalba y Mauricio López, a todos mis primos, a mis padrinos Pablo Román Fabbro y María Paula Kovacs y mi ahijada Sofía López. Me dieron siempre el aliento para seguir, padecieron y también se alegraron conmigo en cada oportunidad, festejan a mi lado cada pequeño acierto y me acompañaron desde el comienzo hasta esta última instancia. Ellos también son parte de esto.

También a esa familia que uno elige. Que no son de sangre, pero el amor que les tengo los pone en ese lugar. A ellos que desde que nací me adoptaron como sobrina y estuvieron siempre ahí para mí, mis tíos Edgardo Stangalini y Laura Euti.

A mi hermano, que durante todo mi paso por la facultad se la pasó alardeando que iba a tener una hermana abogada, que también ha soportado mis nervios y que siempre estuvo para decirme las palabras correctas en el momento exacto. Es el compañero que voy a tener toda la vida, y mi mayor orgullo. ¡Te amo Fede!

Y por sobre todas las cosas quiero agradecerles a mis cimientos, a las dos personas sin las cuales hoy no sería quien soy, ni hubiera llegado hasta acá. A quienes toda la vida me enseñaron que, si hay algo que querés alcanzar, tenes que levantarte todos los días pensando que vas a lograrlo, comprometerte y pelear por eso. Sé del esfuerzo, sé del comprimo, sé del amor por verlos a ellos, y porque lo aplican en todo lo que hacen. Me enseñaron que siempre se puede, que basta con poner todo de uno y hacerlo con el corazón. Me dieron lo mejor que tienen: sus valores. Y eso no tiene forma de ser agradecido. Espero de esta manera compensar un poco de todo lo que me dieron. Aunque jamás va a ser suficiente. Gracias, Sergio Radozevich y Erika Kovacs, papá y mamá. Los amores de mi vida.

I- RESUMEN

En el presente trabajo de investigación analizaremos en profundidad el inciso 4 del artículo 80 de nuestro Código Penal, el cual establece *"reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: ..." "...4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión".* Dicho análisis radicará en los conceptos y definiciones que dan origen a la agravante, los antecedentes normativos de los homicidios motivados por el odio, la necesidad y justificación de esta agravante y su distinción con los delitos de homicidio simple, la ubicación del odio según la teoría del delito y sus diferentes posturas doctrinarias, la discusión constitucional con respecto a una pena dirigida a una motivación interna y propia del sujeto activo, el análisis del rol del Estado como impulsor y encubridor de estos delitos, y finalmente una observación respecto a su aplicación, revisando la jurisprudencia disponible al momento de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: homicidios por odio, hate crime, bias crime, prejuicio, estereotipo, femicidio, travesticidio, odio a la orientación sexual, odio a la identidad de género, agravante, lesa humanidad, colectivo LGBTIQ+, motivación del autor, amplitud de la respuesta punitiva, constitucionalidad.

II- INTRODUCCIÓN

Los homicidios cometidos por odio adquieren de manera notoria una mayor gravedad que un homicidio común por dos motivos: en primer lugar, debido a que habitualmente en su comisión suele evidenciarse una extremada violencia, y por otro lado porque propaga un sentimiento de terror entre quienes comparten la característica en cuestión de la víctima.

Aun así, y sin desestimar esta particularidad de violencia y su efecto coercitivo tan repetidos en estos delitos, es menester aclarar que esta agravante no se da por su modalidad comisiva ni por sus efectos en la sociedad, sino por los motivos del agente. Es en este punto que comenzamos a encontrarnos con

diferentes posturas doctrinarias encontradas y problemáticas con respecto a su correcto análisis y aplicación, más que nada en su apreciación constitucional. El problema de una agravante basada en la mera motivación individual es que en primera instancia parecería acercarnos a un derecho penal de autor, pero para evitar ese análisis erróneo debemos tener en cuenta que la clara distinción que justifica la agravante del delito de homicidio motivado por el odio se encuentra en el hecho de que el autor mata porque la víctima no vive conforme a los parámetros que él considera correctos. Esto último, no sucede en los homicidios comunes. Por ende, podemos advertir que, para cierto sector de la doctrina, la motivación que encuentra el autor para la comisión del homicidio se encuentra en la falta de sometimiento[1] del sujeto pasivo a la forma de vida sostenida como acertada por el autor del hecho. Es evidenciable que el resultado es el mismo, tanto en los homicidios simples como en los cometidos por odio: la víctima termina muerta, y no es tan fácil esclarecer qué agrega el odio a esa muerte para permitir un trato penal más severo. Su comisión de modos especialmente violentos o aberrantes y el aumento deliberado de sufrimiento en la víctima podrían suponer, como sostuvimos con anterioridad, una posible justificación. Aun así, nos encontraríamos en este último sentido juzgando el modo de comisión y no la motivación del agente.

Un homicidio fundado en la condición de mujer u orientación sexual de la víctima dan cuenta de algo más que un mero estado mental subjetivo: señalan una pretensión de sometimiento del sujeto pasivo por parte del autor, donde de no darse dicho sometimiento se obtiene como resultado directamente la comisión del delito, y en el mismo sentido, la víctima podría evitar la agresión doblegándose a la voluntad que el autor quiere imponerle. Es esto lo que exhibe la clara diferencia entre ambas clases de homicidios, y justifica su trato diferenciado.

Los hechos por odio y los hechos comunes pueden ser, entonces, externamente idénticos, pero podemos ver como esta idea de sometimiento puede dar cuenta de la mayor gravedad que adquieren este tipo de homicidios.

[1] Nota del autor: Desarrollaremos en profundidad la teoría del sometimiento a lo largo de este trabajo.

Para poder traer claridad a este tema, el presente trabajo esbozará en su primera parte el estado del arte, trayendo en el primer capítulo su antecedente tanto normativo como conceptual, brindando definiciones -y sus orígenes- que sean de utilidad para comprender el objeto de esta tesis. En una segunda parte, plasmaremos las diferentes posturas doctrinarias existentes con respecto a la ubicación del "odio" en la teoría del delito, dejando en claro a cuál de ellas adscribimos dogmáticamente y el por qué. Luego, en el tercer capítulo estudiaremos la constitucionalidad del inciso 4 del artículo 80 de nuestro Código Penal, procurando exponer con claridad dicha postura. Y finalmente, en el cuarto apartado, haremos un análisis de la jurisprudencia actualmente disponible en esta materia.

III- HIPÓTESIS

En lo referente a este proyecto de investigación, y teniendo en cuenta las diferentes posturas doctrinarias que se encuentran actualmente en discusión, manifestamos que la ampliación de la respuesta punitiva por el ánimo del sujeto activo es válida a la luz de nuestra constitución.

IV- MARCO TEÓRICO

Los delitos de odio han sido conceptualizados en nuestro ordenamiento derivando de la normativa internacional. Existe gran cantidad de instrumentos de derechos humanos que establecen las obligaciones de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans. Entre ellos, encontramos: arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *"Protocolo de San Salvador";* art. 1, 5.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *"Pacto de San José";* art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Derecho a la Igualdad y art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Así también, los diversos organismos internacionales han aportado su definición para los delitos de odio, los cuales han servido como base conceptual para la tipificación de estos crímenes en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) define *crimen de odio* como *"toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados debido a su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la «raza», origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos".*

Así también, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en el párrafo 7 de su Observación general N° 18 señaló que: *"El Comité considera que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición política o de otra índole, el origen nacional o social y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"*

A la luz de esta conceptualización es que podremos esbozar los primeros lineamientos para comprender los fundamentos y contenido del inciso 4 del artículo 80 del Código Penal, objeto de estudio del presente trabajo.

V- MARCO METODOLÓGICO

Para realizar este trabajo se optó por la Metodología cualitativa, de tipo exploratoria-descriptiva, ya que se pretende indagar sobre la legislación vigente, jurisprudencia y debates doctrinarios, para luego desarrollar una descripción que permita dar respuesta a la pregunta de investigación.

La elección de esta estrategia metodológica se sustenta en que el problema de investigación planteado gira en torno a conocer cuál es el fundamento para

sostener que a la luz de Constitución Nacional el inc. 4 del art. 80 es válido, como así también entender la actuación que desarrolla el Estado a través del cumplimiento de la basta normativa internacional respecto a derechos humanos, y el latente crecimiento de protección legal en cuestiones de identidad de género, a raíz de la importancia que reviste la problemática de los delitos de odio cometidos por estas razones.

La técnica de recolección utilizada es la de observación y análisis de datos proporcionados por legislación, fallos, doctrina y bibliografía especifica, entre las que se mencionan el Código Penal, la Ley 26.743 denominada "Ley de Identidad de Género", y los diversos tratados internacionales a mención en el acápite de Marco Teórico.

El trabajo de investigación se considera relevante ya que la aplicación de la agravante aquí en estudio ha sido de gran debate respecto a sus fundamentos y aplicación, y como consecuencia su campo de acción ha sido muy limitado desde la incorporación de este inciso. En consecuencia es necesario aportar a la legislación presente un marco de claridad, estudio y fundamentación que nos permita acortar la brecha respecto a su discusión, comprendiendo que esta ampliación a la respuesta punitiva es necesaria a la luz de los delitos cometidos por *odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.*

VI- ESTADO DEL ARTE

CAPITULO 1: El odio como agravante de la responsabilidad penal: Conceptos y definiciones: Hate Crime y Bias Crime. Antecedentes normativos en nuestro país. El papel del prejuicio. Clasificación. Fundamentos de la agravante. Análisis de la ley 26.743. Concepto de identidad de género.

Para comenzar un análisis retrospectivo en relación con la figura de odio como dispositivo amplificador de la responsabilidad penal, es necesario conocer en una primera instancia a qué nos referimos cuando hablamos de crímenes odio y cómo se ha incorporado dicho concepto a los cuerpos normativos. Pero para ello, debemos tener en claro que no existe una definición genérica. Atento a esto,

es que intentaremos dar una aproximación conceptual que se halle más acorde a lo que nuestra norma prevé.

1.1. Orígenes del término crimen de odio (*Hate Crime)* y su diferenciación con el crimen prejuicioso *(Bias Crime).*

Nuestro ordenamiento, al igual que muchos de los ordenamientos latinoamericanos, ha receptado el concepto estadounidense de *Hate Crime* (crímenes de odio) que data de la década del setenta, alcanzando su status en su país precursor en 1985 con la presentación del Hate Crime Statistics Act, que se convertiría en ley federal cinco años después y allanaría el camino para las tres leyes federales adicionales, así como para numerosas disposiciones estatales en el marco de una discusión política y mediática, sobre lo que se denominó una epidemia de crímenes de odio a lo largo de la nación. Esta propagación del alarmante fenómeno no fue únicamente el resultado de un masivo cubrimiento por parte de los medios estadounidenses, sino que nació de la necesidad de la sociedad de reprochar los hechos cometidos con violencia extrema y claros vestigios de prejuicio. En este proceso de deconstrucción social, el *Hate Crime* quedó plasmado en el imaginario colectivo, pero su recepción normativa se dividió en dos, refiriéndose más al prejuicio y a la selección especifica de la víctima por pertenecer a determinados grupos, que, al odio motivador del autor en sí, hasta el punto de prescindir en algunos cuerpos normativos de esta segunda condición para la configuración de la figura. Por un lado, se utiliza el concepto de *Hate Crime* principalmente en las leyes federales, y por otra parte se utiliza el *Bias Crime* (crimen prejuicioso) cuyo contenido tiene una referencia al prejuicio y se advierte, por lo general, en la jurisprudencia estatal. Esta diferencia conceptual no alcanza un mayor sentido con respecto a su interpretación, es muy común su utilización como sinónimo uno de otro. En este sentido, el FBI define al *Bias Crime* como "*una infracción penal cometida contra una persona o propiedad que está motivada, total o parcialmente, por el prejuicio [bias] del autor contra una raza, religión discapacidad, orientación*

sexual, u origen étnico/nacional; también conocidos como Crímenes de Odio [Hate Crimes]"[2].

1.2. Antecedentes normativos en nuestro país.

La circunstancia calificante de homicidio agravado por *odio racial o religioso* fue introducida en el derecho positivo argentino por el decreto ley 4778/1963, derogado por la ley 16.648 de 1964, el que pareciera haberla tomado del art. 111, inc. 4° del Proyecto de 1960. Dicho proyecto hacía extensible la agravante para los delitos de lesiones y agresión e invocaba a la Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9/12/1948, a la que adhirió Argentina por el decreto ley 6268/1956, ratificado por la ley 14.467. Tiempo después, reapareció el calificante en la ley 17.567 hasta su derogación por la ley 20.509 de 1973, su reposición por la ley 21.338 de 1976, siendo mantenida en 1984 por la ley 23.077.

Por otro lado, el calificante por *odio de género* fue introducida por la ley 26.791, sin ningún antecedente en la legislación nacional, y fue tipificada con motivo de conmoción publica causada por los hechos de violencia de género que provocaron un elevado número de femicidios. Esta misma ley, incorporó también en la última parte del inciso 4° del art. 80 los homicidios causados por el *odio a la orientación sexual, a la identidad de género o a su expresión*, conceptos que más adentrados en este trabajo desarrollaremos de manera clara.

1.3. El papel del prejuicio en los crímenes de odio.

A pesar de las diferencias conceptuales que podamos encontrar entre definiciones de corte académico o hasta aquellas de uso jurídico, es posible observar que en todos los casos el prejuicio o el odio basado en lo que refiere a lo racial, religioso, de género o a la orientación sexual se considera como una circunstancia agravante a la hora de cometer un delito. En más de 25 países alrededor del mundo la legislación es coincidente en este aspecto[3], y podemos encontrar al menos tres elementos indispensables para considerar un

[2] DIAZ LOPEZ, Juan Alberto, Tesis doctoral *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 8/11/2012, p.84

[3] HUMAN RIGHTS FIRST, *Hate Crime Survey (1er ed.)*, Washington D.C. Human Rights First pág. 127- Disponible en: https://www.humanrightsfirst.org/sites/default/files/FD-081103-hate-crime-survey-2008.pdf

determinado acto como un crimen de odio. En primer lugar, tendremos una agresión o conjunto de agresiones dirigidas a lesionar los derechos de una persona. En segundo lugar, estas agresiones deben estar dirigidas a sectores sociales en situación de vulnerabilidad, mayormente raciales, étnicos, de género, orientación sexual y/o identidad de género. Y, por último, debemos tener un autor basado en una motivación fundada en el odio, el prejuicio, la intolerancia, el rechazo, o el desprecio[4].

Ahora bien, a pesar de que como hemos visto nuestro ordenamiento jurídico no pone énfasis en el prejuicio, sino más bien en el odio como motivación del autor, debemos comprender la importancia que este reviste en la comisión de la conducta delictiva, puesto que es parte imprescindible de nuestro análisis. Es sabido que, si el prejuicio constituye un mero pensamiento no exteriorizado, no hay un hecho, por ende, tampoco hay un delito. En ese mismo sentido, parece irracional pensar en el prejuicio como algo únicamente negativo teniendo en cuenta además que ningún acto proveniente del ser humano se encuentra libre de este.

Considerando esta definición del prejuicio en sí mismo como algo ateniente únicamente a la psiquis del autor sin una exteriorización, podemos marcar la diferencia notoria con el prejuicio como parte indispensable para la comisión de los crímenes de odio: en este último el autor motivado por el prejuicio pasa a la acción, dejando de existir únicamente como un pensamiento para materializarse. Es aquí, donde el prejuicio juega un papel clave para la agravante, porque además de traernos a la luz con esta materialización la motivación del autor, deja entrever que ha evaluado la situación, y justifica este daño causado en su fiel creencia de que la víctima es merecedora del trato inferior que supone el delito por su determinada condición. A este respecto, debemos aclarar que el prejuicio motivador del sentimiento de odio o aversión del autor es expresamente negativo y responde a un estereotipo que tiende a deshumanizar a la víctima debido a su característica, forma de vida o pertenencia a un determinado grupo que se contraponga a lo que éste determina como "correcto modo de vivir", y

[4] CEJIL, *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género: Costa Rica, Honduras y Nicaragua (2013)*. Disponible en: https://cejil.org/es/diagnosticocrimenes-odio-motivados-orientacion-sexual-e-identidad-genero-costa-rica-honduras-y

encontrará en esa misma estereotipación la justificación del mal que le desea, arraigado a la fuerte convicción de que de alguna manera está librando a la sociedad de una supuesta amenaza. En síntesis, podemos decir que "el prejuicio […] se origina en el estereotipo y en el estereotipo encuentra su justificación"[5].

Expuesto esto, es importante aclarar que no bastará con que el autor tenga algún sentimiento prejuicioso sobre alguna característica de la víctima, como así tampoco será suficiente con el odio en sí mismo: deberá existir una vinculación directa del prejuicio u odio con la comisión del hecho delictivo, la cual encontraremos en la motivación del autor para cometer el ilícito, punto que será objeto de análisis más adentrados en este trabajo.

1.4. Clasificaciones de los crímenes de odio. Sujetos activo y pasivo.

La figura delictiva aquí analizada no rodea a la autoría de características especiales, por lo que ni el sujeto activo ni el pasivo son calificados: pueden cometer el homicidio por odio de género, a la orientación sexual, a la identidad de género o a la expresión de esta, tanto el hombre como la mujer, y sufrirlo, por igual aquel y la última[6]. Dicho esto, procederé a detallar los diversos sujetos que son receptados por la norma como pasibles de ser sujetos pasivos.

Para poder analizar en profundidad los diversos sujetos pasivos, iremos distinguiendo los nombrados en el texto penal, pero es menester aclarar que nos encontramos ante una universalidad de posibles sujetos pasivos, debido a que la relevancia recaerá en que el sujeto activo motive su conducta en base al odio a estos potenciales sujetos pasivos, y seleccione la victima de manera intencional.

Esta pluralidad de sujetos pasivos responde al hecho de que la agravante está basada en el motor que motiva la conducta del sujeto activo: el odio a esos grupos; y no en el sujeto pasivo, el cual ni siquiera es necesario que pertenezca a dicho colectivo.

En el homicidio por odio a la identidad de género queda indudablemente abarcado en el universo de posibles sujetos pasivos, el sujeto que, habiendo

[5] DIAZ LOPEZ, Juan Alberto, Tesis doctoral *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 8/11/2012, p.94

[6] GUSTAVO A. AROCENA, *Femicidio y otros delitos de género*, Editorial Hammurabi, 2017, p. 50

nacido hombre o mujer, ha ejercido su *derecho a solicitar rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida*[7]. Y esto es así, incluso en el caso de quien ha hecho uso de tal *derecho, sin haberse practicado intervención quirúrgica por reasignación genital, ni haber realizado terapias hormonales u otro tratamiento médico*[8]. El odio también se extiende a la orientación sexual de la víctima que se manifiesta por parte del sujeto activo por un rechazo a dicha tendencia y está referida a la atracción sexual al mismo sexo, al sexo opuesto o a ambos sexos. Este odio también se refleja a la identidad de género que tiene lugar cuando el sujeto activo mata a la víctima en virtud de ciertas manifestaciones de aquel respecto a su sentimiento interno de ser hombre o mujer, masculino o femenino[9].

Es decir que esta motivación –identidad de género, tanto real como supuesta- incluye el odio o sentimiento adverso a la persona por su cambio de sexo, por tener modales, forma de hablar o vestimenta que no coincide con su conformación biológica, a quien mantiene su pertenencia a un determinado género –sea femenino o masculino- pero se manifiesta perteneciente al contrario, tal es el caso del travestismo o transformismo[10].

En los delitos de odio las víctimas son seleccionadas en forma intencional por motivo de intolerancia, de modo tal que se les provoca un daño físico y emocional realmente inconmensurable. Asimismo, se atemoriza y se pone en riesgo a la seguridad de la ciudadanía enviando, lógicamente, un evidente e impetuoso mensaje de amenaza e intolerancia[11]. Esta última consecuencia reviste otro gran fundamento que justifica la agravante, el cual desarrollaré en el siguiente punto de este capítulo.

Entonces, existe tal odio cuando el sujeto activo mata a la víctima por su aversión a estas condiciones y esta aversión es la motivación individual de corte psicológico que pone en marcha la acción homicida.

---

[7] Art. 3° Ley 26.743

[8] Art. 4°, in fine, ibid.

[9] FEDERACION INTERNACIONAL DE PLANIFICACION DE LA FAMILIA, *Derechos sexuales: una declaración de IPPF*, 2008, p. 25.

[10] CARLOS FONTAN BALESTRA, *Tratado de derecho penal -Parte Especial-, 2013, p. 106*

[11] IBARRA ESTEBAN, *La lucha contra los delitos de odio en Europ*a, Movimiento contra la intolerancia, Fondo Europeo para la integración, Madrid, 2005, p. 5

1.5. Fundamentos de la agravante.

Como he mencionado anteriormente, cuando hablamos de homicidios motivados por razón de odio, encontramos como patrón repetido la brutalidad con la que estos delitos son cometidos. En muchos de los casos la extremada violencia con la que actúa el sujeto activo constituye una evidente demostración de su sentimiento de aversión hacia la víctima. Esta característica tan particular que revisten gran cantidad de estos homicidios podría develarnos el porqué de esta agravante que apunta en este caso a su modo de comisión. Pero a pesar de ello, y estando aún de acuerdo con esta justificación mencionada, no es la única que hallamos.

Para facilitar la exposición de los fundamentos, lo hemos dividido en tres categorías, pero encontramos aquí necesario aclarar que es el conjunto de ellas lo que engloban el fundamento de la agravante, ya que una funciona en relación con la otra recíprocamente, y en cadena. En primer lugar, tenemos el **fundamento "social o colectivo".** En él, hacemos referencia a la repercusión que tiene este tipo de delitos no solo para la victima seleccionada, sino también para aquellos que compartan rasgos por los cuales ésta fue escogida. En este caso, las consecuencias del accionar homicida no finalizan con el acto en sí, sino que además infunden miedo y tienen carácter coercitivo para el resto del colectivo al que la víctima pertenece. Como ya sabemos, las víctimas en los delitos de odio son seleccionadas por lo que representan más que por quienes son, generando como consecuencia la sensación en la sociedad de que quien fue víctima podría ser intercambiada por cualquier persona con la que se compartan rasgos característicos de la intolerancia y el rechazo a la que se dirige el autor.

En una segunda hipótesis, encontramos el **fundamento "personal de peligrosidad o perversión"** en el actuar del actor. Nos encontramos aquí con un sujeto activo que despliega su accionar basado en un sentimiento profundo de aversión, que devela una perversión en la psiquis de este mismo. A estos fines entenderemos perversión como la *condición fija de goce, cuando el sujeto perverso transgrede la ley porque obedece a otra que es la ley propia de su goce, la presencia de un odio exacerbado ligado al sadismo*[12]. Este supuesto

[12] PROVENZANO, MARTA. *Clínica diferencial. Psicopatía-perversión perversidad. A propósito de un fallo judicial.* I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional

señala la particularidad que reviste el hecho de que una persona mate a otra por un sentimiento de odio, o por no adecuarse a lo que este considera como correcto. Este autor con la comisión del delito suele creer además que está haciendo un bien a la sociedad al eliminar esta "amenaza", lo que asevera este profundo convencimiento de que aquello que está haciendo está justificado, que el sujeto pasivo merece por su forma de vivir, relacionarse, o manifestarse aquello que le está infligiendo. Lo que busca un perverso con su acto es doblegar al partenaire, provocar el horror, que el sujeto sufra y que admita finalmente estar a merced de él[13]. Aun así, cierto es que la ley no castiga la personalidad del actor, sino la acción cumplida por el impulso homicida que responde al sentimiento de odio que este tiene. En relación con ello, tenemos también el tercer supuesto, el **fundamento discriminatorio,** ya que la selección de la víctima se basa en condiciones personales de esta, tal como lo enuncia el inciso en cuestión. Esta agravante además de estar reprochando la conducta lesiva del sujeto activo estaría funcionando como método para reprochar también la discriminación que reviste y como dispositivo para su eliminación. Si dejásemos de lado esto, no estaríamos reparando en el daño que estos delitos generan de manera extensible para la sociedad, y no solo para la víctima seleccionada. Nos encontraríamos, por el contrario, dejando que se socave aún más la marginalización que estos grupos padecen, como método propio de supervivencia. Cuando una persona es asesinada por pertenecer a alguno de los grupos enunciados, implícitamente se está enviando un fuerte mensaje de odio a todo el colectivo, y por lo tanto, se los está obligando a continuar viviendo bajo la sombra de la desigualdad para evitar un desenlace de este tipo. En ese sentido, el fundamento para esta agravante es velar también por la igualdad que nuestra constitución pregona, dándole un castigo más severo a aquellos que motiven su accionar en el odio a estos mismos.

1.6. Análisis de la ley 26.743. Concepto de identidad de género.

---

en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 531.

[13] IBID.

La ley 26.743 fue promulgada en el año 2012, conocida bajo el nombre de Ley de Identidad de Género como respuesta a la necesidad de reconocimiento de derechos atenientes a ubicar en plano de igualdad legal a los colectivos históricamente marginados. Es indispensable para la correcta interpretación del inciso 4° del art. 80 de nuestro Código Penal conocer lo que este ordenamiento promulga.

Este cuerpo legal además de reconocer derechos indispensables, se dedicó a definir el concepto de *identidad de género,* entendiéndolo como *la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo,* pudiendo involucrar *la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.*

Con respecto al reconocimiento de derechos han introducido, entre otros, el derecho a que se reconozca la identidad de género y su libre desarrollo personal conforme a su identidad, y a ser tratado de acuerdo con su identidad de género y a ser identificada de ese modo. En cuanto a los trámites para la rectificación registral previstos en dicha ley, se ha consagrado el derecho a que sean gratuitos y personales sin que deba mediar ningún abogado o gestor. Introduce además la |hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin tener que mediar autorización legal o administrativa alguna para ello. Y por último se destaca el derecho a que sea respetada la identidad de género de aquellos que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

VII- ABORDAJE TEÓRICO

CAPITULO 2: Análisis del tipo penal: La teoría del delito: ¿Dónde se ubica el odio? Diferentes posturas: Las motivaciones viles como incremento de la culpabilidad. Un mayor injusto subjetivo. Tesis objetiva de resultado. La solución mixta objetivo-subjetiva.

En el presente capítulo nos adentraremos en el estudio dogmático de la naturaleza jurídica del agravante introducido por el inciso 4 del artículo 80 de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Para ello, debemos convenir que la naturaleza jurídica de una agravante encuentra su fundamento dentro del aparato conceptual que representa la Teoría del Delito. Esta, "se encuentra destinada a operar como un sistema inteligente de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo"[14], y a su vez darle lugar en los supuestos que lo establece.

Dicha dualidad se halla contemplada en la redacción de los tipos penales, donde de cada uno de ellos se deducirá una norma, y las conductas que realizan el tipo, serán aquellas que violen dicha norma.

Ahora bien, para poder determinar donde se ubica el odio, debemos tener en cuenta que es en este motivo donde se fundamenta la existencia del delito.

Nuestro ordenamiento jurídico optó por garantizar que aquellas motivaciones basadas en el *odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión* en la comisión de la conducta típica se consideren circunstancia agravante. Por consiguiente, el estudio de la naturaleza jurídica debe partir de que se ha reconocido legalmente un papel a estos motivos.

En el mismo orden de ideas, podemos establecer que en los crímenes de odio la atribución concreta de responsabilidad a un sujeto se explica, como mencionamos, por los motivos que este tuvo en la comisión del tipo penal.

En este sentido, se considera al motivo como un añadido de desvalor, al desvalor del delito en sí. Pero no es el móvil en sí mismo el que agrava el tipo

[14] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Estructura básica del derecho penal*, EDICION 2009, p.13

penal, sino que se toma en cuenta en tanto arroje luz sobre el hecho. En efecto, al autor se le estará imputando el hecho cuando cumpla este precepto, no evaluando de manera moral y aislada su motivación.

De esta manera, encontramos entonces conveniente mencionar las diferentes teorías que se encuentran en discusión.

Por un lado, la postura dominante entiende que nos encontramos ante una mayor culpabilidad. Por otro, algunas se inclinan hacia un mayor injusto. Inclusive encontramos puntos intermedios, con teorías mixtas que suponen una mayor culpabilidad sobre la base de un mayor injusto. Y, por último, están quienes afirman que habrá que entender el caso concreto para poder atribuirles algún valor.

A continuación, intentaremos dar aproximaciones a la naturaleza jurídica de esta agravante, partiendo de estas propuestas mencionadas.

2.1. Las motivaciones "viles" como incremento de la culpabilidad. Una mayor reprochabilidad basada en el móvil que impulsa al autor a cometer el delito.

En esta primera postura, nos encontramos con una mayor reprochabilidad basada en el motivo que guio al autor a cometer su delito. En este supuesto, el odio discriminatorio (siempre entendiendo que puede ser racial, religioso, de género, a la orientación sexual, identidad de género o su expresión).

Es requisito que aquella motivación sea determinante para la comisión de este, y encuentra el fundamento de su agravación en la connotación maliciosa del móvil.

Podemos concluir que de no existir esta motivación que ha impulsado al autor a cometer el delito, tampoco existiría la conducta reprochable. Dicho esto, es apropiado arribar en la deducción de que esto supone una mayor culpabilidad.

En un mismo plano, definimos que "la configuración de la circunstancia agravante en el sentido indicado, centrada en la actitud personal contraria a valores, permite fundamentar la agravación en el ámbito del juicio personal de

reproche"[15] llevando a la conclusión de que, al no tratarse de acciones reconducibles al tipo del injusto, pertenecen entonces a la culpabilidad.

Ahora bien, esta culpabilidad deberá servirnos para explicar la imposición de una determinada pena al sujeto que la padece. En este caso, aplicará la agravante si se prueba que la motivación del autor para cometer el delito fue el odio discriminatorio.

Es menester entender por qué razón el legislador ha tomado estas motivaciones personales de odio como merecedoras de una pena más severa. Y las posibles explicaciones, dependerán del concepto de culpabilidad penal del que partamos.

Asentir así que motivaciones abyectas denotan un delincuente más temible y por consecuencia una mayor culpabilidad ha sido una de las teorías más aceptadas en la doctrina penal. Este concepto consiste en que "el que mata en ciertas condiciones no quiere matar a un hombre determinado, sino a un hombre cualquiera, y todo hombre es un hombre cualquiera"[16], es decir que la capacidad criminal del sujeto se determina por la perversidad de este al momento de cometer el acto.

Por ello, si alguien mata por motivos de *odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión*, nos encontraríamos ante un estado de peligrosidad que recae sobre el sujeto, de modo que un autor de un delito que ha sido impulsado por estas motivaciones viles, deja en evidencia rasgos de una personalidad del tipo discriminatoria, machista, homofóbica, y/o intolerante respecto a las decisiones que engloban la esfera privada de las personas en torno a su sexualidad o expresión de género. En este caso, la responsabilidad por la peligrosidad que una persona con estos rasgos discriminatorios representa, se añadiría a la preexistente responsabilidad por la comisión del tipo penal.

Resulta casi evidente indicar que no estamos ante una idea nueva. Desde el siglo XII con la progresiva influencia del derecho canónico sobre el penal, fue introduciéndose la noción de que el "*hombre malo"* comete malas acciones. Se

[15] J. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el Derecho Penal*, 1998, p.65
[16] E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Tomo I (Parte General*), 14ª edición, 1964, p.553

comienza en ese entonces a deducir al delito como sinónimo de pecado, y a las malas motivaciones como sinónimo de hecho malo, es decir, delictivo. Los hechos y la culpabilidad eran evaluados en concordancia al reproche moral de las motivaciones del autor.

Posteriormente a partir de la irrupción del positivismo en el siglo XIX, comenzaron a abandonarse de manera paulatina estas posturas, buscando una atribución menos arbitraria de responsabilidad penal, más proporcional y basada en el hecho, y no en lo abyecto de su motivo. Aun así, y pese a asumir que la responsabilidad deriva del hecho, subsiste hoy una concepción doctrinal de lo que es culpabilidad que se encuentra inclinada hacia estos preceptos. Según esta, los móviles viles nos sirven de indicio para evidenciar la actitud interna del autor, revelándose por esa razón como elementos de culpabilidad[17].

Cuando un sujeto realiza un acto externamente antijurídico, es preciso valorar su actitud interna para determinar si el autor tenía la intención de incumplir la norma. En esta valoración, el motivo será aquello que nos permitirá graduar la calidad de esa actitud interna. Un motivo discriminatorio entonces, nos dejaría en evidencia que la calidad de la actitud interna del autor era pésima, añadiendo al desvalor por el injusto típico cometido, un desvalor adicional que afecta a la culpabilidad.

Ahora bien, es necesario detenerse a analizar este llamado "derecho penal de la actitud interna" para evitar incurrir en el error de dar por sentado que nos encontramos ante una aplicación de la agravante hacia una mayor culpabilidad solo porque a "motivos" se refiere.

2.2. Las incompatibilidades de la agravación de la culpabilidad por la actitud interna del autor.

Apuntar desde la categoría dogmática de la culpabilidad a la moral del autor teniendo en cuenta sus motivos discriminatorios como agravante de la responsabilidad penal, parece traernos consigo algunas dificultades.

Una de las críticas más esbozadas por gran parte del sector doctrinal con respecto de considerar que se afecte a la culpabilidad, parte del precepto de que

[17] U. EDBERT, *Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 117 y 135

no parece admisible que las motivaciones del autor agraven la responsabilidad por el hecho debido a que la gravedad del delito no puede determinarse atendiendo a la gravedad de la culpabilidad.

La gravedad de la lesión deberá ser congruente con la penalización del delito, es decir, que a mayor gravedad de la lesión, deberá existir un aumento de la exigencia legal. Entendemos a la culpabilidad como la mayor o menor posibilidad de imputar al sujeto activo el desvalor de esa lesión, o puesta en peligro del bien jurídico protegido, no como un aumento de la gravedad de la lesión.

La culpabilidad solamente condiciona la posibilidad de imputar la lesión, con su gravedad, ya sea completamente (este es el límite máximo) o en forma disminuida. Por muy completa que sea la culpabilidad del sujeto plenamente imputable que comete una falta, no aumentara la gravedad de esta. En cambio, por grave que sea un delito, puede cometerse con una culpabilidad disminuida o sin culpabilidad alguna[18].

De esta manera, nos encontramos con que una circunstancia modificativa que apele a las motivaciones solo puede operar en esta categoría dogmática de una sola manera: atenuando la pena a imponerle al sujeto, no agravándolo. No puede ser más grave un delito por la afectación a la culpabilidad, lo único que puede suceder es que le fuera menos exigible que actuara de otra manera, entendiendo que el hecho no le es plenamente atribuible.

Si un sujeto comete un hecho antijuridico, habrá de imponérsele una pena dentro de lo previsto por el tipo penal correspondiente al mismo. Si este autor apela a sus motivaciones, y estas se encuentran en concordancia con lo que la sociedad puede admitir, como sucedería en un caso de legítima defensa, es plausible que el sistema le impute en menor medida el hecho.

Ahora bien, si fue el odio lo que motivó su conducta, será un motivo completamente inaceptable, por lo que no se tendrá en cuenta para atenuar su responsabilidad. El comportamiento conforme a la norma le será plenamente

[18] MIR PUIG*, Bases Constitucionales del Derecho Penal*, 2011, p.125 y ss.

exigible, pero no puede aducirse por ello que se vea agravada su responsabilidad.

La culpabilidad opera como límite de atribución al sujeto de la pena que merece por el hecho cometido, por ende, atribuirle en mayor medida el hecho que objetiva y subjetivamente tienen los mismos resultados (debido a que los daños ocasionados por la figura típica serían los mismos, y el conocimiento e intención de realizar el hecho también) resulta inconsistente. No es posible pensar en que un hecho que ya le es totalmente atribuible al sujeto activo, le sea aún más atribuible solo por los motivos que lo han llevado a cometer el delito.

De no ser así, deberíamos entender a la culpabilidad como un agregado de desvalor al desvalor del hecho antijuridico en sí mismo, que no tendría que ver con el hecho cometido, sino con la actitud interna del sujeto.

Para poder solucionar este problema, consideramos conveniente la articulación de la agravante en la noción del injusto. Desde este punto, el desvalor que supone la aplicación del inciso 4 del artículo 80 de nuestro Código Penal, se añadiría o aumentaría al que le corresponde al delito cometido, pero no porque el sujeto responsable fuera "más culpable", sino debido a que el autor de ese delito habría cometido un mayor injusto.

2.3. Un mayor injusto subjetivo.

Partiendo desde esta óptica, podemos entender que el motivo de la agravación *(Cometer el injusto típico por placer, codicia,* ***odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión****)* origina la intención de cometer el delito en sí. Por lo tanto, no se estaría sancionando el motivo, sino la intención que dicho motivo expresa cuando el sujeto activo comete el hecho.

Una propuesta similar, es la denominada *animus model*, encontrándose presente en el sistema estadounidense de crímenes de odio (o hate crimes) cuando se afirma que la agravación radica en un tipo específico de intención criminal. Es decir, que su naturaleza jurídica radicaría en la *mens rea* entendida como intencionalidad, no como culpabilidad. Esa intención es la que confiere mayor gravedad al hecho, ya fuera por la intención de causar daño al grupo que

comparte las características de la víctima, o por la intención de negar con el delito el principio de igualdad.

Esta intención de negar el principio constitucional de la igualdad configuraría la mayor gravedad que supone desde un mayor injusto subjetivo, siendo merecedor de una mayor pena.

Atento a esto, encontramos a los motivos como elemento subjetivo del delito al que se le aplica la agravante, justificando de esta forma la mayor pena a imponer. Esto parte de una concepción de dolo que solo atiende a su carácter intencional, derivando de ella una mayor gravedad del hecho. Y es en este punto donde encontramos la problemática de este planteamiento.

El dolo no es solo intención, sino también conocimiento del riesgo que puede derivarse de una determinada conducta. En ese aspecto, los motivos no afectan en modo alguno a ese conocimiento del riesgo, son igualmente compatibles tanto si se tratara de un dolo eventual, como un dolo directo. En ambos casos la conducta seria igualmente dolosa, por lo tanto, idéntica a efectos de antijuridicidad subjetiva.

Desde esta concepción mayoritaria con respecto al dolo, no puede admitirse que se sancione con mayor gravedad un delito cometido por dolo eventual porque se cometió por los motivos de la agravante, que uno cometido por dolo directo sin tales motivaciones. El dolo será igualmente doloso, por lo tanto, igualmente grave en ambos casos.

Asimismo, tampoco podría admitirse que se agrave la responsabilidad porque se añada un elemento subjetivo especifico distinto al del injusto ya cometido, consistente en esa intención de negar el principio de igualdad. Ello supondría estar valorando un elemento subjetivo (es decir, la intención o el móvil) de forma aislada, y por tanto estar sancionando el pensamiento. Lo que debemos valorar es el hecho en sí, no las intenciones al margen de ese hecho.

Puesto estas dificultades, debemos descartar que la agravación suponga una afectación al injusto subjetivo, quedando como posible solución articular los motivos de esta en un mayor injusto objetivo.

2.4. Tesis objetiva de resultado. La reinterpretación de los "motivos" como "efectos" exteriorizados.

Las posturas doctrinales hasta aquí esgrimidas que sitúan la agravación en el injusto objetivo se enfrentan al problema de que el precepto del inc. 4 del artículo 80 de nuestro ordenamiento penal habla de motivos. Estos motivos son comprendidos como procesos psíquicos motivacionales, y es ello lo que nos lleva a deducir que, únicamente partiendo de una concepción subjetiva de la agravante, se podría determinar su naturaleza jurídica. A partir de ese razonamiento, encontramos las propuestas que ubican su naturaleza jurídica en la culpabilidad o en el injusto subjetivo.

Aun así, ninguna de esas concepciones parece lograr una integra satisfacción respecto a su aplicación, puesto que son susceptibles al rechazo desde diferentes razonamientos como lo hemos mencionado.

A causa de estas dificultades, se presenta un sector doctrinal que propone una interpretación distinta. En este supuesto, el inc. 4 del art. 80 aumenta la gravedad del injusto objetivo, sosteniendo que estos motivos añaden un desvalor adicional al hecho típico allí descripto. Para llegar a esta conclusión, ha sido necesario reinterpretar la alusión literal del precepto "motivos", entendiéndolo como algo ajeno a los procesos psíquicos del autor.

Estas propuestas aluden al planteamiento de Stratenwerth[19] al analizar los llamados "elementos de la actitud interna". Lo que aquí se interpreta, es que cuando el Legislador opta por hacer alusión a los elementos motivacionales, lo hace debido a la imposibilidad material de enumerar todos y cada uno de los contextos fácticos en los que cobraría significado la relevancia de la sanción penal. Es entonces que debemos entender que cuando hablamos de "motivos", nos referimos a las situaciones fácticas subyacentes en las que cobra significado la alusión a las motivaciones.

[19] *Stratenwerth está de acuerdo con la definición tradicional del dolo como un "saber y querer la realización del tipo" según su punto de vista, más allá de la imprecisión de dicha formula, lo cierto es ella deja en claro que, para definir al dolo, no basta con un elemento cognitivo; sino que este debe ser completado por un elemento volitivo, cuyo contenido es lo que realmente debe determinarse con mayor precisión, este elemento volitivo consiste para Stratenwerth en una actitud interna por parte del sujeto (siempre que seamos consciente acerca de la imperfección de esta expresión), se puede sostener de cierta manera, que ese elemento volitivo consiste en "la voluntad de la realización del tipo".*

Desde esta postura el inciso aquí en análisis se estaría refiriendo entonces a situaciones objetivas en las que se producen unos efectos que implican un mayor desvalor objetivo de la conducta del autor, y por lo tanto agravan su responsabilidad penal. El hecho sancionado afecta un bien jurídico relacionado con el valor de la igualdad, debido al significado que el autor confiere en su acto. Es decir, que la circunstancia agravante no se reviste en que el autor tenga alguna motivación para la comisión del hecho, la presencia de la motivación discriminatoria en la psique del autor sería irrelevante, cobrando sentido la agravación en que la haya exteriorizado a través de un efecto.

Ahora bien, si bien reinterpretar a los motivos como efectos y dejar de lado la real motivación presente en la psique del autor, nos conduce a un análisis de su naturaleza jurídica más propicio, nos deja a simple vista dos problemas que no podemos pasar por alto.

El primero, lo encontramos en la comunicación de esos efectos. Como dependemos de esta exteriorización para poder aplicar la agravante, si el autor no da a su acto ese significado comunicativo, no podría apreciarse su mayor gravedad aun así cuando el sujeto activo hubiere cometido el delito por odio discriminatorio. De esta manera, podríamos encontrarnos con autores que ocultan en el escenario fáctico de la comisión sus motivos internos, a sabiendas de que ello podría propiciarles una agravación.

De igual manera se presta la segunda problemática. Si con su hecho el autor exterioriza ese significado comunicativo, aunque realmente no comete el delito por motivos de odio discriminatorio, se le aplicaría la agravante de todas formas. Y asimismo, podríamos encontrarnos ante escenarios de simulación, cuando el sujeto que realiza el hecho típico lo hace sin tener motivaciones discriminatorias, pero exterioriza un significado comunicativo de agresión discriminatoria (por ejemplo, pintando una esvástica) con el fin de que el hecho se le atribuya a otro (siguiendo este mismo ejemplo, a una banda racista), y evitar así ser descubierto.

2.5. La solución mixta objetivo-subjetiva

Intentado salvar el problema de que se aplique una agravante por motivos discriminatorios a quien no actúa por tales motivos, encontramos la concepción "mixta objetivo-subjetivas". Esta interpretación entiende que, para la aplicación

de la agravante, será necesario que se exteriorice un efecto discriminatorio, pero concurriendo con este el proceso psíquico motivacional.

Esta lectura mixta, salva el problema de que se aplique la agravante a quien no actúa por motivos discriminatorios, pero no así las criticas respecto al derecho penal de la actitud interna, y representa además un problema respecto a su efectiva aplicación.

Este supuesto, parte de la idea de que se deberá sancionar el motivo del autor siempre que se pueda probar no solo la motivación en sí, sino además que ha sido generador el plano fáctico de un efecto de peligro para el bien jurídico en protección, el cual es la posibilidad de expansión de conductas discriminatorias similares.

Si damos por hecho que siempre que existe una motivación hay un peligro respecto a los efectos que generan en la sociedad, estaríamos sancionando en todos los casos la motivación. Esto como lo hemos analizado previamente, activa los resortes del rechazo respecto al derecho penal de la actitud interna.

Para no incurrir en ello, la teoría mixta objetivo-subjetiva, sugiere la necesidad de probar además de existe una motivación discriminatoria en el sujeto activo, que concurre con ello un peligro al bien jurídico protegido. El peligro entonces estaría en el efecto que tiene esta exteriorización de la motivación.

Por ende, en cada caso deberíamos probar en primer lugar el proceso psíquico-motivacional del autor, y además el efecto de este proceso en su exteriorización. Esta solución parece adecuada, pero reduce la posibilidad de aplicación de la agravante, quedando casi nula.

La cuestión probatoria es solo uno de los inconvenientes de esta postura mixta. De su análisis resulta que se estaría sancionando un plus de injusto objetivo debido a los efectos de la conducta del autor. Así, el hecho de que se exija que el sujeto pasivo pertenezca a un determinado colectivo, y que además la comisión del delito deba tener un efecto sobre dicho colectivo para poder hacer posible la aplicación, nos aleja diametralmente del fundamento de la agravante.

Por ello, debemos concluir que esta postura mixta, no solo es de difícil aplicación debido a sus dificultades a nivel probatorio por las exigencias que conlleva, sino que además se aleja de lo que el inc. 4 del art. 80 de nuestro Código Penal busca sancionar.

Es menester recordar que, para la aplicación de esta agravante, no será necesario que el sujeto pasivo sea perteneciente al colectivo que el sujeto activo cree estar aleccionando. No tiene injerencia que el sujeto pasivo pertenezca a algunos de los colectivos que integran lo tipificado por este inciso, sino que la relevancia se haya en el odio que motiva al autor a impulsar la comisión del hecho, aun así, cuando su identificación de este sujeto pasivo como perteneciente al grupo minoritario que le genera esta aversión sea errónea.

CAPITULO 3: Discusión sobre la constitucionalidad de la agravante. La culpabilidad, el derecho penal de acto y el principio de reserva del Estado. El reproche de los motivos emocionales en la agravante. Posibles soluciones a la inconstitucionalidad. Objetivizar el odio. Efectos supraindividuales.

Previo a comenzar el análisis respecto a la constitucionalidad de la agravante en estudio, es menester comprender cuándo una norma es inconstitucional, cuando no lo es, y por qué.

Para que una norma tenga efectos jurídicos debe cumplir con condiciones que le den el carácter de válida, esto nos permite concluir que cuando una norma es inconstitucional carece de validez. Todos los requisitos que las leyes deben reunir para su aplicación y eficacia se encuentran dentro de la constitución, por cuanto es el cuerpo normativo de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado.

El control de constitucionalidad tal como lo conocemos en nuestro país, data del leading case "Marbury vs. Madison" del año 1803 que tuvo lugar en la Corte Norteamericana por el estadista y jurista John Marshall. Allí, el juez Marshall expresó: *"Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto,*

como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero sí en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza". De esta manera, el juez Marshall dejó asentado lo que configuró el concepto de control de constitucionalidad.

Nuestro ordenamiento jurídico, tomó esta concepción y comenzó a aplicarlo de manera jurisprudencial, careciendo de previsión normativa. El concepto, fue esbozado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en un fallo de 1865 al decir *"que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos*"[20]

El Dr. Bidart Campos, encuentra el fundamento para ejercer este control en la necesidad de mantener la supremacía de la Constitución Nacional, sosteniendo que "*La constitución es suprema porque es el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; ella hace que todo lo demás sea de una manera determinada y no de otra*"[21].

A partir de estos conceptos mencionados, es que podemos esbozar el primer análisis respecto a la constitucionalidad de los delitos motivados por el odio partiendo del tenor literal expresado tanto en nuestra carta magna como en el inc. 4 del art. 80 aquí en estudio. Realizando una comparación y analizando si

[20] ROMINA SOLEDAD GUADAGNOLI, *Análisis del sistema de control constitucional argentino*. 15 de noviembre de 2013 www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF130342. Visitado el 19/08/2021

[21] BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Manual de la constitución reformada*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996. Cap. V

existe contradicción en algún punto entre ambas, y en tal caso, a qué se debe y cómo podríamos suplirlo.

En este mismo sentido, nuestra Constitución contiene en su cuerpo artículos concordantes a las prerrogativas que salvaguardan derechos fundamentales como son el derecho a la identidad personal, a la libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada, a la salud, a trabajar, al proyecto de vida, a una adecuada calidad:

> **Artículo 14.-** Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.
>
> **Artículo 16.-** La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.
>
> **Artículo 19.-** Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.
>
> **Artículo 33.-** Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Este articulado, en concordancia con la mencionada ley 26.743 (Ley de Identidad de Género) permite a las personas ejercer su derecho a la identidad, bastando su decisión personal y autónoma, limitándose el Estado únicamente a garantizar el derecho a ejercer la libertad de escoger y vivir acorde a como se

autopercibe. Es decir, que nuestra normativa admite la libre elección sexual, y reivindica la distinción entre sexo asignado y autopercibido[22].

Es así, que entendemos que esta circunstancia agravante para aquellos sujetos activos que cometan el hecho típico por motivos de "*odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión"* es coincidente con los derechos fundamentales que ordenamiento constitucional protege.

Hasta aquí, como se puede evidenciar, no encontramos discordancia entre el inc. 4 del artículo 80 y la carta magna respecto al resguardo de derechos. Pero pese a ello, muchos autores discuten su constitucionalidad sosteniendo que no está justificado reprochar al autor los motivos (el odio, en este caso) por los cuales ha realizado la acción típica. Para argumentar esta postura, es que les dan a las motivaciones diversos significados, los cuales pondremos bajo análisis en este capítulo.

3.1. Culpabilidad, derecho penal de acto y principio de reserva del Estado.

Gran parte del sector doctrinario plantea que se encuentran incompatibilidades del principio de culpabilidad, el derecho penal de acto y el principio de reserva del Estado respecto al inc. 4 del art. 80 del Código Penal aquí en análisis.

El principal argumento que vierten es que resulta inadmisible la aplicación de una agravante basada en una intromisión en la esfera privada del agente, siempre que la regla general es la abstención y reserva del Estado, tal como lo asegura el art. 19 de nuestra carta magna.

Quienes están a favor de esta postura, argumentan que este tipo de agravante convierte el derecho penal en una disposición moralizadora, y encuentran inaceptable agravar la responsabilidad penal a través de la valoración de la disposición moral del agente.

Ahora bien, lo que realmente se está poniendo bajo análisis en la agravante, no es la motivación del autor de manera separada, es decir, en su conciencia o

[22] FELINA-MORALES DEGANUT, *Violencia contra las mujeres,* Hammurabi, Buenos Aires, 2018. Págs. 117-119.

pensamientos. La agravante no prevé un castigo a aquellas personas que tengan sentimientos adversos hacia los colectivos que esta tipificación protege, siempre que estos no sean exteriorizados a través del hecho típico.

No se estará sancionando la motivación en sí, sino el delito que haya cometido: la motivación sólo se tendrá en cuenta proyectada en ese hecho. Aunque ello pueda implicar una sanción mayor, no se cercenará la libertad de pensamiento[23]. Los crímenes de odio reafirman la vigencia del principio de igualdad, siempre que aseguran con la tipicidad la protección del bien jurídico *vida,* y con la agravante el atropello a esa igualdad. En ese sentido *"la idea puede esclarecerse aún más planteando la cuestión en términos de protección de bienes jurídicos: aunque el daño a la concreta vida o propiedad que el delito lesiona pueda ser el mismo con independencia del motivo del autor, no es idéntica la afectación al bien jurídico "vida" o "propiedad" si el sujeto actuó por motivos discriminatorios. Para entender correctamente el alcance de la afectación a un bien jurídico (para entender correctamente el hecho), es preciso atender a los motivos como posibles excusas o justificaciones (dependiendo de la categoría dogmática en la que se ubique su incidencia) de ese hecho. Por eso afirmamos que sólo se tiene en cuenta la motivación proyectada en el hecho"*[24]

3.2. El reproche de los motivos emocionales en la agravante.

A los fines del presente apartado, entenderemos como "motivos emocionales" a *"las emociones específicas que determinan una cierta acción"*[25] siempre que aquí el *odio* tomaría el lugar de la motivación que lleva al agente a cometer el delito, formando parte dicha emoción de la justificación para la atribución de responsabilidad al sujeto activo.

Algunos autores consideran que no es apropiado reprocharle al autor una mayor responsabilidad por sus motivaciones internas, debido a que consideran que estos motivos forman parte de los pensamientos del agente, los cuales no son pasibles de calificación moral, debido a su imposibilidad de controlar dichas emociones.

[23] JUAN ALBERTO DÍAZ LÓPEZ, *Una aproximación a las circunstancias agravantes por motivos discriminatorios,* Perspectiva Penal Actual N°3, 2014, Pág. 49

[24] IBID, Pág. 77

[25] MARIA LAURA MANRIQUE, *Delitos de odio y motivos emocionales,* Análisis Filosófico VOLUMEN XXXIX, NÚMERO 2, 2019. Pág. 2

En ese sentido, entienden que las emociones son cuestiones que no están al alcance del sujeto activo de controlar o medir, y que corresponden a impulsos que le suceden a la persona, la cual padece o disfruta según el caso.

Esta postura mecanicista de los motivos emocionales es defendida por Hurd y Moore, quienes afirman que *"explicar la acción, como producto del odio, de un acusado no es en sí mismo atribuirle un deseo de provocar algún estado de cosas futuro. Es, más bien, caracterizar su acción como producto de una pasión particular a la cual estaba sujeto [gripped] en ese momento. Las pasiones se diferencian de aquellos deseos en consideración en los delitos específicos en que ellas son estados emocionales sentidos [felt] antes que fines para los cuales las acciones son el medio"*[26].

Esta hipótesis es criticable desde diversos puntos. En un primer lugar, parece ilógico sostener que las motivaciones son cuestiones que suceden a las personas, quienes toman un rol pasivo frente a ellas y simplemente no pueden controlar. De aceptar sin más este razonamiento, podríamos peligrosamente argumentar por ejemplo que una persona que comete un delito sexual lo realiza porque no puede controlar sus motivaciones internas de deseo, pese a la falta de consentimiento del sujeto pasivo, y que aquella circunstancia lo hace menos grave debido a que su acción fue la consecuencia de, parafraseando a Hurd y Moore, una *pasión particular a la cual se hallaba sujeto en ese momento*.

Si bien el ejemplo empleado es algo extremo, nos permite esbozar el punto que aquí queremos sostener: las emociones no escapan de la racionalidad e intencionalidad del accionar humano, tendrán una conexión con las consecuencias o resultados siempre y cuando el agente decida exteriorizarlas.

Otra de las críticas que merece esta teoría, es que no se está penando los motivos emocionales del agente entrometiéndose en lo más íntimo de sus pensamientos, creencias o convicciones internas. De hecho, nuestra carta magna protege la esfera privada de las personas, siempre que no ataquen al *orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero.* Por tanto, que un sujeto sienta odio hacia ciertos colectivos, no lo hará merecedor de una pena, siempre que ese

[26] HURD H. Y MOORE M. *"Punishing Hatred and Prejudice",* Standford Law Review, 2014, p. 1122-1123

motivo no lo impulse en coincidencia con su accionar deliberado a exteriorizarlo a través de la comisión de la acción típica. Es decir, no se lo está sancionando más severamente al agente por su forma de ser machista o xenófoba, sino por el desvalor adicional de su conducta al entender que aquellas personas hacia las que siente una aversión particular no son merecedoras de su propia abstención de ese sentimiento de odio, materializándolo en el homicidio de estas.

En ese sentido, el ordenamiento penal no está actuando de moderador de los pensamientos o sentimientos (adversos, en este caso) de los sujetos. Sino que se limita a exigir que no se exterioricen ciertas emociones siempre que las mismas suponen el peligro concreto de generar un efecto de temor u hostilidad en quienes comparten el colectivo que el sujeto activo está aleccionando (o cree aleccionar[27]) asumiendo que puede ser también víctima de un crimen de odio por sus vínculos sexo afectivos y/o su identidad o expresión de género, generando en consecuencia efectos de desigualdad y hasta censura en la expresión de estas personas.

No debemos dejar de lado además que los sistemas jurídicos seleccionan aquellas acciones que son relevantes, y ponen bajo observancia los motivos que las impulsaron cuando las mismas se materializan en conductas tipificadas, sin significar esto un abandono del derecho penal de acto. Así por ejemplo, nos encontramos con atenuantes de la pena en los casos que el sujeto activo ha actuado en legítima defensa. Es decir que las motivaciones no son algo ajeno al derecho penal, y sirven en algunos casos también para disminuir la responsabilidad penal.

3.3. Posibles soluciones a la inconstitucionalidad.

Si bien hemos vertido argumentos para enfrentar las críticas que sugieren que la agravante por motivos emocionales de odio se involucra en la esfera de los pensamientos más privados del agente, que estos motivos discriminatorios se tengan en cuenta para agravar la responsabilidad penal en la dogmática de la culpabilidad podría llevarnos hacia un derecho penal de autor, lo cual es inadmisible.

[27] Nota del autor: No olvidemos que no tendrá injerencia que el sujeto pasivo pertenezca o no los colectivos que la agravante en cuestión menciona. Bastará con que el sujeto activo realice la acción motivada por el odio o aversión hacia los mismos, aun así, en el caso de que incurra en el error de creer que la víctima pertenece a dicho colectivo, cuando no es así.

La culpabilidad sería así entendida como la posibilidad de añadir al desvalor propio del injusto un desvalor adicional que no tendría que ver con el hecho cometido, sino con la actitud interna del sujeto. En ese sentido, encontramos dos posibles soluciones para subsanar estas posibles concepciones inadecuadas.

Por un lado, encontramos la respuesta en correr el odio de la culpabilidad siendo necesario para ello darle una resignificación a lo que entendemos por motivos. Y por otro, se encuentra el entender que de cometerse el delito tipificado en el inc. 4 del art. 80, se estaría afectando bienes jurídicos colectivos.

Ambas concepciones merecen un análisis, que esbozaremos a continuación.

3.4. Objetivizar el odio

En esta posible solución para evitar las críticas que indican que se trataría de un derecho penal de autor, nos remitiremos a lo expuesto en el apartado 4 del capítulo 2.

Para esta propuesta, deberemos resignificar lo que entendemos como *motivos*, para poder quitar el odio como algo presente en la psique del autor, y así poder superar los filtros que rechazan la concepción su subjetivista. En su lugar, entenderemos al odio como algo que se exterioriza en efectos, no como un motivo en sí.

De efectos discriminatorios hablaremos entonces, en lugar de motivos y tendrá lugar cuando el sujeto activo cometa el delito con una expresa carga ofensiva por tratarse el sujeto pasivo de una víctima perteneciente a un colectivo tradicionalmente discriminado. Así, la agravante encontrará su justificación en la vulneración de dos bienes jurídicos: el delito cometido, y la violación al precepto de igualdad que el agente trasgrede al atentar contra la vida del sujeto pasivo por motivo de discriminación.

En ese sentido, entendemos que existe una carga humillante al delito en sí, debido a que las victimas pueden evitar la agresión del autor sometiéndose a su voluntad. La contracara es que son asesinadas por no haberse sometido a lo que el agente desea.

Con anterioridad, respecto a esta teoría del delito, habíamos señalado que uno de los problemas que tenía esta concepción, era la necesidad de la

comunicación en el plano fáctico de estos efectos. Si bien esta problemática es cierta, corresponderá al estudio de la prueba en estos tipos de delitos.

3.5. Efectos supraindividuales

Desde esta perspectiva, encontraremos la justificación de la agravante en el desvalor adicional del resultado, reconduciéndolo en consecuencia al plano del injusto. Este plus de gravedad estaría dado por el efecto que la comisión del delito tipificado en concurrencia con las motivaciones abyectas del agente genera más allá de la víctima en sí.

En ese sentido, se entiende que los delitos de odio tienen una carga simbólica que ataca no solo a la dignidad de la persona desde una jerarquía que el victimario cree tener por sobre la víctima, sino también atemoriza y coacciona al colectivo de pertenencia o referencia del sujeto. Es así como *"los delitos de odio pueden ayudar a mantener la posición de 'superioridad estructural' de quienes los cometen, mientras mantienen la identidad subordinada de las víctimas"*[28] y es desde este posicionamiento preponderante de donde se envía el mensaje intimidante y vejatorio a la sociedad.

Es así, que podríamos entender que el legislador ha decidido tipificar estos delitos motivados por el odio, con el fin de proteger de manera mediata al colectivo al que pertenece la víctima (o cree el sujeto activo que pertenece). El bien jurídico protegido entonces (la dignidad del sujeto pasivo) trasciende y se convierte en un bien jurídico colectivo (la dignidad del colectivo). Algunos autores entienden que estamos ante un *delito pluriofensivo que tutela un bien jurídico mixto individual-colectivo,* identificado como la protección del principio de igualdad y de las minorías especialmente vulnerables[29].

Entendiendo esto, es que podemos dilucidar que todo delito cometido por odio envía un mensaje de alerta a quienes comparten con la victima una misma comunidad. Pero no se trata de cualquier mensaje, sino de uno que a través de su motivación racista, xenofóbica, discriminatoria, homofóbica, etc. se equipara de manera coactiva con una amenaza, que como tal tendrá efectos negativos sobre

[28] HATENTO, Observatorio de Delitos de Odio contra las Personas Sin Hogar, "*Los delitos de odio contra las personas sin hogar"*, ZERBITZUAN núm. 59, 2015, p. 80.

[29] SERGIO CÁMARA ARROYO, "El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión", ADPCP, VOL. LXX, 2017, pág. 174.

quien se siente amenazado. Así, quien es intimidado por esta amenaza, terminará por decidir o bien subordinarse en apariencia a la voluntad del sujeto activo, ocultando su forma de ser, sentir, vivir, y/o manifestarse o asumir un rol de temor constante de ser una próxima víctima por ser quien es.

De esta forma, la agravante tomaría el papel de equilibrar la desigualdad que desde hace años los sectores minoritarios deben soportar, el prejuicio al que son sometidos, los tratos deshumanizantes que gran parte de la sociedad tiene para con ellos y como indicamos, la supresión de la exteriorización de su forma de vivir, ser o sentir a la que muchas veces eligen someterse por el miedo a estos efectos discriminatorios.

Es así entonces, que en estos efectos supraindividuales se encontraría la justificación de la agravante. De esta manera, lograríamos correr el enfoque del análisis para dejar de tener en cuenta como imperante a las motivaciones internas del sujeto activo. En su lugar se encausaría en las consecuencias que estos delitos con un sujeto pasivo identificado e intencionalmente seleccionado por el agente generan en la sociedad. Aun así, entendemos que el odio que motivó podría servir de indicio para probar que se ha preseleccionado a la víctima, y por tanto ha buscado causar un daño y enviar un mensaje de rechazo y aversión más allá de la acción típica, pero no revestiría el mismo carácter esencial en su agravación. Desde este análisis, estaríamos imputándole una pena más grave como plus de injusto por los efectos discriminatorios producidos en el colectivo al que pertenece o referencia el sujeto pasivo, y no así por su motivación, evitando la posibilidad de caer en discusiones a cerca de la validez de su aplicación en contraposición al derecho penal de autor.

CAPITULO 4: El Estado como impulsor y encubridor del odio: Crímenes de Lesa Humanidad contra la comunidad LGTBIQ+. "Lxs 30.400". Testimonios: Valeria del Mar Ramirez. Ivanna Aguilera.

En el marco del *Ciclo de Conferencias del Derecho* de esta alta casa de estudios, el Dr. Marcos M. Córdoba expuso en el Parlamento de Berlín acerca de los Delitos de Lesa Humanidad, y su consecuente rol del Estado. Allí, sostuvo que el objetivo del Estado es lograr garantizar plenamente la igualdad de derechos entre los ciudadanos y combatir la discriminación injusta. Sin embargo,

realizando un estudio retrospectivo, podemos evidenciar que la sociedad argentina en la década de los 70 no respondió a aquella premisa.

La dictadura cívico militar encabezada en ese momento por el gobierno de facto presidido por Jorge Rafael Videla, a tan solo ocho días del golpe del Estado, designó cinco jueces que fueron vitales para que la dictadura pueda controlar el ámbito de la justicia. Durante los años que duró el proceso (1976-1983), estos magistrados en complicidad con el poder ejecutivo fueron los encargados de impulsar el odio, encubrir los crímenes y la persecución política e ideológica hacia la comunidad LGTBIQ+ que hasta la actualidad continúan, en su gran mayoría, invisibilizados.

Uno de los sectores más perseguidos, fueron las personas trans que ejercían la prostitución. Esta forma de vida era mal vista por el modelo ultracatólico y conservador que predominaba, donde todo aquello que corrompía el "modelo hegemónico" e iba en contra de sus ideales de familia y control social, debía ser castigado. Las personas trans no solo eran estigmatizadas y excluidas, sino que además eran blanco para los crímenes de odio.

Las fuerzas armadas decían defender un modelo de familia *"moral y cristiana"* en el cual la única que era válida era aquella que se ajustaba al modelo cis/hetero/patriarcal, donde los roles de hombres y mujeres estaban claramente diferenciados en un binarismo hegemónico. Por tanto, cualquier tipo de familia que trasgrediera este modelo impuesto en los propios Documentos Básicos y Bases Políticas de las FF.AA. para el Proceso de Reorganización Nacional, era catalogado como *subversivo*[30] y por consecuencia, como blanco para castigar. La defensa de ese modelo también contribuye a explicar el ensañamiento con los cuerpos de las mujeres militantes, que fueron castigadas por haber no sólo desafiado a la dictadura con su activismo, sino al orden patriarcal –que las quería relegadas al ámbito doméstico/privado, como madres, esposas y "amas de casa", en su rol central de cuidadoras en un doble sentido: de

[30] Nota de autor: El vocablo subversivo se utilizaba para referirse una inmensa variedad de personas, a quienes se sindicaba –lo fueran o no– como contrarias al modelo social, cultural, económico, sexo-genérico, religioso y político –o a algunos de esos aspectos– cuya hegemonía pretendía garantizar la dictadura.

sus familias y del orden del patriarcado– que esa misma dictadura buscaba proteger[31].

A través del odio, el gobierno represor se encargó de engendrar terror en la sociedad generando que todo el colectivo deba reprimir su ser, sentir, vivir, y/o manifestarse para evitar ser víctima del Estado. A su vez, el control de la justicia permitió que estos crímenes de lesa humanidad fueron encubiertos. En este contexto, basándonos en lo expresado por el Dr. Córdoba, el Estado fue en contra de sus finalidades fundamentales, ya que nunca protegieron ni garantizaron toda forma de convivencia, ni reconocieron la autonomía de la voluntad de esta comunidad.

Según datos oficiales del Archivo de la Memoria Trans[32], en total, hay 400 personas de este colectivo desaparecidas. Magalí Muñiz, integrante del Archivo de la Memoria Trans y sobreviviente de la última dictadura militar argentina comentó*: "Se dice que son 30.400 incluidas compañeras de la diversidad, gays, lesbianas y trans que fueron desaparecidas en dictadura. También fuimos perseguidas por tener un género diferente al de nacimiento".* Así, el Estado a través del odio fue en contra de los derechos individuales, y de la estructura jurídica de la Constitución Nacional que tiene como principal objetivo respetar y asegurar todos los derechos de los ciudadanos.

Desde la perspectiva de este trabajo, y teniendo en cuenta la exposición de los *Maestros del Derecho*, entendemos que estos delitos de lesa humanidad conllevaban además evidentes efectos supraindividuales traducidos en mensajes cargados de homofobia y discriminación hacia la comunidad LGTBIQ+, con efectos coercitivos desde el temor y el posicionamiento preponderante que estos gobiernos ejercían.

En los siguientes acápites, explicaremos como surge la movilización por *"Lxs 30.400"*, reclamo que realiza este colectivo en busca de la visibilización de las 400 personas desaparecidas por su expresión de género u orientación sexual,

[31] ANA OBERLIN, *"La memoria no se guarda en el closet". Violencias invisibilizadas del terrorismo de Estado en Argentina*, Revista Interdisciplinaria de Estudios sobre Memoria, Volumen 7, Número 14, pp. 102-119

[32] Nota de autor: El ARCHIVO DE LA MEMORIA TRANS es un colectivo audiovisual argentino que busca proteger, construir y reivindicar la memoria trans argentina a través de fotos, videos y recortes de diarios.

y señalaremos diversos testimonios que dan cuenta de ello, y que aun hoy siguen pidiendo justicia.

4.1. "Lxs 30.400"

La cifra de los 30.000 desaparecidos conforma junto con las frases *"Nunca más"* y *"Memoria, Verdad y Justicia"* los grandes referenciales del reclamo de justicia por las desapariciones que como sociedad se continúa aún hoy pidiendo. En diversas oportunidades, nos encontramos con discusiones en torno a este número, con sectores de la sociedad que sostiene que la cifra correcta es aquella que corresponde con la cantidad de casos de desaparición forzosa que han podido comprobarse, pero tal como lo ha explicado el escritor Martin Kohan la represión fue clandestina e ilegal, y por tanto reducir la cifra a aquellos casos que han podido ser comprobados es suprimir la dimensión de clandestinidad e ilegalidad que estos delitos de Lesa Humanidad han tenido.

La cifra 30.000 expresa que no hay pruebas porque el Estado no da información respecto a lo que sucedió. En ese sentido, Kohan expresó que *"la cifra total de desaparecidos hay que postularla, no probarla en términos de una prueba de comprobación empírica. No hay comprobación empírica porque la represión fue clandestina"* y que por lo tanto *"existe la necesidad histórica y política de estimar una cifra, de correrse de la lógica de la verificación, porque al que le toca hacer esa verificación es el Estado"*.

En ese sentido, la comunidad LGTBIQ+, a través de sus reclamos, incorporó a esta cifra a las 400 personas desaparecidas por motivos de odio y discriminación, llevando como bandera la premisa *"Lxs 30.400"*.

La primera mención a este número apareció en el año 1987 en el libro "La Homosexualidad Argentina" del autor y fundador de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) Carlos Jáuregui. Años más tarde, este autor expresó en una entrevista que la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas (CONADEP), creada durante el gobierno radical de Raúl Alfonsín, había evidenciado en su nómina de desaparecidos que 400 de aquellas personas eran

homosexuales[33], y que el trato que habían recibido había sido especialmente sádico y violento.

Durante muchos años este reclamo fue excluido e invisibilizado, respuesta directa del heterocentrismo que aún hoy se encuentra presente en innumerables movimientos y sectores sociales. Pero estas 400 personas siempre estuvieron en la historia. Las diversidades sexuales y su lucha, no es algo que surge hace pocos años, lo que ha cambiado es que a través de la militancia de estos colectivos una parte de la historia que se encontraba tapada ha comenzado a hacerse eco. Por ello, la memoria fuera de la heteronorma es la única manera de percibir la realidad de lo que sucedió durante la represión de la dictadura cívico militar.

Así, el director ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas LGTB+, Esteban Paulón expresó: *"Comenzaron a aparecer testimonios de muchas personas que pueden contarlo, otras que ya no pero que sus relatos están y, en ese sentido, se pudo recuperar esa memoria que hoy se representa simbólicamente en el número 30.400. El impacto de estas cuestiones fue visibilizándose progresivamente a raíz del trabajo de la lucha y visibilidad por parte de organizaciones".*

4.2. Testimonios: Valeria del Mar Ramírez.

Corría el año 1976, y Valeria del Mar tenía 20 años. Desde sus 8 años ella sabía que era mujer, pero por la propia discriminación que recibió por parte de sus padres, no fue hasta la adolescencia que pudo comenzar a adecuar su expresión de género con la identidad de género autopercibida.

Había finalizado hacia poco la secundaria, y comenzó a vincularse con personas trans del conurbano bonaerense, quienes le explicaban que la única salida laboral para ellas era el trabajo sexual. También aprendió de ellas como se distribuían las "plazas", donde podía trabajar y en que zonas no era conveniente por el hostigamiento policial.

Un día a fines de este año, se comienza a hacer eco de que no debían salir a trabajar pasadas las 3 de la mañana, debido a que jefes policiales recorrerían la zona. A pesar de ello, y por las necesidades económicas que atravesaba Valeria,

[33] Nota de autor: En aquel entonces, la palabra *homosexual* se utilizaba para referirse a todas las identidades que no eran estrictamente heterosexuales.

fue que junto con una compañera decidieron salir igual. Esa noche, las llevaron detenidas y las mantuvieron en cautiverio por dos días.

Meses más tarde, en el año 1977, nuevamente el mismo aviso se hizo voz entre las trabajadoras, pero esta vez fueron detenidas por un Falcon verde y con mucha violencia, subiéndolas al vehículo a los golpes. Durante todo el camino, Valeria del Mar y su compañera Romina fueron de rodillas en el suelo de la parte trasera, y acompañadas por dos efectivos policiales.

Según el testimonio de Valeria, los hombres las llevaron hasta el escritorio de un policía quien al verlas exclamó "*¡Bien, trajeron las cachorras que pedimos!",* y acto seguido las llevaron a un segundo piso, donde pudo ver la hilera de "buzones" que eran pequeñas celdas individuales, donde también las encerraron a ellas. En ese momento Valeria aun no lo sabía, pero se encontraban en el centro clandestino de detención conocido como el *Pozo de Banfield*. Este, era parte de los 29 centros clandestinos del llamado Circuito Camps, a cargo de la Jefatura de la Policía de la provincia de Buenos Aires, al mando de Ramón Camps y Miguel Etchecolatz.

Valeria del Mar sintetiza el padecimiento vivido con pocas palabras: *"Me hicieron todo lo que te imagines... y eso del cuerpo no se va más".* Durante los 14 días que estuvo cautiva en el *Pozo de Banfield,* Valeria del Mar fue violada y vejada en reiteradas oportunidades. En su relato, cuenta los insultos y humillaciones que padeció, la manera violenta con la que la trataban y los castigos a los que la sometían.

Hoy en día, Valeria continúa en la lucha por justicia, y se ha convertido en la primera mujer trans que se presenta como querellante en un juicio de lesa humanidad por haber estado cautiva durante la última dictadura militar. Su testimonio fue tomado a fines del año 2020, y ha servido de para probar además que en el *Pozo de Banfield* se operaba maternidad clandestina[34].

[34] Testimonio obtenido de las entrevistas realizadas por Télam, link: www.telam.com.ar/notas/202011/531045-testimonio-mujer-trans-pozo-banfield.html visitado el 15/09/2021 y LATFEM link: https://latfem.org/valeria-del-mar-ser-trans-en-un-centro-clandestino-de-detencion-y-tortura/ visitado el 15/09/2021.

4.3. Testimonios: Ivanna Aguilera

El 15 de agosto de 1976, a pocos meses del golpe de Estado, Ivanna fue secuestrada en la ciudad de Rosario por primera vez. En aquel momento, tenía 18 años, y aún hoy recuerda todo lo sucedido con mucho dolor.

En su testimonio cuenta que llegaron en un camión y dos jeeps, y la detuvieron a ella y a varias de sus amigas en las inmediaciones del Automóvil Club Argentino en pleno centro de Rosario. Las golpearon y las trasladaron hasta el *Batallón de Comunicaciones 121* ubicado en calle Lamadrid, entre Ayacucho y Leiva, donde funcionaba uno de los centros clandestino de detención de la dictadura en la ciudad.

Los padecimientos y las agresiones que recibió por ser una mujer trans le dejaron marcas a nivel físico y psicológico, y en ese sentido cuenta: *"Nos levantaron de los brazos, nos tiraron adentro el camión diciéndonos palabras que hasta el momento yo nunca había escuchado en mi entorno familiar, como por ejemplo puto, degenerado, inmoral… además de maltratarte física*mente, *esas eran las palabras que utilizaban. Y bueno, fuimos conducidas a un lugar muy amplio, muy grande, nos separaron, y bueno, yo hablo al menos personalmente fui abusada a nivel grupal, siendo esa mi primera relación sexual, porque hasta ese momento ni siquiera había pensado en lo que era la sexualidad".*

En esa primera detención, estuvieron 72hs en cautiverio, pero en otras oportunidades llegaron a ser 30, 60 o hasta 90 días: *"A lo largo de esos años la persecución fue sistemática, muchas golpizas, violaciones sexuales, muchos apremios ilegales, y fue constante la persecución a nuestra población. No podíamos ni siquiera salir a comprar un jabón porque íbamos presas"* recuerda con dolor Ivanna.

En la actualidad, ella es un vivo testimonio y es una de las grandes referentes de la lucha por el reclamo de la justicia y visibilización de las 400 personas de la

comunidad LGTBIQ+ que han desaparecido por razones de identidad de género u orientación sexual[35].

CAPITULO 5: Jurisprudencia. Análisis y comentarios de fallos trascendentes en nuestro país: "C/ Gil, Claudio Javier". "Amancay Diana Sacayán". "Casiva, Fabián Alejandro p.s.a. Homicidio agravado, daño, etc.". "Azzolini Ángel Emanuel s/ homicidio o Encubrimiento agravado y Biott Oscar Humberto s/homicidio simple".

En este apartado, nos dedicaremos a analizar distintas sentencias que han aplicado y analizado el inc. 4 del art. 80 del código penal en las diferentes situaciones típicas que el mismo determina. Veremos además las discusiones ante las que se encontraron los magistrados al momento de su aplicación -o no- y sus fundamentos.

5.1. "C/Gil, Claudio Javier - por homicidio doblemente agravado por alevosía y odio a la orientación sexual de la víctima y hurto en concurso real, (art. 80 incs. 2ºy, 4ºy 55 del Código Penal)" . Sala tercera de la Cámara en lo Penal y Correccional de la Provincia de San Juan - 27/05/2016.

En el año 2014, más precisamente el día 12 de marzo, Claudio Javier Gil es detenido como principal sospechoso por el homicidio de José Luis Espíndola. Dicho crimen quedó confirmado el 27 de mayo de 2016 condenando al autor a la pena de prisión perpetua por resultar autor material (art. 45 del Código Penal) del delito Homicidio doblemente agravado por Alevosía y Odio a la Orientación Sexual de la víctima y Hurto Simple en Concurso Real (Arts. 80 incisos segundo y cuarto; 162 y 55 del Código Penal).

En autos se ha podido probar que el Sr. Gil tenía una relación de confianza e intimidad con la víctima, lo cual queda en manifiesto por lo aportado por los testigos, que conocían la relación de amistad y cercanía que estos tenían, coincidiendo también que mantenían un vínculo sexoafectivo hacía ya bastante tiempo. Además, el crimen había sido cometido en la misma habitación de Espíndola. En esa circunstancia de intimidad, Claudio Javier Gil en un rapto de

[35] Testimonio obtenido de la entrevista realizada por Martin Paoltrani para la organización *ENREDANDO "Apuntes para escribir una memoria travesti – trans"*, enlace: https://www.enredando.org.ar/2021/04/10/apuntes-para-escribir-una-memoria-travesti-trans/

violencia desmesurada, con un elemento corto punzante, le asesto a la víctima por lo menos tres puñaladas que fueron propiciadas en la región submaxilar y lateral izquierda del cuello. Luego de ello, Gil sustrajo pertenencias de la víctima, y se retiró del domicilio con ellas, y con el arma homicida. Por esta situación, el Tribunal sostuvo que el homicidio se encontraba alcanzado por la agravante de alevosía, debido a que existía una situación de indefensión que provenía tanto por la propia condición de la víctima, pues tenía 85 años de edad, como así también del contexto intimo en el cual se desarrolló el homicidio, lo que reducía considerablemente la aptitud para defenderse. En ese sentido a fs. 54 el Tribunal justificó la agravante indicando que *"la mayor culpabilidad del obrar alevoso reside en el fin de actuar sin riesgo, sobre seguro y a traición".*

A su vez, analizaron el "motivo" para el homicidio perpetrado por Gil, teniendo en cuenta que el autor tenía antecedentes similares a los hechos que se encontraban en dicha sentencia en análisis, procesos en los cuales existía un elemento común: la condición sexual de sus víctimas. En efecto, sus víctimas eran homosexuales, a los cuales primero seducía y manipulaba para generar confianza. Existieron varias coincidencias en cuanto al modo en que sucedieron esos hechos, es decir, las dos víctimas murieron en su domicilio y específicamente en su dormitorio, ambas sufrieron lesiones provocadas por cuchillos o algún elemento cortopunzante de similares características, y las puñaladas ubicadas en una zona vital (el cuello). Así, los magistrados dilucidaron que la motivación presente en Gil era el odio hacia la homosexualidad, sosteniendo que se debe entender al odio como un elemento subjetivo distinto del dolo. Este plus subjetivo más allá de la mera voluntad de matar se constituye como un elemento del ánimo del sujeto activo. Para el Tribunal *"se trata de un agravamiento punitivo innegable de corte subjetivo"* (fs. 58 de la sentencia) por lo que analiza y estudia las características personales y psíquicas del imputado, así como también su comportamiento personal en la sociedad para luego determinar cuál fue el motivo que lo llevo a matar. A fs. 61 los magistrados dejan en claro que el motivo que llevó a Gil a consumar la muerte de Espíndola fue la aversión hacia la homosexualidad que este tenía, la cual además tenía que ver con una represión de la sexualidad del propio autor del delito: *"La pregunta que me hice al inicio del juicio oral y público desarrollado en contra del imputado Gil, fue si este es el autor material del*

homicidio de José Luis Espíndola, que por lo desarrollado hasta aquí respondo afirmativamente, entonces el interrogatorio obligado que sigue a la primer pregunta es ¿porque Claudio Gil asesinó a José Luis Espíndola? La respuesta es categórica, por odio a la orientación sexual de este último […] pero como se verá, ese odio no es hacia Luis Espíndola en particular […] sino odio al género en su totalidad, entendiendo por este las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas. Claudio Gil es un homosexual reprimido, posee una homosexualidad no manifestada a la que odia y la considera la causa u origen de todos sus problemas, pero como no lo puede solucionar en sí mismo, mata esa homosexualidad en los demás, creyendo a estas personas homosexuales como la génesis de sus males".

Concluyen los jueces que se encuentran frente a un asesino serial, teniendo por acreditado el plan de eliminación de la homosexualidad, lo cual motivó al imputado a cometer diversas agresiones contra personas de ese colectivo. Por lo tanto, el objetivo del imputado no es la víctima en particular, sino la homosexualidad en general.

Desde el punto de vista subjetivo de la conducta, la figura agravada del inc. 4 del art. 80 de nuestro ordenamiento penal, se completa con un elemento distinto del dolo, exigiendo en la figura de homicidio simple, toda vez que el autor mata al sujeto pasivo por odio hacia alguna de las circunstancias mencionadas en la norma, en este caso, odio a la orientación sexual, este componente subjetivo diferente del dolo repara en las motivaciones de la acción.

Es por este razonamiento que se condena a Claudio Javier Gil como autor material del delito de homicidio doblemente agravado por alevosía y odio a la orientación sexual de la víctima y hurto simple en concurso real (art. 80. Inc. 2 y 4, 162 y 55).

5.2. "Amancay Diana Sacayán" Expte. N.º 62.162/2015 – Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N.º 4 de Capital Federal- 18/06/2018

El 18 de junio de 2018 el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4 de la Ciudad de Buenos Aires, dictó sentencia y condenó a Gabriel David Marino por ser el autor del delito de homicidio calificado por odio a la identidad

de género y por haber mediado violencia de género, a la pena de prisión perpetua (arts. 12, 29, inc. 3ro., 45, 54, 80, incisos 4 y 11, del Código Penal).

La víctima de dicho delito fue Amancay Diana Sacayán, quien ha sido una militante ineludible en la lucha por los derechos humanos en general y del colectivo de personas travestis, transexuales y transgénero en particular. Diana era miembro del equipo del Programa de la Diversidad Sexual del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), impulsora de la lucha por los derechos de las personas trans, líder de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays y Bisexuales (ILGA) y dirigente del Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL). Impulsó, entre otras iniciativas, la Ley de Cupo Laboral Trans Travesti que recibió media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación el 10 de junio de 2021. Además, fue unas de las primeras personas en recibir de manos de quien en ese entonces era la Presidenta de la República Argentina, Cristina Elisabet Fernández de Kirchner, el Documento Nacional de Identidad de acuerdo con su identidad de género autopercibida.

El cuerpo sin vida de la integrante de la comunidad LGBTIQ+ fue hallado el 13 de octubre del año 2015 en el interior de su domicilio. La modalidad de la comisión del delito y las características en que fue encontrado el cadáver, denotan una particular violencia. Las lesiones infringidas a Diana Sacayán fueron de extrema brutalidad, insensibilidad y, por su pluralidad y especificidad, dirigidas a marcar el rasgo específico típico del odio. A los golpes en la cabeza y distintas partes del cuerpo, se suman las lesiones infringidas con un arma blanca, de gran tamaño, con la que se produjeron trece lesiones punzo cortantes, en distinta ubicación y de diversa profundidad, de las que dos fueron mortales, mientras que las otras contribuyeron al deterioro final de la víctima, todo ello señalado en particular por el Tribunal a fs. 175. Los magistrados en ese sentido sostuvieron que *"el lugar de asiento de las puñaladas, cuya ubicación no fue al azar sino que la multiplicidad de ellas estuvieron dirigidas a lugares específicos relacionados con la asignación del sexo y sus atributos más definidos, como son el rostro, los pechos y los glúteos […] todo conduce a la adecuación típica calificada"* (odio a la identidad de género).

Respecto a la ubicación del odio en la teoría del delito, la sentencia a fs. 173 esboza que la *"figura se completa con un elemento subjetivo distinto al dolo, en tanto el autor debe matar al sujeto pasivo por odio hacia alguna de estas circunstancias: el género, la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de la identidad de género del paciente. Es un componente subjetivo diferente del dolo que repara en las motivaciones de la acción. Debe darse muerte a la víctima en virtud de esa aversión del autor respecto de los extremos referidos al género, a la sexualidad del paciente a los que alude la descripción legal".*

La sentencia además hace especial alusión a las contradicciones en la declaración del imputado. Durante la instrucción Gabriel David Marino brinda una explicación en el momento de su declaración indagatoria donde admite tener una relación sentimental con la víctima, y además dice haber estado en el lugar de los hechos al momento del homicidio.

Según sus dichos, Sacayán lo habría invitado a participar de un evento sexual con una tercera persona a la que denomina "Maxi" e indica que la víctima solía comprarle drogas. Marino expresa que se negó en ese momento a formar parte de un encuentro sexual, y que el otro joven se molestó con Sacayán. Ante la negativa, según declara el imputado, la nombrada se enfureció, sacó un cuchillo de su cintura y se abalanzo sobre él, logrando "zafarse" de dicho intento de agresión. En ese contexto, la víctima se dirige a atacar a la otra persona quien le saca el cuchillo, se van hacia otra habitación, y ahí escucha gritos.

Esta declaración intentó introducir el asesinato en el marco de un rechazo a participar de una relación sexual, considerándolo como un acto de defensa frente a una agresión proveniente de quien fue en realidad la victima de la causa. Los magistrados marcaron que la misma difiere considerablemente con la realizada durante la instrucción que fue vertida en el momento del debate oral, ya que en instancia de juicio Marino juró "por Dios" que era inocente, que nunca estuvo en el hecho ni mató a Diana, así como que quería que se busque al verdadero culpable, clamando justicia por quien fuera en vida su pareja.

Pero lo más relevante del fallo, es la discusión que los magistrados realizan en torno a la calificación legal. Por el lado de la acusación existieron cuatro

actores diferentes con aspiraciones diversas respecto a los tipos penales aplicables con relación al crimen de Diana Sacayán. A pesar de estas discrepancias, existió un denominador común en las acusaciones ya que tanto la querella, como el INADI y la representación del Ministerio Publico Fiscal acompañado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) solicitaron que la condena se realice por aplicación del art. 80 inc. 4 del Código Penal, pues entendían que existió odio a la identidad de género.

Así, la Jueza Bloch en su voto en disidencia, alude a la discusión respecto a la constitucionalidad de la calificación legal del inc. 4 del art. 80 del Código Penal en concordancia con el art.19 de nuestra Constitución Nacional. En ese sentido, descarta que el vocablo odio al que alude el mencionado texto legal, se refiera a un sentimiento emotivo del sujeto activo. Sino que fue un concepto elegido para buscar un efecto que genere un impacto y que resalte la situación de vulnerabilidad que tienen ciertos grupos de la sociedad, ya sea por prejuicio racial, étnico o como en este caso de identidad de género.

En efecto, sostiene la Jueza que de comprobarse que el imputado mató por odio a la identidad de género, la agravante seria constitucionalmente válida, pues *"no se trata de agravar la pena porque el autor es perverso sino por limitar la vida del otro"* (fs. 323 de la sentencia).

Por la mayoría, los magistrados Dres. Calvete y Báez entendieron que la agravante se encontraba probada por la violencia ejercida y la mecánica de la muerte. Expresa el juez Calvete que la manifestación del odio hacia una de las versiones de la identidad de género, el llamado "Travesticidio" suele estar exteriorizado mediante una agresión extrema y sostenida, acompañada por la descalificación de la víctima por su carácter de travesti o trans, con proyección en las especiales lesiones infringidas a esta.

Fue así que en su veredicto, el Tribunal consideró que se trató de un crimen de odio y que medió la violencia de género según los incisos 4 y 11 del artículo 80 del Código Penal y reconoció el crimen, por primera vez en la justicia argentina, como un travesticidio. Esta sentencia marcó un gran precedente para la legislación Penal en Argentina, marcando un antes y un después en los delitos motivados por odio discriminatorio *(ver anexo).*

Tiempo después, en el año 2020, la defensa logra elevar el fallo a la Cámara de Casación, donde consideran que debía confirmarse la prisión perpetua a Gabriel Marino como responsable del asesinato de Diana pero que el delito debía ser calificado como femicidio ("homicidio agravado por haber sido cometido con violencia de género", contenido en el artículo 80 inciso 11 del Código Penal), quitándole la agravante de odio a la identidad de género.

Dicha supresión, supone invisibilizar el contexto de discriminación y violencia que sufrió Diana Sacayán por su identidad travesti, diluyendo sus particularidades en el contexto más amplio de desigualdades de género entre varones y mujeres. Este fallo, fue recurrido por el fiscal Ariel Yapur y la fiscal Mariela Labozzetta, titulares de la UFEM, quienes presentaron un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia. Dentro de sus fundamentos, remarcaron la importancia de la figura de odio frente a la identidad de género de la víctima o su expresión y por qué debía intervenir la Corte Suprema para preservar los derechos y garantías federales vulnerados.

Explicaron además que existen mandatos internacionales que obligan al Estado argentino a legislar de manera adecuada los crímenes por odio, prejuicio o discriminación y a investigarlos con debida diligencia reforzada. Pusieron como ejemplo la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar todas las Formas de Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de Naciones Unidas, los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, y el Modelo de Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género.

Yapur y Labozzetta indicaron que *"la falta de adopción de medidas especiales y adicionales dirigidas a develar el rol del prejuicio de género travesti en la situación de violencia ignora la naturaleza específica de actos que son considerados como particularmente destructivos de los derechos fundamentales, y como fenómenos que repercuten gravemente sobre el colectivo de las personas LGBTIQ"*. Remarcaron también que una situación de impunidad

frente a este tipo de violencia, *"refuerza su posición de desigualdad estructural en la sociedad, incrementando los riesgos de sufrir la violencia por la identidad travesti que de por sí ya padecen".*

En los alegatos ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 4 de la Capital Federal, ambos fiscales habían hecho hincapié en la importancia de llamar al crimen como travesticidio: *"Ese término, que fue acuñado, entre otras, por Diana Sacayán durante su vida y militancia, pretende reflejar que el crimen que nos ocupa no es un hecho aislado, sino que es fruto y consecuencia directa de la discriminación y violencia estructural que sufren las travestis por su identidad de género en nuestra sociedad; que no nos enfrentamos a la conducta individual de un sujeto transfóbico o transodiante, sino a un entramado social complejo que coloca a las travestis (incluso a sus referentes más visibles, como Diana) en una posición de particular vulnerabilidad frente a la violencia letal, del cual este crimen es una expresión, por cuanto su comisión fue posible en razón de las condiciones de riesgo propiciadas por ese contexto de discriminación estructural"*, describieron.

Por tanto, sostuvieron que sólo el homicidio agravado por odio (previsto en el artículo 80 inciso 4 del Código Penal) era la figura legal que reflejaba adecuadamente ese entramado social que subyace al crimen. *"Su designación como Travesticidio implicaba en el caso una reparación simbólica tanto para la víctima directa del hecho, Amancay Diana Sacayán, como para todas las demás integrantes del colectivo vulnerado del que ella formaba parte",* habían marcado durante el juicio.

5.3. "Casiva, Fabián Alejandro p.s.a. Homicidio agravado, daño, etc." Expte. SAC 6764069 - Cámara en lo Criminal y Correccional N°9 , Secretaría N° 17 de Córdoba. 11/09/2019

La Cámara en lo Criminal y Correccional de Novena Nominación, Secretaría N° 17 de la Ciudad de Córdoba, integrada por los magistrados Roberto Ignacio Cornejo, Gustavo Rodríguez Fernández, Fernando Martin Bertone y un jurado popular, condenan a Fabián Alejandro Casiva, a la pena de prisión perpetua por los delitos de homicidio calificado, por mediar violencia de género, (art. 80 inc. 11 del CP), hurto calamitoso, (art. 163, inc. 2 de CP), daño (art. 183 de CP), en concurso ideal con el delito previsto en el art. 3, inc. 7 de la Ley N° 14346 -

Protección a los animales contra actos de crueldad-, (art. 54 del CP); todo en concurso real (art. 55 del CP), e imponerle la pena de prisión perpetua (arts. 5, 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del C.P.; arts. 412, 550 y 551 del C.P.P.).

Previo a realizar un análisis del fallo, es necesario aclarar que tal como surge de los artículos que fundan la condena de Casiva, el Tribunal no ha analizado la existencia del odio como agravante, sino que constituyen el hecho como un femicidio trans o transfemicidio.

Así, de los hechos de la sentencia resulta que 18 de Octubre del año 2017, Azul Montoro, una chica trans, trabajadora sexual del Barrio Centro de la Ciudad de Córdoba, se encontraba en la zona en la que habitualmente trabajaba, cuando se hace presente el Sr. Fabián Casiva a bordo de su Motocicleta Marca Mondial. Luego de mantener una conversación durante algunos minutos, Azul se sube a la motocicleta y se trasladan ambos hacia el domicilio en el que se encontraba residiendo ésta momentáneamente.

Ya en la vivienda, por motivos no conocidos entablan una discusión y como consecuencia, Casiva, mediando por completo violencia de género y colocándose en una situación de superioridad y dominación con respecto a la víctima, con un arma blanca comienza a realizarle puñaladas a la altura de diversos órganos vitales con la intención de quitarle la vida.

Ante la actitud defensiva de Montoro, el agresor golpea su cráneo con un objeto contundente dejándola gravemente herida, lo que concluyó con su muerte. Asimismo, ante los ladridos de la perra caniche que se encontraba en el domicilio, propiedad de una compañera de Azul, le provocó un corte en la oreja izquierda y algunas heridas en el interior de su cuerpo. El autor, sustrae algunas pertenecías de la víctima, entre las cuales se encontraba su teléfono celular y dinero, y luego se retira del domicilio.

Azul fue encontrada en la madrugada sin vida por su compañera, y horas más tarde, Casiva es detenido intentando internarse en una institución de salud mental, tras haber quedado grabado su rostro en una videollamada de Whatsapp con el celular de la víctima que había sustraído. La defensa del imputado sostenía, por un lado, que se trataba de una persona inimputable, en virtud de padecer problemas psiquiátricos, más precisamente esquizofrenia, motivo por el

cual manifestaba no encontrarse en condiciones óptimas que le permitan comprender la gravedad de los hechos respecto a la alteración morbosa de sus facultades mentales.

Ante el supuesto de inimputabilidad, los magistrados concluyeron que Fabián Casiva tenía plena capacidad para comprender y dirigir sus acciones, y que al momento de la comisión del delito no se encontraba desconectado de la realidad por su falta de resonancia emocional.

Por otro lado, la defensa también considero la inexistencia de la figura penal del femicidio, de manera tal que no se estaría ante *"el binomio que requiere la figura de femicidio de un hombre que se posicione por encima de la mujer, por creerse superior. No hay ninguna vinculación entre la personalidad, la sexualidad, la psicopatología de Casiva que lo vincule con la figura de femicidio"* (fs. 81 de la sentencia).

Sin embargo, la Cámara en lo Criminal y Correccional, fundamentó la aplicación de la figura del femicidio por la muerte de Azul Montoro a fs. 80 señalando que es *"procedente la agravante de femicidio, al considerar que se verifican las particulares circunstancias que requiere el tipo en relación a quien debe ser el sujeto pasivo y el sujeto activo. Destacó* (el fiscal de Cámara Dr. Gustavo Alberto Arocena) *que si bien Azul Espinoza nació con genitalidad masculina, su documento de identidad le asigna el sexo o género femenino. Considera que la correcta alusión de Azul como mujer es la que mejor respecta su autopercepción. Agregando que dicha interpretación significa un cambio de la postura que sostuvo como estudioso de derecho penal. Consideró que Casiva reaccionó con agresividad y violencia femicida en contra de Azul Espinoza, quien nada más ejercía sus derechos como mujer"* todo ello en concordancia con la correcta interpretación y aplicación de la Ley de Identidad de Género N°26.743, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y la Declaración de la Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

5.4. "Azzolini Ángel Emanuel s/homicidio o Encubrimiento agravado y Biott Oscar Humberto s/homicidio simple" - Expte. N° 5610/17 - Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Cruz – 13/06/2019

El 13 de Junio de 2019, la Cámara en lo Criminal de San Juan, condenó a Oscar Humberto Biott a la pena de prisión perpetua por ser el autor del delito de homicidio calificado por odio a la Identidad de Género en perjuicio de Marcela Chocobar (Arts. 12, 29 Inc.3, 45, 80 Inc. 4 del C.P.A.), y a Ángel Emanuel Azzolini a la pena de seis (6) años de prisión por hallarlo autor del delito de encubrimiento agravado (Art.277 Inc. 3° apartado a) y 45 del C.P.A.) a la (Arts. 12, 29 Inc.3, 46, 80 Inc. 4 del C.P.A.).

Ambos sentenciados comenzaron siendo juzgados por "Homicidio simple", pero a medida que la investigación y las declaraciones testimoniales fueron avanzando, el fiscal solicitó que se amplíe la acusación por el delito de transfemicidio. El de Marcela fue el primer caso en la provincia de Santa Cruz en el que se llegó a este tipo de condena.

Marcela Chocobar era una chica trans de 26 años de edad, que el día 6 de Septiembre del año 2015, fue a bailar a un boliche llamado Russia ubicado en la ciudad de Rio Gallegos. A la salida del lugar, las cámaras de seguridad la ubicaron subiendo a un automóvil de color rojo marca Renault 9, dominio STO-368, donde se encontraban los imputados Azzollini Ángel Emanuel (condenado por encubrimiento) y Biott Oscar Humberto (condenado por homicidio), más otra persona aún no identificada. Luego de dos semanas, encontraron su cráneo en un baldío junto a algunas de sus pertenencias.

Respecto a la agravante del inc. 4 art. 80 del Código Penal, el Lic. Damián Ricardo, perito del Cuerpo Pericial de Psicología del Poder Judicial de la Provincia de Santa Cruz sostuvo que el delito había sido cometido tras evidenciar la condición sexual de la víctima, señalando que *"a Marcela se la ha tratado como un objeto, también podemos destacar el rechazo del que hablaba hacia la figura femenina y la condición de travesti de Marcela Chocobar"* (fs. 20 de la sentencia).

En igual sentido, la querella sostuvo que se encontraba acreditado que *"la invitaron* (A Marcela) *a abordar el mencionado vehículo para llevarla a la*

vivienda de Gregores 650 y mantener relaciones sexuales con ella, pero al advertir su condición de género, y con un alto grado de violencia le quitaron la vida por el motivo de odio de género, la circunstancia, el contexto y modo de la comisión del hecho permiten concluir que el homicidio fue motivado por su condición de mujer trans de Marcela Chocobar, para luego mutilar el cuerpo, ocultarlo a efecto de obstaculizar la investigación y luego obtener su impunidad" (a fs. 38 de la sentencia). Así, indicaron también que la prueba aportada por el perito psicólogo respecto al modo despectivo de referirse a Marcela por parte de los imputados, sumado con lo violento y atroz de la comisión del delito, constituían elementos suficientes para la aplicación del inc. 4 del art. 80, siempre que ambos dilucidaban que la muerte la habían provocado por odio a la identidad de la víctima.

A fs. 41, se señalan las frases utilizadas por los imputados, las cuales dejan en evidencia el desprecio que estos tenían para con la víctima: *"han matado a un puto", "el perro que desapareció", "me di cuenta que era un travestí al momento de la pelea".* Además indican que en las pericias, Biott en todo su relato sostiene que Marcela era un señor. *"Todo ello transmite odio y violencia, incomodidad frente a las personas transgénero, lo que impide que tengan vida plena y a salvo de daños"* (fs. 41).

Así, los magistrados tuvieron en cuenta al momento de la calificación legal el odio presente en el discurso de los imputados, y además de ello se detuvieron a analizar los indicios de odio que se encontraban presentes en cuerpo de Marcela, coincidiendo que la aplicación de la agravante era necesaria en este caso. A fs. 134, el Presidente de la Cámara, el Dr. Jorge D. Yance, concluyó que *"el detallado informe realizado por el médico forense se observa claramente que no se trató de un desmembramiento al solo efecto de ocultar el crimen, sino hubo un plus podríamos decir sobre el cráneo, le sacaron el rostro, el cuero cabelludo y los ojos. Lo que no queda lugar a dudas que se trata de un crimen de odio".*

VIII- CONCLUSIONES

En este trabajo hemos evaluado el estado del arte de los delitos de odio, comprendiendo su naturaleza en el estudio de los antecedentes a nivel global que dieron origen, las necesidades en el plano fáctico que esta tipificación ha venido a suplir, y los diferentes elementos que conforman el *odio* como tal como elemento amplificador de la responsabilidad. Así también, se ha desglosado el inc. 4 del art. 80 del Código Penal, desde la configuración de sus posibles sujeto activo y pasivo, hasta la ubicación dentro de la teoría del delito y las diferentes situaciones problemáticas a las que nos encontramos según la línea doctrinaria que analicemos.

En la discusión respecto a la incompatibilidad del inciso en cuestión con la Constitución Nacional, hemos encontrado como respuesta que efectivamente la ampliación de la respuesta punitiva por el ánimo del sujeto activo es válida a la luz de nuestra carta magna, acercando posibles soluciones a los reproches que sostienen su inconstitucionalidad.

Ello, queda a la luz además de la jurisprudencia presente en nuestro país respecto de la aplicación del inc. 4 del art. 80, en concordancia con la ley de Identidad de Género, donde el debate de constitucionalidad también se hace presente, y se logra superar de manera satisfactoria. Es evidente que en los casos analizados, la necesidad de la aplicación de la agravante reside no lo solo en las formas extremadamente brutales y violentas de la comisión del hecho típico, que ya de por si revisten de mayor gravedad el hecho, sino también en el portentoso mensaje de alerta que estos asesinatos emiten a los colectivos a los que pertenece o cree el autor que pertenece (porque tal como se ha dicho, el sujeto pasivo no se encuentra claramente diferenciado, basta con que el sujeto realice la acción típica en motivo de odio hacia lo que cree que el sujeto pasivo es, vive o representa).

Se ha logrado también dejar en evidencia que los delitos motivados por odio y sus comisiones brutales han sido también ejecutadas y encubiertas por el Estado, y que aún hoy se continúa pidiendo justicia por estos hechos. Hasta el día de la fecha, no existe ninguna sentencia que condene por Crímenes de Lesa Humanidad con la agravante del inc. 4 del art. 80 del Código Penal, lo cual ciertamente sería aplicable teniendo en cuenta los testimonios de las personas de

la comunidad LGBTIQ+ que han pasado por situaciones de secuestro y tortura perpetradas en la dictadura cívico militar, y que han hecho eco de lo que las 400 personas de este colectivo aun hoy desaparecidas han tenido que soportar. De hecho, por el testimonio de Ivanna Aguilera, se sabe que el día de su secuestro se llevaron además a varias de sus amigas que siguen desaparecidas, a quienes en el centro clandestino de detención vio cómo, al igual que a ella, las torturaban de maneras extremadamente violentas, haciéndoles saber que lo hacían por su condición sexual.

Hasta ahora se dictaron 241 sentencias, en muy pocas se menciona la crueldad sobre personas fuera de la heteronormatividad y en ninguna se aborda la experiencia de personas trans. Solo el citado caso de Valeria del Mar Ramírez se investiga judicialmente, pero todavía se encuentra a la espera del juicio oral.

Por todo lo expuesto y estudiado en este trabajo, evidenciamos que el *delito de odio* no es una categoría homogénea. Su nacimiento y evolución ha estado determinada por diversos factores. La presencia de una aversión discriminatoria ha sido uno de ellos, la cual ha desembocado en la necesidad de impulsar medidas preventivas y reparadoras para los colectivos vulnerables y la defensa de los valores de la comunidad puestos en cuestión. Estos factores, como así también la creciente normativa a nivel nacional e internacional respecto a las cuestiones de género, han modificado progresivamente el concepto de *odio* a efectos penales y dado lugar a una variedad de justificaciones para la aplicación de los delitos de odio. Así, podemos entender al odio como circunstancia agravante por discriminación, como ratio de una anticipación penal por la amenaza de daño que contiene y como lesión de la paz pública o de la moral social mayoritaria con claros efectos supraindividuales.

Continuar por esta línea, es el camino para garantizar una sociedad más justa, donde las penas de los delitos de homicidio no son aplicadas de manera casi automática y genérica, sino que se realizan a través de un estudio profundo de los factores que han motivado al sujeto activo a realizar la acción típica, en los modos de su comisión y sus resultados lesivos más allá de la propia víctima. De allí, si la respuesta que se obtiene de ese análisis resulta que ha existido un rechazo a las vivencias personales de la víctima desde una posición de superioridad de quienes los cometen, mantenido la subordinación del sujeto

pasivo y del propio colectivo, evidentemente estaremos ante una situación en la que la pena deberá ser agravada en función a ello.

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

NOTA DE CONFORMIDAD

Por medio de la presente hago constar que el Trabajo de Tesis de Grado titulado "DELITOS DE ODIO: ANÁLISIS DEL ART. 80 INC. 4 DEL CÓDIGO PENAL. DISCUSIONES EN TORNO A SU FUNDAMENTO Y CONSTITUCIONALIDAD", presentado por Daniela Belén Radozevich titular del DNI 39.980.070 para obtener el título de Abogada, ha sido confeccionado a lo largo del proceso de investigación y redacción bajo mi supervisión.



JAVIER TEODORO ÁLVAREZ

IX- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILERA, I. (2020). Apuntes para escribir una memoria travesti trans. (M. PAOLTRANI, Entrevistador) Recuperado el 15 de Septiembre de 2021, de https://www.enredando.org.ar/2021/04/10/apuntes-para-escribir-una-memoria-travesti-trans/

ALBERTO, D. L. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal.* Madrid: Universidad Autonoma de Madrid, Facultad de Derecho.

AROCENA, G. A. (2017). *Femicidios y otros delitos de género.* Buenos Aires: Hammurabi.

ARROYO, S. C. (2017). *El concepto de delitos de odio y su comision a traves del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresion* (Vol. LXX).

BALESTRA, C. F. (2013). *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial.*

BREGLIA, A. O. (2011). *Homicidios agravados : vínculo, circunstancias extraordinarias de atenuación, ensañamiento, alevosía, veneno, precio, placer, codicia, odio racial o religioso, peligro común, pluralidad de partícipes...* Buenos Aires: Astrea.

CALÓN, E. C. (1964). *Derecho Penal. Parte General* (14a ed., Vol. Tomo I).

CASTILLO, J. B. (1998). *La discriminación en el Derecho Penal.*

CEJIL. (2013). *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género: Costa Rica, Honduras y Nicaragua.* Obtenido de https://cejil.org/es/diagnosticocrimenes-odio-motivados-orientacion-sexual-e-identidad-genero-costa-rica-honduras-y

CORDOBA, M. M. (2020). Disertación en Parlamento de Berlín. *Delitos de Lesa Humanidad*. (U. A. Interamericana, Ed.) Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=yWC1LlgOCHI&list=PLAqOQVoyDDlzSYubxDkGHIsMB_ez7Xo6-&t=2s&ab_channel=UniversidadAbiertaInteramericana

DEGANUT, F.-M. (2018). *Violencia contra las mujeres.* Buenos Aires: Hammurabi.

ECHEVARRIA, S. S. (2013). La nueva agravante penal de discriminación. Los "delitos de odio". *Revista de Derecho de la Pontifacia Universidad Católica de Valparaíso*, 263-308.

EDBERT, U. (2005). *Derecho Penal. Parte General.*

ESTEBAN, I. (2005). *La lucha contra los delitos de odio en Europa.* Fondo Europeo para la integración.

FEDERACION INTERNACIONAL DE PLANIF. DE LA FAMILIA. (2018). *Derechos sexuales: Una declaración de IPPF.*

FIRST, H. R. (2008). *Hate Crime Survey.* Washington D.C. Human Rights First. 1er ed. Obtenido de https://www.humanrightsfirst.org/sites/default/files/FD-081103-hate-crime-survey-2008.pdf

GUADAGNOLI, R. S. (15 de Noviembre de 2013). *INFOJUS.* Recuperado el 19 de Agosto de 2021, de www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF130342

HATENTO. (s.f.). *Observatorio de delitos de odio contra las personas sin hogar* (Vol. 59). ZERBITZUAN.

HERRERA, D. M. (2014). *Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el "Hate Speech" se convierte en "Hate Crime".* Universidad Nacional de Educacion a Distancia.

INFOLEG. (23 de Mayo de 2012). LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO. *Ley 26.743*. Obtenido de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm

J., B. C. (1996). *Manual de la constitucion reformada.* Buenos Aires: Ediar.

LOPEZ, J. A. (2014). *Una aproximacion a las circunstancias agravantes por motivos discriminatorios.* Perspectiva penal actual N°3.

M., H. H. (2014). Punishing Hatred and Prejudice. *Standford Law Review*, 1122-1123.

MANRIQUE, M. L. (2019). *Delitos de odio y motivos emocionales, análisis filosófico* (Vol. XXXIX).

OBERLIN, A. (2020). "La memoria no se guarda en el closet" Violencias invisibilizadas del terrorismo de Estado en Argentina. *Revista Interdisciplinaria de Estudios sobre Memoria, 7*(14), 102-119.

OBERLIN, A. (2020). La memoria no se guarda en el closet. *Revista Interdisciplinaria de Estudios sobre Memoria, 7*(14), 102-119.

ORTEGA, A. I. (20 de Diciembre de 2016). Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015). *Revista Extremeña de Ciencias Soc. ALMENARA*(9).

OTAOLAURRUCHI, P. A. (2017). Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social. *Revista de Victimologíaa* , 33-62.

PROVENZANO, M. (2009). *Clínica diferencial. Psicopatía-perversión perversidad. A propósito de un fallo judicial.* (I Congreso Internacional de Investigacion y Practica Profesional en Psicologia XVI. Jornadas de Inv. Quinto Encuentro de Investigadores en Psicologia del MERCOSUR ed.). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

PUIG, M. (2011). *Bases Constitucionales del Derecho Penal.*

RAMIREZ, V. (2020). Ser trans en un centro clandestino de detención y tortura. (LATFEM, Entrevistador) Recuperado el 15 de Septiembre de 2021, de https://latfem.org/valeria-del-mar-ser-trans-en-un-centro-clandestino-de-detencion-y-tortura/

RAMIREZ, V. D. (2020). El testimonio de la primera querellante trans: "Lo que viví no te lo sacás más del cuerpo". (TELAM, Entrevistador) Recuperado el 15 de Septiembre de 2021, de https://www.telam.com.ar/notas/202011/531045-testimonio-mujer-trans-pozo-banfield.html

STRATENWERTH. (2017). *Derecho Penal. Parte General* (4ta ampliada y actualizada ed.). Hammurabi.

ZAFFARONI, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal.*

X- ANEXO

Anexo 1: "Nuevos aires se acercan a los justiciables que por mucho tiempo fueron olvidados (Luego del fallo Sacayán)"

por GISELA PAOLA VILLALBA

28 de enero de 2020

www.saij.gob.ar

Id SAIJ: DACF200011

El fallo anotado Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 6, Secretaría N° 118. Rta. 18/09/2018, "ELDJT s/…", Causa N° 69543/2017.

El 18 de septiembre de 2018, se resolvió decretar el procesamiento, sin prisión preventiva de ELDJT, por considerarlo "prima facie" autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves, lesiones agravadas por haber sido cometidas contra una mujer y en un contexto de violencia de género, robo simple y privación ilegal de la libertad agravada por el uso de violencia, los cuales concurren en forma ideal (arts. 45, 54, 89 en función del art. 92 y en función del art. 80 inc. 11°, 142 inc. 1° y 164 del CP) y se dispuso la prohibición de acercamiento a un radio no menor de 300 metros respecto al domicilio y de mantener todo tipo de contacto con la denunciante VJ.

Hecho:

Se iniciaron las presentes actuaciones a raíz del acta rubricada por la Oficial Principal Flavia Díaz de la División Protección Familiar C.C. 15 de la Policía de la Ciudad, en la que dejó constancia que el 19 de noviembre de 2017, a las 02:45 horas, se había presentado en la dependencia ELDJT en compañía de AC, manifestando que momentos antes, mientras se hallaba en su domicilio sito en XXXX de esta ciudad, junto a su ex pareja, VJ -que según se lee del acta de fojas 1 se trata de una persona transgénero-, se originó una pelea por cuestiones de dinero, lo cual cada vez se tornó más violento entre ellos, llegándose a golpear, amenazar con un cuchillo.

Según dicha constancia además en un momento ELDJT se retiró del lugar, cerrando la puerta con la única llave, dejando a VJ encerrada. Ante ello, personal policial se presentó en el inmueble en compañía de la amiga de ELDJT -AC-, quien poseía las llaves del domicilio, a los fines de establecer el estado de salud

de VJ, quien tras su declaración testimonial de fs. 2 instó la acción penal contra ELDJT en orden a los hechos que la damnificaran.

Antes de comenzar a analizar el fallo objeto de análisis, es necesario, realizar una mención especial al fallo conocido públicamente como "Sacayán", que marcó un antes y un después en el derecho penal. El fallo "Sacayán", caratulada "Marino, Gabriel David y otro s/ homicidio a una mujer perpetrado por un hombre y mediante violencia de género, damnificada: Sacayán, Amancay...". El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4, el 18 de junio de 2018, condenó a Marino a cadena perpetua como coautor del delito de homicidio calificado por odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género, tratándose de un momento bisagra para el derecho penal, analizándose por primera vez como un "travestecidio", explicando con claridad, los miembros del Tribunal, principalmente en sus votos el Dr. Julio Báez, las nociones medulares de la violencia de género y de la identidad de género.

Si bien la figura en cuestión en la actualidad aparece vinculada, también, hacia una situación de "género" u "orientación sexual", su base se remonta al decreto ley 4778/63, ratificado por la ley 17.567, con los aditamentos introducidos por la ley 23.592, interpretando la doctrina que el odio es la aversión que el agente siente por una persona o grupo de personas, siendo por ella que el autor se decide a actuar(1).

El devenir de los tiempos y las reformas legislativas, ampliaron las hipótesis relacionadas con el concepto de odio; la ley 26.743, nos aportó una definición según la cual se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento incluyendo la vivencia personal del cuerpo. La ley incorporó elementos como: la vivencia interna e individual de cada persona (puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento), la vivencia personal del cuerpo, pudiendo implicar la modificación de la apariencia o función corporal, siempre que sea un acto libremente escogido, incluyendo expresiones de género, como vestimenta, modo de hablar y los modales(2).

Es decir que la ley permite la elección sexual; reivindica los dos mundos que podrían definirse por oposición: el sexo asignado y el autopercibido; los

destinatarios son las transexuales, travestis o inter sexos pues el derecho a la identidad de género y orientación sexual, involucran una serie de derechos fundamentales como son el derecho a la identidad personal, a la libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada, a la salud, a trabajar, al proyecto de vida, y a una adecuada calidad. Todas estas prerrogativas se encuentran en los artículos 14, 16, 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional en los artículos 3, 5, 11, 18, 24, 25, y concordantes de la CADH; 2, 3, 7 y 8 de la DUDH; 2 de la DADH; 2, 3, 12, 1 inc. d, 20, 23, 24 y 26 del PIDCP y la ley 23.592(3).

El derecho a la identidad de género y sexual se encuentra ligado al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones.

Previo a adentrarme en el análisis del hecho, cabe hacer una breve introducción sobre el marco legal que se tendrá en cuenta para el presente caso, encomendado a los delitos denominados de "violencia contra las personas LGBTIQ", esto es, supuestos en que se ejerce violencia sobre grupos especialmente victimizados por cuestiones de género y orientación sexual, como las lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, travestis, transgéneros e intersexuales.

En nuestro país resulta de importancia la Ley 26.791, aprobada el 14 de noviembre de 2012, la cual introdujo modificaciones a distintos incisos del art. 80 del CP, para criminalizar de modo agravado ciertos homicidios especialmente relacionados con el fenómeno de violencia de género. Entre éstos, encontramos el inciso 4º que incorpora como agravante de los homicidios el odio a la orientación sexual de las personas, la identidad de género y/o su expresión.

Respecto a esta reforma introducida, el agravante tenía por objeto sancionar delitos que expresen discriminación extrema. La doctrina le ha dado distintos significados al odio, por supuesto igual suerte siguió a los Crímenes de Odio, se han dado distintas definiciones que giran en torno a la motivación interna del agresor del odio: aversión, prejuicio, repulsión, intolerancia, resentimiento, hostilidad, antipatía, rechazo, desprecio, aborrecimiento, abominación, repudio, desagrado o simplemente discriminación.

Ese mismo año 2012 fue sancionada la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) reglamentada por Decreto 1007/2012.

La sanción de dicha norma implicó la desjudicializacion de la identidad de género y tuvo como fin establecer un procedimiento que permita a las personas ejercer su derecho a la identidad, bastando su decisión personal y autónoma, limitándose el Estado a garantizar el derecho a ejercer la libertad de escoger y vivir acorde a como se autopercibe sin que sea necesario requerir control judicial o administrativo previo. La ley contiene también la definición de identidad de género incorporando elementos como: la vivencia interna e individual de cada persona (puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento), la vivencia personal del cuerpo, pudiendo implicar la modificación de la apariencia o función corporal, siempre que sea un acto libremente escogido, incluyendo expresiones de género, como vestimenta, modo de hablar y los modales (Yuba, Gabriela Sobre la ley de derecho a la identidad de género, LA LEY 2012-C, 1071).

Es decir que la ley permite la elección sexual; reivindica los dos mundos que podrían definirse por oposición: el sexo asignado y el autopercibido; los destinatarios son las transexuales, travestis o intersexos pues el derecho a la identidad de género y orientación sexual, involucran una serie de derechos fundamentales como son el derecho a la identidad personal, a la libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada, a la salud, a trabajar, al proyecto de vida, a una adecuada calidad; todas estas prerrogativas se encuentran relacionadas a los artículos 14, 16, 18, 19 y 33 de la Carta Federal y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional en los artículos 3, 5, 11, 18, 24, 25, y concordantes de la CADH; 2, 3, 7 y 8 de la DUDH; 2 de la DADH; 2, 3, 12, 1 inc. d, 20, 23, 24 y 26 del PIDCP y la ley 23.592 (Zulita, Felina-Morales Deganut "Violencia contra las mujeres", Hammurabi, Bs. As., 2018 págs. 117/119).

En el ámbito internacional, existen muchos instrumentos de derechos humanos que establecen las obligaciones de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans (travestis, transexuales y transgéneros). Entre ellos, encontramos: arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 3 del Protocolo Adicional a la

Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; art. 1, 5.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Derecho a la Igualdad y art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Para el caso específico de la comunidad LGBTIQ, reviste particular importancia la garantía del derecho a la igualdad, del cual se deriva el derecho a la no discriminación, y que tiene como objetivo evitar toda distinción de hecho y de derecho que produzca diferencias de trato que afecte a las personas en sus derechos y especialmente en su dignidad. La igualdad procura la promoción y protección de aquellos grupos desfavorecidos y discriminados(4).

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) -órgano encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, en el párrafo 7 de su Observación general N° 18 señaló que: "El Comité considera que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición política o de otra índole, el origen nacional o social y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"(5).

En el marco de los World Outgames(6), el 29 de julio de 2006, en Montreal, Canadá se llevó a cabo la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos LGBT. En este contexto surge la Declaración de Montreal(7)que contempla todos los aspectos de la vida de las personas del LGBT y que se divide en cinco

secciones. La primera de ella, y de importancia para esta resolución es la que se titula "Derechos Fundamentales", exige salvaguardar y proteger los derechos más básicos de las personas del LGBT. Para ello, en esa sección se enuncia y detalla la forma en la que se violan estos derechos y se resalta la enorme preocupación que la situación genera. Esta Declaración resulta relevante para

garantizar el reconocimiento de los derechos del colectivo LGBT pronunciados a nivel internacional.

También contamos con los "Principios de Yogyakarta. Principios sobre la Aplicación de la legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género"(8), los cuales fueron elaborados en noviembre del año 2006, en la ciudad indonesa de Yogyakarta, a raíz de la solicitud efectuada por Louise Arbour, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008). En estos principios se destaca la regulación del derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, social y a otras medidas de protección, con independencia de la orientación sexual o identidad de género de las personas. Estos instrumentos constituyen el marco legal internacional para la protección de los derechos de la población LGBT contra los crímenes de odio, en los cuales es posible apoyar la defensa y la protección de los derechos de esta comunidad, ya que, si bien algunos países los han reconocido en sus legislaciones, otros carecen de regulaciones y en algunos existen normas que protegen prácticas discriminatorias y anticonstitucionales.

Teniendo en cuenta el marco teórico desarrollado, es posible afirmar que los actos de agresión y violencia son crímenes de odio contra el colectivo LGBT, ya que:

1. Han sido cometidos en contra de una persona de la diversidad sexual, con conocimiento previo por parte del agresor de la orientación sexual o identidad de género de su víctima.

2. Han implicado el ejercicio de agresión o violencia con la intención de lesionar derechos, causar daño físico o psíquico y/o castigar.

3. La motivación de la persona perpetradora ha sido el rechazo, el desprecio o el odio hacia la orientación o identidad de género asumida de la persona lesionada.

La motivación del victimario no siempre es fácil de determinar y en muchos casos los crímenes de odio son tratados -tanto en los medios de comunicación como por las entidades estatales- como delitos comunes de asalto, robo, intimidación, entre otros, o como "crímenes pasionales"; si bien este último

tratamiento de los crímenes es cada vez menos común, aún quedan resabios de esta práctica de invisibilización. Los estereotipos, prejuicios y desconocimientos de los/as funcionarios/as encargados/as de investigar adecuadamente y garantizar justicia, a menudo, generan que la noción del "odio" como motivación del delito pocas veces figure en la forma de concebir, recibir y procesar los crímenes de las personas de la comunidad LGBT.

Por otra parte, las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de los Estados Americanos (OEA), ante la ausencia de una normativa precisa, han iniciado esfuerzos para desarrollar una cultura de cumplimiento de los derechos humanos, con el fin de evitar el prejuicio basado en la orientación sexual(9).

Sin embargo: "el núcleo sigue siendo el mismo: el rechazo por ser lo que se es, por manifestar de alguna forma una sexualidad no hegemónica y tradicional"(10).

Las similitudes en la terminología revisada muestran al menos tres elementos indispensables para considerar determinado acto, como un crimen de odio:

a) Agresión o conjunto de agresiones dirigidas a lesionar los derechos de una persona. En relación a las características de la conducta o agresión de los derechos de la población LGBT, es importante señalar que "la conducta violenta en los delitos de odio varía dependiendo del contexto y de los prejuicios que tenga una sociedad específica, pero está presente en todas las sociedades"(11).

Estas agresiones implican violaciones a distintos derechos fundamentales de las personas, tales como: a la dignidad, a la integridad personal, a la seguridad, a la no discriminación, a la igualdad, y hasta en algunos casos estas violencias privan a las personas de un derecho tan básico e inalienable, como lo es el derecho a la vida.

b) La pertenencia (o la asociación) de la persona agredida a un colectivo históricamente vulnerado y/o discriminado. En los crímenes de odio la agresión mencionada anteriormente recae sobre una persona perteneciente o asociada a un colectivo históricamente vulnerado. Los colectivos históricamente vulnerados son aquellos grupos de personas cuyos derechos son menoscabados por una relación asimétrica de poder que es determinada por un contexto sociopolítico.

El principal efecto es que se considere que la agresión contra una persona LGBTIQ o persona judía, por ejemplo, es tan disvaliosa como la agresión a una persona que, sin pertenecer al colectivo, se la creyó LGBTIQ o judía o bien se la atacó para lesionar a ese colectivo(12). Esto se debe a que, como bien se mencionó, el crimen de odio lesiona a todo el grupo o colectividad, a través de la agresión a una persona determinada. Por ello, la víctima nunca es una sola. Simplemente, es el individuo que da en el estereotipo y, a través de su lesión, lo que se quiere es mandar un mensaje a todo el grupo o colectividad, a todas las personas que presentan las mismas características del sujeto agredido, por lo que excede el marco de la lesión individual.

c) Motivación que impulsa a una persona (o varias) a actuar contra los derechos de otra. La motivación está básicamente fundamentada en el odio, el prejuicio, el rechazo, el desprecio, o la discriminación hacia alguna persona miembro, real o así percibida, a algún colectivo históricamente vulnerado y/o discriminado.

En este sentido Eugenio Zaffaroni, en el artículo "Los delitos de odio en el Código Penal argentino" expresa: "En el delito por odio, el odio a la víctima está motivado por el odio a un grupo de pertenencia, que está fundado en un prejuicio. Se ha caracterizado el crimen por odio como un acto ilegal que importa una selección intencional de una víctima a partir del prejuicio del infractor contra el estatus actual o percepción de ésta. Así es como la doctrina lo ha definido. No se pena el prejuicio, que es una mera actitud, sino la conducta que, además de lesionar el correspondiente bien jurídico, resulta más reprochable por ser discriminatoria y por implicar un mensaje para todos los que se ven afectados por el prejuicio"(13).

Debe considerarse además el rol que cabe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2015 ha elaborado el informe "Violencia contra las personas LGTBIQ" que da cuenta de la gravísima situación en la que se encuentra este grupo a nivel regional, de las formas y los contextos de violencia a los que está expuesto.

El informe se enfoca de manera particular en actos de violencia física contra las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género diversas o no normativas, o cuyos cuerpos varían del estándar corporal femenino

y masculino en América. En relación con los actos de violencia contra personas LGTBIQ, la CIDH destaca que éstos suelen demostrar altos niveles de ensañamiento y crueldad.

En ese informe, la Comisión dijo textualmente que: 'se encuentra preocupada por los altos índices de violencia que se registran en contra de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, o aquellas personas percibidas como tales, en el continente americano, y la ausencia de una respuesta estatal eficiente frente a dicha problemática. Esto se evidencia en la falta de adopción de medidas efectivas para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia cometidos contra personas LGTBIQ, de acuerdo al estándar de debida diligencia. Mientras que la CIDH reconoce que se registran avances en algunos Estados Americanos, la violencia contra las personas LGTBIQ continúa ocurriendo de manera generalizada en todo el continente americano'.

Ese contexto social de discriminación y violencia generalizada fue también reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2006 -en un caso en el cual la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT) solicitó el reconocimiento de su personería jurídica ante la Inspección General de Justicia(14)-.

Allí la Corte advirtió que las personas LGBTIQ "no sólo sufren discriminación social, sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su salud, registrando altas tasas de mortalidad".

En lo atinente a la respuesta estatal frente a la violencia y el acceso a la justicia, capítulo N° 6, parágrafo N° 385, se desprende que "Los Estados tienen el deber de actuar con debida la diligencia para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos, incluyendo asesinatos y otros actos de violencia(15). Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, esta obligación incluye adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prohibir, investigar y sancionar todos los

actos de violencia e incitación a la violencia motivados por prejuicio y dirigidos contra las personas LGBTI; proporcionar reparación a las víctimas y protección contra represalias; condenar públicamente esos actos; y registrar estadísticas sobre dichos crímenes y sobre el resultado de las investigaciones, las actuaciones judiciales y las medidas de reparación(16).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha afirmado que la obligación de prevenir la "violencia motivada por el odio" proveniente de personas particulares así como de investigar la existencia de un posible vínculo entre el acto de violencia y el motivo discriminatorio puede estar amparada por la obligación de prohibir la tortura (Artículo 3), y también puede ser vista como parte de las obligaciones positivas del Estado derivadas de la prohibición de discriminación (Artículo 14)(17). El informe afirma que existen varios obstáculos para el acceso a la justicia para personas LGBTIQ y sus familiares, que incluyen, entre otros, miedo a denunciar, su registro del problema, abordaje inadecuado por parte de agentes estatales y falencias en las investigaciones. La inefectividad por parte de los estados de aplicar la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los asesinatos y otros crímenes violentos contra las personas LGBTIQ guarda estrecha relación con los prejuicios y estereotipos que los agentes del Estado tienen sobre las víctimas. Cuando los Estados no realizan investigaciones exhaustivas e imparciales respecto de la violencia contra las personas LGBTIQ, como ocurre en la mayoría de los casos, se genera una impunidad frente a estos delitos que envía un fuerte mensaje social de que la violencia es condonada y tolerada, lo que genera aún más violencia y conduce a las víctimas a desconfiar en el sistema de justicia.

Nótese que resulta de interés, para este artículo tomar con referencia la actualización que lanzó la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA World), el 10 de diciembre de 2019, en Ginebra, con motivo del Día de los Derechos Humanos, relacionado a la Homofobia de Estado(18). Dicha actualización de la sección Panorama Global de la Legislación del Informe proporciona datos sobre las leyes que afectan a las personas en función de su orientación sexual. Junto con el mapa de Leyes sobre Orientación Sexual en el Mundo, los cuales refleja los últimos desarrollos,

muestran una imagen vivida del progreso y los retrocesos que ocurrieron en todo el mundo en 2019.

Se puede observar que 70 estados continúan criminalizando la actividad consensual entre personas del mismo sexo. Hay 6 Estados miembros de la ONU que realmente imponen la pena de muerte por actos consensuales entre personas del mismo sexo, y otros 6 donde tal castigo es técnicamente posible. Informes no confirmados indican que cinco hombres pudieron haber sido ejecutados en abril de este año en Arabia Saudita. En Irán, un hombre podría ser ejecutado si se confirman los cargos en su contra.

Como fue mencionado en los párrafos que anteceden, algunos Estados han introducido dos caminos legales para abordar la violencia motivada por la orientación sexual.

El primero es una figura básica del delito independientemente que tipifique como delito la violencia o daño a una víctima motivada por su orientación sexual (real o percibida) y el segundo, es una disposición legal que agrava la pena del delito cuando éste haya sido motivado por la orientación sexual de la víctima, conocidos como "agravantes" y suele tener alcance a determinados delitos en particular como al homicidio o las lesiones.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha recomendado a los Estados que criminalicen específicamente los actos de violencia basados en la orientación sexual o la identidad de género, por ejemplo: promulgando leyes sobre crímenes de odio basados en la orientación sexual e identidad de género. En nuestro país el art. 80, inc. 4 del CP establece como circunstancia agravante del homicidio la motivación por el odio hacia la orientación sexual de la víctima y el art. 90 agrava el delito de lesiones bajo idénticas características.

El Ministerio Público Fiscal desde hace varios años que realiza una política activa, en la elaboración de instrumentos, resoluciones y recomendaciones para fortalecer los derechos de quienes han sido damnificadas o damnificados por la comisión de delitos, entre los que se destacan las resoluciones PGN N° 174/08 y N° 58/09 mediante las que se adhiere a las prácticas de la Guía de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, respectivamente.

Se observa claramente, que la Jueza, a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 6, en el fallo mencionado lo analizó teniendo en cuenta entre otras cosas, los lineamientos previstos en la ley 26.743 de identidad de género y amplitud probatoria en el marco del art. 31 de la Ley de Protección Integral de la Mujer N° 26.485.

La calificación legal que aquí se postula está estrechamente ligada a la perspectiva de género que se le imprimió a la presente investigación; en tal sentido se procesó a ELDJT, como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones agravadas por haber sido cometidas contra una mujer y en un contexto de violencia de género, robo simple y privación ilegal de la libertad agravada por el uso de violencia, los cuales concurren en forma ideal (arts. 45, 54, 89 inciso 11°, 142 inciso 1° y 164 del CP).

Así las cosas, corresponde destacar que el presente caso también fue valorado bajo las pautas que establecen la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, a los efectos de garantizar una interpretación correcta. En esa línea, se impone tanto el respeto de la garantía de las víctimas a la amplitud probatoria para acreditar los hechos como la obligación de que en las resoluciones que se adopten se ponderen las presunciones que contribuyan a la demostración de los sucesos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes (artículos 16, inciso "i", y 31 de la citada ley).

Debe considerarse además el rol que cabe a la "Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer", en lo atinente a la actividad probatoria y, en esa dirección, no ha de soslayarse que la mayoría de los casos se verifican en la esfera de la intimidad de las partes, más precisamente dentro del hogar, extremo que arrastra la imposibilidad, en la generalidad de los supuestos, de contar con testigos presenciales de los hechos.

Éstos, en los aislados casos de existir, suelen formar parte del mismo núcleo familiar, con las restricciones que entorno a ellos, en virtud de esos vínculos, prevé el Código Procesal Penal de la Nación y las parcialidades propias de esas relaciones. Entonces, como los hechos analizados son de aquéllos propios de la

"violencia de género", que suelen darse en ámbitos privados, resultan relevantes las manifestaciones de la víctima.

No puede pasar desapercibida al momento de evaluarse las pruebas obrantes en las causas que se investigan este tipo de delitos.

Es por eso que considero acertado que la prueba, en atención a las particularidades expuestas y la difícil tarea de recolección que se presenta en la generalidad de los supuestos, no sea fragmentada, sino evaluada en su conjunto.

Este análisis, debe efectuarse en un todo acorde con la plataforma jurídica que conforman, entre otras cosas, las leyes 26.791, 26.743 y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La redacción del tipo penal amplía el catálogo de sujetos pasivos susceptibles de discriminación -y por ende de protección especial- como lo son el género, la orientación sexual, la identidad de género o su expresión. La orientación sexual de una persona es independiente del sexo que le asignaron al nacer, e independiente de su identidad de género(19).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

En los Principios de Yogyakarta la orientación sexual se encuentra definida como la capacidad de la persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con esas personas(20).

Si bien, nuestra legislación avanza cada vez más en la protección de los derechos, aún falta un largo camino por recorrer, en el informe elevado el año pasado, por la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, algunos Estados tienen tipificado como delito incitar al odio, la violencia o la discriminación sobre la base de la orientación sexual se encuentra tipificado como delito. La redacción y el alcance de estas leyes varían mucho. Algunos estatutos pretenden prohibir el "discurso de odio" o el discurso con la

capacidad de incitar directamente a cometer "violencia", mientras que otros incluyen una amplia gama de términos como odio, acoso, discriminación, intolerancia o segregación. Unos pocos Estados tienen leyes que prohíben humillar o insultar a un grupo específico, ya sea en normas generales o en leyes que regulan los servicios de radiodifusión.

Las interpretaciones judiciales pueden haber ampliado los grupos protegidos enumerados, especialmente cuando tienen una cláusula abierta. Sin embargo, hay otros Estados con leyes que incluyen explícitamente la orientación sexual entras las características protegidas. En nuestro país aunque el art. 212 del CP prevé el delito de incitación a la violencia sin hacer referencia explícita a la orientación sexual, el art. 70 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (ley N° 26.522) establece que se deberán evitar los contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la orientación sexual (entre otras razones). Esta última disposición no es de carácter penal.

Notas al pie:

1) Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, en "Derecho Penal. Parte Especial", tomo 1, 7ª. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Bs. As., 2007, p. 30; y Aboso, Gustavo Eduardo en "Código Penal de la República Argentina. Comentado y concordado con jurisprudencia", B de f editores, 2012, p. 465 y ss. 38.

2) Yuba, Gabriela Sobre la ley de derecho a la identidad de género, LA LEY 2012-C, 1071.

3) Zulita, Felina-Morales Deganut "Violencia contra las mujeres", Hammurabi, Bs. As 2018 págs. 117/119.

4) Huerta, C. (2006). La estructura jurídica del derecho a la no discriminación. En C. De la Torre, El derecho a la no discriminación (págs. 185-204). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2312/13.pdf.

5) Organización de las Naciones (ONU), Unidas Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No discriminación (septiembre de 1989). Disponible en:

http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/Discriminacin/og-18-cdhdisc riminacion.pdf

6) Los World Outgames se trata de un evento deportivo y cultural organizado por la comunidad LGTB.

7) http://declarationofmontreal.org/declaraciondemontrealES.pdf.

8) Principios de Yogyakarta. Disponibles en: Http://www.refworld.org/cgibin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48 244e9f2.

9) CEJIL. Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género: Costa Rica, Honduras y Nicaragua (2013). Disponible en: https://cejil.org/es/diagnosticocrimenes-odio-motivados-orientacion-sexual-e-identidad-genero-costa-rica-honduras-y

10) Olivera, C. (2008). Crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género en el Perú. En El Derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género (1er ed., págs. 47-71). Lima: DEMUS - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Disponible en: http://www.demus.org.pe/publicacion/f42_libro_derecho_como_campo_de_lucha.pdf

11) Guerrero, G., & Lara, I. (2009). Venezuela. Crímenes o delitos de odio y el porqué de su necesaria inclusión en la tipificación de nuestra legislación. Insurrectas y Punto. Disponible en: http://insurrectasypunto.org/index.php?option=com_content&view.

12) Siguiendo el ejemplo dado, si tomamos el trágico atentado a la AMIA, se califica como un crimen de odio, aun cuando no hubiera muerto ninguna persona judía e incluso cuando las personas autoras supieran que las víctimas no sean personas judías.

13) Disponible en: http://www.lagaceta.com.ar/nota/231632/tribunales/delitos-odiosegunzaffaroni.html.

14) Fallo: Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia. 22 de noviembre de 2006.

15) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 11. Sobre violencia contra las mujeres, ver también: CIDH, Informe de Fondo No. 54/01 Caso 12.051 María da Penha Maia Fernandes. Brasil. 16 de abril de 2001, párr. 43-44 y 55-57; Corte IDH. Caso González y otras. ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 252 y siguientes.

16) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 11.

17) TEDH, Caso Identoba y otros, (Aplicación no. 73235/12) vs. Georgia, 12 de mayo de 2015, párr. 63.

18) https://ilga.org/es/Homofobia-de-Estado-informe-ILGA-World-actualizacion-diciembre-2019-decada

19) Informe sobre violencias de personas LGTBI de la CIDH, parr. 19 (OAS/ser.L/V/II.rev.1) disponible en htpps://www.oas.org.ar/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgtbi/violencia-legtbi.html.

20) Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género "Principios de Yogyakarta", marzo de 2007.