

Tipo de documento: Tesis de maestría

Maestría en Derecho Penal

La reciente discusión argentina sobre los homicidios por odio: panorama crítico y propuesta de solución

Autoría: Rombolá, Clara Belén

Año de defensa de la tesis: 2023

¿Cómo citar este trabajo?

Mendieta, H. (2023) "*La reciente discusión argentina sobre los homicidios por odio: panorama crítico y propuesta de solución*". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella

<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12180>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Argentina (CC BY-NC-SA 4.0 AR)
Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

**MAESTRÍA EN
DERECHO PENAL**

Tesis:

“La reciente discusión argentina sobre los homicidios por odio:
panorama crítico y propuesta de solución”

Autora: Clara Belén Rombolá

Director: Mg. Leandro A. Dias

Buenos Aires, 29 de agosto de 2023

La reciente discusión argentina sobre los homicidios por odio: panorama crítico y propuesta de solución

Clara B. Rombolá

Director: Leandro A. Días

I. Introducción

Este breve trabajo tiene como fin investigar la cuestión vinculada a los delitos de odio y su legitimidad, en especial a partir de la reciente discusión que se ha producido en Argentina sobre el tema. Se trata de un conocido problema instalado hace tiempo en la doctrina¹ que cuestiona tanto la justificación moral como jurídico-penal (o dogmática) respecto de la mayor pena con la que se castiga este tipo de delitos en comparación con aquellos cuya configuración fáctica es idéntica, a excepción de la motivación del autor.

Desde la perspectiva de la dogmática alemana clásica, la cuestión se enmarca en un tema más amplio, relacionado con la incidencia de ciertos componentes de naturaleza subjetiva en la teoría del delito. Dentro de este tópico de mayor envergadura, los delitos por odio se configuran como un caso particular de los problemas que acarrea la ponderación de tales elementos para la mayor imposición de pena. Al respecto, Peralta advierte que

“[e]s usual que se vinculen los motivos con otros factores también enumerados en el tipo penal del asesinato u homicidio calificado. Pero esto no es aconsejable debido a que no todas las circunstancias enumeradas por el legislador responden a una única razón. En el art. 80 del CP ar., por ejemplo, se mencionan casos que deben ser excluido del análisis, porque tienen una clara relevancia objetiva”².

Así, este autor orienta la discusión acerca de los motivos en la diferencia entre los elementos del ánimo propios e impropios, según si la referencia del elemento es exclusivamente interna o también externa.

¹ Manrique, “Delitos de odio y motivos emocionales”, en: *Análisis Filosófico*, vol. XXXIX, n.º 2, noviembre 2019; Peralta, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012; Peralta, “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, en *InDret* 4/2013; Álvarez, “Emociones y respuesta penal: sobre los delitos de odio en la legislación argentina. Reflexiones a partir del art. 80 inc. 4 del CP” en: *Géneros e interseccionalidad. Un análisis crítico de la parte especial del derecho penal* (dir. Javier Teodoro Álvarez / Alexia Sofía Alonso), Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, pp. 75-112; Lawrence, “The Punishment of Hate: Toward a normative Theory of Bias-Motivated Crimes”, 93 MICH. L. REV. 320, 1994; Hurd / Moore, “Punishing Hatred and Prejudice”, *Stanford Law Review*, abr. 2004, vol. 56, n.º 5; Kahan, “Two Liberal Fallacies In The Hate Crimes Debate”, en *Law and Philosophy* 20, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 175-193; Grünewald, “La reforma de los delitos de homicidio. Alegato a favor de una propuesta basada en atenuantes”, trad. Leandro Días, en: *Homicidio y Legítima Defensa en la Obra de Anette Grünewald*, (coord. Marcelo Lerman / Lucila Tuñón Corti / Leandro Días), Editores del Sur, Buenos Aires, 2022.

² Peralta, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 28/29.

Para exponer de forma precisa este problema tomaré como punto de partida las agudas observaciones formuladas al respecto por Marcelo Sancinetti, uno de los primeros en traer esta discusión —instalada desde hace varios años en Alemania— a la Argentina. En concreto, lo que Sancinetti se pregunta es “... si podrá ser legítimo un concepto de ilícito con componentes no definibles por la decisión actual contra el valor exterior y, en este caso, *de qué modo* podría ser así, y *con qué límites*”³.

Al referirse en específico a las agravantes por motivos en los homicidios señala que la mayor pena sin dudas “... no puede explicarse por el mayor grado de *consciencia* del autor de afectar el bien jurídico *vida*” y agrega que en ambas clases de homicidio el “... carácter de *decisión de afectación*, como tales, son *idénticas*”⁴. De todas maneras, no soslaya que “... la conmoción social que producen (conscientemente) los dos sucesos, no es la misma”⁵.

Esa última consideración es la que, a mi criterio, se erige como el aspecto central a dilucidar para acercarse a una posible solución del tema. En efecto, la primera intuición que surge al aproximarse al núcleo del problema es que si la decisión de afectación del bien jurídico vida es igual —tanto en los homicidios motivados por odio, como en aquellos fundados en otras razones—, entonces sería incorrecto pensar en la imposición de penas diferentes. No obstante, la fuerza de este razonamiento se ve condicionada si pensamos que “... *junto* al valor de la vida, hay *otro* interés social (¿objetivo?) concurrente: la mayor o menor *crueledad* del hecho no sería valorativamente incolora”⁶.

Como contracara de ello, persiste la objeción dada por el hecho de que si *realmente* fuese posible fundamentar pena sobre la base de un elemento subjetivo por sí solo —como podría serlo la motivación del autor—, cabría preguntarse si un tipo penal de esta clase es legítimo a la luz de determinados principios del derecho penal liberal, en especial el de acto.

En resumen, la cuestión a dilucidar gira en torno a dos intuiciones contrapuestas, 1) que “... [s]i la diferencia de pena pasa por una cuestión eminentemente subjetiva como el motivo, ¿no implica esto el castigo de una actitud interna propia de un derecho penal de autor?”⁷ y que 2) “... es que es más reprochable actuar por ciertos motivos emocionales que por otros”⁸.

Sancinetti no responde a los interrogantes delineados, sino que deja abierta la posibilidad de que componentes subjetivos —como la motivación— puedan ser legítimos si *co-constituyen* el ilícito, como así también que no lo sean si al suprimirlos, lo que resta del tipo penal se vuelve totalmente “incoloro” desde el punto de vista valorativo⁹.

³ Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 302.

⁴ Sancinetti, *idem*.

⁵ Sancinetti, *idem*.

⁶ Sancinetti, *idem*.

⁷ Peralta, “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, en *InDret*, 4/2013, p. 4.

⁸ Manrique, “Delitos de odio y motivos emocionales”, en *Análisis Filosófico*, SADAF, vol. XXXIX, n.º 2, noviembre 2019, p. 192.

⁹ Sancinetti, *ob. cit.*, p. 351.

Estos interrogantes que Sancinetti dejó abiertos fueron retomados en los últimos años en Argentina por José Milton Peralta y María Laura Manrique, quienes intentan argumentar en contra de las objeciones habituales dirigidas a la legitimidad de las agravantes por odio y, en última instancia, legitimar estos delitos. Por un lado, Peralta¹⁰ se enfoca específicamente en los homicidios por odio —análisis extensible a otros delitos de odio—. Así, parte de la premisa de que los homicidios por odio son más graves que los simples sin que eso derive en un menoscabo al principio del derecho penal de acto.

Para sostener esta postura sugiere mover el foco del estado mental del autor y, en cambio, advertir lo que el odio genera. En efecto, su tesis central es que “... los motivos de odio señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor. Esta pretensión se materializa, además, en el hecho tornándolo más grave incluso desde un punto de vista estrictamente objetivo”¹¹. A criterio de Peralta la diferencia fundamental que explica la diferencia de pena está en que la “... idea de sometimiento no se presenta en los homicidios comunes en los cuales la víctima, para no ser tal, no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto”¹².

Por otro lado, Manrique parece coincidir en que identificar el odio como motivo relevante para atribuir responsabilidad no implica reprochar únicamente el carácter del autor o sus pensamientos malvados. No obstante, a diferencia de Peralta, su justificación se centra en que los motivos deben ser entendidos como parte intrínseca de la acción. Ella considera que el problema central en argumentaciones como la de Sancinetti está “... en la exageración o deformación que implica sostener que los motivos no se reflejan en la acción”¹³. En este orden de ideas, Manrique resalta que entender a los motivos de odio o emocionales como meros pensamientos implica una mala comprensión del rol que tienen los motivos en el razonamiento práctico. Sobre esta idea apunta que “... para dar cuenta del papel que juegan los motivos en el razonamiento práctico y en la responsabilidad ellos deben evaluarse con el doble baremo: la fuerza (impulso) y la calidad (razón)”¹⁴.

En este trabajo me interesará retomar esta discusión y valorar críticamente estos intentos de fundamentación de Peralta y Manrique, con el fin de contribuir a esta tradición jurídica argentina vinculada al estudio de los delitos de odio. Para eso, luego de profundizar en las posiciones más relevantes del estado actual de la discusión (apartado II), se buscará demostrar que las posturas de Peralta y Manrique no logran brindar una adecuada justificación a las agravantes por odio (apartado III). En contraposición a sus

¹⁰ Este tema fue primeramente abordado por el autor en su obra “Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal”, trabajo con el que obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Este libro fue publicado en 2012 y allí desarrolla pormenorizadamente el problema desde el punto de vista de las teorías de la pena (primera parte) y desde la teoría del delito (segunda parte). Un año más tarde (2013) publicó “Homicidios por odio como delitos de sometimiento. Sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio” que, con base en la investigación de su tesis doctoral, sintetiza su postura sobre cómo resolver la pertenencia sistemática de los motivos en el caso de los homicidios por odio.

¹¹ Peralta (2013), ob. cit., p. 4

¹² Peralta (2013), *idem*.

¹³ Manrique (2019), ob.cit., p. 212.

¹⁴ Manrique (2019), ob. cit., p. 213.

formulaciones, la hipótesis que sostendré es que la agravante del homicidio debatida por estos autores no forma parte de la discusión por motivos (apartado IV). En particular, se intentará demostrar que el problema se produce por una técnica legislativa defectuosa, que no logra capturar adecuadamente el sentido de la ley: una tutela reforzada basada en una situación de mayor indefensión de los bienes jurídicos involucrados.

II. Panorama de la discusión argentina reciente

II. 1. Cuestión previa: lineamientos teóricos de la discusión

La legitimación del ilícito se fundamenta en que la representación mental del autor coincide con la situación de hecho objetivo que éste decide afectar, pero en algunos delitos se necesitará un *plus* además del dolo de realizar los elementos del tipo. La mayor pena de estas figuras se basa en la incidencia de ciertos componentes de naturaleza subjetiva que no integran el dolo como las tendencias internas trascendentes, los elementos del ánimo y los motivos. Sancinetti explica que:

“[l]a descripción legal de los delitos ‘consumados’, parte de la base ‘resultatista’ de una ‘completa’ *congruencia* entre el tipo objetivo (*realizado*) y subjetivo. Si el tipo penal de homicidio pretende proteger la vida del hombre, el delito completamente ‘realizado’ supone la producción de una muerte, y el dolo de producirla. Tipo objetivo y subjetivo *coinciden*, pues, en todo modelo simple de un delito doloso ‘consumado’, que *no* requiera un elemento subjetivo especial’. Componentes subjetivos ‘especiales’ aparecen, propiamente, recién allí donde el texto contiene un tipo no congruente entre sus partes ‘objetiva’ y ‘subjetiva’, sino que esta última excede la mera referencia al marco del tipo subjetivo”¹⁵.

La naturaleza de los motivos como elemento subjetivo distinto del dolo generó muchos debates en la doctrina, puntualmente sobre si su pertenencia corresponde al ilícito o a la culpabilidad. Actualmente no existe un criterio unánime respecto de si pertenece a uno u otro nivel de análisis¹⁶.

La opinión dominante en Alemania puede ser graficada claramente con el siguiente pasaje del manual clásico de Jescheck y Weigend:

“[a]l tipo de injusto pertenecen aquellos elementos del tipo delictivo que describen el comportamiento prohibido, así como la disposición del autor referida al mismo (dolo o imprudencia), mientras que por el contrario el tipo de culpabilidad está integrado por aquellos factores que caracterizan más detalladamente a la actitud jurídica interna del autor actualizada en el hecho”¹⁷. Por tanto, un primer acercamiento a la problemática parecería llevarnos a afirmar que se está en presencia de elementos de la culpabilidad.

¹⁵ Sancinetti, ob. cit., p. 318.

¹⁶ Un panorama detallado de la discusión alemana puede encontrarse en el libro ya citado de Peralta, *Motivos reprochables*, en la segunda parte de la obra (pp. 121-195).

¹⁷ Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 505.

Sin embargo, como derivación de ese problema surge la pregunta de si un elemento subjetivo, o la culpabilidad, pueden justificar el incremento de la escala penal de los delitos. Hellmuth Mayer, por ejemplo, consideraba que algunos elementos subjetivos, como los motivos, eran lesivos del principio *cogitationis poenam nemo patitur*¹⁸. Este problema se desarrolló junto “... con la evolución general de la teoría del ilícito, en el tránsito desde la concentración del ilícito en un contenido estricta o predominantemente *objetivo* (sistema de Liszt-Beling-Mezger), hacia el reconocimiento de su carácter *subjetivo-objetivo* (Welzel-Stranwerth-Jakobs), o simplemente *subjetivo* (Kaufmann-Zielinski-Struensee)”¹⁹.

Autores más contemporáneos como Wessels, Beulke y Satzger estiman que el disvalor de la actitud interna es un elemento “especial” de la culpabilidad y determina una mayor o menor reprochabilidad. A modo de ejemplo de su postura, cabe traer a colación lo que esos autores detallan sobre los elementos del asesinato “... los ‘móviles bajos’ caracterizan exclusivamente, y no sólo como reflejo del injusto, la reprochable actitud del autor, que se halla en el nivel más bajo”²⁰.

Por su parte, un grupo nada despreciable de autores considera que los motivos forman parte del ilícito. Frister, por ejemplo, explica que hay delitos en los que la mención de un motivo determinado en la descripción del delito sirve o bien para la fundamentación o bien a la cualificación del merecimiento de pena. Da como ejemplos los elementos del asesinato en los que la ley exige un motivo especialmente reprochable. La incidencia de estos motivos reprochables implicará que los asesinatos sean castigados con pena de prisión perpetua, a diferencia del homicidio simple, que sólo tiene pena privativa de la libertad temporal. Señala que esta clase de elementos subjetivos “... son considerados especiales elementos de la culpabilidad, por algunos autores por completo y por otros en parte, con criterios de delimitación en las particularidades. Pero a ello hay que replicar que estos elementos son asimismo parte de la descripción legal del delito y, entonces — aun cuando no formen parte de la imagen del hecho anidada en la consciencia jurídica general—, según el Derecho positivo contribuyen a definir el ilícito del delito”²¹. Como puede advertirse del pasaje citado, tampoco Frister ofrece precisiones acerca de la pertenencia sistemática de los motivos, pues concluye que “... en la cuestión relativa a si estos elementos integran el ilícito o la culpabilidad, aquello de lo que en realidad se trata, de todos modos, es sólo un problema de estructura, que no debe ser sobrevalorado”²².

En cambio, Jakobs señala una postura ligeramente diferente, aunque llega a una conclusión similar: “... la ley menciona los motivos del autor, pero no por la configuración planeada del hecho, sino por la valoración del impulso de actuar (...). La pertenencia de estos elementos al injusto puede ser dudosa, al igual que también puede serlo la situación del límite entre injusto, culpabilidad y los elementos directamente preventivos (...). Sin embargo, dado que en estos elementos no importa la reprochabilidad

¹⁸ Cita de Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 365.

¹⁹ Sancinetti, ob. cit., p. 302.

²⁰ Wessels y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 297.

²¹ Frister, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 175-176.

²² Frister, ob. cit., p. 176.

de la voluntad de obrar, sino ya de la relación de finalidad elaborada por la voluntad de obrar, interpretarlos como elementos subjetivos del injusto sería lo más adecuado para estos elementos”²³.

En Argentina, los autores clásicos no diferenciaban estos elementos del dolo. Núñez, por ejemplo, los consideraba

“... dolos específicos estructurales del corpus del delito...” aunque reconocía que en la discusión alemana el problema giraba en torno a su pertenencia al ilícito o a la culpabilidad, pues advertía que “[a]lgunos autores sólo han visto en ellos elementos de la culpabilidad (...) pero el finalismo los ha desprendido totalmente del ámbito de la culpabilidad y los ha llevado, junto con todo lo que pertenece al ánimo del autor, al campo de la acción...”²⁴.

Por su parte, Soler postulaba que

“[l]os *elementos subjetivos* del tipo no se identifican (...) con la culpabilidad; pero no pueden ser separados de ella, como lo es un elemento cualquiera de la figura, de los que deben ser alcanzados por el dolo del autor (...). La identificación de los elementos subjetivos del tipo como bases psíquicas de la culpabilidad simplifica totalmente la cuestión. Esos elementos no tienen que ser abarcados por el dolo; son figuras del dolo mismo; bases sobre las que éste se asienta, formas que asume la subjetividad culpable...”²⁵.

Quizá el punto de la discusión no cobraba la suficiente relevancia en la dogmática nacional temprana dado que la mayoría de la doctrina todavía seguía enmarcada en la teoría del causalismo²⁶. En efecto, tanto Soler como Núñez dividían la culpabilidad en dolosa y culposa, por lo que tenía sentido que ambos afirmasen que esos elementos subjetivos especiales eran parte del dolo o tipos especiales de dolo que se analizaban en la culpabilidad.

Contemporáneamente, Zaffaroni se alinea con la postura dominante en Alemania y afirma que “... todas las referencias legales a la motivación son cuestiones de la culpabilidad, que dan lugar a escalas de pena alteradas en razón del reproche pero que no afectan el injusto”. No obstante, su análisis concluye tras indicar que “... los casos que se presentan en la legislación argentina (...) por lo general no son usados para ampliar el ejercicio del poder punitivo sino para limitarlo”²⁷. Sobre este punto, “... el propio Zaffaroni admite enseguida que el homicidio agravado ‘por placer, codicia, odio racial o religioso’, responde a una inequívoca calificante de la culpabilidad; entonces, estos elementos

²³ Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 373.

²⁴ Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, Lerner Ediciones, Córdoba, t. II, 1977, pp. 64-65.

²⁵ Soler, *Derecho Penal Argentino*, t. II, TEA, Buenos Aires, 1992, p. 139.

²⁶ Sobre la recepción de la dogmática jurídico-penal alemana en Latinoamérica, con especial hincapié en estas discusiones, ver Bacigalupo, “La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica”, en *InDret*, Barcelona, enero de 2019.

²⁷ Zaffaroni, Eugenio R. y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 544.

subjetivos no podrían cumplir más, aquí, una función restrictiva de la punibilidad, ni — como resulta evidente— podrían ser valorados como meras pautas para la determinación de la pena, según el art. 41”²⁸.

Las consideraciones formuladas se aplican a las distintas agravantes por motivos contenidas en el art. 80, CP y no simplemente a la cuestión del odio. Como se anticipó al comienzo de este trabajo, el problema radica en que la valoración negativa de los motivos en particular apunta justamente a una evaluación del origen de la decisión de la voluntad. Entonces, si consideramos que los móviles son exclusivos de la culpabilidad, un elemento de la “pura” culpabilidad no podría justificar que se exceda la escala penal que va de ocho a veinticinco años, prevista para el homicidio simple. En efecto, la pena que finalmente se imponga deberá determinarse únicamente entre el mínimo de la escala —ocho años— y el máximo —veinticinco años— con ayuda de las disposiciones del art. 41, CP, con las cuales ya se tiene especialmente en cuenta la incidencia de la calidad de los motivos que determinaron al autor a delinquir.

El inciso 3.º es un supuesto de agravación por la motivación ya que reprime al que mata a otro “por precio o promesa remuneratoria”. La agravación se funda en que “el ejecutor realiza el hecho sin motivo personal alguno y por tan bajo impulso como es una recompensa, mientras que el [mandatario] procura su seguridad y aun su impunidad, apelando a ese medio premeditado y artero”²⁹. La agravante se funda exclusivamente en el motivo vil ya que es irrelevante que “... realmente exista [un precio], pues la fuerza agravante proviene de que el homicida proceda *porque* ha recibido un precio o *por* la promesa de recibirlo”³⁰.

El inciso 4.º es otro ejemplo de esta constelación de casos, pues castiga al que mata a otro “por codicia”. Según Núñez, “[e]l homicidio se agrava (...) si el hecho y sus circunstancias revelan que [el] móvil ha sido el espíritu codicioso, actuante en el agente” y agrega que “[e]l agravamiento no requiere que el autor del homicidio obtenga la ganancia, basta que mate codiciosamente para obtenerla”³¹.

Las restantes modalidades previstas en el inciso 4.º, esto es, “por placer, (...) odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” son consideradas “el paradigma de la transmutación de un elemento que correspondería, en principio, a la mera evaluación de la reprochabilidad y medición de la pena (art. 41, CP), en el elemento del ilícito”³².

Según la doctrina nacional más antigua, “[e]ste odio deriva de la aversión o adhesión hacia una raza humana o una religión como tales (...). Se trata de una perversa razón que ha derramado mucha sangre en la historia universal y que acusa un espíritu tan repudiable como peligroso no sólo para cada individuo en particular, sino para la razonabilidad de la vida social, porque además de inhumanidad acusa extrema insociabilidad. El autor mata

²⁸ Sancinetti, ob. cit., p. 305.

²⁹ Soler, ob. cit., t. III, p. 40.

³⁰ Soler, ob. cit., t. III, p. 41.

³¹ Núñez, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Lerner Editores SRL, Buenos Aires, 2008, pp. 48-49.

³² Sancinetti, ob. cit., p. 341.

a este o aquel individuo porque es de tal raza o profesa tal religión, o porque no es de tal raza o no profesa tal religión. En este último caso, el odio, más amplio en su comprensión, es todavía más dañino”³³.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que la legitimidad del derecho penal parte de “... un concepto de ilícito circunscripto al disvalor de *decisión actual contra el objeto del bien jurídico*”³⁴, se puede advertir que el riesgo en tomar un “puro” elemento del ánimo como otro fundamento de incriminación podría derivar en la imposición de una pena prescindiendo de la potencial lesión o afectación objetiva al bien jurídico. En este sentido lo entendía Welzel, que reconocía que los momentos de ánimo permitirían ajustar el aspecto subjetivo de la descripción del delito, pero también advertía que ello podría

“... llevar fácilmente a no fijar los límites objetivos del delito con la misma acuciosidad empleada hasta ahora, en la creencia de que el tipo quedará ya limitado en la medida necesaria mediante estos momentos de ánimo, como ser egoísta, malvado, etc. De ahí que en los casos en que el tipo objetivo comprende una conducta penalmente irrelevante, estos momentos de ánimo no conducen a una limitación del tipo, sino a la punición del ánimo”³⁵.

Sobre este punto, se podría realizar una primera conclusión preliminar a partir de las palabras de Silva Sánchez. En particular, él objeta que, si los móviles no pueden incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado, pero sí disminuirlo o excluirlo, se incurre en una contradicción cuando se acepta el efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente. Implica aceptar que las teorías de la culpabilidad centradas en el reproche del carácter o de la actitud interna —abandonadas para la fundamentación de la pena— todavía rigen, al menos implícitamente, en el ámbito de la determinación de la pena. Rechaza esta posibilidad y sostiene que “... habría que escoger necesariamente una de las siguientes opciones alternativas: o bien se niega el efecto agravatorio de los móviles; o bien se reconstruye el injusto dando cabida en él a consideraciones tales que permitan integrar en él una valoración de los móviles del sujeto activo”³⁶.

II.2. Peralta y el odio por sometimiento

En su texto “*Homicidios por odio como delitos de sometimiento*”, Peralta se aboca a desentrañar si existe una justificación adecuada que permita sostener la intuición de que los homicidios por odio son más graves y que —por esa razón— deberían recibir una mayor pena que los homicidios simples. Ensayó distintas fundamentaciones para explicar

³³ Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Lerner Ediciones, Córdoba, 1977, pp. 66-67.

³⁴ Sancinetti, ob. cit., p. 301.

³⁵ Cita a Welzel en: Sancinetti, ob. cit., p. 350.

³⁶ Silva Sánchez, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret*, 2/2007, p. 9.

esa diferencia punitiva, prevista no sólo en nuestro país, sino también en la inmensa mayoría de las otras legislaciones.

En primer lugar, postula como una posible respuesta a ese interrogante el modo violento en el que suelen cometerse ese tipo de delitos. Así, el autor utiliza como ejemplo base para esta hipótesis los casos de femicidio y esboza la siguiente conjetura: "... los homicidios por odio merecen una pena más intensa que los comunes porque suelen presentar una fenomenología aberrante consistente en aumentar deliberada e intensamente el sufrimiento de las víctimas"³⁷.

Sin embargo, desecha rápidamente esta idea. Por un lado, si ese hubiese sido el propósito del legislador, no habría sido necesario introducir la reforma que agregó entre las agravantes del homicidio el odio, pues hubiese bastado con calificar el hecho en un caso de ensañamiento, que conlleva exactamente el mismo castigo³⁸. Por otro lado, según expone en el artículo reseñado, asimilar el odio con el ensañamiento implicaría confundir dos cuestiones esencialmente distintas: los motivos y la modalidad del hecho delictivo³⁹.

Aunque esa no sea la respuesta, esta distinción no resulta menor, pues es la que le permite plantear en forma clara los términos del problema: "... [s]i la diferencia de pena pasa por una cuestión eminentemente subjetiva como el motivo, ¿no implica esto el castigo de una actitud interna propia de un derecho penal de autor?"⁴⁰.

En lo que sigue del texto, Peralta intenta dar una explicación que permita sortear esa objeción tajante, porque —de ser correcta— implicaría la ilegitimidad de la agravante. De esta manera, parte de la premisa de que los homicidios fundados en el odio —cualquiera de las clases de odios enunciadas en nuestra ley— son más graves que los homicidios simples; sin que eso derive en un menoscabo al principio del derecho penal de acto.

Para sostener esta postura sugiere mover el foco del estado mental del sujeto activo y, en cambio, advertir lo que el odio genera. Es en este punto que introduce su tesis central:

"... [L]os motivos de odio (...) señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor. Esta pretensión se materializa, además, en el hecho tornándolo más grave incluso desde un punto de vista estrictamente objetivo (...). [L]a manera en que las víctimas pueden evitar la agresión en esos casos es sometándose a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida; la contracara es que el autor las mata porque no se han sometido. Esta idea de sometimiento no se presenta en los homicidios comunes en los cuales la víctima, para no ser tal, no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto"⁴¹.

³⁷ Peralta (2013), ob. cit., p. 3.

³⁸ Peralta (2013), *idem*.

³⁹ Peralta (2013), *idem*.

⁴⁰ Peralta (2013), ob. cit., p. 4.

⁴¹ Peralta (2013), *idem*.

Sin embargo, Peralta se adelanta a una posible crítica a su argumento en defensa de la agravante por odio: es evidente la conexión entre motivos y culpabilidad. Entonces, si los motivos pertenecen a la culpabilidad —puesto que determinan el grado de reprochabilidad del sujeto activo— la mayor pena aparejada por la agravante significaría castigar un pensamiento⁴². En resumen, el autor pretende demostrar la falsedad de ese razonamiento y afirmar la relevancia de los motivos, al punto de incidir en la gravedad del hecho.

Para comenzar a exponer su defensa, Peralta parte de una *mirada prospectiva* y se pregunta ¿qué significa matar a alguien por odio?⁴³. Plantea como una posible respuesta a ese interrogante que, en realidad, lo que al agente le molesta es algo que la víctima hace⁴⁴. Si esto es así, de ello se sigue que lo que genera el odio es “... censurar la acción de la víctima, (...) o, por lo menos, que esa no es, mientras el autor exista, una opción inteligente”⁴⁵. Como correlato de ello, la víctima tendría una forma de evitar el ataque, consistente en no realizar la conducta que “molesta” al victimario. En definitiva, según Peralta, la víctima debe someterse a la voluntad del autor para evitar ser atacada⁴⁶.

Luego, Peralta analiza minuciosamente si ese razonamiento funciona en cada uno de los supuestos de odio regulados en el Código Penal Argentino (odio por la identidad de género y/o su expresión, hacia la mujer, racial y religioso). Se detiene, especialmente, en los casos de odio racial ya que, a primera vista, parecería no poder adecuarse a sometimiento alguno por parte del victimario.

Para sortear este inconveniente, propone apuntar a las razones por las cuales —históricamente— han surgido movimientos racistas. Así, explica que, por ejemplo, el Ku Klux Klan no estaba en contra de la existencia de los afroamericanos, sino que más bien no toleraba que existiera una igualdad de derechos entre negros y blancos.

Entonces, la adaptación del argumento en este tipo de casos quedaría configurada en los siguientes términos:

“... las potenciales víctimas para evitar ser víctimas debían renunciar al ejercicio de derechos individuales, a hacer aquello que cualquier individuo con personalidad plena puede hacer, como, por ejemplo, ingresar a ciertos lugares, deambular por ciertas áreas, asistir a ciertas escuelas, tener relaciones sexuales con mujeres blancas...”⁴⁷.

⁴² Peralta (2013), ob. cit., p. 7.

⁴³ Peralta (2013), ob. cit., p. 10.

⁴⁴ Peralta (2013), ob. cit., p. 11.

⁴⁵ Peralta (2013), *idem*.

⁴⁶ Peralta (2013), *idem*.

⁴⁷ Peralta (2013), ob. cit., p. 12.

En resumidas cuentas, en los supuestos de odio racial, la víctima —para evitar ser atacada— debe adaptarse a la voluntad del agresor, sin importar que realmente tenga un derecho garantizado a desenvolverse en su ámbito de autonomía como lo desee.

Peralta también propone utilizar una *mirada retrospectiva* para indagar en qué sentido el alegado sometimiento de las víctimas de homicidios por odio explicaría la mayor diferencia de pena en relación con los homicidios simples⁴⁸. Una vez más hace hincapié en la legitimidad de la agravante. A su criterio, el motivo excede la faz subjetiva para revelar una mayor gravedad del hecho, comparada con la figura básica de homicidio. Pues, según Peralta, la mayor pena impuesta por el odio no se basa en la inmoralidad del motivo, sino en que este implica el sometimiento de la víctima⁴⁹.

No obstante, para poder entender este aspecto el autor sugiere al lector que se sitúe en una época bastante anterior al momento del hecho. Sólo así puede responderse al interrogante que sobrevuela la cuestión: ¿en qué sentido una víctima de homicidio por odio resulta más sometida que otras víctimas de homicidios comunes?⁵⁰. En concreto, Peralta pone el acento en la conducta previa de la víctima; específicamente, en la interacción entre sujeto activo y pasivo con anterioridad a la ocurrencia del hecho. Aquí, introduce algunas ideas de la “víctimodogmática”⁵¹ para poder exponer el punto y continúa su explicación con un breve —pero cabal— repaso de las consecuencias de la provocación, tanto para el provocado como para el provocador, en el ámbito de la dogmática penal clásica.

La idea que propone es la siguiente: los homicidios simples en realidad son casos en los que existió una especie de provocación penalmente relevante, mientras que en los homicidios por odio, la conducta de la víctima que desencadenó la del victimario, no tiene relevancia para el derecho penal a los efectos de atenuar la pena⁵².

La concatenación lógica que sostiene ese razonamiento se basa en que los homicidios no ocurren de un día para el otro, sino que más bien resultan de la culminación de una escalada de violencia en la que la víctima tiene algo de responsabilidad en lo que sucede. La mirada retrospectiva que presenta Peralta indaga en ese estadio anterior al homicidio y es ese momento previo el que explica la diferencia punitiva entre ambos supuestos bajo análisis. En los homicidios por odio, el agente:

“... se siente provocado por acciones que no pueden considerarse provocación en un sentido relevante (i.e. en sentido normativo). Y esta es la diferencia que está supuesta en las agravantes de los ordenamientos jurídicos. Los motivos allí expuestos responden a la pregunta de por qué obró el autor y la respuesta es que lo ha hecho por una razón que de ninguna manera puede atenuar el ilícito”⁵³.

⁴⁸ Peralta (2013), ob. cit., p. 14.

⁴⁹ Peralta (2013), *idem*.

⁵⁰ Peralta (2013), *idem*.

⁵¹ Peralta (2013), ob. cit., p. 15.

⁵² Peralta (2013), ob. cit., p. 15/16.

⁵³ Peralta (2013), ob. cit., p. 19.

Con este esquema argumentativo, brevemente sintetizado, Peralta considera zanjado el problema sobre la legitimidad de la agravante por odio. Incluso, entiende que podría aplicarse a otras constelaciones de casos, como por ejemplo, a aquellos casos de homicidios por odio que no responden a la idea de sometimiento, como ser los supuestos en que el sujeto activo pretende la desaparición de una raza o mata por deseos misóginos extremos, etc. En ambos, la víctima no hace nada —normativamente relevante— para provocar su muerte. Abarca también en esta estructura conceptual a aquellos casos de víctimas elegidas al azar, a los homicidios motivados por placer, por el deseo desmedido de riqueza, por codicia (art. 80, inc. 4.º, CP) o, inclusive, los homicidios *criminis causae* (art. 80, inc. 7.º, CP).

En definitiva, Peralta concluye en que todas las agravantes del homicidio —previstas en el art. 80, CP— tienen un denominador común: que la víctima no es corresponsable de su muerte⁵⁴. Por ende, los homicidios por odio no son más que un supuesto específico de una categoría genérica de homicidios calificados, cuyo punto en común es que el autor obró por una razón que de ninguna manera puede atenuar el ilícito.

II.3. Manrique: delitos de odio y motivos emocionales

Frente a esta postura, en los últimos años María Laura Manrique ha ofrecido una propuesta diferente en su trabajo “*Delitos de odio y motivos emocionales*”. Allí, expone su argumento central basado en que un reproche agravado en los delitos cometidos por motivos emocionales —como el odio— está justificado si se entiende la verdadera relevancia que tienen los motivos como determinantes de las conductas. De hecho, en la primera parte de esa obra analiza la conexión entre acción y motivos como una relación cognitivo-conductual entre ambos elementos. A partir de esta distinción, se propone demostrar que la identificación del odio como motivo no implica *per se* un reproche sobre el carácter de los individuos o de sus pensamientos *malvados*⁵⁵.

Luego de reconstruir la crítica al reproche penal de los motivos mediante el desarrollo del argumento conceptual elaborado por Hurd y Moore⁵⁶, propone una suerte de argumento político de justificar el reproche penal en el carácter del agente —es decir, la personalidad— más que en sus conductas específicas⁵⁷.

Manrique cuestiona la conceptualización de Hurd y Moore sobre que los deseos, las pasiones y creencias son estados mentales diferentes y se pregunta si realmente esas diferencias son moralmente relevantes para el tema en discusión⁵⁸. En efecto, tales autores

⁵⁴ Peralta (2013), ob. cit., p. 22.

⁵⁵ Manrique (2019), ob. cit., p. 193.

⁵⁶ Hurd / Moore (2004), ob. cit.

⁵⁷ Manrique (2019), ob. cit., p. 198

⁵⁸ Manrique (2019), ob. cit., p. 201.

consideran que el odio es un estado mental emocional semejante a la ira o a los celos y, por ende, constituye más bien un rasgo de carácter del sujeto activo⁵⁹.

De modo que, según Manrique, para Hurd y Moore la diferencia central estaría en que mientras que los delitos requieren una intención específica basada en un deseo, con un objetivo circunscripto y una duración acotada en el tiempo, el odio es perdurable y se configura como una disposición del carácter⁶⁰. La conclusión de este argumento sería que una agravante por odio tiene como fin reprochar el mal carácter de la persona acusada. Además, según la reconstrucción argumental que hace Manrique, Hurd y Moore sostienen que el delito subyacente ya está reprochado en el código penal y que la mayor cuantía del castigo de este tipo de delitos obedece al odio añadido que motiva al agente a realizar cierta acción⁶¹.

Manrique cuestiona la postura de los autores sobre la imposibilidad de explicar la acción del sujeto activo como consecuencia del odio y cita como ejemplo contrapuesto la trama de “*Otelo*”, obra de William Shakespeare, en la que precisamente uno de los personajes decide planear una venganza con base en el odio hacia el protagonista de la historia. En cambio, la autora sugiere que desde una teoría dual de las emociones se podría explicar más adecuadamente la relevancia de las emociones en la conducta del agente⁶².

Así, toma a modo ejemplificativo de esta dualidad, la teoría de von Wright⁶³ sobre la interconexión de los aspectos neuronales, mentales y conductuales de la acción. Manrique señala que, a partir de la vinculación de tales aspectos, surgen tres relaciones conceptuales distintas: la prioridad epistémica, la causal y la semántica. Lo principal de la postura de la autora es la importancia de las conexiones epistémicas y causales para explicar las emociones, pues sin tenerlas en consideración, podría ocurrir que “... ciertos comportamientos puedan parecer que fueron realizados por cierta razón (temor) pero a pesar de ello fueron ejecutados por otra diferente (odio)”⁶⁴. Para ilustrar este tipo de supuestos, explica que “[d]esde una perspectiva externa, el observador del evento puede aceptar que mi conducta es ejecutada por ‘miedo insuperable’ y, sin embargo, tanto a nivel mental como neuronal ella significó algo diferente”⁶⁵.

En una nota al pie de página, además, ella trae a colación los hechos de un precedente de la jurisprudencia alemana, caso Goetz, para ejemplificar este fenómeno. Desde la perspectiva de un observador externo, las víctimas se habían aproximado al acusado de forma amenazante, pero que “... la reacción y el modo de ejecutar la acción [por parte del sujeto activo] parece más compatible con alguien que aprovecha para deshacerse de las personas que considera despreciables”⁶⁶. Para Manrique, entonces, las emociones (odio) impactan en los deseos (intención), de modo tal que las primeras sí encuentran un reflejo

⁵⁹ Cita a Hurd / Moore (2004), p. 1127 en Manrique (2019), ob. cit., p. 202.

⁶⁰ Manrique (2019), *idem*.

⁶¹ Manrique (2019), ob. cit., p. 203.

⁶² Manrique (2019), ob. cit., p. 204.

⁶³ Cita a von Wright (1998), pp. 58-60 en Manrique (2019), ob. cit., p. 204.

⁶⁴ Manrique (2019), ob. cit., p. 206.

⁶⁵ Manrique (2019), *idem*.

⁶⁶ Manrique (2019), *idem*.

en la acción. Este mismo razonamiento es el que subyace en el ejemplo de la obra de Shakespeare cuando uno de los personajes, motivado en el odio que sentía, elaboró un plan para que el protagonista matara a su mujer.

El enfoque de Manrique podría resumirse, con sus propias palabras, en que “... las emociones se reflejan en nuestras acciones a través de la generación de deseos y en la medida en que estas emociones no son puras ‘fuerzas mecánicas’, externas al agente, ellas tienen que desempeñar un papel fundamental en la atribución de responsabilidad”⁶⁷. Por ende, “... los motivos son un elemento intrínsecamente vinculado con nuestra conducta, aunque no se encuentran vinculados al resultado de la acción de la misma manera que los deseos”⁶⁸.

En sentido contrario a la postura de Hurd y Moore, Manrique considera que no se puede prescindir de los estándares del carácter en la responsabilidad penal⁶⁹. En favor de esta idea, cita un ejemplo del derecho inglés en el que ser ladrón requiere actuar deshonestamente⁷⁰. Así, este supuesto daría cuenta de que la determinación de una acción puede caracterizarse con algún estándar del carácter (ser deshonesto). Esto marcaría la importancia de la razón: hacer algo que una persona deshonesto haría —quitarle el dinero del bolsillo a otra persona— no implica que el sujeto activo haya sido deshonesto porque tal accionar podría responder a otras razones —hacer una broma—⁷¹.

Manrique concluye en que no pueden entenderse ciertas instituciones de la teoría del delito —ya sea excusas o atribución de la responsabilidad— sin tener en cuenta los estándares del carácter⁷². Así, explica que “[u]na vez que decidí, por ejemplo, matar a una persona, esta decisión ingresa en el ámbito jurídico, y es aquí donde cobran importancia las razones que tenía para hacer o que hice. En ese contexto, es importante determinar si el agente ha actuado por ira, por miedo, en legítima defensa, por venganza o por odio”⁷³.

A partir de esa última reflexión, diferencia dos clases de discusiones que —a su criterio— no deben ser confundidas porque la naturaleza de su fundamentación es distinta⁷⁴. Por un lado, está el debate normativo acerca de por qué el derecho concede relevancia a la ira, al odio y lo descarta respecto de otros motivos emocionales, como la piedad. Por el otro, está la discusión conceptual sobre el impacto de los motivos en la conducta del agente. Para ella no es consistente reconocer que los motivos tienen como características cardinales la fuerza y la calidad moral, pero a la vez afirmar que una de estas propiedades —la calidad moral— es irrelevante para atribuir responsabilidad penal⁷⁵.

⁶⁷ Manrique (2019), ob. cit., p. 208.

⁶⁸ Manrique (2019), *idem*.

⁶⁹ Manrique (2019), ob. cit., p. 209.

⁷⁰ Manrique (2019), ob. cit., p. 209-210.

⁷¹ Manrique (2019), ob. cit., p. 210.

⁷² En este punto, la autora enumera los casos de la construcción del hombre razonable, los criterios de responsabilidad para determinar si se atribuye o no responsabilidad por negligencia, o si la ira con la que se condujo el sujeto activo estaba o no justificada (Manrique, ob. cit., p. 210).

⁷³ Manrique (2019), ob. cit., p. 212.

⁷⁴ Manrique (2019), ob. cit., p. 211.

⁷⁵ Manrique (2019), ob. cit., p. 212.

Sin embargo, Manrique reconoce que la discusión sobre el impacto de los motivos puede dividirse en dos: la especificidad del odio frente a otros motivos emocionales y supuesta naturaleza incontrolable de las emociones⁷⁶. Mientras que la primera discusión se enfoca en cuestionar cuál sería la diferencia entre las acciones realizadas con base en odio de otros comportamientos realizados por otras razones, la segunda postula que el odio es una emoción que se apodera del sujeto activo y no puede ser controlada.

Casi al final de su exposición, la autora explica que su argumentación se centra en responder a la discusión que vincula la imposibilidad de castigar al odio por ser una emoción incontrolable⁷⁷. Para criticar esta postura, retoma la posición de Hurd y Moore basada en la teoría mecanicista de las emociones que, en apretada síntesis, considera que las emociones son impulsos que por su intensidad no pueden ser controlados ni evaluados. En contraposición, considera que el problema fundamental es que tal idea ofrece una visión reducida del papel de las emociones en las acciones y para probarlo formula tres críticas concretas desde una concepción cognitivo-evaluativa⁷⁸.

Primero, sostiene que las emociones son objetos intencionales que tienen un componente epistémico sensible a razones que permite considerarlas racionales o irracionales. A su criterio, la importancia de este argumento es que demuestra que las emociones no son simplemente cosas que ocurren o se padecen desde el momento en que pueden ser valoradas como elogiadas o reprochables⁷⁹.

Segundo, reconoce que si bien puede ser cierto que algunas emociones están tan fuertemente arraigadas en la personalidad que haga difícil despojarse de éstas, considera que el derecho no exige ese desprendimiento. Por el contrario, entiende que lo requerido es que esas emociones no se expresen de *cierta* manera⁸⁰. En sostén a ese argumento, explica que cualquier manifestación del odio que no esté prohibida está, por defecto, permitida, de lo que se deriva que el derecho reprocha sólo ciertas expresiones de las emociones. De este modo, afirma que “las emociones en general responden a razones y son, en cierta medida, controlables”⁸¹. No obstante, también señala que de tal afirmación no puede deducirse que cualquiera que actúe por odio deba ser castigado más gravemente y de todos modos acepta que, bajo ciertas circunstancias, las emociones se asemejan a pasiones incontrolables más que a razones específicas. A partir de esta segunda crítica concluye en que en algunas ocasiones se puede elegir actuar o no con base en las emociones que se tienen —y no pueden elegir no tenerse—.

Tercero, postula que los motivos abarcan otros estados mentales además de las emociones y comprenderlos sirve para determinar la acción que se emprende. Entonces, si los

⁷⁶ Manrique (2019), ob. cit., p. 213.

⁷⁷ Manrique (2019), *idem*.

⁷⁸ Manrique (2019), ob. cit., p. 214.

⁷⁹ Manrique (2019), *idem*.

⁸⁰ Manrique (2019), *idem*.

⁸¹ Manrique (2019), *idem*.

motivos no fueran considerados, no sólo no se podría entender la conducta, sino que tampoco podría ser elogiada o reprochada⁸².

Como corolario sostiene que

“... incluso si los motivos emocionales son algo distinto a las intenciones, o no se vinculan con los deseos, ellos todavía juegan un papel relevante en el razonamiento práctico. Los motivos emocionales no se vinculan únicamente con el carácter del agente sino con aquellas cosas que intenta hacer. Los motivos emocionales, y el odio en particular, se vincula en general con aquellas cosas que queremos hacer o con el por qué las queremos hacer”⁸³.

III. Crítica a las posturas argentinas recientes

Ahora bien, en el ámbito de la discusión anglosajona, se ve claro que cobra relevancia la obra de Heidi M. Hurd y Michael S. Moore, “*Punishing hatred and prejudice*”, citada tanto por Manrique como por Peralta⁸⁴. En ese trabajo, Hurd y Moore⁸⁵ analizan con detalle las justificaciones normalmente esgrimidas para castigar los llamados “delitos de odio”. Tras sintetizar las posturas existentes en la doctrina estadounidense, llegan a la conclusión de que —hasta el momento— la mayoría de los autores han fallado en brindar tanto una adecuada justificación moral del castigo de este tipo de delitos, como así también en explicar un marco de abordaje aceptable para las legislaciones que los contemplan⁸⁶.

La importancia de la obra de Hurd y Moore radica en lo exhaustivo de su investigación, pues en la búsqueda de respuestas para explicar acabadamente la corrección del castigo de los delitos por odio, indagan en un amplio espectro de razones: desde argumentos que exploran la configuración objetiva de tales delitos o posturas que indagan sobre la función de su castigo, hasta la búsqueda de razones atinentes a la culpabilidad⁸⁷. En todos los

⁸² Manrique (2019), ob. cit., p. 215.

⁸³ Manrique (2019), *idem*.

⁸⁴ Citado en Manrique (2019), Peralta (2012) y Peralta (2013).

⁸⁵ Hurd / Moore (2004), ob. cit.

⁸⁶ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1082.

⁸⁷ En la primera parte de su trabajo, Hurd y Moore desarrollan lo que podríamos traducir al castellano como la “tesis del daño mayor”, basada en la concepción de que los ofensores que cometen delitos contra sujetos de grupos excluidos o discriminados cometen un daño mayor hacia sus víctimas o hacia las comunidades de tales víctimas en comparación con ofensores comunes. En la segunda parte, exploran lo que ellos denominan “tesis expresivista”, cuya idea principal reposa en que los actos de odio y discriminación expresan desprecio por los miembros de la sociedad a punto tal que justificaría una acusación estatal más elevada en cuanto a las penas a imponer. En esta sección analizan la cuestión a través de teorías de la pena (retribucionismo, utilitarismo y teorías alternativas). En la tercera parte tratan lo que caracterizan como “tesis de la culpabilidad”, según la cual el odio y la discriminación constituyen un estado mental excepcional que, por lo tanto, merece una mayor pena en comparación con delitos motivados en otras razones. Especifican que esta idea se basa en la noción de que el castigo se explica, en parte, por la acción disvaliosa del sujeto activo, pero también por su culpabilidad. En la cuarta sección, los autores desarrollan la “tesis igualitaria”, que se apoya fundamentalmente en la idea de que la mayor pena de los delitos de odio permite alcanzar una distribución más igualitaria del riesgo de que se cometa un delito en nuestra sociedad porque impide una victimización más profunda de aquellos grupos de ciudadanos que ya cargan con una cantidad desproporcionada de violencia social.

casos, concluyen en que las premisas que sostienen esas posiciones son “... empírica, moral o conceptualmente sospechosas...”⁸⁸ y que “... ninguna, hasta ahora, provee la legitimidad teórica necesaria para justificar esta forma de legislación penal políticamente popular”⁸⁹.

En este análisis minucioso de Hurd y Moore existe un punto de contacto con las consideraciones expuestas por Sancinetti. Los tres autores coinciden —más allá de sus particulares enfoques— en que la afectación del bien jurídico es la misma independientemente de la existencia de odio como fundamento de la acción del autor. En todo caso, tal como apuntan Hurd y Moore, la existencia de odio como presunción de la existencia de una mayor afectación del bien jurídico puede guiarnos a conclusiones erróneas, pero más aún, realmente no puede explicar cuál sería —en esencia— la diferencia con los restantes delitos cometidos por otras razones.

Este texto, que hace las veces de “puente” entre la perspectiva de dogmática penal tradicional del derecho argentino y la filosofía analítica anglosajona, será de particular relevancia para lo que sigue: criticar la propuesta de Peralta, primero, y la de Manrique, en un segundo momento.

III.1. Contra la propuesta de Peralta

Para una mayor claridad expositiva dividiré esta sección en dos apartados, coincidentes con los principales argumentos formulados por Peralta para defender la legitimidad de la agravante por odio contemplada en el art. 80, inc. 4.º, CP.

a. La mirada prospectiva como otra formulación de la tesis del daño mayor

Como punto de partida, Peralta aborda el problema al preguntarse sobre la pertenencia sistemática de los motivos —y, por ende, del odio— en la estructura tripartita de la teoría del delito. Actualmente, como ya se señaló, no existe un criterio unánime en la doctrina acerca de si los motivos pertenecen a uno u otro nivel de análisis⁹⁰.

Al analizar esta cuestión en el marco de la discusión anglosajona, Hurd y Moore advierten que

“... la conducta delictiva subyacente, junto con el dolo de llevar a cabo la conducta (p. ej., la intencionalidad del hecho), ya es castigada por la ley penal. El aumento de pena derivado por las agravantes de odio no se basa por el acto subyacente, tampoco por la intencionalidad con el que ese acto es cometido, es por el odio o el perjuicio que motiva al ofensor a actuar de ese modo”⁹¹.

⁸⁸ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1146.

⁸⁹ Hurd / Moore (2004), *idem*.

⁹⁰ Sancinetti, ob. cit. p. 303.

⁹¹ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1128.

Entonces, es claro que los motivos no podrían justificar que se exceda la escala penal que va de ocho a veinticinco años, prevista para el homicidio simple.

Ahora bien, Peralta sorteja esa crítica al sostener que los motivos exceden la faz subjetiva y que la mayor pena impuesta no se basa en la inmoralidad del motivo sino en el sometimiento de la víctima. Pues, si el odio es sometimiento, transmuta su naturaleza eminentemente subjetiva en un rasgo objetivo, con una delimitación concreta de la conducta del sujeto activo.

En otras palabras, para Peralta esta modalidad de homicidio lesionaría dos bienes jurídicos: por un lado, la libertad de la víctima —o un bien jurídico similar— y, por el otro, la vida. Sin perjuicio del *nomen iuris* que utiliza —para él siguen siendo “motivos”— la consecuencia de la concepción que introduce zanjaría la cuestión en favor de la legitimidad de la agravante, pues si el odio tiene una descripción objetiva y pertenece al ilícito, ya no se estaría penando un mero estado del ánimo.

No obstante, aquí considero que existe un inconveniente en su argumentación, y es que el poder explicativo de su tesis no logra resolver todos los casos que usualmente consideraríamos homicidios por odio. Por ejemplo, en las muertes cometidas por odio racial la víctima jamás podría “someterse” al autor. Peralta mismo reconoce los límites de la construcción propuesta cuando advierte:

“[a] diferencia de lo que sucede con la decisión de travestirse o de, si se quiere, elegir cierta religión, la raza no puede elegirse y, en muchos supuestos, ni siquiera ocultarse. Aquí no parece que el autor esté censurando una conducta de la víctima ni que la víctima pueda hacer algo para evitar ser víctima”⁹².

Para evitar este inconveniente fuerza la estructura de su argumento al sugerir que, en realidad, el sometimiento en el caso de las víctimas por odio racial consistiría en que el victimario tiene como fin que ellas renuncien a sus derechos. Esta última reflexión no explica aquellos casos en los que al potencial homicida no le interesa que la víctima renuncie a sus derechos civiles, porque lo que lo mueve a cometer el delito es algo tan irracional como su pertenencia a una etnia o raza, sin que la víctima pueda hacer algo para evitarlo. Piénsese en un caso de un racista que mata a la víctima solo por su color de piel, sin ningún motivo acompañante referido al sometimiento o renuncia de derechos de quien es matado. En un ejemplo así, lo único que podría decir Peralta es que la intención directa de matar es, en sí misma, parte de un sometimiento objetivo a la víctima, ya que al querer matar irracionalmente el autor demuestra objetivamente un sometimiento: la renuncia de la víctima a su derecho a la vida. Sin embargo, esto es lo que sucede en cualquier homicidio cometido con dolo directo: el ilícito del homicidio es, en definitiva, una violación al derecho a la vida de la víctima.

⁹² Peralta (2013), ob. cit., p. 12.

Otro aspecto cuestionable a esta argumentación para el sometimiento en casos de odio racial es que Peralta elabora este razonamiento con la ayuda de un ejemplo histórico: los móviles de los crímenes cometidos por el Ku Klux Klan en Estados Unidos. Las pretensiones específicas de los miembros de esa organización no se afincaban en hacer desaparecer a los afroamericanos, sino en impedir el reconocimiento de sus derechos. El problema con este supuesto es que no deja de ser sólo un ejemplo puntual contingente: una motivación particular de ese grupo específico que, en rigor, no sería útil para establecer un criterio general, aplicable al resto de los homicidios por odio racial que surjan en el futuro.

Por otra parte, su postura podría encuadrar en aquellas teorías que Hurd y Moore denominan como “tesis del daño mayor”, específicamente, aquella vertiente que afirma que los delitos de odio generarían un mayor daño psicológico (trauma) a las víctimas directas de este tipo de hechos⁹³. La conclusión de quienes sostienen esta posición es que los sujetos activos de esta clase de delitos merecen un castigo mayor porque son más culpables. Serían más culpables porque habrían cometido un daño mayor, lo que implica la causación de una lesión mayor, que concretamente se traduce en la traumatización psicológica de las víctimas⁹⁴.

La primera crítica que Hurd y Moore dirigen a esta argumentación —extensible a la postura de Peralta— es la objeción sobre si esas presuposiciones empíricas son realmente ciertas. Así, estos autores afirman que “todos los delitos violentos tienden a producir un trauma psicológico en sus víctimas. Como lo demuestra un estudio sobre esta cuestión ‘las respuestas predominantemente emocionales de las víctimas de violencia por odio se asimilan a las de aquellas víctimas de otros tipos de delitos personales’. La pregunta será, entonces, si los delitos violentos motivados en odio producen significativamente un trauma mayor que delitos iguales pero basados en otros motivos”⁹⁵.

Además, Hurd y Moore controvierten este argumento al señalar que el grado de violencia y daño (incluyendo el trauma psíquico) generado por los agresores es un factor que ya fue tenido en cuenta por el legislador al establecer castigos diferenciados para distintas categorías de agresiones agravadas, de modo que se estaría haciendo un doble cómputo de este factor al elevar las penas de los delitos de odio por el daño psíquico que acompañaría una violencia más grave.

Esta explicación es trasladable a nuestra legislación, al advertir que el art. 41, CP “... concede relevancia para la valoración del hecho a la ‘extensión del daño’ causado. La ponderación de la magnitud de las consecuencias materiales del delito al momento de graduar la pena replantea en este nivel del análisis la discusión en torno de la alternativa ‘disvalor de la acción-disvalor de resultado’”⁹⁶. Entonces, es claro que la ley prevé la posibilidad de graduar la pena según el daño revelado por la acción en el caso concreto y

⁹³ Ver Lawrence (1994), ob. cit., p. 342-345; Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1087-1090.

⁹⁴ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1087.

⁹⁵ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1088.

⁹⁶ Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 122.

que, al igual que los motivos, es una regla concebida para evaluar la culpabilidad del autor.

b. La mirada retrospectiva y el problema de la provocación

La segunda mitad del texto de Peralta se centra en explicar la diferencia punitiva entre el homicidio simple y el agravado por odio —aunque después considera extensible esa consecuencia a todos los homicidios calificados—. Así, traza un paralelo entre los casos de provocación y la relación entre el homicidio simple y el agravado. De esta manera, justifica el menor castigo de las víctimas de un homicidio simple como una analogía del provocador que sufre un ilícito como consecuencia de su provocación: “... no cae en el ostracismo jurídico, sino que desciende un escalón en los niveles de protección”⁹⁷. La contracara de ello es que el provocado —al igual que el sujeto activo de un homicidio simple— “... no debe responder como cualquier autor, [es decir], como si su acción fuera completamente obra suya”⁹⁸.

En este caso, resulta llamativa la utilización del principio de responsabilidad (o provocación), propio del tipo permisivo en la legítima defensa, para explicar el tipo objetivo. Al margen de considerar que es una solución creativa para explicar la diferencia de pena entre un homicidio simple y uno agravado, también creo que implica una alteración lógica en la sistematicidad del homicidio en el Código penal.

En Argentina los homicidios calificados se encuentran previstos en el art. 80, CP, en el Capítulo I del Título I, correspondiente a los delitos contra las personas, y específicamente, contra la vida. Su ubicación sistemática permite advertir que estas figuras protegen la vida humana, en particular, aquella que se desarrolla desde el nacimiento hasta la muerte⁹⁹.

Esta regla contiene tipos especiales de homicidio que pueden estar calificados por agravación o por atenuación¹⁰⁰. Por el contrario, el homicidio simple, regulado en el art. 79, CP contiene el tipo al cual todos los demás delitos contra la vida hacen referencia. Entonces, la frase “siempre que en este código no se estableciere otra pena” tiene como fin destacar el carácter de figura genérica del homicidio simple con relación a las formas de “matar a otro” que la ley reprime. Como señala Soler, este tipo básico se define negativamente “... es la muerte de otro hombre sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio”¹⁰¹. Por lo demás, los supuestos de calificación por atenuación —a diferencia de lo que pretende plantear el texto de Peralta— están presentes en el art.

⁹⁷ Peralta (2013), ob. cit., p. 17.

⁹⁸ Peralta (2013), *idem*.

⁹⁹ Soler, ob. cit., t. III, p. 16. Si bien Soler explica que se protege la vida desde el nacimiento hasta la muerte natural, en la actualidad también se regula la muerte “no natural”, en particular, la legislada en la ley de trasplantes: muerte cerebral.

¹⁰⁰ En este sentido lo entienden algunos autores: cf. Soler, ob. cit., p. 25; Donna, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 15; Levene (h), *El delito de homicidio*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 275; entre otros.

¹⁰¹ Soler, ob. cit., p. 15.

80, CP —las circunstancias extraordinarias de atenuación— y en el art. 81, inc. 1.º (a), CP —homicidio en estado de emoción violenta—.

Ahora bien, ya en el Proyecto de Código Penal de 1906 se había pensado en la posibilidad de incluir a la provocación como atenuante del homicidio. Estaba prevista en el art. 83, inc. 4.º del P. 1906. Incluso en esa época los legisladores consideraban que una situación de provocación era la excepción —atenuante— y no la regla —homicidio simple—. Luego, se previó incluir al homicidio provocado como un inciso de la figura de homicidio en estado de emoción violenta, circunstancia que tampoco estuvo exenta de críticas. Por aquel entonces, los legisladores sostenían que

“... si bien puede explicarse la ejecución del delito en las circunstancias de referencia por la emoción violenta y debe reducirse, por consiguiente, la pena, dejando al juez el arbitrio de aplicar la de prisión o reclusión, de acuerdo con las circunstancias particulares del hecho y los antecedentes del autor, no debe reconocerse el derecho de matar”¹⁰².

Con el desarrollo normativo venidero, se consideró incluida la provocación en el homicidio en estado de emoción violenta. Al respecto Soler explica que las situaciones de ímpetu de ira y justo dolor se referían, en el primer supuesto, a la provocación, y en el otro, a los casos de sorpresa en el adulterio; del sujeto que mata al ladrón; y del que reacciona contra una ofensa inferida a una persona querida¹⁰³.

Con lo señalado se pretende mostrar que el rol de la provocación no es tan claro en el derecho argentino, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal alemán: en Alemania, la provocación es *explícitamente* una atenuante del homicidio, regulada en el § 213, StGB. Por consiguiente, el trasplante que realiza Peralta de la discusión alemana no está libre de dudas, en especial si se tiene en cuenta la discusión legislativa señalada. Por supuesto que esta crítica presupone que estas cuestiones de legislación e historia parlamentaria han de ser tenidas en cuenta en la discusión y eso podría debatirse. No obstante, este panorama sirve para al menos poner en duda la solución de Peralta¹⁰⁴. De cualquier modo, incluso si se asume como correcta la vinculación con la provocación, la referencia a los “sentimientos” del agresor (es decir, el “sentirse provocado”), está ligada al terreno de las emociones y se corresponde en realidad a situaciones subjetivas que influyen en la reprochabilidad y, por ende, en la valoración de la culpabilidad del autor y *no* del ilícito. Así, tanto las circunstancias extraordinarias de atenuación, como el estado de emoción violenta —que recoge dentro de sus previsiones a la provocación— son situaciones que

¹⁰² Discusión parlamentaria citada en: Soler, ob. cit., t. III, p. 54.

¹⁰³ Soler, ob. cit., t. III, p. 56.

¹⁰⁴ Sobre el punto, vale señalar que “[e]n el § 212, párr. 2, StGB, está regulado el caso especialmente grave de homicidio, mientras que el § 213, StGB, menciona casos especialmente menos graves de homicidio. Aquello de lo que se trata en ambas regulaciones son **prescripciones sobre la medición de la pena**, que, por lo tanto, deben ser analizadas después de la culpabilidad. En los trabajos de exámenes, sólo en raros casos de excepción hay que entrar en estas prescripciones, si se dan los puntos de apoyo correspondientes” (Hilgendorf / Valerius, *Derecho penal. Parte Especial, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2022, p. 10, el resaltado pertenece al original).

considero que deberían ser analizadas en la culpabilidad y que no pueden ser descriptas de un modo no artificial en términos objetivos.

Desde luego que no soslayo que las soluciones a los casos de intervención de la víctima en el hecho con relación a la producción del resultado son ofrecidas por la teoría de la imputación objetiva¹⁰⁵. En este sentido, aquellos supuestos en que el hecho sea cometido debido a una posible actitud previa de la víctima —o de su calidad particular—, siempre será un criterio relacionado con el ilícito y la culpabilidad. No obstante, y tal como lo afirma Ziffer, la cuestión no es evidente y depende de decisiones valorativas diversas:

“... cuando se plantea el problema de la valoración de la ‘actitud’ de la víctima que, de algún modo, ‘induce’ a la comisión del delito, los instrumentos teóricos con que se cuenta son mucho menos sólidos. La graduación del ilícito como más leve o más grave dependerá en estos casos, en última instancia, de decisiones valorativas acerca de qué es aquello que se pretende proteger mediante la prohibición, es decir, de cuál es el valor que quiere consolidar la norma afectada”¹⁰⁶.

La decisión valorativa tomada por Peralta, y esta es la crítica principal, no obstante, resulta, como mínimo, contraintuitiva al alterar la relación de sistematicidad entre las distintas figuras de homicidio. En su estructura la regla serían los homicidios calificados, y la pena por defecto, la prisión perpetua. Las excepciones, los homicidios simples, que se configurarían en caso de verificarse una conducta previa —normativamente relevante— por parte de la víctima —provocación—. Sin embargo, en este nuevo esquema, Peralta omite explicar los casos que la doctrina tradicionalmente ha señalado como homicidios *atenuados*, como sucede, por ejemplo, con el homicidio en estado de emoción violenta —en el que se encuentra incluido el homicidio por provocación—.

Como contrapartida, para Peralta la diferencia entre la pena máxima de veinticinco años del art. 79, CP y la prisión perpetua del art. 80, CP parece estar justificada por la ausencia de provocación —al menos en el sentido penalmente relevante para el ámbito jurídico— por parte de la víctima. Este criterio luce, a mi entender, un contrasentido de las reglas clásicas que asignan a la provocación un valor atenuante, mientras que su ausencia sólo puede implicar que estamos en presencia de la figura básica.

En definitiva, resulta contraintuitivo que el tipo básico de homicidio parta de la presuposición de existencia de una provocación de la víctima como justificativo de una menor pena. De hecho, la mención explícita que nuestra ley hace de la provocación parece diferir del significado que Peralta pretende darle.

¹⁰⁵ Al respecto, se ha dicho que “... puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima” (Jakobs, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 34).

¹⁰⁶ Ziffer, ob. cit., p. 129.

En este sentido, resulta útil traer a consideración la postura de Lawrence Crocker y su teoría sobre por qué los delitos de odio son peores que otros con base en la inmutabilidad de las características según las cuales las víctimas de delitos por odio son elegidas¹⁰⁷. Aun cuando Crocker podría tener un punto de contacto con la propuesta de Peralta, advierte que si bien las agresiones “provocadas” por características inmutables parecen injustas en comparación con las de otra clase, igualmente lo son aquellos ataques motivados en una provocación por características mutables que no tendríamos que cambiar. Entonces, si la víctima es atacada porque es rica, o porque usa un vestido corto, o dice lo que piensa sobre un asunto de importancia pública, o se hace abortos, el hecho de que su característica sea mutable difícilmente podría hacerla parcialmente culpable de su victimización¹⁰⁸.

Considero, en definitiva, y tal como lo sostiene Silva Sánchez, que, si los móviles no pueden incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado, pero sí disminuirlo o excluirlo, se incurre en una contradicción cuando se acepta el efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente. Esto implica aceptar que las teorías de la culpabilidad centradas en el reproche del carácter o de la actitud interna —abandonadas para la fundamentación de la pena— todavía rigen, al menos implícitamente, en el ámbito de la determinación de la pena. La opción que Silva Sánchez propone para solucionar este inconveniente es “... o bien se niega el efecto agravatorio de los móviles; o bien se reconstruye el injusto dando cabida en él a consideraciones tales que permitan integrar en él una valoración de los móviles del sujeto activo”¹⁰⁹.

En igual sentido, Hurd y Moore sostienen que la doctrina de la provocación o pasión, odio, enojo e ira (o sentimientos similares) fue pensada para disminuir la culpabilidad porque, de alguna manera, esos sentimientos generan una suspensión del juicio racional que es requerido para considerar totalmente responsable al agente. Estos autores afirman que sería rotundamente contradictorio con el objetivo de la doctrina de la provocación/pasión, como precedente de la legislación que introdujo los delitos de odio, sostener que la mismísima condición que exculpa también incrimina.

Más allá de la aparente falta de solución del problema, lo que es seguro, es que aquellos componentes subjetivos que no tengan referencia a lo objetivo no podrán fundamentar el ilícito por sí solos, a diferencia del dolo, que sí puede hacerlo por la existencia de una referencia coincidente entre el tipo subjetivo y la descripción objetiva. Así, Sancinetti propone un procedimiento para indagar sobre la legitimidad de los tipos penales que se basan en motivaciones: si se suprimiese la motivación y lo que quedase del tipo penal fuera completamente irrelevante, entonces el tipo penal no sería legítimo. En cambio, si el elemento en cuestión co-constituyese el ilícito para restringirlo en un marco legal más

¹⁰⁷ Hurd / Moore (2004), ob. cit. 1097.

¹⁰⁸ Hurd / Moore (2004), ob. cit. 1098. Para Crocker, los delitos de odio son peores que los delitos comunes independientemente de las consecuencias y por cuestiones históricas, como el racismo y otro tipo de odios. Su visión radica, fundamentalmente, en un castigo elevado para los reincidentes con base en que cuando se causa el mismo daño una tercera, cuarta o quinta vez es peor que hacerlo por primera vez.

¹⁰⁹ Silva Sánchez (2007), ob. cit., p. 9.

amplio o para agravar un hecho básico que ya es disvalioso, entonces aquél sí será legítimo¹¹⁰.

Es posible que exista una diferencia en el disvalor que genera un homicidio simple y otros homicidios agravados por móvil perseguido. Desde una perspectiva objetiva, sí podría señalarse un “daño extra”¹¹¹ tanto para la víctima como para otros observadores cuando el hecho tiene características externas que denotan el odio. Ciertamente, esa distinción no se puede explicar por el mayor grado de consciencia del autor de afectar el bien jurídico vida porque, en todo caso, la decisión de afectación es idéntica. Sin embargo, quizás un indicio sobre la diferencia entre uno y otro caso sea que la conmoción social que producen los dos tipos de homicidios no sea igual.

III.2. Contra la propuesta de Manrique

Analícese ahora la postura de Manrique. El punto central de su propuesta es que los motivos resultan un elemento intrínseco de la conducta, aunque su incidencia en el resultado sea distinta a la de los deseos. A modo de ejemplo, explica que algunos motivos pueden modificar la valoración de la conducta del agente. En efecto, no es lo mismo defenderse de una agresión bajo los presupuestos de la legítima defensa que intentar deshacerse de un enemigo.

Es indiscutible que la identificación del motivo permite entender ante qué supuesto jurídico nos hallamos. Sin embargo, el problema que clásicamente se ha planteado sobre este tema no es la incidencia de *cualquier* motivo que agrave la pena, sino precisamente de aquellos relacionados con razones emocionales porque su estructura se asemeja a los pensamientos.

Para ilustrar esta crítica, cabe traer a colación otras de las agravantes del art. 80, CP cuya redacción indica una relación de causa-consecuencia con la acción típica y su configuración como motivo. Esto sucede cuando la acción se emprende por precio o promesa remuneratoria (art. 80, inc. 3.º, CP); o para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito (art. 80, inc. 7.º, CP); y con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja (art. 80, inc. 12.º, CP).

El problema de la postura de Manrique sería que no toda agravante por motivos acarrea la controversia que se analiza en este trabajo. Así, los supuestos citados son casos que

¹¹⁰ Sancinetti, ob. cit., p. 351.

¹¹¹ En la discusión anglosajona quienes sostienen esta postura son, principalmente, Frederic Lawrence y también Steven Weisburd y Brian Levin. Para un estudio profundizado de la discusión, ver Hurd / Moore (2004), ob. cit., pp. 1085/1093. Concretamente, Lawrence parte de la premisa de que “... los delitos por odio difieren de aquellos comunes en lo que hace al daño resultante y al estado mental del ofensor. La naturaleza de la lesión sufrida por la víctima inmediata de un delito de odio excede el daño causado por un delito común. Además, los delitos de odio causan un daño palpable tanto al amplio espectro de los destinatarios directo como a la sociedad en su conjunto, mientras que los delitos comunes no generan un daño tan extendido” [Lawrence (1994), ob. cit., p. 323].

involucran elementos de la actitud interior mientras que en los otros hay una diferencia *objetivamente* apreciable. Hurd y Moore explican las categorías de los delitos de intención como un precedente útil para comprender los delitos de odio. Un delito de intención requiere que el sujeto activo realice una acción prohibida con determinado propósito posterior distinto al querido al realizar la conducta ilícita. Entonces, cada vez que la ley menciona la cláusula “con el propósito de” toma como un elemento del tipo el motivo o la causa por la que el autor actúa¹¹².

La diferencia principal entre ambos grupos de delitos viene dada por el estado mental específico exigido por los delitos de intención y los delitos de odio. Las intenciones específicas tienen como objeto futuros estados de las cosas que constituyen la razón de actuar (objetivo). En cambio, el odio es un estado emocional por el que el autor actúa, mientras el prejuicio constituye una disposición para emitir juicios de valor sobre otros y para actuar sobre una falsa creencia sobre ellos (subjetivo)¹¹³.

Además, la distinción que Manrique propone en la discusión normativa y conceptual de la incidencia de los motivos tampoco da una mayor claridad para buscar una respuesta al problema planteado. Por el contrario, nos deja en el mismo punto de partida. No se trata simplemente de un problema normativo, pues en los ejemplos que da para refutar la lógica misma de la discusión, son casos en los que los motivos *cuentan* precisamente porque la intención del autor encuentra un reflejo en la configuración fáctica del hecho. Así, habrá legítima defensa siempre que el sujeto activo se hubiera representado los presupuestos fácticos y actúe en consecuencia.

Luego, su cuestionamiento a por qué, por ejemplo, no se le da relevancia a otros motivos emocionales, como podría ser un sentimiento de piedad, tampoco parece una argumentación que resuelva el problema. En efecto, mientras que la agravante por odio directamente nos conduce a una pena absoluta como lo es la prisión perpetua, pretender postular que la piedad opere de forma equivalente y contraria implicaría que se legisle una regla que la contemple como una excusa absolutoria que directamente eliminaría la imposición de una pena o permitiría una condena por debajo del mínimo de la escala penal prevista. Por el contrario, si con ese ejemplo en realidad quiso señalar la falta de una causal para atenuar la pena, ya no estaríamos en la misma discusión o, más bien, no serviría para desentrañar el problema.

Entonces, la objeción que en términos generales podría plantearse a la postura de Manrique es que es difícil cuestionar la incidencia práctica de los motivos en el reproche de la responsabilidad penal. De hecho, el ejemplo que da sobre por qué un sentimiento de piedad podría incidir en la pena nos reencauza nuevamente en la senda de la discusión. Los motivos emocionales que en nada cambian la configuración fáctica del hecho podrían operar tanto como agravantes o atenuantes y funcionan como parámetros de sensibilidad al mensurar la pena entre el mínimo y el máximo de la escala legal. En ese sentido, la reconstrucción de la discusión que hace Manrique es poco caritativa con las posturas

¹¹² Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1121.

¹¹³ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1122.

usuales en la dogmática penal. Así, precisamente la existencia de determinados motivos explica el monto de la pena y funda la magnitud del reproche penal entre un mínimo y un máximo. El verdadero problema es cuando la agravante misma se convierte en la explicación de una pena por arriba del máximo legalmente previsto para el homicidio.

Otro punto objetable se refiere a las consideraciones formuladas por Hurd y Moore y que tienden a criticar el modelo tradicional de evaluación de los motivos o razones en la atribución de responsabilidad. En efecto, las objeciones que plantean en ese trabajo tienen como fin demostrar la inconsistencia de la evaluación de los motivos como agravantes en comparación con otras razones que podrían ser igualmente reprochables. Esta distinción es importante porque los autores no son indiferentes a la incidencia del odio en los delitos, sino que intentan buscar la forma para que su consideración como agravante no sea contradictoria con los principios generales y los criterios rectores en la mayoría de los sistemas penales.

Entonces, aun cuando Manrique afirma que las emociones y los estándares del carácter tienen un papel importante en la atribución de responsabilidad, ella no termina de responder las inconsistencias que Hurd y Moore señalan con respecto a la irrelevancia de otras emociones (egoísmo, avaricia, narcisismo, etc.) y la necesidad de igualar su valoración a la hora de imponer una pena.

Hurd y Moore advierten que, quienes se enrolen en esa postura, deberían aprender la lección que los delitos de odio enseñan, esto es, que la mayoría de los ofensores con motivaciones negativas están siendo penados por debajo de lo que deberían. Así, plantean que, si uno cree que la culpabilidad moral del autor estaría mejor mensurada por sus motivaciones de fondo más que por sus intenciones, conocimiento o grado de percepción consciente vinculada con el resultado de su conducta, entonces también deberíamos pensar que la ley penal debería ser radicalmente revisada para ser un mejor espejo de las condiciones de una culpabilidad moral verdadera¹¹⁴.

IV. Toma de postura: hacia una teoría objetiva de los delitos de odio

IV.1. Planteo de la propuesta

Como se deduce del desarrollo que antecede, la implicancia de considerar ilegítimas las agravantes por odio con base en la argumentación plausible de que por ser un motivo serían un elemento de la culpabilidad, genera una sensación de impunidad frente a situaciones que —como sostiene Sancinetti— no resultan valorativamente incoloras. La disonancia que ocasiona la discusión viene dada, a mi modo de ver, en el tratamiento indistinto de las agravantes previstas en el art. 80, inc. 4.º, CP que si no son correctamente diferenciadas podrían guiarnos de forma errada al origen del problema, lo que acarrearía —a su vez— no acertar en una propuesta de solución adecuada.

¹¹⁴ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1135.

El art. 80, inc. 4.º, CP regula en un mismo supuesto al que mata a otra persona, por un lado, por placer o codicia y, por el otro, por odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. Este señalamiento es importante porque no parecerían ser supuestos asimilables. Mientras que de la primera parte de la norma sí puede advertirse de forma evidente la alusión a motivos como una cuestión agravante, no sucedería lo mismo con la segunda parte pese a que preliminarmente podría confundirse por la utilización de la misma estructura sintáctica.

Según Peralta, al analizar este tipo de agravantes

“... es necesario tener en cuenta a qué clase de preguntas responden los motivos. Estos responden al interrogante de *por qué* obró el sujeto. Si se pregunta por qué se realizó cierta acción, la respuesta será: por odio racial o religioso, por placer, para satisfacer el deseo sexual. La respuesta puede ser por o para”¹¹⁵.

Sin embargo, para notar la distinción entre esos dos grandes grupos creo que deberían ser otras las preguntas a formular para llegar a una posible solución del problema: ¿qué busca realmente castigar la ley? o, mejor dicho, ¿qué protege? Estos interrogantes nos conducen a otra pregunta que nos acerca al **núcleo** de la incomodidad que provoca postular la ilegitimidad de la agravante: ¿la ley busca castigar el odio por el odio mismo? La respuesta surge rápidamente de la literalidad de la norma, que marca una dirección precisa de ese odio al señalar que debe ser racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

Esto último permite inferir que la intención del legislador fue la de dar cierta protección a determinados grupos. A partir de este elemento se puede reconstruir de forma explícita el punto de tensión que provoca la discusión. Una consideración netamente técnica, desprovista del sentido que se tuvo al sancionar la ley, nos conduciría a una conclusión que, aunque luzca racionalmente correcta en términos dogmáticos, se aprecia como inaceptable en el sentido más amplio de justicia.

Mientras que intentar una distinción de pena con base en motivos —como el placer o la codicia— sí podría resultar inconstitucional en la medida en que implicaría un aumento de pena sin reflejo objetivo en el ilícito y que evalúa directamente la calidad moral del móvil, no sucede lo mismo con los supuestos de odio clasificados por la ley. Lo trascendental es que, en el primer caso, el texto de la ley parecería seguir el sentido de la norma, pero en lo que atañe a los distintos supuestos de odio no parece haber sido exclusivamente esa la intención del legislador. De modo que, al menos en lo que respecta a los homicidios de odio, considero que estos no forman parte de la discusión de motivos, circunstancia que puede derivarse al indagar en el sentido de protección de la norma. A

¹¹⁵ Peralta (2012), ob. cit., p. 200.

la vez, entiendo que el problema surge de la técnica legislativa utilizada para plasmar tal sentido, que agrega una discusión innecesaria.

La agravante originalmente sólo contemplaba —además del placer y la codicia— el odio racial o religioso y se introdujo con la reforma de 1967 mediante la ley 17.567, que entró en vigor a partir del año siguiente¹¹⁶. La decisión de incluir estos tipos de odio fue, en palabras de Soler, una consecuencia de las convenciones sobre el genocidio y de lo ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial con el Holocausto¹¹⁷. Lamentablemente, al tratarse de una ley de facto no se cuenta con un debate parlamentario que permita conocer acabadamente cuáles fueron las razones —por fuera de las intuiciones básicas que se puedan tener— para incluir tales agravantes¹¹⁸.

Muchos años después, con la reforma legislativa del 2012, se agregó al articulado la agravante de odio por el género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. La discusión parlamentaria que propició esa última reforma abarcó un análisis de todas las formas de odio, incluso las que estaban primigeniamente previstas, y se tuvo en cuenta para su sanción tanto

“... la mayor antijuridicidad que supone una acción motivada en razones de odio o discriminatorias”¹¹⁹ como la necesidad de “... equiparar el disvalor que le damos a las distintas formas de discriminación, a fin de dotar de mayor homogeneidad a nuestra legislación. Si decimos que quien mata por odio racial o religioso comete un homicidio más grave, deberíamos decir lo mismo cuando alguien mata a otro por odio a la expresión de su identidad de género o su identidad sexual”¹²⁰.

En el debate que antecedió a la sanción de la actual redacción se trató como una de las cuestiones centrales que las acciones que se buscaban alcanzar eran aquellas que fueran emprendidas con motivos discriminatorios. Incluso se discutió la incidencia de la ley 23.592 (contra actos discriminatorios) que prevé un aumento en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad. Se planteó la necesidad de compatibilizar el texto de ambas normas y evitar una contradicción en su aplicación.

De cualquier modo, se advierte fácilmente que el debate tuvo en cuenta como variable de análisis la existencia de condiciones de desigualdad histórica en relación con ciertos

¹¹⁶ Puede accederse al boletín oficial en el consta la modificación del art. 80, CP: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7034675/19680112>.

¹¹⁷ Soler, ob. cit., t. III, p. 40.

¹¹⁸ El texto incorporado por la ley 17.567 fue tomado de la redacción del art. 111, inc. 4.º, del Proyecto de Código penal de 1960, elaborado por Soler. Para introducir tal agravante, se invocó “... *la Convención que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre genocidio, el 9 de diciembre de 1948, a la que la Argentina se adhirió por decreto-ley 6268/56, ratificado por el art. 1º de la ley 14.467*” [Levene, Ricardo (h), ob. cit., p. 201].

¹¹⁹ Fundamentos de la disidencia parcial de la diputada Natalia Gambaro y el diputado Gustavo Ferrari en: Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación. 5ª Reunión- 4ª Sesión ordinaria del 18 abril de 2012, p. 116.

¹²⁰ Observaciones formuladas por el diputado Gil Lavedra, en: Diario de Sesiones, ob. cit., p. 132.

grupos considerados minoritarios merced a la marginación social, cultural y estatal padecida a lo largo de los años. Otra cuestión que estuvo latente en la discusión fue que las consecuencias de esa discriminación perduraban hasta la actualidad, configurándose ese aspecto en uno de los fundamentos primordiales en cuanto a la necesidad de crear una agravante para ese tipo de conductas.

Sobre esto último, cabe traer a consideración lo mencionado por la diputada Gambaro sobre la introducción de las agravantes de odio por la orientación sexual y de género:

“... si bien el derecho penal no va a modificar la realidad, estamos mandando un mensaje: vamos a aplicar la máxima represión a quienes cometan delitos que expresen la discriminación e intolerancia más extrema, como es el caso de aquellos que no aceptan a seres humanos que elijan una orientación distinta a la propia, y que no solamente se conforman con quitar la vida sino que, además, expresan su intolerancia (...). Si bien no podemos modificar la realidad con el derecho penal, sí podemos dar un mensaje en el sentido de que los argentinos no estamos dispuestos a dejar sin sanción ejemplar a aquellos que, con su conducta, extreman la violencia y la intolerancia”¹²¹.

De lo reseñado se deduce con mayor claridad que negar la legitimidad de la agravante por odio del art. 80, inc. 4.º, CP acarrearía otro problema: dejar sin protección a grupos históricamente vulnerados. Se agrega, además, que una postura semejante va en sentido contrario a los paradigmas imperantes en materia de derechos humanos, derivados de la creación de instrumentos internacionales que exhortan a la comunidad jurídica a adecuar las legislaciones internas para propiciar políticas tendientes a la protección especial y específica de esos grupos.

La explicación sobre por qué las minorías raciales, religiosas o las identidades no binarias conforman grupos en condiciones de vulnerabilidad es una tarea que, si bien tiene una estrecha relación con el tema bajo análisis, excede el marco teórico de este trabajo. En efecto, no se encuentra discutido que tales grupos conforman minorías históricamente excluidas a nivel mundial, aspecto que puede tenerse como reconocido con la creación de convenciones y tratados internacionales específicos sobre discriminación¹²². El surgimiento de estos instrumentos no es más que el reflejo en el ámbito jurídico del avance en el terreno político-social en el reconocimiento de derechos.

De este modo, podría concluirse en que el problema ante el que nos hallamos se configura como un dilema:

¹²¹ Debate parlamentario, en: *Diario de Sesiones, ob. cit.*, p. 137.

¹²² De forma específica: Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979). De forma genérica: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (1969).

“... decimos de una manera más o menos vaga que una persona está en un dilema cuando debe elegir entre dos alternativas que son ambas malas o desagradables. A veces, suele decirse de manera más pintoresca que una persona está ‘atrapada en los cuernos de un dilema’”¹²³.

El razonamiento podría sintetizarse en que o bien la ley protege minorías, pero lesiona el principio de derecho penal de acto, o bien asegura el principio de derecho penal de acto y desprotege a grupos minoritarios.

Una forma de *escapar entre los cuernos* del dilema, cuya conclusión tácita sería la incapacidad de la ley de cubrir ambos aspectos, es correr el enfoque de análisis. En la medida en que la premisa disyuntiva propuesta no agota todas las posibilidades existentes, podríamos considerarla falsa. Esto, a su vez, permite sostener que un razonamiento como el esbozado no puede constituir base suficiente para aceptar una conclusión como la señalada.

Otra forma de pensarlo es partir de la base de que proteger minorías, pero asegurar el principio del derecho penal de acto no son cuestiones excluyentes: podría intentarse una interpretación del art. 80, inc. 4.º, CP que compatibilice ambos intereses sin invalidar constitucionalmente su contenido. Esta línea argumental, a su vez, nos exige analizar la pertinencia de la técnica legislativa en función de los intereses que la ley busca proteger.

Así, podría postularse que la mayor pena que reciben este tipo de delitos, con una graduación que varía del máximo de veinticinco años para el homicidio simple a prisión perpetua, reside en el carácter calificado del *sujeto pasivo*. Las razones para castigar más severamente conductas de este tipo encuentran correlato a las ya mencionadas cuestiones históricas: el homicidio de una persona inserta en una sociedad que la hace constantemente vulnerable en función de su pertenencia a un grupo reconocidamente como minoritario, excede una cuestión meramente interpersonal, para convertirse en un sistema que coloca a ese individuo en condición de vulnerabilidad.

Entonces, el mayor disvalor que *objetivamente* se aprecia es el hecho de que el sujeto activo elija como víctima, de entre toda la sociedad, a una persona que podríamos considerar sistémica y estructuralmente débil por su exposición a condiciones de vulnerabilidad. Trazar un paralelo con los fundamentos que enervan otras figuras podría resultar de utilidad para explicar una agravante para este tipo de casos. Así, uno de los requisitos principales para que se configure la alevosía es la indefensión de la víctima, que sufre un ataque inesperado. Por consiguiente, si esa situación es merecedora de una protección adicional que agrava la pena del homicidio, las mismas consideraciones podrían extenderse a la agravante del art. 80, inc. 4.º, CP bajo los parámetros explicados.

Para ilustrar el punto, vale traer a colación la siguiente explicación de Soler sobre la anterior redacción de la agravante del art. 163, inc. 1.º, CP del hurto:

¹²³ Copi, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 2008, p. 270.

“... el sentido de esta agravante, por consiguiente, es doble. Por una parte, toma en cuenta el carácter de las cosas hurtadas: animales, productos separados del suelo, instrumentos de trabajo, elementos de cerco. Pero ninguno de esos objetos recibe una protección basada en su naturaleza, sino en su *situación*. Ello responde a un procedimiento que se reproduce frecuentemente en la ley penal: cuando un bien jurídico reviste considerable importancia y, por las características de él, la protección privada es menos eficaz que en otros casos, la ley pone un cerco moral de protección elevando la pena contra los transgresores. Por eso es más grave estafar que hurtar; por eso es mayor la pena en los delitos contra la honestidad cuanto menor es la víctima. En igualdad de condiciones, el bien más expuesto es el más protegido, y a fortiori debe ello ocurrir, por razones sociológicas...”¹²⁴.

La cita anterior es de relevancia para este trabajo porque da sustento jurídico —a partir de un ejemplo análogo en nuestra ley— a la intuición de que sería correcto castigar más severamente los homicidios cometidos contra individuos pertenecientes a grupos minoritarios. Una interpretación posible, que concilie el fin de la norma con una construcción dogmática válida, podría ser el sostener que la mayor pena que reciben este tipo de acciones se justifica por la mayor exposición de los bienes jurídicos involucrados. El riesgo de sufrir un ataque contra la integridad física con un desenlace fatal por formar parte de una minoría racial, religiosa o del colectivo LGTBI+ o ser mujer es mayor que respecto del resto de la población. En ese sentido, le asiste razón a Lawrence¹²⁵ en que los delitos de odio de esta clase generan un mayor daño, pero con una *addenda*. No se trata de un daño efectivo a intereses de estos grupos minoritarios, producidos por ejemplo por la mayor violencia de los hechos, la repetición de actos contra estas minorías, etcétera. Más bien, de lo que se trata es de un peligro potencial (abstracto) al que son sometidos estos grupos minoritarios a partir de los actos puntuales de homicidio.

Así, en el caso de un homicidio simple, los sujetos pasivos se encuentran en igualdad de condiciones —o al menos, sin diferencias jurídicamente relevantes—, mientras que quienes integran los sectores minoritarios señalados por la ley quiebran esa igualdad al agregárseles la carga discriminatoria que eleva el *riesgo* de una agresión física y los convierte en blancos de ataque. Entonces, lo cierto es que esos individuos revisten una doble condición: pueden ser agredidos como todos los demás, en su carácter de sujetos pasivos comunes, pero se suma que también podrían serlo en su condición de sujetos pasivos calificados.

Esta línea argumental nos aproxima a una posible solución, pues el problema parecería ser la desacertada redacción del art. 80, inc. 4.º, CP que luce insuficiente para capturar adecuadamente el sentido de protección de la norma que aquí se propone. Como se dijo, el criterio para sostener la agravación para estos casos podría fundarse en la necesidad de reforzar la tutela jurídica en aquellos supuestos en que el bien jurídico se encuentra más desprotegido de hecho. Esta mayor desprotección viene dada porque, quienes forman

¹²⁴ Soler, ob. cit., t. IV, p. 229-230.

¹²⁵ Lawrence (1994), ob. cit., pp. 354/362.

parte de estos grupos, revisten una cualidad que profundiza o agrava el riesgo de ser agredidos. A las razones por las que podría ser agredido cualquier ciudadano, debe agregarse la posibilidad adicional de ser atacados con base en la concepción discriminatoria consolidada de forma sistémica.

IV. 2. Posibles objeciones

Retómese lo que señalan Hurd y Moore sobre lo problemático que podría resultar utilizar como variable las motivaciones de odio¹²⁶. Para estos autores no tiene sentido hacer referencia a motivos reprochables —p. ej., el odio— como significado sustituto de la noción de *víctimas en condición de vulnerabilidad*. En todo caso, sería preferible que la ley directamente incrementase la pena al hacer expresa referencia a la vulnerabilidad del sujeto pasivo como elemento de la norma¹²⁷. La solución propuesta en función de la actual redacción resultaría, entonces, sobreinclusiva. De hecho, esta es otra crítica que hacen Hurd y Moore al señalamiento del odio como elemento en vez de la vulnerabilidad de la víctima¹²⁸. Esto podría ser un problema porque permitiría imputaciones descabelladas, como considerar que nos hallamos ante un homicidio agravado bajo la invocación de que se trataría de un caso de odio religioso si la víctima fuese asesinada por ser agnóstica.

Esta crítica puede resolverse rápidamente al advertir que el sentido pensado por los legisladores al sancionar la agravante no fue el de proteger a cualquier grupo, sino precisamente aquellos considerados en condición de vulnerabilidad o en desventaja. Al margen de lo expuesto, vale destacar que muchas otras agravantes resultan sobreinclusivas pero puede dilucidarse su contenido a través de las reglas de interpretación jurídica (p. ej.: art. 142, inc. 2.º, CP, que agrava el delito de privación ilegítima de la libertad si se lo cometiera “a quien se deba respeto particular”). En particular, en casos así se podría pensar en una reducción teleológica del tipo penal, de modo tal que solo se protejan aquellos grupos (raciales, religiosos, etcétera) que están en una situación de peligro especial.

No pierdo de vista que, a modo de crítica, también podría argüirse como contraejemplo aquellos supuestos en los que la víctima, en el caso concreto, *no* fuera indefensa pese a pertenecer a un grupo minoritario. No obstante, en términos dogmáticos, bastaría con que objetivamente se diera la circunstancia calificante para aplicar la norma, tal como sucede con otras agravantes que se basan en el ya mencionado principio rector de tutela reforzada (p. ej.: el robo en poblado y en banda, el hurto campestre, calamitoso, etc.)¹²⁹. En ese

¹²⁶ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1097.

¹²⁷ Hurd / Moore (2004), *idem*.

¹²⁸ Hurd / Moore (2004), *idem*.

¹²⁹ A propósito de la aplicación de la agravante con base en la configuración objetiva del elemento calificante, cabe traer a colación la explicación que da Soler sobre el hurto calamitoso: “[l]a ley agrava la pena tanto por un motivo objetivo como por razones subjetivas. Objetivamente, esas hipótesis constituyen todas ellas una situación excepcional en la cual, por causa de algún desastre o infortunio, el cuidado o la vigilancia ordinariamente guardados sufre un abandono o una considerable disminución, y en la medida en que disminuye la tutela privada debe reforzarse, como en otros casos, la tutela pública. Pero, además, el hecho cometido en tales circunstancias muestra, sin duda, una particular perversidad en el sujeto, pues

sentido, la agravante intenta proteger a un grupo indefenso de *riesgos* potenciales, independientemente de que ese riesgo se realice en el caso concreto. Como ya se señaló, no se trata de una agravante centrada en el mayor daño efectivo producido por una situación real de indefensión, sino en el riesgo abstracto que generan estos hechos para el grupo de víctimas potenciales que forman parte del segmento protegido.

La posición propuesta es asimilable a los argumentos desarrollados por Alon Harel y Gideon Parchomovsky en “*On Hate and Equality*”¹³⁰, cuyas consideraciones también fueron reseñadas por Hurd y Moore. En concreto, Harel y Parchomovsky sostienen la adopción de un “paradigma de protección justa” que requiere la utilización de las sanciones penales para neutralizar la vulnerabilidad de ciertos individuos de ser víctimas de delitos¹³¹. Según esta visión, la protección ante los delitos es un bien producido por el sistema de justicia penal, que —como muchos otros bienes producidos por el estado— debe ser distribuido de forma igualitaria. De acuerdo con esta idea, el “paradigma de protección justa” requiere que el estado tome en cuenta las disparidades de los individuos vinculadas con la vulnerabilidad de ser víctimas de delitos al determinar la legitimidad de recibir protección. Así, bajo este paradigma, las víctimas que son particularmente vulnerables de ser víctimas pueden tener un reclamo legítimo con base en la ecuanimidad de recibir una mayor protección contra los delitos. La legislación que regula los delitos de odio, bajo esta perspectiva, apunta a proteger a individuos que son particularmente vulnerables a ser víctimas porque prevalecen prejuicios en su contra¹³².

Para Harel y Parchomovsky existen dos caminos para incrementar la protección de grupos vulnerables. Primero, a través de sanciones más severas a las personas que cometen delitos contra miembros de grupos vulnerables. Segundo, mediante la utilización de más recursos para detectar y perseguir imputados que persiguen a este tipo de víctimas. Sin embargo, consideran que esta última estrategia resulta imposible de aplicar en la medida en que la vulnerabilidad vinculada al riesgo de sufrir un delito es atribuible a características inmutables, lo que traería aparejado el desperdicio de recursos policiales y estatales¹³³. En este contexto, los autores consideran que es más sencillo y eficiente utilizar sanciones diferenciadas en orden a reducir la disparidad de la vulnerabilidad de las víctimas.

Ahora bien, la principal crítica que Hurd y Moore dirigen a este enfoque se centra en la discusión clásica entre las teorías absolutas y relativas de la pena. Así, Hurd y Moore objetan que el sentido de la agravante se basa en criterios utilitaristas que podrían aceptar un castigo que excediera la medida de la culpabilidad por el hecho con el fin de satisfacer una necesidad de utilidad. En efecto, estaría permitido imponer una pena injusta en

supone que mientras los demás, humanamente conmovidos o espantados, dejan los bienes, el sujeto mantiene suficiente espíritu de cálculo para entregarse al pillaje con más facilidad...” (Soler, ob. cit, t. IV, p. 239).

¹³⁰ Harel / Parchomovsky, “On Hate and Equality”, en: *The Yale Law Journal*, vol. 109, n.º 3, dic. 1999, pp. 507-539.

¹³¹ Hurd / Moore, ob. cit., p. 1138.

¹³² Harel / Parchomovsky (1999), ob. cit., p. 509; También citado en Hurd / Moore, ob. cit., p. 1139.

¹³³ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1139; Harel/Gideon (1999), ob. cit., p. 510.

términos retributivos siempre que se cumpla efectivamente con la tarea de hacer desaparecer la distribución desigual de la vulnerabilidad¹³⁴.

La siguiente objeción que plantean Hurd y Moore se refiere a la supuesta incoherencia de otorgarle un efecto agravatorio al riesgo y citan, para graficar su punto, una famosa frase en el ámbito anglosajón: “palos y piedras pueden romper tus huesos, pero los riesgos (por sí mismos) nunca pueden herirte”¹³⁵.

Para responder a la primera crítica, se torna necesario señalar que la causa de la distribución dispar de riesgos o vulnerabilidades encuentra fundamento en la desigualdad sistémica y estructural a la que están sometidos los grupos minoritarios. Tampoco puede obviarse que, esta desigualdad sistémica, en algún momento fue expresamente sostenida por el estado mediante leyes abiertamente arbitrarias o prejuiciosas. A pesar de la desaparición de esta legislación, de igual modo persisten situaciones de subordinación basadas en inequidad estructural y prácticas sociales de exclusión. En efecto, aun cuando las causas de esa subordinación (p. ej., la esclavitud, la segregación) han sido erradicadas, como sociedad seguimos expuestos a las consecuencias de ese trato subordinado.

Bajo estos lineamientos, el sentido de la agravante podría fundarse en las obligaciones positivas que debe tomar el estado para garantizar el trato igualitario de la ley de todos sus ciudadanos y en acciones positivas tendientes a dismantelar todo aquello que coloca a grupos subordinados en situación de desventaja. En sintonía con esto último, se ha dicho que

“... la noción de igualdad entendida como no sometimiento impacta sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en las Constituciones y los tratados internacionales, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad estructural (...). Esta visión de la igualdad también operaría como guía para el diseño de políticas públicas que, por un lado, no deberían contribuir a perpetuar la situación de subordinación de grupos y, por el otro, deberían tender a dismantelar las estructuras sociales que producen esa subordinación. Por último, la igualdad como no sometimiento obliga a reformular el rol de los tribunales y sus posibles respuestas cuando, en ejercicio de su facultad de proteger la igualdad ante la ley como derecho constitucional, afrontan demandas de personas pertenecientes a grupos sojuzgados que esperan del Estado una postura enérgica contra esos atropellos”¹³⁶.

No se trata, en definitiva, de maximizar la utilidad o algo similar, sino de cumplir con esos deberes intersubjetivos. Los ciudadanos, como parte del Estado en una comunidad jurídica, tienen como mínimo un deber de colaborar con el cumplimiento de esa obligación positiva. Al formar parte de un sistema de aseguramiento de la libertad por

¹³⁴ Hurd / Moore (2004), ob. cit., pp. 1140-1141.

¹³⁵ Hurd / Moore (2004), ob. cit., p. 1144.

¹³⁶ Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, p. 81.

medio de, entre otras cosas, el derecho penal, deben aceptar no solo los beneficios, sino también las desventajas de ese sistema por razones de *fairness*. Sobre este punto, Pawlik sostiene que

“... la corresponsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertades [*Freiheitlichkeit*] concierne a todos y cada uno de los ciudadanos. El reconocimiento de esta corresponsabilidad es, al fin y al cabo, un mandato de *fairness*. «A quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho se le exige que también contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades»¹³⁷.

Así, si el autor se beneficia de no sufrir las desventajas de formar parte de un grupo desprotegido, tiene que asumir también parte de las pérdidas de quienes, por razones más o menos fortuitas, sí forman parte de ese grupo. Esa asunción parcial de las desventajas se traduce en la imposición de un deber de colaborar con el cumplimiento de la obligación positiva del Estado frente a los grupos desaventajados. Esta clase de agravantes, entonces, se centran en la mayor culpabilidad derivada del incumplimiento de este deber positivo.

Una obligación de este caso, como se ve, no tiene un fundamento utilitarista, sino que encuentra su base en razones de equidad independientes de la maximización del bienestar. Así, incluso si la creación de reglas jurídicas sobre homicidios de miembros de grupos protegidos generase menos bienestar que su no creación (por ejemplo, porque la creación generaría un enorme malestar en la sociedad, lo que incluiría disturbios, atentados, etcétera), de todos modos, estarían justificadas.

Por lo demás, la crítica sobre la imposibilidad de fundamentar pena con base en riesgos puede ser respondida a través de “... la explicación actual del contenido del ilícito, incluso desde el punto de vista ‘objetivista’, se explica hoy, por vía de la teoría de la imputación objetiva, más como la *creación o elevación del riesgo*, que, como la producción de un resultado, al menos, ésta parece ser una opinión muy extendida para las normas imperativas (delitos de omisión)”¹³⁸. Si no se tuviesen en cuenta los riesgos, entonces los delitos de omisión no estarían justificados. Algo así es absolutamente implausible. En todo caso, se puede conceder, como hace el propio Moore, que las omisiones no causan daños¹³⁹. No obstante, ese autor busca el fundamento de su punición en *otras* consideraciones, en especial en la incorrección moral de comportamientos que demuestran una relación de dependencia contrafáctica con un determinado resultado dañino¹⁴⁰. Si esto es así en el caso de las omisiones, entonces algo similar puede ser aplicado aquí. Los homicidios por odio no *causarían* un daño mayor, pero sí exhibirían una relación de dependencia contrafáctica en un sentido débil, pero lo suficientemente fuerte como para fundamentar una agravante: si no se hubiese realizado el comportamiento, las víctimas del grupo desaventajado estarían razonablemente en una mejor situación.

¹³⁷ Pawlik, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 43.

¹³⁸ Sancinetti, ob. cit., p. 213.

¹³⁹ Moore, *Causation and Responsibility*, Oxford, University Press, 2009, p. 139 ss.

¹⁴⁰ Moore, ob. cit., pp. 429 ss.

V. Conclusión

El análisis de los delitos de odio no debe ser enmarcado o tratado de forma análoga al resto de las agravantes por motivos, pues pareciera que la intención del legislador fue la de disponer una tutela reforzada basada en la mayor indefensión de bienes jurídicos con respecto al delito básico. El problema de no distinguir el placer o la codicia del odio racial, religioso, de género u orientación sexual o su expresión traería aparejado no dar con una solución correcta. De este modo, la controversia se centra en la técnica legislativa utilizada, pues la redacción escogida luce insuficiente para capturar el sentido de la ley. En efecto, aunque el art. 80, inc. 4.º, CP podría considerarse basado en un criterio de tutela reforzada aceptado para otras figuras, la estructura sintáctica resulta equívoca y agrega una discusión innecesaria.

De *lege ferenda* debería procurarse una redacción que concilie el texto de la ley con el sentido buscado por los legisladores en el debate parlamentario del 2012. Quizás, la mejor técnica sea definir qué se considera un grupo en condición de vulnerabilidad para evitar que la norma, por el mero paso del tiempo, quede desactualizada y se torne infrainclusiva de nuevos supuestos de discriminación u odio que pudieran llegar a surgir por el dinamismo de la sociedad.

VI. Bibliografía

Álvarez, Javier Teodoro, “Emociones y respuesta penal: sobre los delitos de odio en la legislación argentina. Reflexiones a partir del art. 80 inc. 4 del CP” en: *Géneros e interseccionalidad. Un análisis crítico de la parte especial del derecho penal* (dir. Javier Teodoro Álvarez / Alexia Sofía Alonso), Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, pp. 75-112.

Bacigalupo, Enrique, “La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica”, en InDret, Barcelona, enero de 2019.

Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 2008.

Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación. 5ª Reunión- 4ª Sesión ordinaria del 18 abril de 2012.

Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

Frister, Helmut, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

Grünwald, Anette, “La reforma de los delitos de homicidio. Alegato a favor de una propuesta basada en atenuantes”, trad. Leandro Dias, en: *Homicidio y Legítima Defensa en la Obra de Anette Grünwald*, (coord. Marcelo Lerman / Lucila Tuñón Corti / Leandro Dias), Editores del Sur, Buenos Aires, 2022.

Harel, Alon / Parchomovsky, Gideon, “On Hate and Equality”, en: *The Yale Law Journal*, vol. 109, n.º 3, dic. 1999, pp. 507-539.

- Hilgendorf, Eric / Valerius, Brian, *Derecho penal. Parte Especial, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2022.
- Hurd, Heidi M. / Moore, Michael S., “Punishing Hatred and Prejudice”, *Stanford Law Review*, vol. 56, n.º 5, abr. 2004.
- Jakobs, Günter, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- , *La imputación objetiva en el Derecho penal, Ad Hoc*, Buenos Aires, 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- Kahan, Dan M., “Two Liberal Fallacies In The Hate Crimes Debate”, en *Law and Philosophy* 20, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 175-193.
- Lawrence, Frederick “The Punishment of Hate: Toward a normative Theory of Bias-Motivated Crimes”, 93 *MICH. L. REV.* 320, 1994.
- Levene (h), Ricardo, *El delito de homicidio*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970.
- Manrique, María Laura, “Delitos de odio y motivos emocionales”, en *Análisis Filosófico*, SADAF, vol. XXXIX, n.º 2, noviembre 2019.
- Moore, Michael S., *Causation and Responsibility*, Oxford, University Press, 2009.
- Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Lerner Editores SRL, Buenos Aires, 2008.
- , *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Lerner Ediciones, Córdoba, 1977.
- , *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Lerner Ediciones, Córdoba, 1977.
- Pawlik, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016.
- Peralta, José Milton, “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, en *InDret* 4/2013.
- , *Motivos reprochables. Una investigación acerca de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.
- Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.
- Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Silva Sánchez, Jesús-María, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret*, 2/2007.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. II, TEA, Buenos Aires, 1992.

—, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, TEA, Buenos Aires, 1992.

Wessels, Johannes y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Instituto Pacífico, Lima, 2018.

Zaffaroni, Eugenio R. y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

—, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1981.

Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.