

LA RECIENTE DISCUSIÓN ARGENTINA SOBRE LOS HOMICIDIOS POR ODIO: PANORAMA CRÍTICO Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Clara B. ROMBOLÁ*

Fecha de recepción: 18 de marzo de 2025

Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2025

Resumen

El trabajo aborda la discusión argentina reciente sobre la legitimidad de la agravante del homicidio por odio prevista en el art. 80, inc. 4.º, del Código Penal. Tras reconstruir el estado actual del debate —en particular las posiciones de Marcelo SANCINETTI, José Milton PERALTA y María Laura MANRIQUE, así como la influyente obra de Heidi HURD y Michael MOORE—, se examinan críticamente los intentos de fundamentar la mayor pena en la idea de sometimiento de la víctima y en la relevancia de los motivos emocionales. Se sostiene que ninguna de esas construcciones logra justificar adecuadamente la agravante sin tensionar el principio de derecho penal de acto. Como hipótesis alternativa, se propone que los homicidios por odio no integran la discusión por motivos, sino que responden a una técnica legislativa defectuosa: su fundamento reside en una tutela reforzada basada en la mayor indefensión de los bienes jurídicos de personas pertenecientes a grupos en condición de vulnerabilidad. Sobre esa base se ensaya una interpretación del art. 80, inc. 4.º, CP que concilia la protección de esos grupos con las exigencias del derecho penal liberal.

Palabras clave: Homicidio por odio – Agravantes – Motivos – Principio de derecho penal de acto – Grupos en condición de vulnerabilidad – Tutela reforzada

Title: *The recent Argentine debate on hate-motivated homicides: a critical overview and a proposed solution*

Abstract

This paper addresses the recent Argentine debate on the legitimacy of the aggravating circumstance for hate-motivated homicide laid down in Article 80(4) of the Criminal Code. After reconstructing the current state of the discussion —particularly the positions of Marcelo SANCINETTI, José Milton

* Magíster en Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella. Docente en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires.

PERALTA and María Laura MANRIQUE, as well as the influential work of Heidi HURD and Michael MOORE—, it critically examines the attempts to ground the increased penalty in the idea of the victim's subjugation and in the relevance of emotional motives. It argues that none of these constructions adequately justifies the aggravation without straining the act-based principle of criminal law. As an alternative hypothesis, it proposes that hate homicides do not belong to the debate on motives but rather stem from a defective legislative technique: their rationale lies in a reinforced protection grounded in the greater defencelessness of the legal interests of persons belonging to vulnerable groups. On that basis, an interpretation of Article 80(4) of the Criminal Code is offered that reconciles the protection of those groups with the requirements of liberal criminal law.

Keywords: Hate-motivated homicide – Aggravating circumstances – Motives – Act-based principle of criminal law – Vulnerable groups – Reinforced protection

Sumario: I. Introducción; II. Panorama de la discusión argentina reciente; III. Crítica a las posturas argentinas recientes; IV. Toma de postura: hacia una teoría objetiva de los delitos de odio; V. Conclusión; VI. Bibliografía

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

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*, Buenos Aires, Marcial Pons, 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.º, del CP”, en *Géneros e interseccionalidad. Un análisis crítico de la parte especial del derecho penal* (dir. Javier Teodoro ÁLVAREZ / Alexia Sofía ALONSO), Buenos Aires, Editores del Sur, 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. de Leandro Dias, en *Homicidio y Legítima Defensa en la Obra de Anette Grünwald*, (coord. Marcelo LERMAN / Lucila Tuñón Corti / Leandro Dias), Buenos Aires, Editores del Sur, 2022.

castiga este tipo de delitos en comparación con aquellos cuya configuración fáctica es idéntica, a excepción de la motivación del autor.

Para exponer de forma precisa este problema tomaré como punto de partida las observaciones formuladas 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*”².

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*”³. De todas maneras, no soslaya que “... la conmoción social que producen (conscientemente) los dos sucesos, no es la misma”⁴.

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 *crueidad* del hecho no sería valorativamente incolora”⁵.

Como contracara persiste la objeción 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.

SANCINETTI no responde al problema planteado, sino que deja abierta la posibilidad de que componentes subjetivos —como la motivación— puedan ser legítimos si *co-constituyen* el ilícito,

² SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 302.

³ SANCINETTI, *idem*.

⁴ SANCINETTI, *idem*.

⁵ SANCINETTI, *idem*.

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 valorativo⁶.

La cuestión fue retomada 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, PERALTA⁷ 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. 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”⁸. La diferencia fundamental que explica la disparidad 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”⁹.

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”¹⁰. 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.

⁶ SANCINETTI, ob. cit., p. 351.

⁷ 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.

⁸ PERALTA (2013), ob. cit., p. 4

⁹ PERALTA (2013), *idem*.

¹⁰ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 212.

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 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 este 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, por ejemplo, las tendencias internas trascendentes, los elementos del ánimo y los motivos.

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 análisis¹¹.

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

¹¹ 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).

por aquellos factores que caracterizan más detalladamente a la actitud jurídica interna del autor actualizada en el hecho”¹².

Por tanto, un primer acercamiento a la problemática parecería llevarnos a afirmar que se está en presencia de elementos de la culpabilidad. 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*¹³. 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-Stratenwerth-JAKOBS), o simplemente subjetivo (Kaufmann-Zielinski-Struensee)”¹⁴.

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 solo 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...”¹⁵.

En la actualidad, 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”¹⁶.

En definitiva, 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 —

¹² JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Editorial Comares, 2002, p. 505.

¹³ Cita de ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1981, p. 365.

¹⁴ SANCINETTI, ob. cit., p. 302.

¹⁵ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Córdoba, Lerner Ediciones, 1977, pp. 64-65.

¹⁶ ZAFFARONI y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 544.

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.

Casi la totalidad de las 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”¹⁷.

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*”¹⁸, 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 jurídico¹⁹.

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”²⁰.

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

¹⁷ SANCINETTI, ob. cit., p. 341.

¹⁸ SANCINETTI, ob. cit., p. 301.

¹⁹ En este sentido, véase SANCINETTI, ob. cit., p. 350.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret*, 2/2007, p. 9.

son más graves y que —por esa razón— deberían recibir una mayor pena que los homicidios simples. Ensayo distintas fundamentaciones para explicar esa diferencia punitiva, prevista no solo en nuestro país, sino también en la inmensa mayoría de las otras legislaciones.

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. Su tesis central radica en que los motivos de odio señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor que se materializa en el hecho y lo vuelve más grave desde un punto de vista objetivo.

Así, las víctimas solo podrían evitar la agresión al someterse a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida y las mata porque no se han sometido. Esta idea no se presenta en los homicidios comunes en los que el sujeto pasivo no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto²¹.

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 pensamiento²². 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?²³ Plantea como una posible respuesta a ese interrogante que, en realidad, lo que al agente le molesta es algo que la víctima hace²⁴. 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"²⁵. Como correlato de ello, la víctima tendría una forma de evitar el ataque, consistente en no realizar la conducta que "molesta" al victimario. En

²¹ PERALTA (2013), *idem*.

²² PERALTA (2013), ob. cit., p. 7.

²³ PERALTA (2013), ob. cit., p. 10.

²⁴ PERALTA (2013), ob. cit., p. 11.

²⁵ PERALTA (2013), *idem*.

definitiva, según PERALTA, la víctima debe someterse a la voluntad del autor para evitar ser atacada²⁶.

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 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, según este argumento, las potenciales víctimas para evitar ser agredidas deberían renunciar al ejercicio de derechos individuales, a hacer aquello que cualquier individuo con personalidad plena puede hacer²⁷.

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 simples²⁸. 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 víctima²⁹.

No obstante, para poder entender este aspecto le sugiere al lector que se sitúe en una época bastante anterior al momento del hecho. Solo así puede responderse al interrogante que sobrevuela

²⁶ PERALTA (2013), *idem*.

²⁷ PERALTA (2013), ob. cit., p. 12.

²⁸ PERALTA (2013), ob. cit., p. 14.

²⁹ PERALTA (2013), *idem*.

la cuestión: ¿en qué sentido una víctima de homicidio por odio resulta más sometida que otras víctimas de homicidios comunes?³⁰

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 pena³¹.

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.

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 homicidios por odio que no responden a la idea de sometimiento, como 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 muerte³². 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

³⁰ PERALTA (2013), *idem*.

³¹ PERALTA (2013), ob. cit., pp. 15-16.

³² PERALTA (2013), ob. cit., p. 22.

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 malvados³³.

Luego de reconstruir la crítica al reproche penal de los motivos mediante el desarrollo del argumento conceptual elaborado por HURD y MOORE³⁴, propone una suerte de argumento político para justificar el reproche penal en el carácter del agente —es decir, la personalidad— más que en sus conductas específicas³⁵.

MANRIQUE cuestiona la conceptualización de HURD y MOORE según la cual los deseos, las pasiones y creencias son estados mentales diferentes y se pregunta si realmente esas diferencias son moralmente relevantes para el tema en discusión³⁶. En efecto, tales autores 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 activo³⁷.

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 carácter³⁸. 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 acción³⁹.

³³ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 193.

³⁴ HURD / MOORE (2004), ob. cit.

³⁵ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 198

³⁶ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 201.

³⁷ Citado en HURD / MOORE (2004), p. 1127, y en MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 202.

³⁸ MANRIQUE (2019), *idem*.

³⁹ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 203.

MANRIQUE cuestiona la postura de los autores y, en cambio, sugiere que desde una teoría dual de las emociones se podría explicar más adecuadamente la relevancia de las emociones en la conducta del agente⁴⁰.

Así, señala que, a partir de la interconexión de los aspectos neuronales, mentales y conductuales de la acción surgen tres relaciones conceptuales distintas: la prioridad epistémica, la causal y la semántica, de modo que la importancia de tales conexiones epistémicas y causales es central para explicar las emociones.

A modo de ejemplo, trae a colación los hechos de un precedente de la jurisprudencia alemana, el caso “Goetz”, para explicar este fenómeno. Desde la perspectiva de un observador externo, las víctimas se habían aproximado al acusado de forma amenazante, pero “... 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”⁴¹.

De esta manera, 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 carácter⁴² y diferencia dos clases de discusiones que —a su criterio— no deben ser confundidas porque la naturaleza de su fundamentación es distinta⁴³. 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 penal⁴⁴.

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 la supuesta naturaleza incontrolable de las emociones⁴⁵. Mientras que la primera discusión se enfoca en cuestionar cuál

⁴⁰ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 204.

⁴¹ MANRIQUE (2019), *idem*.

⁴² En este punto, la autora enumera los casos de la construcción del hombre razonable, los criterios de razonabilidad 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).

⁴³ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 211.

⁴⁴ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 212.

⁴⁵ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 213.

sería la diferencia entre las acciones realizadas con base en el odio y 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.

De cualquier modo, su argumentación se centra en responder a la discusión que vincula la imposibilidad de castigar al odio por ser una emoción incontrolable⁴⁶. 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-evaluativa⁴⁷.

III. Crítica a las posturas argentinas recientes

Ahora bien, en el ámbito de la discusión anglosajona, es claro que cobra relevancia la obra de Heidi M. HURD y Michael S. MOORE, “Punishing Hatred and Prejudice”, citada tanto por MANRIQUE como por PERALTA⁴⁸. En ese trabajo, HURD y MOORE⁴⁹ 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 contemplan⁵⁰.

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 culpabilidad⁵¹. En todos los casos, concluyen en que las premisas que sostienen

⁴⁶ MANRIQUE (2019), *idem*.

⁴⁷ MANRIQUE (2019), *ob. cit.*, p. 214.

⁴⁸ Citado en MANRIQUE (2019), PERALTA (2012) y PERALTA (2013).

⁴⁹ HURD / MOORE (2004), *ob. cit.*

⁵⁰ HURD / MOORE (2004), *ob. cit.*, p. 1082.

⁵¹ 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

esas posiciones son “... empírica, moral o conceptualmente sospechosas...”⁵² y que “... ninguna, hasta ahora, provee la legitimidad teórica necesaria para justificar esta forma de legislación penal políticamente popular”⁵³.

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

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.

⁵² HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1146.

⁵³ HURD / MOORE (2004), *idem*.

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 análisis⁵⁴.

Al analizar esta cuestión en el marco de la discusión anglosajona, HURD y MOORE advierten que si 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 se debe al odio o al perjuicio que motiva al ofensor a actuar de ese modo⁵⁵.

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 sortea 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. En otras palabras, 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 que, a diferencia de lo que sucede con otros supuestos, la raza no puede elegirse⁵⁶.

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

⁵⁴ SANCINETTI, ob. cit., p. 303.

⁵⁵ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1128.

⁵⁶ PERALTA (2013), ob. cit., p. 12.

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.

Otro aspecto cuestionable de esta argumentación sobre 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 solo 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 “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 hechos⁵⁷. 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 víctimas⁵⁸.

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. En efecto, todos los delitos violentos tienden a producir un trauma psicológico en sus víctimas y advierten que, tal como lo demuestra un estudio sobre esta cuestión, las respuestas predominantemente emocionales de las víctimas de violencia por odio son equiparables a las del resto de las víctimas de otros tipos de delitos personales. En definitiva, cuestionan la premisa basada

⁵⁷ Véase LAWRENCE (1994), ob. cit., pp. 342-345; HURD / MOORE (2004), ob. cit., pp. 1087-1090.

⁵⁸ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1087.

en que los delitos violentos motivados en odio producen significativamente un trauma mayor que delitos iguales pero basados en otros motivos⁵⁹.

Además, señalan 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’”⁶⁰. 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 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. 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”⁶¹. 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”⁶².

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

⁵⁹ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1088.

⁶⁰ ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 122.

⁶¹ PERALTA (2013), ob. cit., p. 17.

⁶² PERALTA (2013), *idem*.

y uno agravado, también creo que implica una alteración lógica en la sistematicidad del homicidio en el Código Penal.

En Argentina, el homicidio simple está regulado en el art. 79, CP y contiene el tipo al cual todos los demás delitos contra la vida hacen referencia. En efecto, 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”⁶³. 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. 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 críticas⁶⁴.

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 querida⁶⁵.

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

⁶³ SOLER, ob. cit., p. 15.

⁶⁴ Al respecto, véase la discusión parlamentaria citada en SOLER, ob. cit., t. III, p. 54.

⁶⁵ SOLER, ob. cit., t. III, p. 56.

podría debatirse. No obstante, este panorama sirve para al menos poner en duda la solución de PERALTA⁶⁶. 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 con 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 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 objetiva⁶⁷. 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 involucrarán un criterio relacionado con el ilícito y la culpabilidad.

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—.

⁶⁶ 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, solo 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*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2022, p. 10, el resaltado pertenece al original).

⁶⁷ Al respecto, se ha dicho que “... puede que la configuración de un contacto social competa no solo 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*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 34).

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 supone, a mi entender, un contrasentido de las reglas clásicas que asignan a la provocación un valor atenuante, mientras que su ausencia solo 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.

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 elegidas⁶⁸. 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 victimización⁶⁹.

Considero, en definitiva, 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.

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

⁶⁸ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1097.

⁶⁹ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 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.

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 amplio o para agravar un hecho básico que ya es disvalioso, entonces aquel sí será legítimo⁷⁰.

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”⁷¹ 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

El punto central de la propuesta de MANRIQUE 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

⁷⁰ SANCINETTI, ob. cit., p. 351.

⁷¹ En la discusión anglosajona quienes sostienen esta postura son, principalmente, Frederick 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 directos como a la sociedad en su conjunto, mientras que los delitos comunes no generan un daño tan extendido” [LAWRENCE (1994), ob. cit., p. 323].

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 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 actúa⁷².

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)⁷³.

⁷² HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1121.

⁷³ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1122.

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.

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 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 verdadera⁷⁴.

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.

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.

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

⁷⁴ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1135.

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

La agravante originalmente solo contemplaba —además del placer y la codicia— el odio racial o religioso y se introdujo con el decreto-ley n.º 4778 de 1963. Si bien se derogó por la ley 16.648, al poco tiempo fue incorporada nuevamente con la reforma de 1967 mediante la ley 17.567, que entró en vigor a partir del año siguiente⁷⁵. 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 Holocausto⁷⁶. 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 agravantes⁷⁷.

⁷⁵ Puede accederse al boletín oficial en el que consta la modificación del art. 80, CP: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7034675/19680112>.

⁷⁶ SOLER, ob. cit., t. III, p. 40.

⁷⁷ 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

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 como la necesidad de equiparar el disvalor de las distintas formas de discriminación, a fin de dotar de mayor homogeneidad a nuestra legislación⁷⁸.

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 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

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. 1.º de la ley 14.467” [LEVENE (h), ob. cit., p. 201].

⁷⁸ 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. 5.ª Reunión – 4.ª Sesión ordinaria del 18 de abril de 2012, p. 116.

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, extremen la violencia y la intolerancia”⁷⁹.

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 discriminación⁸⁰. 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 esta manera, podría concluirse en que el problema ante el que nos hallamos se configura como un dilema, pues debemos elegir entre dos alternativas que son ambas malas o desagradables o, dicho de otro modo, estamos atrapados en los cuernos de un dilema⁸¹.

⁷⁹ Debate parlamentario, en Diario de Sesiones, ob. cit., p. 137.

⁸⁰ 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).

⁸¹ COPI, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 2008, p. 270.

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 especial del *sujeto pasivo*. Las razones para castigar más severamente conductas de este tipo encuentran correlato en 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 reconocido 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:

“... 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...”⁸².

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 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 LGTB+ o ser mujer es mayor que respecto del resto de la población. En ese sentido, le asiste razón a LAWRENCE⁸³ en que los delitos de odio de esta clase generan un mayor daño, pero con una *adenda*. No se trata de un daño efectivo a intereses de estos grupos minoritarios, producido 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.

⁸² SOLER, ob. cit., t. IV, pp. 229-230.

⁸³ LAWRENCE (1994), ob. cit., pp. 354-362.

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 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 odio⁸⁴. 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 norma⁸⁵. 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 víctima⁸⁶. 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.

⁸⁴ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1097.

⁸⁵ HURD / MOORE (2004), *idem*.

⁸⁶ HURD / MOORE (2004), *idem*.

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 a 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 podrían 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.)⁸⁷. En ese 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*”⁸⁸, 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 a ser víctimas de delitos⁸⁹. Según esta visión, la protección ante

⁸⁷ 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 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).

⁸⁸ HAREL / PARCHOMOVSKY, “On Hate and Equality”, en *The Yale Law Journal*, vol. 109, n.º 3, dic. 1999, pp. 507-539.

⁸⁹ HURD / MOORE, ob. cit., p. 1138.

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 a ser víctimas de delitos al determinar la legitimidad de recibir protección. Así, bajo este paradigma, las personas particularmente vulnerables a 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 particularmente vulnerables a ser víctimas porque prevalecen prejuicios en su contra⁹⁰.

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 estatales⁹¹. 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 términos retributivos siempre que se cumpla efectivamente con la tarea de hacer desaparecer la distribución desigual de la vulnerabilidad⁹².

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

⁹⁰ HAREL / PARCHOMOVSKY (1999), ob. cit., p. 509; también citado en HURD / MOORE, ob. cit., p. 1139.

⁹¹ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1139; HAREL / Parchomovsky (1999), ob. cit., p. 510.

⁹² HURD / MOORE (2004), ob. cit., pp. 1140-1141.

ámbito anglosajón: “palos y piedras pueden romper tus huesos, pero los riesgos (por sí mismos) nunca pueden herirte”⁹³.

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 desventaja⁹⁴.

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 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

⁹³ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1144.

⁹⁴ En relación con el criterio de igualdad y obligaciones positivas, véase SABA, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 81.

contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades»⁹⁵.

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 tipo, 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 partir de la siguiente consideración: "... 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, esta parece ser una opinión muy extendida para las normas imperativas (delitos de omisión)"⁹⁶. 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 daños⁹⁷. 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 dañino⁹⁸. 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

⁹⁵ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 43.

⁹⁶ SANCINETTI, ob. cit., p. 213.

⁹⁷ MOORE, *Causation and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 139 ss.

⁹⁸ MOORE, ob. cit., pp. 429 ss.

ROMBOLÁ (2025), “La reciente discusión argentina sobre los homicidios por odio”, pp. 76-112.

agravante: si no se hubiese realizado el comportamiento, las víctimas del grupo desaventajado estarían razonablemente en una mejor situación.

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.º, del CP”, en *Géneros e interseccionalidad. Un análisis crítico de la parte especial del derecho penal* (dir. Javier Teodoro ÁLVAREZ / Alexia Sofía Alonso), Buenos Aires, Editores del Sur, 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*, Buenos Aires, Eudeba, 2008.

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

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

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

GRÜNEWALD, 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), Buenos Aires, Editores del Sur, 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*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2022.

HURD, Heidi M. / MOORE, Michael S., “Punishing Hatred and Prejudice”, *Stanford Law Review*, vol. 56, n.º 5, abr. 2004.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

—, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Editorial Comares, 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*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1970.

MANRIQUE, María Laura, “Delitos de odio y motivos emocionales”, en *Análisis Filosófico*, SADAF, vol. XXXIX, n.º 2, noviembre 2019.

ROMBOLÁ (2025), “La reciente discusión argentina sobre los homicidios por odio”, pp. 76-112.

MOORE, Michael S., *Causation and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Lerner Editores SRL, 2008.

—, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Córdoba, Lerner Ediciones, 1977.

—, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Córdoba, Lerner Ediciones, 1977.

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

PERALTA, José Milton, “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, en *InDret*, 4/2013.

—, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.

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

SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 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, Buenos Aires, TEA, 1992.

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

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

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

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

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