

Delitos odiosos como delitos de odio

María Laura Manrique
Investigadora CONICET
Argentina

I. Introducción

En los estudios de derecho penal contemporáneo es usual encontrar debates acerca del papel que juegan las emociones al momento de atribuir responsabilidad¹. Sin duda alguna, los estudios sistemáticos más conocidos son aquellos que genéricamente refieren a la emoción violenta como forma de disminuir el reproche, pero también son numerosos los estudios que exploran las conexiones entre ciertas emociones particulares (e.g., el odio) y agravantes específicas.

Sin lugar a dudas, las conductas desencadenadas por el odio nos provocan un intenso y especial rechazo. Por ejemplo, en una conocida tragedia, uno de sus personajes centrales, Yago, movido por su envidia y odio hacia Otelo, elabora una compleja trama que resulta en el asesinato de Desdémona. En esa clásica obra de Shakespeare, Otelo es el autor de ese homicidio, pero la manipulación y el engaño de Yago provoca un repudio tan intenso como (o aún más fuerte que) el crimen de Otelo.

El odio, al igual que los celos, la envidia, la compasión, etc., es un *motivo emocional*, es decir, una emoción que mueve a la acción y, por esa razón, tiene un papel importante en la atribución de responsabilidad penal. Así, en las últimas décadas, el odio ha sido incorporado en numerosas legislaciones penales como una agravante específica de otros delitos², o en la cristalización de ciertos tipos delictivos específicos (i.e. los llamados 'delitos de odio'). Ahora bien, en esta recepción del odio como motivo emocional y la incorporación de los 'delitos de odio' se entrecruzan distintas discusiones que es necesario separar cuidadosamente. Por ejemplo, ¿qué peso hay que otorgar en un Estado Constitucional de Derecho a dos intuiciones en conflicto: la protección de la

¹ Entre muchos otros, véase...

² Por ejemplo, el artículo 80, inciso 4, del Código Penal argentino establece que se impondrá prisión perpetua a quien matare a otro por 'placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión'. Aunque también existen las agravantes genéricas que abarcan a cualquier tipo de delito (e.g., el artículo 22.4. del código penal español)

libertad de expresión y la necesidad de controlar las manifestaciones del odio?³ No es difícil advertir que, con frecuencia, la balanza se inclina hacia la ampliación de la esfera de la represión penal. Así, es usual encontrar en los Códigos Penales actuales figuras tales como ‘la incitación al odio’, o ‘manifestaciones de odio’, que en muchos casos no genera una lesión en particular, o que tienen una notable vaguedad en la redacción de sus figuras típicas. En definitiva, como dice Fuentes (2017, p. 2):

... para justificar el delito de odio se crea “el odio como delito”: actuar penalmente por los efectos sociales negativos del odio mediante tipos que se consuman materialmente con actos que son una manifestación del odio.

Más allá de la obvia importancia de estos problemas, en este trabajo me ocuparé de dos problemas que deben clarificarse a los efectos de lograr una adecuada comprensión del odio como motivo emocional. Este problema es la papel del odio como factor agravante de un delito y de su impacto en nuestra sensibilidad para evaluar determinadas conductas.

a) *Los delitos odiosos*

Parece claro que podemos identificar delitos que nos parecen *odiosos*, en el sentido de que son percibidos como especialmente desagradables, repugnantes o malvados. Estos delitos son similares, aunque no idénticos, a los llamados ‘*heinous crimes*’ de los sistemas anglosajones. Son considerados horribles por la comunidad independientemente del motivo por el cual fueron cometidos. En este caso, el problema es deslindar con claridad estos *delitos odiosos* de los delitos cometidos *por odio* ya que resulta tentador asumir que las justificaciones que tenemos para reprochar a este último tipo de crímenes también pueden servir justificar el castigo de los primeros.

b) *Los delitos (agravados) por odio*

Aunque es frecuente encontrar al odio como un motivo emocional que califica delitos específicos, normalmente, la discusión contemporánea se centra principalmente en si es legítimo en el ámbito de un Derecho penal liberal reprochar los motivos por los que se realiza determinada conducta. Para muchos autores⁴, el reproche a una conducta motivada por el odio que siente un

³ Al respecto, véase los trabajos incluidos en Miró Linares, 2017

⁴ Por ejemplo...

determinado agente es una manera de reprobar o reprimir al agente por su carácter (o por lo que él es) y no por lo que este hace.

Este segundo problema es previo conceptualmente respecto del primero ya que si aceptamos que el odio no puede agravar aquello que el agente efectivamente hace, entonces es también problemático sostener que la repulsión que nos provoca la conducta del agente es suficiente para atribuir una mayor (o alguna) responsabilidad penal. Por el contrario, en caso de que tuviésemos razones para reprochar de manera agravada los delitos cometidos *por* odio, todavía queda abierta las posibles conexiones estos crímenes y los delitos odiosos.

En este trabajo sostendré tres cosas. En primer lugar, que la distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor no es un obstáculo a atribuir responsabilidad en casos de delitos cometidos *por* odio. En segundo lugar, que a pesar de que fuese legítimo reprochar las conductas impulsadas por el odio, no está justificado por esa única razón reprochar aquellos crímenes que nos parecen especialmente odiosos. Finalmente, también mostraré la manera en que las emociones de desagrado y repugnancia presionan para identificar ciertas acciones *como si hubiesen sido cometidas* por un agente impulsado por el odio.

El trabajo se estructura de la siguiente manera: en la sección (II) señalaré mediante una discusión específica y acotada en qué sentido comprendemos lo que el agente *hace* (y no solo aquello que él es) cuando incorporamos los motivos emocionales a la explicación de la acción. En la sección III mostraré cuáles son los elementos sobresalientes de los crímenes que consideramos odiosos o repugnantes. Para ello reconstruiré brevemente las ideas de Martha Nussbaum (2004) acerca de esta emoción y, finalmente, en la sección IV, utilizaré una sentencia – de amplia repercusión en Argentina - como ejemplo de cómo aquello que nos parece odioso presiona para calificar a un cierto evento como un caso de odio.

II. El odio y los motivos emocionales

Un estudio sistemático del odio como motivo emocional queda fuera del alcance de este trabajo y solo analizaré el modo en que la incorporación del odio en un esquema explicativo permite dar cuenta de aquello que el agente

efectivamente realiza. Para ello utilizaré una estrategia oblicua, que consiste en criticar una peculiar justificación de la agravante del odio. En especial, me centraré en un excelente trabajo relativamente reciente del catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba (Argentina), José Milton Peralta (Peralta 2013)⁵. Su propuesta pretende justificar la incorporación de la agravante de odio como motivo emocional, pero, al mismo tiempo, admite que si esa justificación se limitase al hecho de que el odio es un motivo peculiar (i.e., algo que vuelve al crimen, precisamente, ‘más odioso’), entonces esa agravante sería una suerte de reproche por las ‘malas intenciones’ del autor. Por ello, Peralta defiende un enfoque que asocia el odio con el sometimiento de la víctima. En verdad, los ‘motivos’ son penalmente relevantes solo en una dimensión especial. Por ejemplo, cuando indican que el autor pretende someter a su víctima para que viva del modo que a él le parece adecuado. Precisamente, este rasgo, que no se encuentra en los homicidios comunes, justificaría el mayor reproche. Así, en palabras de José M. Peralta (2013: 4):

La manera en que las víctimas pueden evitar la agresión en estos casos es sometiéndose 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.

En otro trabajo he criticado la articulación de la tesis del sometimiento por parte de Peralta y ahora solo me concentraré en su análisis de los motivos emocionales como meros estados mentales que carecen de relevancia penal.

Peralta pretende mostrar que agravar los delitos cometidos por odio está justificado, pero su justificación no se encuentra en los motivos como estados mentales de los agentes sino que el motivo, bien mirado, indica que es el sometimiento aquello que el autor pretendía obtener de la víctima al momento de cometer su delito. En otras palabras, la tesis del sometimiento asume que reprochar por motivos no está justificado porque los motivos – por así decirlo - no ‘se reflejan en el mundo’. Ellos serían solo pensamientos, y por ello, vincularlos a la responsabilidad penal sería un modo de castigar meros estados mentales. En este sentido, es frecuente encontrar diferentes formulaciones de

⁵ Sobre esta idea véase, por ejemplo, Peralta, José M., ‘Homicidio por odio como delitos de sometimiento’, *InDret*, Barcelona, Octubre 2013, <http://www.indret.com/pdf/1005.pdf>

esta idea en la dogmática penal contemporánea, pero continuando con Peralta, él sostiene

Una de las características de un Derecho penal de acto es, justamente, que impide que los pensamientos o pensamientos puedan ser objeto de castigo estatal. La razón de esta restricción no radica en la calidad de esos pensamientos, que bien pueden parecerse más o menos elogiables censurables, sino en que no es competencia del Estado evaluar aspectos de la vida de las personas que no trasciendan en un daño para terceros.

En esta idea pueden distinguirse dos tesis. La primera es que los motivos no se reflejan en la acción y son meros pensamientos. Así, los motivos se asimilan más a las representaciones oníricas que a otro tipo de estados mentales que generan compromiso práctico. La segunda tesis afirma que un Estado liberal no puede castigar a las personas solo por sus pensamientos porque estos no generan daños a otros. Más allá de la dificultad de articular esta segunda tesis, en mi opinión, el problema central del argumento está en la exageración o deformación que implica sostener que los motivos no se reflejan en la acción.

Afirmar que los motivos emocionales son solo pensamientos es una mala comprensión del papel que poseen los motivos en el razonamiento práctico. Hacemos ciertas cosas porque creemos que tenemos razones para hacerlas. Por ejemplo, voy a visitar a mi abuela enferma no solo porque deseo ver a mi abuela sino porque acepto que se debe cuidar a los enfermos. Estos son los motivos que explican mi acción, es decir que determinan aquello que hice.

Por supuesto, en ocasiones tengo motivos para visitar a mi abuela y no lo hago (por ejemplo, porque me vence la pereza) y la intensidad del motivo no fue suficiente para determinar mi conducta. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal, las acciones relevantes son seleccionadas por los sistemas jurídicos y, por ello, se analizan los motivos siempre que ellos se materialicen en una cierta conducta relevante. Una 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 lo 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. Podemos debatir acerca de por qué el derecho ha otorgado relevancia a la ira (en la defensa de provocación o emoción violenta), al odio (en los homicidios calificados) y no, por ejemplo, a otros motivos emocionales como

la piedad. Sin embargo, esta es una discusión normativa acerca de por qué deberían contar ciertos motivos en lugar de otros y no debe confundirse esa cuestión con una discusión conceptual sobre la manera que impactan los motivos en la conducta del agente.

Peralta siguiendo a von Liszt, sostiene que todo motivo posee dos características: la fuerza y la calidad moral. Por tanto, ¿no podría, entonces, también concluirse que cuándo se evalúa la culpabilidad solo se puede tener en cuenta la fuerza impulsora del motivo, pero nunca su calidad moral? De otro modo, al tenerlos en cuenta, se abandonaría el principio de responsabilidad por los hechos y se abriría la puerta a castigar estados mentales.

Sin embargo, no parece intuitivo reconocer que un motivo posee dos características y, al mismo tiempo, limitar su relevancia a uno de ellos, o limitarse a señalar que uno de ellos es importante únicamente en la esfera moral, pero carece de relevancia para la responsabilidad penal. En parte, el atractivo del argumento criticado surge de la identificación de los estados mentales con cuestiones pasionales, fenomenológicas que nos suceden como sensaciones de dolor o placer, y no con una idea más amplia de estados mentales que abarcan objetos intensionales (i.e., dotados de sentido). Si se asume que los motivos se asemejan a las sensaciones se debe argumentar específicamente al respecto ya que del hecho de catalogarlos como estados mentales no se sigue que no puedan ser evaluados. Más bien, en general, ocurre lo contrario. Es decir, los deseos, las creencias, las emociones son estados mentales y son constantemente objeto de nuestras evaluaciones. Por ejemplo, reaccionamos con preocupación cuando se toma una decisión basada en creencias arbitrarias, o sentimos indignación ante los prejuicios raciales, etc. En síntesis, 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).

En síntesis, al reprochar por motivos como estados mentales no se evalúa la acción y después al pensamiento sino que no se puede entender qué es aquello que hace el agente sino analizamos los motivos que tenía (o creía tener) para hacer lo que hizo. El segmento de conducta que pretendemos describir puede ser más o menos amplio y lo que puede contar como motivo en un análisis más estrecho luego puede transformarse en una intención o compromiso

práctico. Todo depende del grado de especificidad con que pretendamos explicar la conducta. Así, si escucho el timbre y me levanto a abrir la puerta. Mi conducta puede explicarse porque deseo abrir la puerta. Pero si me preguntan en un modo más amplio por qué abrí la puerta podría decir que es porque deseaba dejar pasar a mi amigo, y así sucesivamente. Sin embargo, a pesar de que ciertos motivos cobren relevancia según la descripción de la acción que me interese realizar ello no quiere decir que solo dependen de cómo un evaluador externo describa la acción. Para poder explicar correctamente una conducta, primero hay que entender qué hizo el agente y para ello debemos identificar qué quería realizar el agente. Esto solo se hace descubriendo (verdaderamente) qué es aquello que quería realizar el agente.

III. Lo odioso de los delitos

Una vez que se despejan las dudas acerca del reproche agravado de los motivos emocionales estamos en condiciones de analizar el modo en que ellos se relacionan con los delitos odiosos. La caracterización de un crimen como odioso genera numerosos interrogantes. Por ejemplo, ¿por qué ciertos delitos nos desagradan o repugnan tanto como para calificarlos como odiosos? ¿Es admisible aumentar una sanción o disminuir garantías constitucionales por la repulsión que el hecho genera en la comunidad?⁶ Cualquier respuesta a estos interrogantes exige una caracterización básica de los rasgos paradigmáticos de los delitos odiosos, que es el propósito básico de esta sección.

En principio, puede identificarse un rasgo negativo y un rasgo positivo en la reconstrucción de los delitos odiosos. Así, por una parte, para determinar si un crimen fue odioso es irrelevante que el sujeto activo haya experimentado odio al cometer su conducta o haya decidido realizarla por el odio que le tenía a determinada (clase de) persona. En otras palabras, el delito puede ser identificado como odioso sin recurrir a las motivaciones del autor (DÍAZ LÓPEZ, 2013: 73).

⁶ En ciertas situaciones se considera que así como los delitos con odio implican un aumento de la pena, los delitos odiosos provocan la eliminación de ciertas garantías constitucionales al identificar a quien comete este delito odioso como un 'enemigo' de la sociedad. Sobre el derecho penal del enemigo, véase por ejemplo: Cancio Meliá Y Gómez Jara, 2006; Silva Sánchez, 2008: 73. Para una breve conexión de este discurso con los delitos odiosos, Díaz López, 2013: 68-77.

Parece importante señalar que aquellos delitos que son cometidos *por odio normalmente* nos parecen odiosos. Esta es una de las razones por las que consideramos que vale la pena identificar a los delitos por odio como una categoría especial dentro del resto de homicidios. Sin embargo, aunque 'lo odioso' sea la razón por la que decidimos sancionar de modo especial los delitos de odio, esto no significa que ambas cosas sean idénticas. Que un delito haya sido cometido por odio es una discusión acerca del caso individual, i.e., de los hechos de un caso que se produce en un determinado momento y en un cierto lugar.⁷ Por el contrario, la calificación de 'odiosos' a ciertos tipos de delitos depende de la valoración general que se haga acerca de cierta clase de casos. Conforme a esta caracterización, puede haber casos de delitos cometidos con odio que sean a su vez un crimen odioso como, por ejemplo, la muerte de los tres jóvenes afroamericanos en manos del Ku Kux Klan en 1964 en Mississippi. Pero, no debe olvidarse que los crímenes por odio y los crímenes odiosos pueden surgir de manera separada

Por otra parte, el rasgo positivo para identificar estos tipos de delito es el *asco, la repugnancia, la indignación, el odio o el desprecio* que la conducta del agente provoca en la comunidad. Ello significa que los delitos odiosos ofrecen una cierta *sensibilidad contextual*. Dado que las comunidades van modificando sus creencias y convicciones, lo que en un momento *t* nos parece odioso en otro momento diferente *t1* puede resultar indiferente y viceversa⁸.

El factor de repugnancia, indignación, etc., es lo que recoge Frederick Reamer (2005: 4) cuando señala que los *heinous crime* son «esa clase de delitos tan horrorosos que conmueve nuestra conciencia colectiva.». Por ejemplo, los hechos de violencia gratuita cometidas a personas especialmente vulnerables, tal como ocurrió en el caso de Andrea Yates al ahogar a sus cinco hijos - entre 6 meses y 7 años - en una tina de baño (REAMER, 2005: 1-3).

Sin duda, el paradigma de los delitos odiosos recoge a los delitos cometidos con dolo. Pero, también podríamos asumir como odiosas

⁷ Por supuesto, esto supone un compromiso teórico con la identificación de los estados mentales. Véase: González Lagier, Daniel, Hechos y conceptos.

⁸ Aquí solo pretendo enunciar una tesis *descriptiva* sobre la diversidad de prácticas sociales en función de diferencias sociales, culturales, étnicas, etc. Por ejemplo, en general, en Europa la mutilación a niñas a través de la ablación del clítoris es considerado odioso, pero ello no impide que quienes adoptan un punto de vista interno a la práctica asuman en la misma un valor específico. Por supuesto, esto no implica que esa práctica y su correspondiente aspecto interno puedan ser genuinamente justificados.

(repugnantes u horribles) a situaciones imprudentes, pero suficientemente desaprensivas como para ocasionarnos un desagrado visceral. Por ejemplo, el hallazgo en Inglaterra de 39 cadáveres de migrantes dentro de un camión donde – a primera vista – podría conjeturarse que quien conducía el vehículo no tenía intención de producir ese resultado.⁹ Finalmente, este tipo de delitos se proyectan más allá de aquellos que producen un resultado mortal ya que también nos impactan como odiosos casos de abusos de menores, estafas masivas a adultos mayores, etc.

El debate sobre la repugnancia es amplio y complejo ya que no solo trasciende las fronteras de la filosofía práctica sino que también provoca constantes problemas metodológicos al entrecruzarse los planos explicativos y justificatorios. Por ello, aquí ofreceré solo un análisis parcial a la luz de algunas ideas bien conocidas que conectan a la repugnancia y el castigo penal y señalaré que esa emoción tiene que ser cuidadosamente ponderada a los efectos de evitar un castigo penal basado en prejuicios y estereotipos.

Lord Devlin (1959), en su influyente ensayo *The Enforcement of Morals* sostuvo que la moral de una cierta comunidad tiene que ser protegida por el derecho penal de esa sociedad y subrayó que la repugnancia que manifiestan los miembros de cierta comunidad es una razón para ilegalizar la conducta que la ocasiona. Esta emoción de la comunidad debe protegerse, bajo riesgo de disolución de los vínculos sociales, incluso cuando no se refieren a hechos dañinos.¹⁰ Sin duda, las replicas de H.L.A Hart (Hart...) ha marcado el debate contemporáneo sobre la legitimidad del reproche penal en casos que no resultan en un daño a terceros y la conexión entre la imposición de la moral y la cohesión social. Sin embargo, como respuesta al desafío de Devlin y paralelamente a los temas abordados por Hart, se consolidó una agenda de debate sobre la repugnancia, la imposición de la moral y el castigo penal. En este sentido, es un merito de Martha Nussbaum haber llamado la atención sobre el papel de la repugnancia y destacar que sin una clara comprensión de esta emoción, su naturaleza y límites, el planteo de Devlin carecería de una respuesta completa.

9 https://elpais.com/internacional/2019/10/23/actualidad/1571820020_804808.html

10 Nussbaum, Martha, *El ocultamiento de lo humano -Repugnancia, vergüenza y ley-*, Buenos Aires, Katz, 2004, p. 17.

Martha Nussbaum, siguiendo la definición dada por Paul Rozin, sostiene que la repugnancia posee un contenido cognitivo complejo centrado en la idea de *contaminante*¹¹. Así, ella es definida como (Nussbaum, 2004:107):

Repulsión a la perspectiva de la incorporación (oral) de un objeto ofensivo. Los objetos ofensivos son contaminantes; es decir, si toman contacto incluso brevemente con alimentos aceptables los vuelven inaceptables

Los objetos deben verse como contaminantes y no solamente como inapropiados. También deben diferenciarse de los objetos peligrosos o de aquellos que nos disgustan (*distaste*). Para esta autora, la repugnancia se refiere a la reacción frente a la incorporación (ingesta) de una sustancia contaminante. Los objetos contaminantes se vinculan a los animales y los productos derivados de ellos, bajo la idea de que si los incorporamos nos veremos reducidos a la condición animal. También son centrales para la repugnancia la descomposición y los desechos, e.g., los cadáveres y las heces (Nussbaum, 2004:108-109) ya que muestran una dimensión de mortalidad, típica de la naturaleza animal.¹²

Sin dudas, esta primera reconstrucción de la repugnancia no da cuenta directamente del modo en que esta noción puede ser utilizada en el debate sobre la moral y el derecho penal. Para superar esta limitación resulta tentador asumir una cierta conexión entre repugnancia y trasgresión. Así, esta conexión normativa entre la repulsión y quebrantamiento de códigos o reglas reforzaría nuestra convicción de la necesidad de castigar aquello que produce repugnancia. Sin embargo, como señala Nussbaum, esa asociación es posible solo porque la noción central de la repugnancia como contaminación física se hace extensiva a otros objetos a través del mecanismo de la 'contaminación psicológica'. Este tipo de contaminación se produce mediante varias reglas. Una de ellas es la *ley del contagio*: las cosas que han estado en contacto con la sustancia contaminante también se contaminan.

11 El contenido cognitivo es un rasgo común a las emociones, pero no entraré aquí en cuáles son las características de las emociones en general. Tampoco entraré en la discusión sobre cuál es la mejor manera de entender las emociones (teorías cognitivas, mecanísticas o mixtas). Al respecto, véase: González Lagier, Emociones, responsabilidad y derecho, Marcial Pons, Barcelona, 2009.

12 A lo largo del libro se dan numerosas razones y se describen investigaciones experimentales que la sostienen. No me detendré aquí en ellas.

Los objetos centrales o primarios de la repugnancia son recordatorios de la vulnerabilidad y de la mortalidad animal. Pero a través de la ley del contagio todo tipo de objetos se vuelven contaminantes potenciales. La extensión de la contaminación está mediada por el trazado de límites sociales, con el resultado de que lo repugnante es sólo lo que transgrede esos límites (Nussbaum, 2004:115)

La segunda regla por la que se amplía el uso de la repugnancia es la *ley de la similitud*. 'Si dos cosas son similares, se considera que la acción que se realiza sobre una (es decir, contaminándola) afecta a la otra' (Nussbaum, 2004:115).

La repugnancia... es, por lo tanto, un vehículo especialmente poderoso de enseñanza social. A través de la enseñanza relativa a la repugnancia y sus objetos, las sociedades transmiten de modo potente actitudes hacia la condición animal, la mortalidad y aspectos relacionados al género y sexualidad (Nussbaum, 2004:118)

La poderosa intuición subyacente es que contemplamos las cosas repugnantes como algo impropio de nuestra condición humana. Por ello, ante un crimen que nos parece abominable podemos reaccionar señalando que cierto individuo se ha comportado 'como un animal'. Por esta razón, aunque el núcleo primario de significación de 'repugnancia' parece alejado de la discusión sobre la moral y el derecho penal, las reglas de transformación (i.e., la ley del contagio y la ley de la similitud) permiten extender la aplicación de la palabra a situaciones en las que aquellas cosas repugnantes – como los crímenes odiosos – nos revelan una profunda fractura entre 'nosotros' y 'ellos', entre quienes mantenemos nuestra humanidad al evitar las trasgresiones contaminantes y aquellas conductas salvajes que se sitúan en un plano animal.

La repugnancia debe distinguirse de otras emociones como la ira o la indignación. No me detendré aquí en este punto. Basta con señalar que esas últimas emociones no se fundan en la idea de contaminación sino por el hecho de que se ha producido - o se percibe que se ha producido - un daño o un mal. Esta es una base para la regulación jurídica. En cambio, la repugnancia se basa en un pensamiento mágico y no en un peligro real. Ella es insensible a la información ya que gira en torno al deseo de ser algo que no somos, (i.e. seres inmortales desprovistos de animalidad).

Sin embargo, los límites entre repugnancia e indignación, en ocasiones, pueden ser borrosos ya que la repugnancia se reviste de cuestiones moralizantes. En ocasiones, los términos moralizantes parecen ocultar la repugnancia que el sujeto, supuestamente horrible, produce. (Nussbaum, 2004:120-130). De ese modo, la repugnancia se presenta bajo una terminología aceptable, destacando el daño que producen ciertas acciones, pero ocultando que el verdadero fundamento es una actitud de asco o repulsión.¹³

Hasta aquí, siguiendo el clásico trabajo de Nussbaum, he intentado (i) ofrecer caracterización de los crímenes odiosos a partir de su naturaleza repugnante y (ii) suministrar razones para evitar utilizar a la repugnancia como base del reproche penal. Finalmente, dado que más adelante analizaré un caso de amplia repercusión por su naturaleza odiosa, también son especialmente relevantes tres ideas que introduce Nussbaum acerca de la repugnancia, los jurados – aunque podemos extender sus palabras a los jueces - y los homicidios abominables (Nussbaum, 2004: 194-203). Estos son casos donde el jurado debe identificar si un determinado homicidio es ‘especialmente vil, horrible e inhumano’. La autora sostiene que a pesar de que no se mencione el término ‘repugnancia’, los jurados se preguntan sobre sus reacciones de repugnancia cuando deben considerar circunstancias agravantes.

1) En este escenario, un primer problema es que el lenguaje es muy vago y abstracto y que cualquier persona podría ver a un homicidio como un hecho ‘vil, horrible o inhumano’, dejando abierta un importante factor de arbitrariedad al momento de la aplicación del castigo penal.¹⁴ Y afirma:

Es la condición de sangriento lo que suele provocar repugnancia, pero muchos homicidios especialmente viles no involucran estos rasgos y varios que los presentan resultan viles solo en el sentido que cualquier homicidio lo es. (Nussbaum, 2004:195).

¹³ Por estas diferencias estructurales es que Nussbaum sostiene que aunque la ira y la indignación puedan ser reacciones equivocadas o sobre situaciones equivocadas si ello se corrige puede haber un acuerdo común y pueden ser esgrimidas públicamente como razones para dar fundamento a ciertas políticas. Sin embargo, esto no sucede con la repugnancia.

¹⁴ En algunos Estados de Estados Unidos esta calificación da lugar a la aplicación de la pena de muerte. No me detendré aquí en los problemas que identifica Nussbaum sobre este punto.

2) Otro problema es que las reacciones de repugnancia pueden verse magnificadas si el acusado no genera empatía al jurado o el juez (Nussbaum, 2004:195).

...las apelaciones a la monstruosidad y a la repugnancia del delito del criminal distancian al jurado del acusado, al pedirle que lo vea absolutamente como un 'otro'. Tales apelaciones pueden entrar en colusión con prejuicios previos de modo infortunado, alentando la demanda de un castigo extremo.

3) La repugnancia impulsa a dudar de la capacidad mental del individuo. Esta dificultad se vincula de manera directa con el contenido cognitivo de la repugnancia ya que coloca al objeto de la repugnancia a la distancia y traza un límite.

Le imputa al objeto ciertas propiedades que hacen que ya no sea miembro de la propia comunidad o mundo del sujeto, sino una especie de cosa extraña. (Nussbaum, 2004:196).

Y continúa,

A menudo nos decimos que los que perpetran horribles males son monstruosos, que no se parecen a nosotros en ningún sentido. (Nussbaum, 2004:196).

En definitiva, mientras más odioso o repugnante nos parezca el hecho más difícil es identificar al imputado como un agente que merezca las sanciones identificadas para personas responsables.

Este breve análisis de la naturaleza de la repugnancia tenía por objeto ayudarnos a comprender las bases emocionales que determinan nuestra reacción frente a determinados hechos. Dado que en el derecho penal contemporáneo, el castigo tiene que ser una función de aquello que efectivamente hace el agente, ahora estamos en mejores condiciones para abordar el modo en que nuestras emociones exigen una transferencia desde aquello que nos parece odioso a aquello que se hace 'por odio'.

IV. La presión de lo odioso sobre el odio

En esta sección sostendré que para una correcta aplicación de la agravante por odio no basta que un delito sea odioso – i.e., la comunidad o los jueces reaccionen con repugnancia - sino que es preciso dar primacía a los estados mentales que determinaron la conducta del agente. Para ejemplificar este riesgo de deslizarnos desde los delitos odiosos a los delitos por odio utilizaré un caso importante en Argentina, el llamado ‘Caso Sacayán’. Este caso es trascendente, entre otras cosas, porque reunió un amplio conjunto de características que generaron una enorme repercusión.¹⁵ Por ejemplo, Diana Sacayán, era una reconocida militante del colectivo LGTBI y su muerte fue rápidamente asociada a esa trayectoria personal de la víctima. Desde un punto de vista jurídico, el caso es notable porque en la sentencia condenatoria – considerada por muchos agentes sociales como trascendente o histórica - se aplica por primera vez en Argentina la agravante de odio a la identidad género, acuñándose para estas circunstancias específicas, el término ‘travesticidio’.

Los hechos relevantes son los siguientes. Diana Sacayán fue asesinada en su domicilio el 11 de octubre de 2015. Su cuerpo fue hallado amordazado y atado de pies y manos. En el lugar de los hechos se encontró una tijera, un martillo y un cuchillo ensangrentado, con hoja de 20 cm, que había sido utilizado en el homicidio. La víctima presentaba heridas punzo cortantes. Luego de casi tres años de proceso, el 18 de junio de 2018, Gabriel David Marino fue hallado responsable de la muerte de Sacayán y condenado por el delito de homicidio doblemente agravado por el odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género.¹⁶

En la reconstrucción del caso, en el voto mayoritario (formado por el pronunciamiento de los magistrados Calvete y Baez) se encuentra no sólo una presentación de ‘datos brutos’ sino que se realizan algunas afirmaciones que van más allá de la mera descripción de la información sobre la cual se juzgará el

15 La repercusión mediática (prensa y redes sociales) puede apreciarse fácilmente en internet. Por ejemplo, la expresión ‘Diana Sacayán’ está asociada en Google a más de 30.000 resultados, la mayoría de los cuales fueron publicados entre el momento de su homicidio y los meses posteriores a la condena de Marino.

16 La sentencia del Tribunal Oral 4 de la Ciudad de Buenos Aires fue firmada por Adolfo Calvete como presidente del Tribunal y los vocales Julio Báez e Ivana Bloch. Sin embargo, la magistrada Bloch disiente del encuadre jurídico ofrecido por sus colegas, negando que, en este caso, hubiese bases suficientes para aplicar la agravante de odio a la identidad de género. La sentencia es extensa y se debaten un gran número de cuestiones que no trataré aquí.

caso. Algunas de esas afirmaciones eran, por ejemplo, que la víctima¹⁷ «Presentaba certeros signos de haber sido víctima de un hecho cometido con un alto grado de violencia, lo que fue ratificado, luego, con el informe de autopsia...», o que las lesiones infringidas a Diana Sacayán fueron de «extrema brutalidad, insensibilidad y, por su pluralidad y especificidad, dirigidas a marcar el rasgo específico típico del odio...» (STO N°4, 2018: 175)

A pesar de la contundencia de estas afirmaciones no hay en la descripción de los hechos un criterio que permita determinar el 'alto grado' de violencia y tampoco se encuentra en los fundamentos de sus votos nada que explique las razones del homicidio (i.e., el odio). Así, por ejemplo, el tribunal no se preocupa en mostrar por qué las lesiones que presentaba Sacayán son muestra de una violencia cualitativamente diferente a otros hechos cometidos con la misma arma (cuchillo). De igual modo, no queda claro a qué se refiere el tribunal cuando afirma, en p.3, que «las circunstancias del contexto y modo de comisión del hecho permitieron suponer...» que el homicidio estuvo determinado por la condición mujer trans de la víctima.

Para el magistrado Calvete, la manifestación más evidente del odio a una persona travesti es mediante las lesiones que se provocan en la víctima. A su vez, para el magistrado Baez, que se haya matado a Sacayán en su hogar y el lugar de la casa donde estas fueron realizadas (i.e., el dormitorio) no solo muestra que hubo odio en la conducta de Marino, sino que también prueba que él quería matar a Diana por pertenecer y militar en el colectivo travesti. A continuación, señalaré brevemente algunos problemas de estas ideas de ambos magistrados.

Para el juez Calvete, el odio de Marino se muestra en el método elegido para causar la muerte, ya sean los golpes como así también el arma blanca para ocasionarle el deceso. Se resalta el hecho de que Diana recibió trece puñaladas en distintas partes del cuerpo y con diferente profundidad, de las cuales dos de ellas fueron mortales. También se destacan los diferentes golpes recibidos en los brazos, en el rostro y en otras partes del cuerpo junto a cierta asfixia generada

17 Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro 4 de la Capital Federal (Argentina). Sentencia dictada 18/06/2018. Fecha de los fundamentos 06/07/2018. Causa número: 62.162/2015. En adelante: STO N°4, 2018: 3. Para ver la sentencia completa, véase: <https://fislem.org/wp-content/uploads/2019/04/Fallos-Sacayan.pdf>

por las ataduras tipo mordaza. Para este magistrado, esos rasgos específicos son la muestra de que el homicidio fue cometido con odio hacia la identidad de género (travesti). Pero no hay un análisis que pretenda mostrar el estado mental de Marino al momento de cometer el homicidio. Como muestra de esta despreocupación, por ejemplo, los fundamentos de la sentencia solo se refieren a las pericias psicológicas destinadas a probar que el sujeto comprendía la criminalidad del acto y estaba en condiciones de someterse al juicio (STO N°4,2018: 191-192).

Por supuesto, como una cuestión de hecho, también podría haberse establecido que Marino en general odiaba a cierta clase de personas (por ejemplo, travestis), pero ello todavía sería insuficiente para justificar que Marino mató a Diana Sacayán *por el odio* que poseía a esa clase de personas. Es decir, para que el tribunal pueda aplicar correctamente la norma del 80 inc. 4 del código penal argentino debería mostrar que Marino mató a Sacayán *por el odio* que sentía y que la razón de este odio estaba ocasionada por la identidad de género de Sacayán. En la sentencia se echa en falta un análisis más pormenorizado sobre las razones para fundamentar ambas tesis.¹⁸ El hecho de que, al menos en los fundamentos de la sentencia, no surja un claro interés por el estado psicológico de Marino, o por mostrar que él ya había realizado otras conductas explicadas por el odio, da una pauta de que Calvete no consideró como relevante el efectivo estado mental del sujeto al momento de actuar. En resumen, aunque está claro que Marino mató a Sacayán, el argumento del tribunal es insuficiente para mostrar que lo hizo *por odio* a la identidad de género.

Conforme al argumento de Báez, el odio de género se muestra no solo en que el homicidio fue cometido en el hogar de la víctima, sino que le añade valor negativo que el hecho se haya producido, al menos en parte, en la habitación de la víctima. Existen dos problemas vinculados entre sí y relacionados con las máximas de experiencia que Baez parece haber incorporado en su argumento y que tienen por función conectar el hecho de la muerte y el motivo por odio (TUZET, 2013: cap XVI). En primer lugar, no existe una explicitación de las máximas de

18 También podría suceder que Marino odiase a Diana Sacayán por alguna razón diferente a su identidad de género y que la matase por ello. Esto sería irrelevante para agravar su conducta. Nuestro código penal limita las razones por las cuales el odio es considerado una agravante. Así, por ejemplo, el odio entre Montescos y Capuletos en la tragedia de Shakespeare sería irrelevante para agravar la conducta. Para una discusión de por qué el Estado elige ciertos motivos véase: DIAZ LOPEZ, 2013; KAHAN, 2001.

la experiencia tenidas en cuenta.¹⁹ Esta carencia hace más difícil el control de su razonamiento. Dado que esas máximas pueden fundarse en leyes científicas, leyes probabilísticas, meras generalizaciones o prejuicios de diferente clase, sin una explicitación de ellas no podemos estar seguros de a qué ámbito pertenecen las utilizadas por el magistrado e identificar el mejor modo de controlarlas o corregirlas.

En segundo lugar, si asumimos que la máxima de la experiencia es algo así como ‘aquellos homicidios que se cometen en el hogar de la víctima, y en particular en su habitación suelen reflejan un odio a la identidad de género’ no parece haber razones epistémicas que fundamenten la máxima. Más bien, si se incorpora ese dato como relevante, podrían elaborarse una serie de conjeturas alternativas plausibles (e.g., que había una relación mínima de confianza entre víctima y victimario), pero nada de ello fue evaluado y descartado en el debate. Por otro lado, si tomamos en consideración los rasgos facilitados por el informe de la CIDH sobre violencia contra las personas LGTBI puede fundarse una máxima opuesta que afirma que ciertos homicidios de odio suelen producirse en descampados y contra personas que el victimario no conocía.

Finalmente, el voto mayoritario parece asumir que Marino sentía repugnancia por la identidad travesti de Sacayán y que, por esa razón, despliega su odio de manera brutal. De esta manera, la repugnancia que el tribunal siente por el hecho— que algunos medios calificaron como una ‘exhibición de atrocidad’²⁰ - se ‘proyecta’ y se convierte en la base para señalar que Marino actuó por su odio a una identidad que le resultaba repulsiva.

Así, el magistrado Baez afirma que está convencido de que el odio a la identidad de género se puede encontrar en «su abominación sobre el cuerpo transexual de Sacayán». Como prueba de su tesis ofrece un excursus sobre el cuerpo como entidad social, cultural y política, afirmaciones sobre el modo en que la sociedad patriarcal influye e incorpora sus normas, estereotipos y expectativas a través de los cuerpos de hombres y mujeres, etc. En este panorama, la cosificación del cuerpo femenino y transexual forman parte de las

19 Las máximas de la experiencia planteas problemas o discusiones centrales por sí mismas. No me detendré aquí en este punto. Para ello véase: TUZET, 2013.

20 Infobae lo identificó como una ‘exhibición de atrocidad’. <https://www.infobae.com/sociedad/2016/11/09/diana-sacayan-los-aberrantes-dichos-de-su-novio-que-ira-a-juicio-por-asesinarla/>

relaciones de dominio que propone el patriarcado (STO N°4, 2018:200-204).²¹ Para el magistrado, Marino formaba parte de este entorno ‘cosificador’ porque se abastecía de manera cordial con quienes le suministran dinero, pero reaccionaba con odio ante la negativa a otorgarle ese suministro y este odio se potencia por la pertenencia de Diana Sacayán al colectivo donde militaba (STO N°4, 2018:203). Báez afirma que Marino, de alguna manera, cosifica a las personas porque se relaciona con ella con el interés de beneficiarse económicamente²². El juez concluye sus argumentos afirmando que:

La inmediatez permitió demostrar –en función de la prueba relevada por el colega- que Marino efectivizó un ataque compartido contra una mujer que –aunque reconocida y líder de una agrupación- se afiliaba en un segmento de la población de vida precaria y subyugada, donde el compromiso institucional de cuidado se ha vuelto laxo, desatendido y con una exposición a la muerte o a la desaparición prematura que puede asemejarse a una suerte de racismo sistemático o abandono calculado (Butler...). (STO N°4, 2018:204)²³

Tal vez, algunas de estas asunciones pueden explicarse (aunque no justificarse)²⁴ por el objetivo de proteger a un colectivo que ha sido históricamente y, sigue siendo, muy vulnerable. Es un hecho que las personas trans/travestis cuando mueren asesinadas mueren más jóvenes que el resto de personas y también son asesinadas brutalmente más a menudo que el resto.²⁵

21 De nuevo, creo que las afirmaciones de este vocal incluso cuando son verdaderas ellas son irrelevantes para el cuerpo de una sentencia.

22 Esto parece verosímil, según surge de los testimonios incorporados en la causa. Sin embargo, ello muestra que Marino instrumentalizaba a las personas en general, y no solo a aquellas que pertenecen a un colectivo determinado; tampoco muestra que odiase ni a las personas en general ni a un colectivo en particular.

23 STO N° 4, 18/06/2018, p. 204. El voto del magistrado en lo que respecta al fundamento del agravante por odio de género continua algunas páginas más. Sin embargo, no creo que el contenido de las páginas siguientes añada algún dato positivo para justificar la sentencia. Así, por ejemplo, no es relevante las acciones de eugenesia que realizaban los nazis, o si el magistrado escribió un artículo afirmando la igualdad de los derechos y tolerancia (sic) que debemos predicar hacia el colectivo trans, o si hay un derecho procesal de dos velocidades, o la utilidad del lenguaje natural.

24 Para la diferencia entre explicación y justificación, véase: HEMPEL, 1996: 332 y ss.

25 Existe una idea generalizada de que las mujeres trans/travestis tienen un promedio de vida de 35 años. Sin embargo, ello es equivocado. La confusión surgió del informe de la CIDH en la que se analiza los casos de 594 homicidios cometidos contra algún miembro (o se percibió como miembro) del LGBTI en donde 282 de los homicidios eran sobre personas trans/travestis y el 80 % de ellas tenía menos de 35 años al momento de morir. Ello muestra que las mujeres trans/travestis, cuando son asesinadas en general tienen menos de 35 años pero no que el promedio de vida general sea de 35 años. Véase el informe de la CIDH párrafo 16. Al resaltar este malentendido no quiero negar de ninguna manera que el colectivo LGBTI, y en particular las personas trans/travestis, sean especialmente vulnerables. Para el desarrollo de esta idea, véase:

<https://magnet.xataka.com/preguntas-no-tan-frecuentes/personas-trans-no-tienen-esperanza-vida-inferior-a-35-anos-digan-medios>.

Estas serían dos máximas de la experiencia basadas en estereotipos descriptivos asumidos por el magistrado. Por supuesto, no niego en absoluto que esta sea un estereotipo con base cognitiva, sino que pretendo enfatizar que esa información no sustituye una tarea fundamental para la justificación de una decisión: el juez tiene que mostrar que esa generalización también es verdadera para el caso individual de la muerte de Diana Sacayán.²⁶ Sin embargo, el argumento parece asumir que la generalización encierra una verdad innegable. Por ello, se argumenta del siguiente modo: Las personas trans/travestis mueren jóvenes. Cuando son asesinadas (que es una importante razón por la cual mueren jóvenes), ello es por cuestiones de odio. Dado que Sacayán era una persona travesti, entonces murió asesinada por cuestiones de odio.

El problema central del voto mayoritario es que no se plantean siquiera la posibilidad de que la repugnancia y el odio sean estados mentales específicos que deben ser probado en el caso particular, i.e. que era preciso mostrar que Marino odiaba a Diana Sacayán por el género al que pertenecía. Ahora bien, teniendo en mente la categoría de delito odioso es que pueden entenderse algunas de las afirmaciones del magistrado Báez. Por ejemplo: «Estoy persuadido que el odio a la identidad de género denotado por el encartado podemos hallarlo en su *abominación* sobre el cuerpo transexual de Sacayan» (STO N°4, 2018: 200). Por supuesto, el fin del argumento del magistrado es mostrar que Marino odiaba a Diana pero tanto esfuerzo en adjetivar durante todo su voto y el desentendimiento de los aspectos mentales del imputado podría explicarse por el desagrado que le genera el imputado y el hecho cometido por él. De todas maneras, aunque podría ponerse en duda si incluso si el hecho de Marino fue un delito odioso es importante destacar que nuestro código penal (i.e., el argentino) no castiga de mayor manera el homicidio por el impacto o la conmoción que este generó en la comunidad.²⁷

La discusión sobre prueba estadística es inmensa y no pretendo reconstruirla aquí más allá de este comentario intuitivo. Para ello, véase: Cohen 1977, Shafer 1988, Tillers & Green 1988, Cohen 1989.

²⁶ Para la distinción y su diferente dirección de ajuste de estereotipos descriptivos y normativos, véase, ARENA, 2016: 51-75; ARENA, 2019: 11-44 o ARENA, 2018: 5.

²⁷ En Brasil, por ejemplo, existe una enumeración de ciertos delitos como 'crímenes hediondos' por ejemplo la explotación sexual infantil. Ser calificado como tal genera sanciones más graves y la limitación de ciertas condiciones en la ejecución de la pena (fianza, libertad condicional, ser amnistiado, etc.).

V. Conclusiones: ¿Por qué distinguir el odio de lo odioso?

A lo largo de este trabajo he intentado mostrar que el odio, al igual que otras emociones, juega un papel importante en el modo en que actuamos y que, con frecuencia, no podemos conocer qué hace un agente sin dar cuenta de sus motivaciones emocionales. Por esta razón, el reproche agravado en los términos establecido en un delito *por odio* (racial, religioso, etc.) ofrece un punto de partida tentador para fundar un reproche agravado frente a delitos odiosos. La repugnancia que nos genera esos crímenes – especialmente cuando se trata de homicidios - puede presionar para atribuir a los autores las responsabilidades más graves. Dado que la magnitud del crimen se percibe de manera distinta también esperamos que el castigo sea cualitativamente diferente. Sin embargo, como nuestro sistema penal no recoge a la repugnancia o conmoción social como factor agravante es tentador – como ocurre en el Caso Sacayán – tratar de encuadrar al crimen repugnante como un delito en el que el autor fue motivado por el odio.

Este argumento nos enfrenta a una última pregunta: ¿sería admisible, entonces, utilizar directamente a la repugnancia como un criterio para agravar la responsabilidad penal? Creo que la respuesta de Nussbaum es ejemplar (Nussbaum, 2004:146):

He sostenido que la repugnancia es una mala guía por varios motivos: porque no orienta bien respecto del peligro genuino; porque está atada a formas irracionales de pensamiento mágico y, sobre todo, por ser altamente maleable en términos sociales y muy a menudo utilizada para atacar a individuos y grupos vulnerables.

En resumen, la conexión entre repugnancia y el reproche de crímenes odiosos merece una cuidadosa atención porque, en ocasiones, la división entre ‘lo normal’ y ‘lo repugnante’, entre aquello que ‘nosotros’ hacemos y los que ‘solo un animal puede realizar’ podría estar teñido por prejuicios y puntos de vistas irracionales.

Creo que esta idea también podría utilizarse en el caso más reciente de los rugbiers en Villa Gesell. La indignación que generó en la comunidad el hecho de que 10 jóvenes jugadores de rugby, educados y adinerados mataran a golpes a la salida de una discoteca a un joven humilde y trabajador.

Independientemente de que la repugnancia que es central para identificar algo como odioso es una emoción que parece arbitraria, también hay razones para que el evaluador tome decisiones basadas en las razones y no en sus emociones.

La importancia de una decisión judicial basada en razones justificativas y no en las emociones del evaluador.

La dificultad central de quienes hacen colapsar el odio de lo odioso es que confunden la idea de castigo justo con el castigo popular. (Hurd y Moore, 2004: 1112)