

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: *Delitos agravados por las motivaciones del autor. La prueba del odio a la orientación sexual identidad de género o su expresión.*

Alumno/a: Javier Teodoro Álvarez

Tutor/a: Dr. Daniel González Lagier

Convocatoria abril/2020

***Delitos agravados por las motivaciones del autor: la prueba del odio a la orientación sexual,
identidad de género o su expresión***

Javier Teodoro Álvarez

Sumario: I.- Introducción.- II.- La responsabilidad penal frente a las emociones y su impacto en el razonamiento probatorio. II.- a) El odio como elemento subjetivo distinto del dolo II.- b) Un mayor injusto objetivo II.- c) Recapitulación III.- La prueba del odio y el razonamiento probatorio mediante indicios IV.- Breves reflexiones finales. V.- Bibliografía.

I.- Introducción

La violencia ejercida contra las sexualidades e identidades no hegemónicas es un hecho criminal de antaño que aún persiste en nuestras sociedades y de las que, paradójicamente, los Estados se han ocupado de manera muy escasa imponiéndose su invisibilización y desidia. Diversos informes demuestran, a su vez, que se trata de una situación de alcance mundial.

En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alertó sobre los altos índices de violencia que se ejercen de manera generalizada contra esta población en el continente y la ausencia de una respuesta estatal eficiente (CIDH. 2015: 11).

En los Estados Unidos, por su parte, conforme las estadísticas gubernamentales, los delitos contra las disidencias sexuales comparten el segundo lugar junto al de las minorías religiosas, después de los incidentes racistas.¹ De igual modo, en el Reino Unido sólo durante un año se iniciaron casi 1.000 denuncias por esta clase de hechos.²

El Consejo de Europa también constató que en todos sus Estados miembros se ejerce este tipo específico de violencia.³ En el mismo sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos indicó que había aumentado la intolerancia contra este colectivo en los últimos tiempos.⁴

En ese escenario es que, desde hace un tiempo, algunos muy pocos Estados comenzaron a incorporar en sus legislaciones tipos penales especiales para castigar esta clase de comportamientos, ya sea a través de la creación de nuevas figuras, o bien, modificando las ya existentes. En concreto son 46 Estados de las Naciones Unidas-lo que representa solo el 24% de sus miembros- los que

¹ Según relevamientos del departamento de justicia de los Estados Unidos. VER Uniform Crime Report: *Hate Crime Statistics 2009*, U.S. Department of Justice, FBI, Washington 2010.

² De conformidad con los informes presentados por la Agencia por los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. VER European Union Agency for Fundamental Rights *Homophobia and Discrimination on Ground of Sexual Orientation and Gender Identity: Part II – The Social Situation*, 2009, Vienna, pág. 38.

³ De acuerdo a los datos revelados por el Consejo de Europa. VER Council of Europe, *Discrimination on Ground of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, p. 52, Strasbourg, Junio 2011.

⁴ African Commission on Human and People Rights (Camerun), 11-25 parr. 14, mayo 2005.

poseen disposiciones penales frente a hechos lesivos motivados por la orientación sexual y/o la identidad de género, o su expresión, de la víctima (MENDOS. 2019: 121).

El modo en que lo hicieron responde a dos caminos bien diferenciados: o bien mediante el establecimiento de una agravante específica de la pena cuando el delito-cualquiera sea el que se trate- se cometa por este motivo o a través de la creación de una norma penal independiente que tipifique esta especial clase de violencia.

A su vez, también existen dos maneras por las cuales aquellos Estados generan responsabilidad penal frente a estos comportamientos. Así se distinguen, por un lado, legislaciones que requieren que el hecho sea cometido sobre la base de la orientación sexual o identidad de género del sujeto pasivo y, por el otro, ordenamientos jurídicos que demandan que el agente actúe motivado por un sentimiento especial de aversión contra la sexualidad o identidad de género-real o presunta- de la víctima.

Entre el primer grupo se encuentran Albania, Angola, Austria, Bolivia, Brasil⁵, Cabo Verde, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, El Salvador, Eslovaquia, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Honduras, Hungría, Nicaragua, Noruega, Perú, Portugal, Rumania, San Marino, Suecia, Timor Oriental y Uruguay. Se trata de países cuya legislación penal prevé un agravamiento de la pena cuando el autor se motive por la orientación sexual de la víctima o su identidad de género para cometer el delito. Esa motivación puede responder a múltiples causales⁶, pues la norma no exige una específica.

Por su parte, el segundo grupo está integrado por las legislaciones penales de Andorra, Argentina, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Ecuador, España, Kosovo, Lituania, Macedonia del Norte, Malta, Mongolia, Montenegro, Nueva Zelanda, Reino Unido, Samoa, Santo Tomé y Príncipe, y Serbia. En estos casos, la ley exige que el autor cometa el delito motivado por el *odio* a la orientación sexual y/o identidad de género, o su expresión, de la víctima. Vale decir, en consecuencia, que no cualquier estímulo provocará la responsabilidad penal, sino que la norma exige una motivación abyecta específica del agente para fundar la ampliación de la respuesta punitiva.

La centralidad del debate en torno a este último grupo se encuentra en determinar el alcance del término *odio* y su ubicación dentro de la teoría del delito para, a su vez, precisar la manera en la que se acreditará en el caso concreto.

⁵ En el caso de Brasil el Tribunal Supremo Federal dictaminó el 13 de junio de 2019 que la ley sobre delitos motivados por la raza o color, abarcará los crímenes motivados por la orientación sexual y la identidad de género de la víctima hasta tanto el Congreso Nacional dicte una ley específica.

⁶ Como la intolerancia, el desprecio o la discriminación. Por citar un solo ejemplo, el código penal de Nicaragua en su art. 36 inc. 5) dispone que son condiciones agravantes de la pena *Cuando se comete el delito por motivos raciales, u otra clase de discriminación referida a la ideología u opción política, religión o creencias de la víctima; etnia, raza o nación a la que pertenece; sexo u orientación sexual; o enfermedad o discapacidad que padezca.*

Mi hipótesis principal para este trabajo es que el incremento de la pena en esta clase de tipos penales se puede explicar por los motivos emocionales del agente que, no solo son relevantes, sino que, además, pueden ser probados.

En ese sentido, entonces, el objetivo será presentar algunas discusiones con relación a esa última cuestión: cuál deberá ser el razonamiento probatorio para acreditar esa motivación en los casos de delitos cometidos por el odio a la orientación sexual y/o identidad de género, o su expresión, de la víctima.

Para ello comenzaré examinando las discusiones dogmáticas acerca de la ubicación del odio dentro de la teoría del delito para poder referenciar el impacto que cada una de estas posturas genera en la actividad probatoria. Luego presentaré algunas consideraciones en relación con la manera en la que la jurisprudencia y cierto sector de la doctrina sugieren que debe acreditarse este elemento.

II.- La responsabilidad penal frente a las emociones y su impacto en el razonamiento probatorio.

En los delitos que aquí interesan el odio aparece como un elemento que califica a ciertos tipos dolosos al revelar una posición hostil del agente frente a un determinado grupo de personas, en función de la aversión que le generan sus prácticas sexuales-o bien sus vínculos sexoafectivos- y/o su identidad o expresión de género. Esto es, entonces, que la justificación del agravamiento de la sanción reside en la especial motivación que acompaña al sujeto activo al seleccionar a las víctimas.

En ese sentido, la característica principal de este concepto es el factor emotivo que representa. El odio es una emoción que siente el autor que implica rechazo, hostilidad, enemistad y/o aborrecimiento, entre otros, y que impulsa su comportamiento.

Ahora bien, la discusión en torno a esta conceptualización reside en justificar esta clase de normas penales sin recurrir a afirmar que lo que se está sancionando es al sujeto por su forma de ser o su manera de pensar sino que, por el contrario, por el propio desvalor de su conducta. Es que al tratarse de delitos fortalecidos desde el plano subjetivo, para cierto sector, implicaría suponer que no superaría el estándar constitucional frente al principio de acto en la medida en que la criminalización reposa, más allá de su actuar, en lo que el autor piensa o siente sobre determinadas personas.

En esa línea argumental, MAGARIÑOS (2008: 100) expresó que “en un sistema penal respetuoso de la regla fundamental establecida en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, los rasgos de carácter o personalidad, la maldad de ánimo, los motivos abyectos o perversos del autor, aun cuando se hubiesen manifestado en la realización de un acto injusto, no son aptos para fundar en ellos el reproche penal, ni legitiman un mayor grado de culpabilidad que el derivado estrictamente del desvalor de la decisión de acción perturbadora”.

En otras palabras, una concepción liberal del derecho penal implica responsabilizar a una persona por el hecho que realizó y sus consecuencias concretas, siendo irrelevante la motivación que lo determinó a actuar.

El trabajo de HEIDI HURD y MICHAEL MOORE (2004: 1081 y ss.) ha sido uno de los más influyentes en defender este argumento. Su principal premisa reposa en la idea de que en esta clase de delitos lo que se reprocha son emociones en lugar de intenciones. En esa concepción, el odio aparece como un rasgo de la personalidad del agente que no puede ser controlado y, en consecuencia, habilitar responsabilidad penal. Esta crítica a los delitos de odio, en concreto, se construye a partir de una noción mecanicista de las emociones.

En efecto, siguiendo a GONZÁLEZ LAGIER (2009: 49), pueden apreciarse dos clases de tradiciones con relación a las concepciones de las emociones: una mecanicista y otra evaluativa o cognitiva.

Para la primera, las emociones son fuerzas que experimentamos, algo que nos sucede y nos coloca como un sujeto pasivo que no puede controlarlas. Vale decir, escapan a la razón y entorpecen el razonamiento correcto. Así, entonces, proporcionan explicaciones causales mecanicistas de la conducta pero no basadas en la conciencia. La consecuencia de esta concepción es la imposibilidad de evaluar a las emociones, sino que solo se podrá medir la intensidad con las que la padece el sujeto (MANRIQUE. 2017: 10 y ss.).

Por el contrario, para las teorías evaluativas o cognitivas, las emociones son la evaluación de ciertos objetos o situaciones y, por lo tanto, son intencionales. Las propias emociones, así entendidas, pueden ser objeto de evaluaciones desde el punto de vista de la racionalidad. A su vez, para esta noción, las emociones son susceptibles de educación, vale decir, son controlables en cierto sentido. Como resultado de este postulado, las emociones ocuparán un rol relevante en el razonamiento pudiendo determinar intencionalmente el comportamiento de un agente. Asimismo, pueden evaluarse como buenas o malas, razonables o no.

Sin embargo, esta concepción evaluativa o cognitiva también es pasible de objeciones e inconvenientes como, por ejemplo, la posibilidad de reducir a las emociones a ciertas combinaciones de creencias y deseos apartando cuestiones fenomenológicas como sensaciones. Además, pareciera que ofrecen una imagen tan racional de las emociones que contrastaría con ciertas intuiciones y experiencias que cualquier persona podría sufrir (GONZÁLEZ LAGIER. 2009: 51).

En ese sentido, es que tampoco esta tesis permite explicar en forma adecuada el papel que intervienen en el razonamiento práctico las emociones y, de allí, que se han esbozado otras aproximaciones al concepto de emoción.⁷

Empero, más allá de estos cuestionamientos, la teoría cognitivo evaluativa permite responder a la crítica sobre los delitos de odio antes mencionada, por la cual esta emoción aparece como un impulso sin control más cercano a un rasgo de la personalidad que a un elemento del comportamiento humano. En otras palabras, quienes defienden esta postura no suelen dar razones suficientes, asumiendo la concepción mecanicista sin más.

A ese respecto, entonces, la teoría cognitivo evaluativa resulta más atractiva para el derecho penal pues permite sostener que la emoción es algo sobre lo que el agente posee algún tipo de control y sobre la conducta que determina aquella emoción. A su vez, el odio puede ser evaluado como una emoción incorrecta y, por lo tanto, un modo peor de actuar.

Ahora bien, desde ya que postulo un derecho penal que formule responsabilidad sobre la base de las acciones de los individuos, pero coincido con quienes afirman que la manera en que se articulan esas acciones no tiene por qué dejar de lado ciertos estándares de carácter (MANRIQUE. 2017: 13). En efecto, aquellos pueden servir para disminuir la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, los motivos son importantes en ciertos supuestos como en la legítima defensa o los estados de necesidad.

Esta clase de argumentaciones, que pone el eje en los motivos y las emociones por las cuales actúa un autor de un delito y sirven para evaluar la responsabilidad penal, se pone en evidencia de manera frecuente en casos de violencia contra el colectivo LGTTTBIQ+. Me refiero al argumento del *pánico gay* o *pánico trans*.

Se trata de intentar demostrar que la sexualidad o la identidad de género de las víctimas son motivos objetivos y razonables para justificar la conducta del sujeto activo de la agresión, con el propósito de lograr una disminución en el reproche penal o la aplicación de supuestos de causas de justificación (ÁLVAREZ. 2018: 68 y ss.).

Esta estrategia se fundamenta en que la homosexualidad sería tan repugnante que justifica los ataques violentos a los miembros de esta población.⁸ Así, en el caso de la violencia contra

⁷ María Laura Manrique, por ejemplo, ofrece una concepción dualista que permite relacionar aspectos internos y externos de las emociones permitiendo un entendimiento más complejo de las mismas. Ver MANRIQUE, M.L. *Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones*, en DOXA, 2016, V. 39, pág. 289-304. También Daniel González Lagier (2009: 57) presenta a las emociones mediante un concepto más profundo entendiéndolas como un proceso que es integrado, a su vez, por elementos más simples de los cuales algunos son estados mentales, otros sucesos fisiológicos y otros externos.

⁸ Uno de los primeros antecedentes de la utilización de esta coartada se ubica en el año 1967 en los Estados Unidos. Se trató del caso *People v. Rodríguez* (64 Cal. Rptr. 253. Ct. App. 1967), donde la defensa del imputado sostuvo que su asistido había matado a la víctima con motivo de una reacción psicológica temporal, provocada por la repulsión que había sentido cuando aquella lo agarró por detrás, generando un temor incontrolable a la homosexualidad. La defensa logró la reducción de la condena y que el hecho fuera calificado como un homicidio atenuado.

personas travestis, transexuales o transgéneros, se ha empleado para tratar de excusar homicidios argumentando el desagrado que le ocasionó al autor del delito descubrir, al momento de mantener una relación sexual consentida con la víctima, la pertenencia a aquel colectivo.⁹ Se trata de una estrategia que pese a los esfuerzos de prohibirla¹⁰ aún permanece vigente con cierto éxito.¹¹

En la Argentina, por ejemplo, ha sido un argumento que tuvo acogida favorable por el Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia de Salta en un caso donde se analizaba el comportamiento de una mujer que, durante un almuerzo familiar, tomó un cuchillo y se lo clavó en el corazón a su esposo provocándole la muerte. El Tribunal entendió que en el caso debía hacerse lugar a lo peticionado por la defensa y aplicar una escala penal reducida por entender que habían mediado circunstancias extraordinarias de atenuación en los términos y condiciones del último párrafo del art. 80 del Código Penal.¹²

En concreto, el Tribunal fundó la reducción de la pena por cuanto entendió que el accionar de la imputada estaba motivado en que “la acusada recibe el anuncio de que su marido llevaría a su casa a una persona con la que se decía que mantenía una relación homosexual para continuar los festejos de la noche anterior”. En otras palabras, el desprecio que sintió por el vínculo sexoafectivo homosexual de quien fuera su marido, fue lo que la motivó a matarlo.

Como puede advertirse, por lo tanto, los motivos emocionales fueron tomados en consideración para reducir la respuesta punitiva.¹³

⁹ En realidad, el *pánico gay* o *pánico trans* se remonta a la patologización de quienes ejercen una sexualidad o identidad de género disidente a la hegemónica. En efecto, se trata de un concepto que fue presentado por el psiquiatra Edward J. Kempf en el año 1920 para describir un desorden psicológico a través del cual ciertas personas presentaban temor a la homosexualidad, o a sentir fantasías homoeróticas. Este psiquiatra observó que algunas personas que se sentían atraídas sexualmente a personas de su mismo sexo, padecían de manera habitual crisis de ansiedad y depresión, siendo que alguna de ellas cometía suicidio o se autoinfligía lesiones corporales. Tuvo reconocimiento oficial a través de la APA que lo incluyó en la edición del año 1952 del DSM y se mantuvo hasta 1973, cuando junto a la homosexualidad fueron removidos como trastornos mentales. Según el texto, se trataba de una condición latente homosexual, o de representaciones sexuales perversas aunque en ningún caso se documentó que este supuesto padecimiento, originara violencia hacia otras personas. Sin embargo, fue reinterpretado como una maniobra de defensa que recepta los prejuicios contra las disidencias sexuales y las condena al ejercicio de una sexualidad despreciable y, por lo tanto, sancionable.

¹⁰ La habitual utilización de estos argumentos ha fomentado que la *American Bar Association*, en el año 2013, adoptara una resolución para restringir el uso judicial de estrategias de defensa basadas en el argumento del “pánico gay”. Asimismo, que en los juicios criminales en donde intervenga un jurado popular, se instruya que el veredicto no debe responder a prejuicio, ni ser influenciados por opiniones de la defensa respecto de características de las víctimas, como su sexualidad o su identidad de género. VER <https://lgbtbar.org/wp-content/uploads/sites/6/2014/02/Gay-and-Trans-Panic-Defenses-Resolution.pdf> (recuperado en 7 de enero de 2020)

¹¹ En efecto, en el mes de abril de 2018, un jurado del estado de Texas en Estados Unidos declaró que James Miller no debía responder como autor del delito de homicidio doloso por el asesinato de su vecino por cuanto entendió que su muerte fue provocada por el pánico que le causó al imputado la propuesta sexual y que fue este motivo lo que generó que apuñalara a la víctima. (Ver RUSSO, O.T. *How to get away with murder: gay panic defense*, *Touro Law Review*, 14 de octubre de 2018)

¹² Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

¹³ Así, en concreto, el Tribunal expresó: “...cuando se alude a la motivación del accionar del autor, no debe perderse de vista que ésta se integra con una relación interactiva entre los estímulos externos y la situación puntual del causante en

Ello pone en evidencia, entonces, que las emociones sí juegan un papel central en las legislaciones penales y decisiones judiciales cuando determinan la comisión de un delito. Y no solo para reducir la pena, sino también para agravarla como, por cierto, la relevancia de los motivos para determinar si un sujeto actúa deliberadamente o con premeditación, al igual que son tenidas en cuenta para evaluar la aplicación de agravantes específicas en aquellos delitos en los que su comisión persiga un fin ulterior.

Vale decir que las motivaciones no son ajenas a la conducta del agente, pues tener un motivo para actuar implica afirmar que el autor cree que un cierto fin se conseguirá a través de la acción deseando que aquel sea alcanzado. Así, y tal como concluye MANRIQUE (2019: 9) “quienes argumentan que los motivos no deberían reprocharse porque no se vinculan con lo que hace el agente, no deberían pasar por alto que, a fin de cuentas, los motivos están vinculados de manera más directa con aquello que el individuo intentó hacer que las consecuencias que su conducta provoca.”

En síntesis, etiquetar al odio como un motivo emocional relevante para atribuir responsabilidad penal no implica reprochar un rasgo de la personalidad del agente o sus motivaciones abyectas sino que, por el contrario, se reprocha cuando se materializa o se refleja en su conducta.

Quizás un ejemplo permita clarificar la afirmación: lo que el derecho penal sanciona es que una persona mate a otra porque desprecia que sea homosexual, pero no le prohíbe que piense que la homosexualidad sea despreciable. Tal como afirma la autora antes citada, el derecho solo reprocha ciertas expresiones de nuestras emociones y éstas, en general, responden a razones y son, en cierta medida, controlables; pues, aunque en ocasiones no podamos elegir las emociones que tenemos, en algunas oportunidades, si podemos elegir actuar o no en función de las mismas.

Ahora bien, la manera de reprochar al odio como emoción relevante para agravar la respuesta punitiva, ha ocupado a cierto sector de la dogmática penal para determinar en qué lugar se ubica su análisis en los distintos estamentos de la teoría del delito. Así hay quienes lo ubican como un elemento subjetivo mientras que otro sector pretende que el análisis debe radicarse desde un anclaje objetivo.

Lo que pretendo exponer a continuación es cuáles serán las implicancias en el razonamiento probatorio de cada una de estas posturas dogmáticas y, en particular, cuáles serán los hechos jurídicamente relevantes para acreditar el odio según los lineamientos de cada tesis.

orden a sus reales posibilidades personales de motivarse en la norma penal frente a aquellos factores exógenos. El juego de la causal de atenuación remite entonces tanto a causas instaladas en la propia persona del sujeto activo, como fuera de ella que deben producir una inusual situación de influencia limitativa de la capacidad de motivarse en el mandato de la norma penal”. *C/C Dezalot de Landivar, Josefina Elena – recurso de casación*, c. n° 28.971/06. Salta, 18/12/06.

II.- a) El odio como elemento subjetivo distinto del dolo

La nota distintiva de este tipo de delitos es que el agravamiento de la pena, como se dijo, obedece a las especiales motivaciones del autor. Aquellas son las consideraciones racionales que justifican el accionar del agente, por ello el motivo constituye una acción que se exterioriza de manera relevante para el derecho penal.

De manera que esa particular motivación añade un plus al disvalor de la acción constituyéndose un elemento subjetivo del injusto, vale decir, una intencionalidad extra al mero conocimiento y voluntad de realizar la acción típica, convirtiéndola en una actitud más reprochable del sujeto activo. De allí, que muchos tribunales y diversos autores, consideren que se trata de un elemento subjetivo distinto del dolo.

Así, por ejemplo, lo ha entendido la jurisprudencia argentina en el primer caso donde se aplicó esta agravante por la muerte violenta de una persona homosexual. Se trató de un precedente de la provincia de San Juan mediante el cual se condenó a un hombre por el delito de homicidio agravado por odio a la orientación sexual por aplicación del inc. 4 del art. 80 del CP.¹⁴

Los jueces del tribunal tuvieron por acreditado el plan de eliminación de la homosexualidad que motivó al condenado a cometer diversos homicidios y actos de agresión a personas pertenecientes a tal colectivo, entendiendo que el encuadre típico se edificaba en “función de la mayor perversidad del motivo que estimula el comportamiento del sujeto activo, es decir, el fundamento del aumento en la severidad punitiva radica en la perversa razón que determina al homicida (...), desde el punto de vista subjetivo, la figura agravada se completa con un elemento distinto del dolo, exigido en la figura del homicidio simple, toda vez que el autor debe matar 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.”¹⁵

Esa naturaleza también fue reconocida por el Tribunal Supremo Español al afirmar que la motivación discriminatoria aumentaría el injusto subjetivo del hecho.¹⁶ Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid igualmente enfatizó en esta postura al afirmar que: “Esta agravante tiene su fundamento en el mayor disvalor del hecho que representa el atentado contra el principio de igualdad, que proclama la Constitución en su art. 14, motivación que aumenta el injusto subjetivo del hecho. Su apreciación exige que el autor haya delinquirido por motivos discriminatorios, que tienen que constituir el motivo del hecho delictivo. La animadversión del agresor contra el ofendido

¹⁴ *Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: (...) 4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.*

¹⁵ Cam. En lo Penal y Correc. Sala III (San Juan) c. C/Gil, Claudio Javier- por homicidio doblemente agravado por alevosía y odio a la orientación sexual de la víctima, 27/5/16

¹⁶ STS nº 1160/2006 de 9/11/06, voto del MP Siro Francisco García Pérez.

se debe basar en la distinta ideología, forma de pensar, religión, orientación sexual, sexo, etc. lo que, por los motivos expuestos concurre en el caso de autos, procediendo su apreciación¹⁷.

En la doctrina, MIR PUIG (2011: 638 y ss.) referencia que se trata de un elemento que refuerza la motivación interna del sujeto activo al momento de realizar la acción típica que excede al dolo.

Esta concepción, tal como se deduce, parte de una noción de dolo que sólo responde a su carácter intencional y que, en función de una específica intensión, se deriva una mayor gravedad del hecho.¹⁸

Ahora bien, probar circunstancias que hacen a la esfera íntima y subjetiva del agente suele ser un camino complejo que requiere cierta agudización para dar por acreditada la especial motivación que habilita el recrudecimiento de la sanción penal. Para ello, entonces, se requerirá un juicio previo que permita, a través de la supresión mental hipotética de diversos motivos, establecer cuál pudo haber sido la motivación preponderante en la ejecución de la acción. Retomaré este análisis en el próximo acápite.

Esta tesis de los elementos subjetivos distintos del dolo es pasible de severas críticas, tal como se expuso al comienzo. En función de estas observaciones, cierto sector de la doctrina intenta reinterpretar la alegación a las motivaciones del autor como algo ajeno a sus procesos psíquicos y así objetivizar al odio por los efectos que produce en las víctimas.

II.- b) Un mayor injusto objetivo

Para esta postura, el disvalor adicional del resultado añadido al injusto propio del delito base se encontraría en, por un lado, la negación del principio de igualdad y, por el otro, en que los efectos del delito irían más allá del propio sujeto pasivo extendiéndose a todo el colectivo que integra. De esa forma, entonces, el delito cumpliría la función de transmitir un mensaje a todo aquel grupo social.

De acuerdo con ello, por lo tanto, el autor del delito selecciona a la víctima por su pertenencia a un conjunto concreto de personas, por lo que puede ser intercambiada por cualquier otra, asignándole una característica de fungibilidad al sujeto pasivo.

La justificación de la severidad del castigo estaría basada en que estos delitos causan mayor daño social en la medida que implicaría a ese grupo seleccionado la negación de su derecho a ser parte de la sociedad. Serán las consecuencias las que añadan un plus de injusto objetivo.

¹⁷ SAP de Madrid Sección 29ª, n° 53/2010, de 30/6/10, voto de la MP Marta Pereira Penedo.

¹⁸ Empero, creo necesario advertir que existen actuales tendencias doctrinales que postulan un abandono de la idea de dolo como estado mental sosteniendo que, en realidad, se trata de una cuestión normativa y, por lo tanto, de un reproche objetivo. Así, entonces, debería hablarse de casos o de hechos dolosos descartándose la afirmación de que un autor actúo con dolo por presentar determinados atributos psíquicos. Ver PEREZ BARBERÁ, G. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

La circunstancia agravante, en esta línea argumental, no responde al aspecto subjetivo del tipo penal por cuanto la motivación que se haya generado en el fuero interno del agente para llevar a cabo el delito es intrascendente, ya que lo que vulneraría el bien jurídico no sería que el autor tuviera una u otra motivación, sino que la hubiera exteriorizado a través de sus efectos (DÍAZ LÓPEZ. 2013: 357).

Ahora bien, ello implica, en mi opinión, una serie de inconvenientes. Así, por un lado, sería irrelevante que el delito se cometiera por motivos discriminatorios y, en consecuencia, se podría aplicar la agravante a quien no actuó motivado por esa emoción. Esto significa de por sí un problema a la luz del principio de legalidad en la medida que los tipos penales, como ya se ha expuesto, exigen que el delito se cometa por odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión, por lo que no sería admisible desatender la motivación del agente para reinterpretarla por otra cosa que el propio tipo penal no exige. Pero más allá de esta consideración constitucional, esta postura presenta difíciles consecuencias en lo que se refiere a la actividad probatoria, en concreto, a los hechos que serán objeto de prueba.

En efecto, para poder aplicar la agravante sería necesario acreditar que la exteriorización del motivo suponga un peligro concreto, pues este será el resultado que justifica la habilitación de mayor respuesta punitiva. En esta inteligencia será ineludible confirmar que ese efecto de temor u hostilidad por el cual cada miembro asuma que puede ser la próxima víctima de un crimen de odio, realmente ocurre. Es decir, habrá que probar que el comportamiento del agente se dirige a crear en todos los miembros de la comunidad a la que pertenece la víctima seleccionada un sentimiento de temor u hostilidad o peligro eventual. DOPICO GÓMEZ-ALLER (2004: 167 y ss.) sostiene esta postura al afirmar que en los delitos de odio se produce un efecto comunicativo intimidante, similar al que se produce en los atentados terroristas. Este mensaje debería poder generar un efecto idóneo para crear un verdadero clima de hostilidad que provoque al colectivo de la diversidad sexual una situación de mayor exclusión social en la medida que afecte su tranquilidad, la seguridad y el disfrute de sus derechos.

En este mismo orden de ideas, se encuentra cierto sector doctrinario anglosajón como, por ejemplo, la propuesta del autor FREDERICK LAWRENCE (2002) quien plantea que en estos delitos debe realizarse un ejercicio basado en la comparación de lo que él denomina el *delito paralelo* con el *delito de prejuicio*. Este examen permitirá sostener el elemento motivacional del autor sin violar el principio de acto, pues el resultado de dicha confrontación arrojará como resultado que esta última clase de delitos causan un daño mayor al estándar de vida colectiva de una sociedad que los crímenes paralelos.

En efecto, el cotejo consiste en indagar si una persona racional correría el riesgo de sufrir un delito paralelo antes que un delito de prejuicio, siendo que la respuesta que se impone resulta

afirmativa. Para arribar a tal conclusión se exponen diversos ejemplos que, en síntesis, arrojan como resultado que una persona racional preferirá correr el riesgo de sufrir un crimen paralelo antes que un crimen de prejuicio, pues este último amenaza más la personalidad de las víctimas y sus efectos son más duraderos. Es que en estos hechos, según este postulado, la lesión social es mayor que en el delito paralelo, pues su resultado impacta más allá de la víctima individual en la medida en que su extensión afecta también los estándares de vida de los miembros de la comunidad a la que la víctima del delito por prejuicio pertenece.

El inconveniente que presenta esta tesis es del orden probatorio: frente a qué escenarios podría afirmarse que se verifica ese clima de hostilidad al colectivo de la diversidad sexual, cuál debe ser la intensidad de esa situación para afirmar que se encuentra acreditado ese efecto intimidatorio, qué elementos deben ser valorados para poder concluir que ese resultado ha ocurrido, entre otras incógnitas. Es complejo dar una respuesta a esos interrogantes cuando el propio colectivo de la diversidad sexual no es uniforme. En concreto, estas propuestas parten de un error: considerar que se trata de un auditorio homogéneo.

Es que el efecto sobre esta población podrá estar condicionado por múltiples factores, como, por ejemplo, la situación económica, migratoria, condiciones raciales, étnicas, etc. Así, ese resultado intimidante o de hostilidad que pretenden estas posturas, dependerá del escenario en el ámbito social en que se cometió el delito y la propia víctima del crimen.¹⁹

Asimismo, también son posturas que requieren aceptar un hecho imposible de probar: el sentimiento de inferioridad que desarrollaran quienes integran estos colectivos. En ese sentido, coincido con la observación que realiza FUENTES OSORIO (2017: 131 y ss.) al afirmar que: “Tiene una mayor base objetiva la sanción por la capacidad de crear un clima hostil como estado de opinión desfavorable, sobre todo cuando se vincula con el ataque contra la dignidad de los sujetos del colectivo afectado, con la creación de un sentimiento de inferioridad, con la limitación de su reconocimiento social como iguales. De ese modo se produce una limitación de la libertad, las

¹⁹ En contraposición a ello, se podría argumentar que una herramienta útil para probar este efecto serían las encuestas de victimización y los datos estadísticos que ellas arrojan. Empero, entiendo, que las mismas no serían posibles. Me explico: la persona que pretenda realizar la encuesta se enfrentaría a un problema no menor cuando quiera delimitar la población a encuestar. Veamos un ejemplo: en el ámbito de una universidad, un estudiante es golpeado hasta causarle la muerte y la hipótesis de la investigación es que se debió a un crimen basado en la orientación sexual de la víctima. Para sostener la calificación jurídica en función del argumento aquí examinado, la acusación debería contar con algún elemento de prueba que le permita sostener que esa muerte ha provocado un efecto intimidante en el resto de la comunidad a la que aquel estudiante pertenecía y para ello ordena la elaboración de una encuesta de victimización entre todos los estudiantes gays de esa universidad. Ahora bien ¿cómo se los identifica? ¿De qué manera se delimitará la población relevante para realizar la encuesta? Asumamos entonces que para evitar el absurdo de exigirles portar una letra escarlata en sus vestimentas que permitan identificarlos, se ordena una encuesta anónima. Más allá de los problemas que enfrentaría ese sistema para el control de la defensa, lo cierto es que tampoco sus resultados serán relevantes ya que quizás algunos estudiantes no se sentirán interpelados por el crimen por considerar que ellos no tienen las mismas características que la víctima ya sea porque no comporten el mismo rango etario, porque asumen que ellos no circulan por la zona donde se provocó el hecho o simplemente por que creen que nadie podrá advertir su sexualidad. Lo que quiero poner en evidencia entonces es que este argumento parte de una creencia equivocada que ve en el colectivo de la diversidad sexual e identitaria a un grupo homogéneo.

posibilidades de participación en la sociedad. El derecho penal debe intervenir en estos casos para “asegurar” públicamente la igualdad. No obstante, también en este caso hay un importante nivel de inseguridad. Depende de la creación de un sentimiento de inferioridad. Esto requiere aceptar un hecho no demostrado (y poco probable): que personas humanas, complejas e inteligentes, van a desarrollar un complejo de inferioridad que les va a impedir participar en la sociedad por lo que les dice una pequeña minoría de su sociedad. Por otro lado, cómo se mide la pérdida de posibilidades de participación social o la capacidad de comportamiento para producirlo”.

Hechos históricos han demostrado que, en la mayoría de las oportunidades, el efecto es el contrario al que estas teorías postulan. En concreto, por cierto, la gesta de Stonewall-puntapié del movimiento del orgullo LGTTTBIQ+- fue una respuesta reivindicativa de derechos a diversos episodios de violencia y discriminación que la población de la disidencia sexual sufría en New York a fines de la década del `60. El desarrollo de derechos sociales igualitarios para esta población encuentra su génesis a una revuelta que el colectivo efectúa frente a un escenario de violencia.²⁰

Lo que quiero poner en relieve es que estas teorías asumen que la respuesta de quienes integran estos grupos frente a los diversos episodios de violencia será la pasividad, el temor, la sumisión y la modificación del plan de vida cuando, en realidad, los hechos históricos y actuales han demostrado que la reacción es completamente la opuesta. Me explico: son alegaciones que pueden controvertirse y, por ende, deben acreditarse, evitando que se los considere irrefutables.

Vale decir, entonces, que estas posturas subjetivizan un resultado. Así, no se valora si el hecho tiene capacidad para crear o favorecer ese clima de hostilidad o de inseguridad, sino si lo tiene para generar un estado emotivo de preocupación en el observador objetivo, aspecto que deberá ser valorado de manera subjetiva por el tribunal (FUENTES OSORIO. 2017: 146). Además, esa valoración subjetiva dependerá de sesgos y prejuicios propios del juzgador, con los diversos riesgos que eso implica.

Es que, en síntesis, si la agravación de la pena se fundamenta en el daño objetivo que pueda padecer un colectivo más allá de lo que el autor del hecho pretendía con su cometido, ese daño ya no resultará de sus propósitos, sino de la apreciación que tengan terceros que ni siquiera han sido las víctimas del agente. A su vez, la intensidad de ese daño obedecerá a lo que el órgano jurisdiccional considere que ese colectivo pueda padecer, asumiendo una actitud paternalista despojando a sus miembros de toda individualidad.

A su vez, estas posturas implican que deba probarse que la víctima pertenecía a un determinado colectivo para poder acreditar la existencia de esos efectos que esta tesis demanda.

²⁰ En igual sentido se puede citar a las marchas contra los *travesticidios* que se organizan desde el año 2016 en Argentina, en donde el colectivo travesti, transexual y transgénero efectúa una serie de reclamos al Estado para erradicar todo tipo de violencia contra esta población.

Esto supone recrudecer la victimización secundaria pues debería demostrarse, en lo que aquí interesa, que la víctima efectivamente era, por ejemplo, homosexual. Entonces, en vez de indagar en las motivaciones del autor, se sometería a ser objeto de prueba la propia intimidad de la víctima mediante, valga como ilustración, examinar su vida, interrogar a sus familiares, conocidos y amigos para acreditar que ejercía una sexualidad disidente a la heteronormatividad y que, por ello, pertenecía a un colectivo vulnerado cuya muerte violenta pudiera tener secuelas intimidatorias en ese grupo.

Ahora bien, además de los efectos revictimizantes, podría ocurrir que ni sus familiares, ni sus amigos ni conocidos supieran de la sexualidad de la víctima, pues ésta pertenece a un ámbito de su propia intimidad que el sujeto pasivo del delito podría elegir no compartirla con otros. Por consiguiente, la agravante no podría aplicarse frente a la imposibilidad de acreditar la sexualidad de la víctima. Pero, también, es relevante considerar que algunas legislaciones²¹ no exigen que efectivamente el sujeto pertenezca a un determinado grupo, sino que el sujeto activo cometa su delito por odio a ese grupo. Por ejemplo, podría ocurrir que una persona mate a otra que, si bien es heterosexual, se encontraba manifestándose a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo o a favor del cupo laboral para personas travestis, transexuales y/o transgéneros. El homicidio en este caso se encontraría motivado por la aversión que el sujeto activo tiene contra esta población, aunque la víctima no pertenezca a ese colectivo.

Por otra parte, dentro de estas posturas que sostienen un anclaje objetivo del odio, se encuentra la tesis del sometimiento. Se trata de un postulado que pretende justificar la punición de estos delitos sin colocar el acento en las motivaciones, sino en la sumisión y fragilidad de la víctima.

Quienes defienden esta tesis afirman que el sujeto activo realiza el acto delictivo porque el sujeto pasivo hace algo que, desde la mirada de aquel, no debería haber hecho como, por ejemplo, expresar una identidad diferente a la asignada al nacer, o bien, relacionarse sexoafectivamente con personas de su mismo género. Así, entonces, un miembro de este colectivo para evitar convertirse en víctima debería someterse a los deseos del autor perdiendo toda autonomía para ejercer sus derechos e individualidades (PERALTA. 2013: 11). Como consecuencia de ello, el fundamento de la respuesta punitiva se edifica en la reacción que provoca en el agresor que un individuo ejerza un derecho individual. En esa línea argumental, por lo tanto, el delito no se agravaría por lo despreciable de la motivación emocional sino que, por el contrario, el motivo permitiría señalar una idea de sometimiento.

Esta tesis parte de la observación de que, por ejemplo, en los homicidios simples existe un conflicto previo entre la víctima y el agresor en donde la primera hace algo que provoca al agente a

²¹ Como es el caso, por ejemplo, del código penal argentino.

cometer el hecho. Por el contrario, en los delitos de odio, el sujeto pasivo ejerce un derecho que, más allá de la percepción del agente, no puede entenderse como una provocación relevante. Vale decir que, en esta clase de homicidios, la justificación de la agravante reposa en la ausencia de cierta responsabilidad de la víctima por la conducta del autor, pues se trata de hechos por los cuales aquel pretende que aquella viva o se comporte según lo que para el agente es correcto.

Así pues, una de las implicancias probatorias que tiene esta tesis es que se deberá acreditar que fue el odio el motivo discriminador del actuar del agente para poder realizar la pretendida exclusión de cualquier tipo o forma de aporte de la víctima para la comisión del hecho. Es decir, por lo tanto, que las motivaciones del agente no solo sí son relevante sino que, además, se reflejan en su acción. En otras palabras: lo que esta tesis quiere evitar, se termina convirtiendo en su base fundamental.

A su vez, esta postura no resulta muy razonable ni intuitiva para explicar la mayoría de los casos de homicidios por odio. Es que no pareciera ser que el agente pretenda con su hecho que la víctima viva según sus reglas sino, más bien, que esas personas desaparezcan por la aversión que les genera (ÁLVAREZ. 2019). En ese sentido, estos vínculos violentos en realidad constituyen la pretensión de supresión o exterminio del que se considera más débil. En efecto, en algunas situaciones la violencia contra las disidencias sexuales ha sido caracterizada como una forma de limpieza social.²²

Pero, además, para poder sostener la postura aquí examinada, se debería poder probar que la víctima efectivamente tenía la posibilidad de someterse a los deseos del agente y ello sería de por sí imposible en muchos casos. Valga por caso, ¿Cuál sería la chance de que una persona transexual se someta a la voluntad del agente para evitar ser víctima del delito? Esta lógica llevaría al absurdo de afirmar que, en ese ejemplo, la víctima debería hasta poder revertir intervenciones quirúrgicas para restablecer la identidad de género que le fue asignada al nacer.

En ese mismo sentido, pareciera ser que si lo que se está juzgando es una acción homicida no debería ser significativa cuáles fueron las razones o motivos de la víctima para actuar como lo hizo en los momentos previos al hecho ya que, de lo contrario, la responsabilidad recaería en ella y no en las propias motivaciones del autor.

²² Desde 1993, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos empezó a recibir información sobre este fenómeno en el contexto del conflicto armado en Colombia. Académicos de la región del Caribe anglófono, han indicado que la violencia ejercida contra las disidencias sexuales es vista como un ejercicio de *limpieza*. En ese entendimiento, también, el Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, señaló que se considera que los malos tratos contra personas de este colectivo, son utilizados en el marco de las campañas de *limpieza social* (CIDH, “Segundo informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia”, OEA/ Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev. 14 de octubre de 1993, capítulo VII). Lo expuesto, a su vez, se vincula también con la idea del crimen por honor perpetrados contra quienes los miembros de la familia o la comunidad consideran que son causa de vergüenza o deshonor, tanto por transgredir normas de género o por determinadas conductas sexuales alejadas del modelo heteronormativo (Ver Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/19/41, cons. 25, del 17/11/11).

II.- c) Recapitulación

En definitiva, concuerdo en sostener que las motivaciones del autor son relevantes y que las mismas deben ubicarse dentro del aspecto subjetivo del tipo penal como un elemento distinto del dolo. Esto no significa que deba evaluarse moralmente al autor ni realizar una intromisión del derecho penal a su esfera íntima en desmedro del principio de acto. Los motivos emocionales, como el odio discriminador aquí analizado, no son evaluados en sí mismos sino que deben ser atendidos en la medida que permiten apreciar el hecho tal como fuera expuesto al inicio del presente acápite.

En el ámbito del derecho penal, las acciones destacadas son seleccionadas por los sistemas jurídicos y, por lo tanto, se examinan los motivos siempre que se materialicen en una conducta. Así, es importante determinar si el autor actuó por miedo, en legítima defensa, por venganza, para cometer otro delito o, bien, por odio (MANRIQUE. 2019).

Dicho de otra manera, no es lo mismo afirmar que siempre las motivaciones del autor son relevantes para determinar la responsabilidad penal, que sostener que en algunas ocasiones, el ordenamiento jurídico considere que ciertas motivaciones reconocidas legalmente lo hagan.

Para ello, entonces, hay que asumir que por las emociones que provocan el comportamiento del agente se pueden derivar consecuencias penales. En la visión de GONZÁLEZ LAGIER, las emociones cumplen con las tres condiciones de la responsabilidad en la medida en que pueden ser susceptibles de ser evaluadas como adecuadas o inadecuadas, son controlables parcialmente y pueden tener consecuencia con impacto y relevancia social y moral.

Así, el autor citado concluye (2009: 439 y ss.): “las emociones no son meras sensaciones, sino que tales sensaciones van acompañadas (entre otros elementos, como los cambios fisiológicos o la tendencia a cierta conducta) de cierto tipo de creencias: juicios evaluativos acerca de si cierto hecho facilita u obstaculiza un deseo, un objeto, una preferencia o un plan. Al incluir una creencia entre sus elementos, las emociones entran dentro del reino de la racionalidad, en el doble sentido de que, por un lado, son susceptibles de ser evaluadas como justificadas o no, de acuerdo con diversos estándares y, por el otro, de que entran a formar parte de las explicaciones de la acción basadas en razones.”

En ese orden de ideas, los ordenamientos jurídicos aquí examinados han evaluado al odio a la orientación sexual y la identidad o expresión de género, como una emoción inadecuada o repudiable y ese es el fundamento de la amplitud de la respuesta punitiva cuando un delito es motivado por esa emoción.

III.- La prueba del odio y el razonamiento probatorio mediante indicios

En los procesos de investigación de cualquier delito los sujetos procesales deben asumir ciertas decisiones para elaborar su propia estrategia de litigio. En concreto, definir la teoría del caso implica describir la base fáctica para luego subsumirla a un tipo penal y, principalmente, elegir los diversos medios de prueba con los que se acreditaran esos hechos, asignándole valor o fuerza a cada elemento que integre el acervo probatorio.

Por su parte, el órgano jurisdiccional deberá decidir si las diversas hipótesis explicativas del hecho permiten demostrar que se ha superado el nivel de corroboración de una de ellas para aceptarla como probada.

De esa manera, por lo tanto, es necesario aceptar que la finalidad de la prueba en el proceso es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido, pero asumiendo que nunca concluiremos sobre la base de una certeza sino, más bien, en distinguir razones que nos permitan elegir una hipótesis explicativa respecto de otra reconociendo, además, que no todas tendrán el mismo grado de corroboración.

El análisis racional de la prueba-en el marco de un sistema de libre valoración- permitirá demostrar que se ha superado aquel nivel de confirmación de una hipótesis para aceptarla como probada. Así, se distinguen tres momentos en el proceso de toma de decisión sobre los hechos en el escenario judicial: 1) la conformación del conjunto de elementos de juicio que determinarán la base sobre la que se adoptará la decisión, 2) la valoración de esos elementos y 3) la toma de la decisión (FERRER BELTRÁN. 2007: 67 y ss.).

El primero de estos momentos se refiere a la práctica de la prueba para conformar el plexo probatorio que permita apoyar o refutar las diversas hipótesis sobre el caso que formulen las partes, tanto acusadoras como la propia defensa. En esta fase, cobran relevancia los diversos filtros existentes para la admisión de elementos probatorios, tales como: el aporte relevante de información, las reglas jurídicas de exclusión de prueba basados en criterios de obtención por transgresión de garantías constitucionales o convencionales de la persona imputada, la exclusión de prueba con base en privilegios (abogadas/os, sacerdotes, familiares directos en algunos supuestos, etc.), y los filtros apoyados en los propios plazos que determine la normativa procesal, entre otros.

El segundo momento, luego de la composición del acervo probatorio, es la valoración del mismo. Este momento implica apreciar y evaluar cada elemento de prueba y su conjunto, para analizar qué aporta a las diversas hipótesis alternativas en conflicto. El resultado de este momento permitirá saber cuál es el grado de confirmación del que dispone cada una de esas tesis explicativas de la plataforma fáctica en discusión.

Este es el momento de la racionalidad, en la medida en que se trata de evaluar cuál es el valor empírico que cada elemento de prueba aporta a cada una de aquellas hipótesis. Va de suyo,

que el resultado de esta evaluación dependerá en gran medida de los elementos de juicio conformados en el primer paso: cualquier cambio en ese conjunto de elementos, cambiará el resultado.

Finalmente, el último momento supone la toma de decisión. Es la etapa de aceptar si una hipótesis arribó a un determinado grado de confirmación que, como se mencionó, nunca será igual a la certeza absoluta. Así, el juzgador-de acuerdo al estándar de prueba aplicable-decidirá qué hipótesis puede ser declarada como probada según el grado de confirmación aceptado.

En el caso de los delitos motivados por odio a la orientación sexual y/o la identidad o expresión de género de la víctima, la discusión central reposa en cómo se deberá acreditar ese elemento subjetivo particular que da base a la agravante. En otras palabras: cómo probar que “A tuvo la intención de matar a B porque odia que ejerza la sexualidad X”. Ese “*porque odia que ejerza la sexualidad X*” será el motivo que justifica la amplitud punitiva y que, por lo tanto, deberá ser acreditado en el caso concreto.

Por lo general, la determinación de la ocurrencia de un hecho suele basarse en inferencias que se practican a partir de sucesos que ya se aceptan como seguros. Para realizar esta asociación es indispensable asumir la existencia de algún nexo entre ambos. Por ejemplo: si yo sé que está nublado y el cielo está oscuro durante las horas diurnas, puedo inferir que lloverá y eso lo sé porque observé esa conexión en oportunidades anteriores y, a partir de allí, puedo sellar la existencia de una regularidad entre ambos eventos. Esto es lo que se conoce como *máximas de la experiencia*.

De manera habitual, los tribunales suelen adoptar máximas de la experiencia en reglas que les permiten arribar a una conclusión que presumen como verdadera. En efecto, el proceso de inferencia probatoria se integra por tres elementos: la hipótesis que se intentará acreditar, los elementos de juicio que se disponen y, finalmente, la relación entre ambos. Este enlace puede consistir, como se dijo, en la descripción de una regularidad entre dos clases de hechos que surge de generalizaciones que se aceptan en función de experiencias previas. Sin embargo, también, ese vínculo puede basarse en una regla normativa por las cuales se predeterminan la valoración que el órgano decisor debe realizar debiendo aceptar como probados determinados acontecimientos cuando se acrediten ciertos hechos previos.

Así se puede distinguir entre inferencias probatorias cuya conexión está basada en una máxima de la experiencia y aquellas en las cuales ese vínculo provenga de una norma. GONZÁLEZ LAGIER (2014: 109 y ss.) llama a las primeras inferencias probatorias epistémicas y a las segundas, inferencias probatorias normativas. Empero, el primer tipo de inferencia es aquel que ocupa un rol central en el razonamiento probatorio, así lo explica el autor: “para poder realizar el segundo tipo de inferencias (aquellas cuyo enlace es una norma) es necesario partir de la constatación de ciertos hechos (las pruebas o indicios), pero para determinar si estos hechos ocurrieron, en algún momento

del razonamiento habremos de confiar en máximas de la experiencia (aunque sean aquellas que avalan la validez de nuestras observaciones directas). De manera que el segundo tipo de inferencias debe descansar en una inferencia del primer tipo”.

También es preciso alertar que el uso de las inferencias probatorias epistémicas sólo permite garantizar juicios que se aproximan a la verdad, pero nunca que sean verdaderos de manera absoluta. Como ya se señaló, además, la valoración racional de la prueba lo que permite afirmar es que un enunciado ha sido probado no significa que sea verdadero en términos absolutos, sino que parece verdadero en función de la información disponible y de acuerdo al grado de corroboración exigible.

Ahora bien, el principal problema que plantea la prueba de las motivaciones del agente es que se trata de un estado mental que, al ser interno del sujeto que lo experimenta, no es observable por terceros. En otras palabras, solo quien las siente puede tener un conocimiento de sus motivaciones. De acuerdo a esta característica, por lo tanto, los hechos psicológicos deberán ser inferidos en función del comportamiento externo del agente y ciertas circunstancias contextuales.

En lo que aquí interesa, la doctrina, la jurisprudencia y diversos instrumentos internacionales han elaborado una suerte de decálogo de *indicios* para inferir el odio.²³ Se trata de indicios-tipos que autorizarían deducir la especial motivación en el caso que se examine, esto es, de hechos objetivos que permiten indicar la presencia de un delito de odio.

Así, por ejemplo, suele afirmarse que hay ciertos elementos que habilitarían la posibilidad de identificar si la agresión fue motivada por odio a la orientación sexual o identidad de género, o su expresión, de una persona. Entre ellos, se destacan:

- Percepción de la víctima, o de las/los testigos, de que aquella fue elegida porque pertenece a un grupo o colectivo vulnerado determinado;
- Comentarios escritos u orales de la persona que cometió la agresión, que puedan indicar prejuicio u odio contra la víctima (o el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctima);
- Marcas, dibujos, mensajes o escritos dejados en la escena que puedan indicar prejuicios contra la víctima (o el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctima);

²³ En ese sentido, puede citarse: ALISES, C. *Guía de Delitos de odio LGTBI*, publicada por el Consejo de Igualdad y políticas sociales de la Junta de Andalucía, Madrid. *Los crímenes de odio y la víctima. Una guía del proceso legal* elaborada por la unidad de crímenes de odio del departamento de policía de San Francisco, Estados Unidos. WALTERS, M. WIEDLITZKA, S. OWUSU-BEMPAH, A. GOODALL, K. *Hate crime and legal process. Options for law reform*, University of Sussex, 2017. CIDH, *Violencia contra personas LGBTI en América*, ob. cit., parr. 277. *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*, elaborado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), 2018; entre otros. En el ámbito de la jurisprudencia, por ejemplo, puede mencionarse a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 20/2015 dictada en el caso *Bálazs vs. Hungría* que dispuso cuáles serían los indicadores de delitos de odio.

- Si la fecha de la agresión coincide con un día significativo para el grupo o colectivo al que pertenece o supone pertenece la víctima;
- Diferencias ideológicas o culturales del grupo o colectivo al que pertenecen la víctima y el agresor;
- Existencia de una actividad organizada de “grupos de odio” en la zona donde se comete el delito o la pertenencia del agresor a cualquiera de dichos grupos;
- Gestos corporales, epítetos o insultos de parte del agresor hacia la víctima;
- Advertencias o amenazas de violencia hechas previamente a la víctima antes de cometerse el delito;
- Acciones previas de hostigamiento;
- Crueldad o saña en la concreción del delito.

El inconveniente con esta alternativa es que convierte a la prueba de los estados mentales en una especie de inferencia probatoria normativa, pues el nexo entre la hipótesis y los elementos de prueba está edificado por esta suerte de reglas de valoración probatoria que debe seguir el órgano jurisdiccional para acreditar la especial motivación. Es que, según una tesis muy difundida, la prueba de los estados mentales reposa en una imputación a partir de estos indicios-tipos. Sin ir más lejos, el Tribunal Supremo Español ha sostenido que lo que caracteriza a la circunstancia agravante en este tipo de delitos es que la motivación para cometer el delito sólo puede deducirse a través de indicios.²⁴

En efecto, pueden identificarse dos tipos de posturas con relación a la prueba de los hechos psicológicos: a) por un lado, las concepciones cognoscitivas o descriptivas para las cuales la prueba de esta clase de elementos es una actividad cognoscitiva y, por lo tanto, descubrible. Vale decir, que son una realidad que es posible conocer y, por lo tanto, la prueba debe consistir en una actividad que permita realizar en la mayor medida posible la correspondencia entre nuestra atribución y esa realidad; y b) por el otro lado, las concepciones adscriptivistas o normativas para las cuales la prueba de los estados mentales es una imputación, o sea, la realización de una actividad que no tiene como propósito descubrir ninguna realidad interna o psicológica, por el simple hecho de que dichos estados no existen como tales y, por ende, no pueden ser conocidos (GONZÁLEZ LAGIER. 2014: 23).

La primera de las tesis expuestas ha sido objeto de múltiples objeciones que reposan en la imposibilidad de acreditar efectivamente ese estado mental. RAGUÉS (1999: 259) lo expresa de la siguiente manera: “El juez que quiera ser fiel a las exigencias de la concepción psicológica de la determinación del dolo y, por lo tanto, sólo condenar por delito doloso cuando consiga acreditar

²⁴ STS n° 1145/2006 del 23 de noviembre, según voto del MP Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

fehacientemente determinados fenómenos psicológicos ajenos y pretéritos, cuenta con un instrumental bastante precario para cumplir con su propósito. Dicho instrumental se reduce, siendo optimistas, a unas pocas reglas de la psicología que le dicen cuándo no existe el conocimiento necesario para el dolo y a unos cuentos enunciados basados en la experiencia cotidiana que difícilmente va a poder aplicar para resolver un solo caso, por presuponer éstos una inmediatez al momento del delito que no suele darse en el juicio oral”.

Por su parte, la concepción normativista también es pasible de ciertas críticas que en concreto refieren a que, abandonada la averiguación de hechos psíquicos, la atribución del dolo debe formalizarse mediante criterios de atribución que reposan en la convicción intuitiva del tribunal.

Frente a este escenario, entiendo-sin menospreciar la dificultad que representa- que las motivaciones del agente como elementos subjetivos del tipo penal deben ser descubiertas por la actividad probatoria. En ese sentido, coincido con GONZÁLEZ LAGIER (ídem) quien postula que “si no fuera así, la culpabilidad no se estaría descubriendo, sino que la estaría construyendo el sistema jurídico. No tener en cuenta las actitudes subjetivas reales del sujeto atenta, además, contra un principio básico del derecho penal: el principio de responsabilidad subjetiva, basada en la idea del reproche como uno de los elementos que ponen en marcha la reacción del sistema penal”.

Ahora bien, estas reglas que ofrecen diversos instrumentos internacionales, la doctrina y la jurisprudencia antes citadas, como se dijo, reposan en una especie de inferencia probatoria normativa. Empero, no por ello, puede negarse su base epistémica.

En efecto, tal como explica el autor antes citado, que un hecho pueda ser acreditado a través de presunciones no implica afirmar que al Derecho no le interese descubrir si ese suceso ocurrió o no; eso dependerá del tipo de presunción que se trate. Así, habrá supuestos en donde al Derecho efectivamente no le interese o le resulte irrelevante la realidad, en cuyo caso apelará a presunciones que se fundamenten en la protección de un valor no cognoscitivo y no admitirán prueba en contrario, como sucede, por ejemplo, con la edad mínima del consentimiento sexual en algunos ordenamientos jurídicos. Por el contrario, otras presunciones buscan determinar la verdad de un enunciado permitiendo ser derrotadas, como las elaboradas para acreditar los estados mentales del agente.

Para comprender mejor lo antes expuesto, considero necesario detenerse en comprender el razonamiento a través de indicios.

En concreto, uno de los principales problemas que plantea es la ambigüedad del término. TARUFFO (2002: 480) enseña que el término indicio suele utilizarse en tres acepciones principales. Así, por un lado, se lo utiliza como sinónimo de presunción en tanto señala el razonamiento mediante el cual se vinculan dos hechos extrayendo de uno de ellos consecuencias para el otro. Por

su parte, también suele utilizarse para referenciar a aquellos elementos de prueba que, a pesar de no carecer eficacia probatoria, no presentan los requisitos exigidos por la ley. Finalmente, la concepción más clara es aquella por la cual se hace referencia a un hecho conocido que constituye la premisa de la inferencia presuntiva. En ese sentido, entonces, indicio puede ser cualquier hecho o circunstancia que el tribunal considere significativo en tanto de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar.

En consecuencia, un indicio es un término relacional, vale decir, que en sí mismo ninguna circunstancia fáctica es por sí misma un indicio, a menos que se vincule con otro hecho. Se trata de un hecho conocido que se vincula con otro presunto a partir de un nexo inferencial que puede basarse por una regla de la ciencia, o bien, por una máxima de la experiencia.

El razonamiento probatorio mediante indicios es, en un primer momento, abductivo en la medida en que parte de la observación de ciertos hechos, circunstancias o comportamientos comprobados para, luego, formular una hipótesis explicativa del hecho a probar. Quizás un ejemplo sirva para comprenderlo mejor: el día en que se realiza la marcha del orgullo LGTTTBQ+ en Barcelona, una persona, que portaba diversos distintivos de la convocatoria en sus ropas y maquillaje alusivo, aparece muerta a golpes de puño en una calle cercana a la desconcentración de la manifestación, sin que se le haya extraído ningún bien de valor de sus pertenencias. Frente a ello, quienes se encuentran a cargo de la investigación formulan la hipótesis de que su muerte es resultado de un homicidio motivado por odio a su orientación sexual.

Vale decir que la hipótesis-el hecho a probar- es explicativa de los hechos observados o percibidos. Así, de ser cierto el primero, entonces será razonable la presencia de aquellos hechos.

Ahora bien, un hecho puede responder a variadas explicaciones e interpretaciones, por lo que no se debe descartar tampoco que la hipótesis sea fortalecida por otras pruebas o reemplazada por otras líneas de investigación. Sin embargo, lo más relevante en este momento es evitar que se elabore sobre prejuicios para orientar su confirmación.

En efecto, el descubrimiento de la motivación del agente a través de la formulación de una hipótesis explicativa puede verse contaminado por una interpretación sesgada o prejuiciosa sobre qué es el odio a la orientación sexual y la identidad de género o su expresión.

Es que, siguiendo a GONZÁLEZ LAGIER (ídem: 27), la verdad ya no depende sólo de cómo es la realidad sino también de los propios esquemas de interpretación de la realidad, por lo que no podemos saber cómo es independientemente de nuestros conceptos. En ese sentido, por lo tanto, esa pérdida de objetividad afecta a la noción de verdad como correspondencia con la realidad. El autor lo ejemplifica de manera clara al afirmar que: “cuando decimos “es verdad p”, siendo “p” un hecho con un grado alto de interpretación, ya no estamos diciendo sin más que en realidad ha ocurrido un hecho “p”, sino que estamos diciendo que en la realidad ha ocurrido un hecho “p” para los

aceptantes del esquema conceptual x, pero no necesariamente para los aceptantes de un esquema conceptual distinto.”

A ese respecto, entonces, frente a un elemento valorativo tan vago como el odio en el sentido de motivación del agente; es importante que ese esquema conceptual referido esté justificado en función de los fines que el propio ordenamiento jurídico quiso alcanzar al crear la norma penal en cuestión. Así, en el ejemplo antes expuesto, no estaría justificado que se elabore una primera hipótesis explicativa distinta a la del odio a la orientación sexual de la víctima si lo que se pretende es una adscripción de responsabilidad en función de enlazar los hechos con la calificación jurídica referida.

Sin embargo, esto es problemático en la gran mayoría de las legislaciones aquí examinadas en tanto no ofrecen ningún tipo de presunción como guía para la elaboración de la hipótesis.²⁵ Por lo que es importante que la confección de ese nexo o enlace inferencial sea justificado por parte del órgano decisor y desprovisto de sesgos y estereotipos que lleven a la adopción de decisiones como, por ejemplo, las antes referidas al *pánico gay* o *trans*. En otras palabras: evitar la formulación de generalizaciones sin ningún sustento empírico por las cuales se alegan particularidades o distintivos tanto de quienes integran el colectivo de la diversidad sexual e identitaria, como de quienes se presume sus agresores, por los cuales se efectúan predicciones de comportamiento.

Una vez formulada y fortalecida la hipótesis sobre los hechos, habrá que verificarla, o sea, someterla a comprobación. Para ello será necesario evaluar si los indicios permiten corroborar la hipótesis en función del estándar de prueba exigible mediante el razonamiento inductivo.

De allí que en esta etapa es necesario que previamente se hayan descartado otras posibles explicaciones sobre el hecho. Por lo tanto, se distinguen dos momentos: en la formulación de la hipótesis, en donde la explicación ofrecida es derrotable; y la etapa de control en donde aquella debe ser la definitiva. Así se diferencia entre lo que se llama la función heurística de los indicios, que refiere a su utilidad para formular una hipótesis sobre el hecho a determinar; y luego, una función probatoria cuando el indicio sustenta la explicación ofrecida (TARUFFO. 2011: 105).

En este sentido, por consiguiente, el razonamiento probatorio enfrenta dos desafíos a superar. Me explico: en primer lugar, en el momento de formular la hipótesis el reto reposa en establecer cuándo está justificado su seleccionar entre las diversas posibles. Aquí, como se expuso, es relevante el despojo de sesgos y prejuicios que puedan contaminar esa decisión. Luego, en segundo término, durante la etapa de comprobación, el obstáculo a superar descansa en determinar

²⁵ La excepción se encuentra en el código penal de Macedonia del Norte, cuyo art. n° 122 inc. n° 42 prescribe que se entenderá por crimen de odio al delito contra una persona física o jurídica, y personas o propiedades asociadas a ella, que se comete total o parcialmente debido a una real o supuesta característica de la persona que se relacione con la raza, color de piel, nacionalidad, origen étnico, religión, discapacidad mental o corporal, sexo, identidad de género, orientación sexual y convicción política (traducción del autor).

la exigencia probatoria en función del estándar de prueba requerido; vale decir: establecer el grado de probabilidad necesario para justificar la declaración de un hecho como probado.

En función de ello, se ha debatido acerca de si la prueba de indicios es más o menos fiable que otros elementos probatorios, para lo cual se ha caracterizado a la primera como una prueba indirecta frente a otros medios indicados, en contraposición, como directos. A su vez, la jurisprudencia ha ofrecido diversos criterios para orientar la valoración de la prueba indiciaria.²⁶

Es necesario afirmar que esta distinción no es correcta, pues la prueba indiciaria es igual o más fiable que cualquier otro medio de prueba. En concreto, las llamadas pruebas directas no implican un mayor valor probatorio que las indirectas; lo relevante es examinar los diversos medios de prueba que permitan justificar la decisión de que el agente actuó, en este caso, con odio a la orientación sexual y/o identidad de género o su expresión de la víctima.

En otras palabras, el conjunto de pruebas puede estar integrado por diversos elementos y su valoración demanda establecer no solo su fiabilidad sino, principalmente, el grado en que su evaluación conjunta permita corroborar cada hipótesis del caso. Así, si de los indicios puede inferirse una motivación estimable y distinta al odio, no podrá aplicarse la agravante.

En esa misma línea argumental, por lo tanto, lo determinante será examinar si la concurrencia de los diversos indicios permite sostener el elemento motivacional que habilita la amplitud de la respuesta punitiva, en función del grado de corroboración que exige el estándar de prueba.

Lo que quiero resaltar es que, más allá de la formulación de los indicios-tipos ofrecidos por diversos instrumentos internacionales, la jurisprudencia y cierto sector de la doctrina; lo importante es el razonamiento probatorio evitando asignarle un mayor valor a uno u otro indicio, o uno y otro elemento de prueba que integre el acervo. Quizás algunos ejemplos permitan explicar mejor esta idea.

Así, cuando se hace referencia a la presencia de ciertos símbolos o marcas tanto en la escena del crimen, como en el cuerpo del sujeto pasivo o en las vestimentas o tatuajes del agresor que lo vinculen con cierta ideología; su sola presencia no bastará para afirmar que el delito se ha cometido por esa motivación. Lo distintivo para la agravante no es que el agresor odie a cierto grupo, sino que el delito sea cometido por esa motivación particular. Considero relevante hacer hincapié en esta reflexión, ya que puede observarse en la jurisprudencia que existe una tendencia de acreditar el odio por la simple existencia de esos indicios-tipos que pueden provocar la adopción de sentencias sesgadas o prejuiciosas. Algunas decisiones permiten ilustrar el argumento.

²⁶ De manera muy reciente lo hizo el propio Tribunal Supremo español mediante la sentencia n° 532/2019 del 4 de noviembre, por la cual se ofrecieron 20 criterios para la valoración de la prueba indiciaria.

En concreto, el Tribunal Supremo Español en una causa por lesiones en las que se imputaba la motivación del odio racial, confirmó la condena rechazando las manifestaciones de la defensa basadas en que no se encontraban acreditados los elementos necesarios para aplicar la agravante. Para ello, el Tribunal hizo especial referencia a la vestimenta y estética de los agresores y las víctimas indicando que: “Ciertamente, en el relato fáctico se dice que los agresores eran simpatizantes con la ideología skinhead y que el agredido presentaba una estética punk consistente en corte de pelo con cresta e indumentaria con lemas antinazis, y eso fue exclusivamente lo que determinó la agresión de que fue víctima, es decir, fueron razones de discriminación ideológica las que motivaron a los acusadores con grave vulneración de los principios de igualdad y tolerancia”.²⁷

En igual sentido, los tatuajes que presentaba el agresor fueron concluyentes para aplicar la agravante de odio al género en un homicidio que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires por el cual un hombre mató a una mujer al ingresar a su domicilio. El juez interviniente entendió que: “cumple considerar nuevamente el particular tatuaje que presenta A. en el brazo izquierdo. Y digo particular porque en él se ve el dibujo de una mujer con los clásicos “cuernitos” del diablo, lo que a mi parecer puede estar decididamente vinculado a su “demonización” de la figura de mujer, por cierto conteste con el diseño odioso que lo motivó a asesinar a S.B.”²⁸

Lo que estas dos sentencias muestran es que el análisis de la prueba estuvo dirigido a encontrar la existencia de esos indicios-tipos, pero sin efectuar un examen razonado de por qué la presencia de esos indicios determinan que el odio fue la motivación de actuar del agente. Es una distinción quizás sutil, pero muy importante.

En contraposición, otra sentencia del Tribunal Supremo Español permite ejemplificar un examen de la prueba más profundo que la simple verificación de indicios. En este caso, el Tribunal rechazó la aplicación de la agravante pese a la existencia de ciertos indicios como los antes referenciados, entendiendo que no fue la ideología de los agresores lo que provocó su actuación, sino otra motivación distinta. Así se expresó que: “El Tribunal a quo realiza una exposición de los motivos por los que rechaza la agravante cuya aplicación reclama el recurrente, que podrá o no convencer al mismo, pero no está desprovista de razonabilidad ni de lógica, reuniendo los requisitos de motivación que a la Sala de instancia le son constitucional y legalmente exigibles. Así, en su fundamento jurídico quinto, tras reconocer la ideología neonazi e incluso de la militancia skinhead de D. y la simpatía de los acusados D. y D. con tal ideología, así como el indudable origen magrebí de la víctima, sin embargo concluye que no existe prueba en las actuaciones de que estos tres acusados actuaran por motivos xenófobos. Y así explica que “lejos de ello, desde un primer momento se ha puesto de relieve que el motivo de su actuación trae su causa en unos daños

²⁷ STS n° 5131/2011, del 7 de noviembre. MP Carlos Granados Pérez.

²⁸ Resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nro. 13, c. n° 43587/2014

causados en el vehículo de D. que éste atribuye a M., y por los que formuló denuncia, que ha sido unida a las actuaciones, el día 15-9-07 manifestando, ya entonces, sus sospechas de que pudiera ser autor de los mismos. Por su parte, Basilio manifestó que cuando se habló en el coche del tema, no se habló de los daños, aunque sí se habló después, y lo que se comentó fue que un chaval había amenazado a D. y su novia y que iban a pegarle un susto y que se trataba de un moro y que la novia era española. No consta que se hicieran más comentarios sobre el origen de Hernán ni ninguna otra circunstancia de la cual pueda inferirse racionalmente que fuera el origen de Hernán determinante de la actuación de los acusados.”

En igual sentido, otro de los indicios-tipo al que suele asignársele una especial fuerza probatoria es la comprobación de que el agente profirió expresiones discriminatorias al momento de realizar el hecho. Sin embargo, el comportamiento del agente durante la realización del delito no basta para la aplicación de la agravante, ya que no es la ideología del agente lo que justifica la mayor severidad de la pena, sino que, como se dijo, cometa el delito motivado por el odio.

Es que si bien las expresiones vociferadas por el agente pueden servir para orientar la investigación y formular la hipótesis, su comprobación requerirá de un esfuerzo mayor. Vale decir, que de las locuciones debe poder inferirse que se encuentra presente la motivación para corroborar la hipótesis y no un simple rasgo de personalidad del agente.

Por ejemplo, en un caso de agresión física de un grupo de hombres a dos chicos homosexuales en la ciudad de Buenos Aires se aplicó la agravante tomando en consideración las palabras de los atacantes, pero porque de ellas podía deducirse que el motivo de la agresión fue la orientación sexual de las víctimas.

En particular, el Tribunal indicó: “J. U. C. y su amigo S. N.V. S. se encontraban en el local de comidas rápidas (...)... ubicado en avenida (...) de esta ciudad, cuando ingresaron los imputados. Luego de un breve diálogo en el que se develó la orientación sexual del damnificado, y arengado por O., R. E. dijo a C.,... *hoy me levanté con ganas de pegarle a un puto como vos... salí afuera, puto de mierda...* El otro lo hizo, y una vez en el estacionamiento, intercambió con el imputado algunas palabras más, que fueron interrumpidas por el golpe de puño que A. T. le aplicó desde atrás. Al girarse, C. advirtió que el resto del grupo -G. A. T., R. N. C., J. I. O., F. C. y J. B. A.- salía del interior del local, para abalanzarse sobre él y propinarle golpes de puño y puntapiés, al tiempo que le decían frases tales como: *mátalo por puto,... come por puto,... puto de mierda... y... báncatela, vas a comer por puto...*”²⁹

²⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala I, c. T., G. A. y otros s. *Procesamiento*, 17/05/2018

A su vez, ello fue reforzado por otros indicios como, por ejemplo, que la agresión había tenido lugar en las inmediaciones de un local bailable destinado al público LGTTTIBQ+, que no existía un vínculo previo entre los agresores y sus víctimas, entre otros.

Por su parte, también, en los casos de violencia contra la población travesti, transexual y transgénero; un indicio al que se le suele asignar un valor probatorio relevante es el lugar físico donde se produjeron las lesiones. En ese plan, se valora especialmente si las heridas fueron provocadas en lugares específicos relacionados con la asignación del género como el rostro, los pechos y los glúteos de la víctima.

Un caso paradigmático en la Argentina de violencia contra esta población fue el crimen de la referente de la comunidad travesti Amancay Diana Sacayán. La particularidad en ese caso fue la ausencia de la mayor parte de los indicios-tipos mencionados y, además, la introducción de hipótesis alternativas a instancias de las propias acusaciones.³⁰

Uno de los ejes de debates entre quienes integraban el tribunal que juzgó al imputado, fue la acreditación de la motivación para habilitar la aplicación de la agravante.

La mayoría del tribunal hizo hincapié en el tipo de lesiones sufridas por la víctima, al afirmar que: “En contra de lo que puede darse en otros supuestos en los que el odio está dirigido a una cuestión racial o social, en las que la manifestación de aquél se presenta junto con algún otro ingrediente oral o escrito, pintadas y/o cualquier otro tipo de manifestación explícita; en el caso del llamado “travesticidio” dicha exteriorización puede presentarse acompañada de otros factores y/o con cierto contenido fáctico, en los que dicha señalización va de la mano con una agresión extrema y sostenida, acompañada de la descalificación de la víctima por su carácter de travesti o trans, con proyección en las especiales lesiones infringidas a ésta”.³¹

En orden a lo expuesto, otro de los miembros de la mayoría, enfatizó que el ataque no había sido azaroso ya que el imputado apuntó “...a las mamas, a los glúteos a la vez que desfiguró el rostro de la occisa; más allá de la entidad, la calidad del ataque o la incidencia lesiva en dichas zonas, lo cierto es que el tránsito del recorrido apunta a una posición del cuerpo que le da una clara entidad femenina...”, para concluir que la latitud de las lesiones en zonas tan sensibles para la mujer “...denota en Marino un irrefutable odio a la identidad del género de su agredida”.³²

Esta circunstancia asume una nota especial al considerar que la víctima era una mujer travesti cuya anatomía había sido modificada para adecuarse a su identidad de género, reformulando las fronteras de la corporalidad. Por lo que el ataque direccionado a las manifestaciones físicas que

³⁰ Sobre las mismas y otros detalles de la sentencia Ver ALVAREZ, J.T. *Homicidios cometidos por odio a la identidad de género o su expresión. Comentarios acerca de la sentencia por el travesticidio de Amancay D. Sacayán*, revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, pág. 365-383, Ed. Erreius, junio 2019.

³¹ Extracto del voto del Dr. Calvete. Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4 de la Capital Federal, c. n° 62182/2015, 18/6/18.

³² Del voto del Dr. Báez.

expresan dicha identidad, se convierte en un dato notable para acreditar la agravante en cuestión, en la medida que representa el rechazo a la asunción identitaria por fuera del estándar binario (ÁLVAREZ. 2019: 365 y ss.).

Ahora bien, no por ello debe olvidarse que se trata de un indicio más que puede ser refutado por otros elementos de prueba. En efecto, la muerte por heridas de arma blanca-como en el caso aquí comentado- demanda cierta cercanía entre el agresor y la víctima que habilita una gresca basada entre el ataque y la defensa. Así, se generan diversas lesiones en partes vitales del cuerpo como el tórax, el cuello o el rostro, hasta provocar la muerte.³³ Lo que quiero decir es que esas heridas pueden ser útiles para demostrar la intención de ocasionar la muerte a la víctima, pero insuficientes por sí mismas para acreditar que el odio fue la razón del agente para realizar el delito.

De allí que es preciso recordar que la motivación de una sentencia, en tanto razonamiento probatorio, debe permitir conocer no solo por qué fueron suficientes los elementos de prueba valorados por el tribunal en función del estándar de prueba exigido, sino también por qué no lo fueron aquellos otros admitidos, pero insuficientes para corroborar las hipótesis alternativas.

En ese sentido, igual análisis corresponde a los contraindicios que no pueden ser evaluados de forma descontextualizada. Por ejemplo, que la persona imputada alegue y acredite que tiene amistades, relaciones sociales y/o familiares con otros que también forman parte del colectivo al que pertenece la víctima, por sí solo no aporta ningún valor epistémico para la toma de la decisión.

En efecto, es habitual que en este tipo de casos las defensas intenten, mediante pruebas de concepto, atribuir al imputado rasgos diferentes a los estereotipos que, en el imaginario colectivo, suelen afectar a quienes cometen estos hechos. Así, exposiciones del estilo “*tengo un amigo gay*”, “*mi prima es lesbiana y nos llevamos muy bien*”, por poner algunos ejemplos, son insuficientes para desarmar la acusación.

En primer lugar porque, nuevamente, es importante recordar que lo que en estos casos se evalúa no es que el agente odie a todos los miembros de la comunidad a la que pertenece la víctima, sino que ese odio sea el que provocó el ataque concreto. De allí que puede ocurrir que el autor del hecho no tenga una actitud permanentemente aversiva contra las disidencias sexuales e identitarias, empero cometer de todas formas un hecho delictivo basado en ese motivo.

Pero, además, que una persona pueda ocasionar un daño a otra por odio a su orientación sexual, identidad de género o su expresión, no implica que en ocasiones pueda sociabilizar y hasta tener buen vínculo con otras personas del mismo colectivo a quienes, quizás, le atribuya otro tipo de valoraciones o estimaciones.

³³ Este argumento ha sido muy bien elaborado en profundidad por el voto de la disidencia a cargo de la magistrada Ivana Bloch.

Una decisión que sirve para ejemplificar lo expuesto, es la sentencia por la muerte de una activista lesbiana asesinada por el padrastro de su pareja en la provincia de Córdoba, Argentina. Allí, el Tribunal desestimó que la motivación del autor del hecho fuera la aversión a la orientación sexual de la víctima, en la medida que las partes no pudieron acreditar que el autor del hecho tuviera sentimientos *lesboodiantes*, pese que-al mismo tiempo-el órgano decisor afirmó que el crimen ocultaba una censura al libre ejercicio de la sexualidad de las mujeres afectadas. Así, los jueces indicaron que: “No se pudo probar que D. E. T. mató a N. G. por su condición sexual, sino más bien para terminar con el conflicto que se había generado en su familia y que padecía sobre todo su mujer, por sus angustias y preocupaciones, en virtud de que Dayana, de 17 años en la época del delito, había elegido a Natalia, de 27 años, como pareja. No se presentaron como evidentes, durante el curso del debate, elementos de convicción reveladores de una situación lesbofóbica, con aptitud suficiente para fundar un juicio apodíctico sobre su existencia, que permita afirmar que hay relación de causa a efecto entre el crimen y la sexualidad de la víctima (...) aunque lo que subyace, es el tema relativo a la censura a ejercer libremente la sexualidad.”³⁴

Lo que revela el extracto resolutivo, es que la valoración probatoria estuvo dirigida a acreditar un entorno de desprecio a la sexualidad lésbica por parte del autor en términos generales, en lugar de que ese haya sido el motivo por el cual el agente mató a la víctima. En el caso comentado, el sujeto activo del delito conocía y admitía la sexualidad de su hijastra, por lo que ello fue interpretado como un contraindicio del odio. Este tipo de motivaciones, además, debe ser comprendido en una suerte de tolerancia hacia las sexualidades no hegemónicas, pero no en una auténtica aceptación de la disidencia sexual como algo positivo y legítimo.

En síntesis, lo que pretendo poner en evidencia es que es un error-lamentablemente muy habitual- utilizar esos indicios-tipos que ofrecen diversos instrumentos internacionales, cierto sector de la doctrina o la misma jurisprudencia, como una suerte de cuantificaciones absolutas, al estilo de un sistema de prueba legal o tasada.

En ese sentido, el razonamiento formulado de manera condicional de “*si ocurre el indicio P, entonces el agente se motivó en R*”, no solamente es insuficiente para la toma de una decisión judicial sino, además, equivocado ya que transforma a una inferencia epistémica en una normativa.

Lo relevante en estos casos es establecer una valoración del conjunto de todos los elementos probatorios para establecer que fue el odio la motivación que provocó la conducta lesiva del agente. Para ello el tribunal no solo deberá dar las razones suficientes de por qué valoró la presencia de determinados indicios para inferir la motivación del agente, sino también de por qué descartó los contraindicios que hayan sido aludidos.

³⁴ Cámara Séptima en lo Criminal *Torres Daniel Esteban p.s.a. de homicidio agravado por el art. 41 bis*, c. n° 24.2005 Letra T N° 06, sentencia de fecha 23/08/2011. Provincia de Córdoba, Argentina.

A su vez, también es necesario que el órgano jurisdiccional pueda despojarse de prejuicios, estereotipos y sesgos cognitivos que afecten no solo a la apreciación de las víctimas, sino también a los autores de estos hechos.

IV.- Breves reflexiones finales.

A lo largo del presente trabajo pretendí poner en relieve que las especiales motivaciones emocionales del agente al momento de realizar la conducta no sólo son relevantes para adscribir responsabilidad penal sino que, además, pueden tener un carácter empírico y, por esa razón, son pasibles de comprobación.

En tal sentido, también, rechacé aquellas argumentaciones que sostienen un anclaje objetivo de las mismas, en tanto se trata de posturas que no solo son equivocadas sino que, a su vez, acarrear serios inconvenientes para el razonamiento probatorio tal como fuera enunciado. Ahora bien, asumir la tesis aquí defendida también requiere de ciertos desafíos no carentes de inconvenientes.

En concreto, la elaboración de indicios-tipo ofrecidos en diversas guías de actuación para acreditar el odio, expone al riesgo de interpretarlos como reglas de prueba legal o tasada eludiendo una valoración racional de la prueba. En definitiva, aquellos deben ser asumidos como un tipo de regla derrotable y que, a su vez, puedan ser corroborados con otros elementos.

Para ello es necesario reforzar el razonamiento probatorio a partir de indicios que, como se expuso, su valor no difiere al de cualquier otra evidencia. Así, se requerirá que se construya mediante la elaboración de una hipótesis y un nexo inferencial, que permita sostener una afirmación que se presume como probada de acuerdo al estándar de prueba requerido.

Por su parte, además, cobra especial relevancia la motivación que ofrezca el órgano decisor en la sentencia. Para ello no alcanzará con que declare los diversos elementos de prueba y los hechos que puedan ser inferidos por aplicación de una máxima de la experiencia que, en su entendimiento, resulte notoria. En ese escenario, la fundamentación de la sentencia resultará exigua.

Es indispensable que el tribunal ofrezca las razones por las cuales ese enlace le es útil para el tránsito de la hipótesis a los hechos probados y, asimismo, brinde los motivos del rechazo de aquellas explicaciones alternativas introducidas por las partes.

Empero, también, es preciso señalar que ello no significará que la argumentación- ni que el uso de la máxima de la experiencia- resulte válida. De allí, entonces, que sea necesario justificar esa conexión ya que, de lo contrario, podría exponerse al riesgo de que el enlace no se encuentre fundado. En consecuencia, cuanto mejor fundadas estén las máximas de experiencia en generalizaciones inductivas, mejor fundada estará esa hipótesis. Uno de los retos más importantes para esta actividad es lograr despojar de sesgos y prejuicios basados en razones estigmatizantes sobre la diversidad sexual e identitaria en los diversos actores del proceso penal.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar que la comisión de los delitos aquí examinados provocan una notable severidad en la respuesta punitiva, por lo que su formulación no debería demandar las dificultades probatorias aquí examinadas. Es que la gravedad de la pena para estos delitos indica que el estándar de prueba debe ser elevado en función del peligro de condenas a inocentes; aunque, por su parte, la dificultad probatoria y el riesgo sobre la operatividad de estas normas, implica, quizás, asumir una exigencia menor.

En todo caso, ello podría solucionarse legislativamente a través de una manera distinta de crear normas penales que sancionen la violencia contra el colectivo de las disidencias sexuales e identitaria prescindiendo de la especial motivación del agente y focalizándose en quienes son las víctimas o bien, enunciando de manera taxativa cuándo se presumirá esta emoción.

V.- Bibliografía

- ALVAREZ, J.T. *Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional*, Revista Jurídica Universidad de Palermo (Año 16 Nro. 1, págs. 69-97, septiembre 2018)
- ALVAREZ, J.T. *Homicidios cometidos por odio a la identidad de género o su expresión. Comentarios acerca de la sentencia por el travestimiento de Amancay D. Sacayán*, revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, pág. 365-383 (Ed. Erreius, junio 2019)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS Documentos Oficiales, 2015.
- CUERDA ARNAU, M.L. Artículo 22.4 en VIVES ANTON, T. (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.
- DIAZ LOPEZ, J.A. *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22 4ª CP*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: aproximación desde los criterios de legitimación de la pena*, ADPCP, Vol. LVII, 2004.
- FERRER BELTRAN, J. *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FUENTES OSORIO, J.L. *Concepto de odio y sus consecuencias penales*, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*. MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), pág. 131-154, Ed. Marcial Pons, 2017.
- GONZALEZ LAGIER, D. *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Ed. Marcial Pons, 2009.
- GONZALEZ LAGIER, D. *Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32, 2009 (pp. 439-458)
- GONZALEZ LAGIER, D. *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, en GARCÍA AMADO (Coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Ed. Comares, 2014.

- HURD, H & MOORE, M. *Punishing Hatred and Prejudice*, *Stanford Law Review*, Vol 56 (5): 1081-1146, 2004.
- LAWRENCE, F. *Punishing Hate: Bias crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, Third printing, 2002.
- MAGARIÑOS, M. *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2008.
- MANRIQUE, M.L. *Delitos de odio y motivos emocionales*, *Revista Análisis Filosófico* V. 39 Nro. 2, SADAFA, 2019 (pp. 191-220)
- MANRIQUE, M.L. *Emociones y Derecho Penal*, En *Letra: Derecho Penal*, Año II, número 4, pág. 10-16, 2017.
- MENDOS, L.R., *Homofobia de Estado 2019: Actualización del Panorama Global de la Legislación*, ILGA MUNDO (Ginebra; ILGA, diciembre de 2019).
- MIR PUIG, S. *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Ed. Lustel, 2011.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppertor, 2011.
- NINO, C. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- PERALTA, J.M. *Homicidio por odio como delitos de sometimiento*, InDret, Barcelona, 2013. <http://indret.com/pdf/1005.pdf> (recuperado en 5 de noviembre de 2019)
- RAGUÉS I. VALLÉS, R. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. J.M. Bosch, 1999.
- TARUFFO, M. *La prueba de los hechos* (trad. de Jordi Ferrer Beltrán), Ed. Trotta, 2002.
- TARUFFO, M. *Observaciones sobre la prueba por indicios, en Nuevas tendencias de derecho probatorio*, CRUZ TEJADA, H. (coord.), Universidad de los Andes (Bogotá), 2011.