

Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia

FEDERICO JOSÉ ARENA
COORDINADOR



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



DERECHOS
HUMANOS



ESCUELA
FEDERAL DE
FORMACIÓN
JUDICIAL

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

Q120.113
M368m

Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia / coordinador Federico José Arena ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; introducción Federico José Arena. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
1 recurso en línea (xxiv, 454 páginas ; 24 cm.)

Material disponible solamente en PDF.

En la portada: Derechos Humanos; Escuela Federal de Formación Judicial

Contenido: Estereotipos y prejuicios en el ámbito jurídico desde una perspectiva psicosocial / Joaquín Ungaretti y Edgar Etchezahar -- Los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Alexandra Timmer y Lorena Sosa -- La generalidad y la diferenciación del derecho, con especial atención a los estereotipos y su uso / Frederick Schauer -- Estereotipos, interseccionalidad y desigualdad estructural / Dolores Morondo Taramundi -- Estereotipos normativos y autonomía personal / Federico José Arena -- Estereotipos y hechos en el proceso / Federico José Arena -- Generalizaciones no espurias, estadísticas y conocimiento de los hechos / Frederick Schauer -- Aproximación a los estereotipos como elementos del razonamiento judicial a través de las presunciones / Elena Ghidoni -- "Cultura de la violación" y razonamiento judicial : los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región / Julieta Di Corleto -- Estereotipos en el ámbito laboral y de seguridad social / Francisca Pou Giménez y Angélica Mabel Huerta Ruiz -- Delitos odiosos como delitos de odio / María Laura Manrique

ISBN 978-607-552-262-3

1. Impartición de justicia – Discriminación – Metodología – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Sentencias – Análisis 3. Tribunal europeo de Derechos humanos – Derecho a la no discriminación – Jurisprudencia 4. Razonamiento judicial – Derecho al debido proceso 5. Cortes supremas – Violencia de genero – Jurisprudencia – Derecho comparado – América 6. Relación de trabajo – Sentencias de Amparo – Crítica I. Arena, Federico José, coordinador, autor de introducción II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos
LC KGF3008

Primera edición: febrero de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia

FEDERICO JOSÉ ARENA
COORDINADOR

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Presentación	XI
Introducción	XV

Capítulo I

Estereotipos y prejuicios en el ámbito jurídico desde una perspectiva psicosocial <i>Joaquín Ungaretti y Edgardo Etchezahar</i>	1
I. Discriminación en la impartición de Justicia	3
II. Estereotipos: Perspectivas teóricas y procesos involucrados en su formación.....	7
III. Modelos de intervención para el cambio de los estereotipos	24
Bibliografía	35

Capítulo II

Los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos <i>Alexandra Timmer y Lorena Sosa</i>	49
I. Introducción.....	51

II. Comprender los estereotipos y su relación con la discriminación.....	53
III. El enfoque antiestereotipos del TEDH: una aproximación general.....	61
IV. Críticas y limitaciones.....	80
V. El camino a seguir: la adjudicación de los estereotipos	92
VI. Conclusiones.....	95
Bibliografía	95

Capítulo III

La generalidad y la diferenciación del derecho, con especial atención a los estereotipos y su uso

<i>Frederick Schauer</i>	111
I. Introducción.....	113
II. El rol de las reglas en el derecho	115
III. Sobre dar razones	117
IV. El alcance del precedente.....	119
V. Generalidad y relevancia probatoria.....	122
VI. La inevitabilidad del uso de estereotipos.....	125
VII. Conclusión	133
Bibliografía	134

Capítulo IV

Estereotipos, interseccionalidad y desigualdad estructural

<i>Dolores Morondo Taramundi</i>	141
I. Introducción.....	143
II. La interseccionalidad	144
III. Poner en relación la interseccionalidad con los estereotipos.....	154
IV. La interseccionalidad y el análisis de los estereotipos: claves de lectura de la desigualdad estructural.....	166
V. Conclusiones.....	172
Bibliografía	173

Capítulo V

Estereotipos normativos y autonomía personal

<i>Federico José Arena</i>	179
I. Introducción.....	181
II. Estereotipos normativos	188
III. Las exigencias de la autonomía personal.....	195
IV. Estereotipos normativos en la jurisprudencia internacional	200
V. Conclusiones.....	211
Bibliografía	213

Capítulo VI

Estereotipos y hechos en el proceso

<i>Federico José Arena</i>	217
I. Introducción.....	219
II. Aproximación a las contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio.....	225
III. Normas sociales y generalizaciones en el razonamiento probatorio	231
IV. Volviendo al razonamiento probatorio	237
V. Conclusiones.....	243
Bibliografía	244

Capítulo VII

Generalizaciones no espurias, estadísticas y conocimiento de los hechos

<i>Frederick Schauer</i>	249
I. Betty Smith y el Problema del Autobús Azul.....	251
II. La generalidad de las estadísticas y las estadísticas de la generalidad	254
III. Inferencia probabilística en un mundo “a todo o nada”.....	259
IV. Individualidad y fiabilidad.....	264

V. La naturaleza no individual de la evidencia individualizada....	273
Bibliografía	279

Capítulo VIII

Aproximación a los estereotipos como elementos del razonamiento judicial a través de las presunciones

<i>Elena Ghidoni</i>	287
I. Introducción.....	289
II. Los estereotipos desde la perspectiva crítica iusfeminista	292
III. Estereotipos y prueba: algunos apuntes críticos	299
IV. Las presunciones: un <i>continuum</i> entre la prueba y el derecho sustantivo	305
V. El estereotipo-presunción en el razonamiento del TEDH y el CEDAW.....	310
VI. Conclusión.....	317
Bibliografía	318

Capítulo IX

“Cultura de la violación” y razonamiento judicial Los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región

<i>Julieta Di Corleto</i>	327
I. Introducción.....	329
II. Prejuicios y perjuicios en el procesamiento de casos de violencia de género	332
III. La “violación real” y sus estereotipos derivados.....	335
IV. Estereotipos sexuales: un recorrido por las decisiones de las altas cortes de la región.....	338
V. Razonamiento judicial sin estereotipos	349
VI. Desmantelando la “cultura de la violación”	350
VII. El diálogo iniciado y pendiente con la jurisprudencia interamericana.....	354

VIII. Conclusiones.....	358
Bibliografía.....	359

Capítulo X

Estereotipos en el ámbito laboral y de seguridad social

<i>Francisca Pou Giménez y Angélica Mabel Huerta Ruiz</i>	365
I. Introducción.....	367
II. Estereotipos discriminatorios en las relaciones laborales formales.....	370
III. Estereotipos discriminatorios en el ámbito de las relaciones laborales no formalizadas.....	392
IV. Conclusiones.....	404
Bibliografía.....	408

Capítulo XI

Delitos odiosos como delitos de odio

<i>María Laura Manrique</i>	413
I. Introducción.....	415
II. El odio y los motivos emocionales.....	418
III. Lo odioso de los delitos.....	428
IV. Emociones y estereotipos.....	435
V. La presión de lo odioso sobre el odio.....	440
VI. Conclusiones: ¿Por qué distinguir el odio de lo odioso?.....	448
Bibliografía.....	450

Delitos odiosos como delitos de odio

María Laura Manrique*

* Doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) e Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Argentina.

Delitos odiosos como delitos de odio. I. Introducción; II. El odio y los motivos emocionales; III. Lo odioso de los delitos; IV. Emociones y estereotipos; V. La presión de lo odioso, sobre el odio; VI. Conclusiones ¿Por qué distinguir el odio de lo odioso?

I. Introducción

Sin lugar a duda, las conductas motivadas por el odio nos provocan un intenso y especial rechazo. Un ejemplo de esto es el ataque a Daniel Zamudio el 2 de marzo de 2012; donde en un parque de Santiago de Chile, lo quemaron, le grabaron esvásticas con los golletes de botellas, le quebraron una pierna mientras se reían, lo insultaban, etcétera. Este ataque. generó tanta conmoción y rechazo en la comunidad chilena que se aprobó meses después la conocida “Ley Zamudio” cuyo proyecto de ley antidiscriminación hacía más de 7 años que estaba ingresado sin tratar.¹

El odio es un *motivo emocional*, al igual que los celos, la envidia, la compasión, etcétera; es decir, una emoción que mueve a la acción. Por esa razón, el odio tiene un papel importante en la atribución de responsabilidad penal. Así, en las últimas décadas, este ha sido incorporado en numerosas legislaciones penales como

¹ Para más detalles, V. <https://www.24horas.cl/nacional/homicidio-de-zamudio-el-antes-y-despues-de-un-caso-historico-908560>

El 4to Tribunal Oral de lo Penal condenó el 28 de octubre de 2013 con penas de entre 7 años y cadena perpetua a los cuatro acusados por la muerte de Daniel Zamudio.

una agravante específica de otros delitos,² o en la cristalización de ciertos tipos delictivos específicos —los llamados “delitos de odio”—. Ahora bien, en el entendido del odio como motivo emocional y la incorporación de los delitos de odio se entrecruzan distintas discusiones que es necesario separar cuidadosamente. Por ejemplo, ¿qué peso hay que otorgar en un Estado Constitucional de Derecho a dos intuiciones en conflicto?, dígase la protección de la libertad de expresión y la necesidad de controlar las manifestaciones del odio.³ No es difícil advertir que, con frecuencia, la balanza se inclina hacia la ampliación de la esfera de la represión penal. Así, es usual encontrar en los Códigos Penales actuales figuras como “la incitación al odio”, o “manifestaciones de odio”, que en muchos casos no generan una lesión en particular, o que tienen una notable vaguedad en la redacción de sus figuras típicas. En definitiva, como dice Fuentes Osorio, “[...] para justificar el delito de odio se crea el odio como delito: actuar penalmente por los efectos sociales negativos del odio mediante tipos que se consuman materialmente con actos que son una manifestación del odio”.⁴

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

1. Los delitos odiosos

Parece claro que podemos identificar delitos que nos parecen *odiosos*, en el sentido de que son percibidos como especialmente desagradables, repugnantes o malvados. Estos delitos son similares, aunque no idénticos, a los llamados “*henious*

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

³ Al respecto, V. Miró Linares, *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*.

⁴ Fuentes Osorio, “El odio como delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-52.

crimes” de los sistemas anglosajones. Son considerados horribles por la comunidad, independientemente del motivo por el cual fueron cometidos. En este caso, el problema es deslindar con claridad estos *delitos odiosos* de los delitos cometidos *por odio* ya que resulta tentador asumir que las justificaciones que tenemos para reprochar a este último tipo de crímenes también pueden servir justificar el castigo de los primeros.⁵

2. Los delitos (agravados) por odio

Aunque es frecuente encontrar al odio como un motivo emocional que califica delitos específicos, la discusión contemporánea se centra en si es legítimo, en el ámbito del derecho penal liberal, reprochar los motivos por los que se realiza determinada conducta. Para muchas autoras y autores,⁶ el reproche a una conducta motivada por el odio que siente un determinado agente es una manera de reprocharlo o reprimirlo por su carácter — o por lo que él es— y no por lo que este hace.

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

⁵ En particular, creo que la justificación expresiva del castigo, (V la postura de Lord Devlin), o de los delitos de odio en particular, (V la postura de Dan Kahan) hacen colapsar la distinción entre delitos de odio y delitos odiosos. Es decir, quien tiene una concepción expresiva, aunque pretende justificar los delitos de odio por el impacto que producen en la comunidad, a lo sumo lo que podría hacer es justificar los delitos odiosos. Pero como mostraré este tipo de delitos no pueden aplicar, por esa razón, una sanción mayor; la estrategia expresivista está condenada al fracaso. Para otros argumentos al respecto, Cf. Hurd y Moore, “Punishing Hatred and Prejudice”, en *Stanford Law Review*, pp. 1081-1146; Abrams, “Fighting Fire with Fire: Rethinking the role of disgust in hate crimes”, en *California Law Review*, pp. 1423-1464. Desarrollaré esta idea más adelante.

⁶ Por ejemplo, Hurd y Moore, *op. cit.*

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

El trabajo se estructura de la siguiente manera: en la sección II señalaré, mediante una discusión específica y acotada, en qué sentido comprendemos lo que el agente hace —y no solo aquello que él es— cuando incorporamos los motivos emocionales a la explicación de la acción. En la sección III mostraré cuáles son los elementos sobresalientes de los crímenes que consideramos odiosos o repugnantes. Para ello reconstruiré brevemente las ideas de Martha Nussbaum⁷ acerca de esta emoción. Finalmente, en la sección IV, reconstruiré brevemente algunas ideas acerca de los estereotipos y utilizaré una sentencia —de amplia repercusión en Argentina— para ilustrar cómo aquello que nos parece odioso presiona para calificar a un cierto evento como un caso de odio.

II. El odio y los motivos emocionales

En general, el propósito de las críticas alrededor del *reproche por los motivos emocionales* es articular una importante intuición moral: la responsabilidad individual depende exclusivamente del comportamiento del agente y las consecuencias que ocasiona. De esta manera, se excluye no solo que un agente puede ser castigado por acciones ajenas, sino también se excluye la relevancia de aquellos estados mentales, —virtuosos o malvados— que no se manifiestan en las acciones. Dado que el derecho penal contemporáneo pretende justificarse en las razones morales, —aquellas que reconocemos para intervenir en los bienes básicos de los

⁷ V. Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano: Repugnancia, vergüenza y ley*.

individuos— parece intuitivamente aceptable la idea de que el derecho penal solo debe reprochar conductas.⁸ En otras palabras, la motivación para cometer un determinado delito no debe ser tenida en cuenta; lo relevante es el delito que cometió un cierto agente.

Un estudio sistemático del odio como motivo emocional queda fuera del alcance de este trabajo y solo analizaré el modo en que, la incorporación del odio en un esquema explicativo permite dar cuenta de aquello que el agente efectivamente realiza. Para ello utilizaré una estrategia oblicua, que consiste en analizar una de las críticas más profundas que se han hecho al reproche por los delitos de odio; es decir el trabajo de Heidi Hurd y Michael Moore.⁹ Mi objetivo es el siguiente: mostrar que hay buenas razones para responder a las críticas que hacen Hurd y Moore al reproche por los delitos de odio, es decir que sus argumentos no son argumentos de *knock out*; por lo tanto el reproche por las conductas cometidas con odio no implica responsabilizar al agente por lo que es ni por cosas que no podía controlar.

Para Hurd y Moore, la atribución de responsabilidad en los delitos de odio significa reprochar ciertos estados emocionales o creencias disposicionales, en lugar de deseos o intenciones que representan un compromiso práctico con la obtención de determinado estado de cosas. De este modo, esos estados mentales no pueden considerarse como premisas prácticas, determinantes de la acción y, por ello, carecen de un papel relevante en la inferencia práctica que explica la conducta de los individuos. En particular, el odio, más que un estado mental, sería un rasgo de carácter que no podemos controlar y, dado que un derecho penal de acto no puede atribuir responsabilidades por el carácter o personalidad de los agentes, se seguiría que reprochar el carácter no está justificado.¹⁰ Hurd y Moore señalan:

⁸ V. por ejemplo, Roxin, *Derecho penal. Parte general. T.I, Fundamentos*, p. 176; Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción: Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, p. 82.

⁹ En otro trabajo he desarrollado una crítica al argumento de Hurd y Moore, *op. cit.*; aquí solo me concentraré en los aspectos centrales de las ideas de la autora y el autor autores y mi crítica a su obra. Para un desarrollo más completo de estos argumentos, Cf. Manrique, “Delitos de odio y motivos emocionales”, *Análisis Filosófico*, pp. 191-220.

¹⁰ Cf. Hurd y Moore, *op. cit.*, p. 1118.

Si el odio / prejuicio constituye un estado mental con el que un acusado debe actuar para ser responsable por un delito de odio / prejuicio, entonces la *mens rea* de los delitos de odio y prejuicio es diferente de la *mens rea* exigida para cualquier otro tipo de delito. El método tradicional de graduar la culpabilidad en el derecho penal ha sido en gran medida indiferente a las consideraciones de los motivos (excepto en la prueba).¹¹

Hurd y Moore afirman que el odio es un estado mental emocional con el que un agente actúa, y el prejuicio¹² es una disposición a realizar ciertos juicios acerca de otras personas basada en creencias falsas. Para Hurd y Moore, si confundimos este lenguaje con el de los motivos, se corre el riesgo de mezclar tres tipos de motivaciones: deseos, pasiones, y creencias disposicionales. Los delitos que exigen odio se enfocan solo en pasiones y no en acciones. Pero, en su opinión, los deseos son los únicos motivacionalmente adecuados para generar razones para la acción. Los deseos son aquellos fines en los que las acciones constituyen el medio para lograrlos.¹³ Por el contrario, cuando el odio es el impulsor constituye estados emocionales en los que el agente se ve impulsado. Así, el odio se asemejaría a la ira o a los celos, y todos ellos serían estados emocionales bajo los cuales el agente actúa.¹⁴ Las pasiones y las creencias se conectan con el carácter y los deseos con las acciones de los individuos.¹⁵

Estos rasgos del carácter son perdurables, a diferencia de las intenciones, estas últimas suelen establecer un objetivo, conformar una acción futura al respecto y tienen una duración acotada en el tiempo. Si una persona odia a un determinado grupo de personas —latinas, por ejemplo—, ello genera que cada vez que se encuentra con algún miembro de esta clase sienta repulsión y actúe de manera

¹¹ *Id.*

¹² La caracterización de un prejuicio es algo vinculado pero diferente a la emoción del odio. No trato aquí las diferencias. Creo que la idea de prejuicio es central para explicar el modo en que surge el odio pero en esta parte del trabajo mi interés está en mostrar en sí el odio, una vez generado, se refleja o no en la conducta del agente.

¹³ *Ibid.*, p. 1122.

¹⁴ *Ibid.*, p. 1123.

¹⁵ *Ibid.*, p. 1127.

que le niegue la condición de igual y el lugar que le corresponde en determinada comunidad.¹⁶

La conclusión del argumento es que, si se castiga al agente por el odio que posee a su víctima —porque esta pertenece a determinado grupo— los delitos de odio/prejuicio, están reprochando solo por el mal carácter. Por supuesto, Hurd y Moore se adelantan a la crítica a este argumento que dice que no se reprocha el mal carácter sino solo las acciones prohibidas realizadas con ese rasgo del carácter. Su respuesta es que el delito subyacente —el homicidio, por ejemplo— y su elemento subjetivo ya está reprochado en el código penal. La pena añadida por el delito de odio/prejuicio no es por el acto ni por el elemento subjetivo sino por el odio añadido que motiva al agente a realizar cierta acción.¹⁷

No es posible elaborar aquí una crítica minuciosa a este enfoque. Sin embargo, alcanza con exponer que la caracterización que realizan la autora y el autor de lo que es el odio, está vinculada a una teoría mecanicista de las emociones y no justifican por qué esta teoría es la adecuada. Recordemos que para esta teoría las emociones son impulsos que nos suceden y las personas las padecemos/disfrutamos como sujetos pasivos. Hurd y Moore, comprometiéndose con esta tesis, afirman:

explicar la acción, como producto del odio, de un acusado no es en sí misma atribuirle un deseo de provocar algún estado de cosas futuro. Es, más bien, caracterizar su acción como un producto de una pasión particular a la cual estaba sujeto (*gripped*) en ese momento. Las pasiones se diferencian de aquellos deseos en consideración en los delitos específicos en que ellas son estados emocionales sentidos (*felt*) antes que fines para los cuales las acciones son el medio. Hablamos de emociones motivando acciones diciendo cosas tales como ‘atacó con ira’, o ‘Estaba con un ataque de rabia celosa’, ‘Se perdieron con la excitación del momento’ o simplemente ‘Perdió el control’.¹⁸

¹⁶ *Ibid.*, pp. 1127-1128.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 1128-1129.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 1122-1123.

En esta familia de teorías, las emociones no pueden evaluarse, sino más bien solo se puede medir la mayor o menor intensidad con que las padece el sujeto y ellas siempre juegan en contra de la racionalidad de la conducta.¹⁹ El problema central de esta teoría, en el ámbito de la responsabilidad, es que no puede explicar acciones como las de Yago que por el odio y los celos que le provoca Otelio *decide* elaborar un plan para vengarse.²⁰

La otra familia de teorías es la denominada cognitivo evaluativa, representada en la actualidad por autores como Martha Nussbaum y Dan Kahan.²¹ Para esta teoría, las emociones generan razones y pueden evaluarse como buenas o malas, razonables o irrazonables.

Con ello no quiero decir que una teoría cognitivo-evaluativa pueda explicar de manera adecuada el papel de las emociones en el razonamiento práctico. Creo que la mejor manera de explicar el impacto de las emociones en la conducta del agente es a través de una teoría dual de las emociones. Esta concepción dualista explica de manera más adecuada las relaciones entre aspectos internos y externos de las emociones).²² Al igual que las acciones no pueden identificarse únicamente con fenómenos mentales o conductuales, las emociones son un fenómeno complejo y ellas no pueden reducirse ni a eventos sensoriales o fisiológicos —como hace la teoría mecanicista— ni a estados mentales —como parecen favorecer las teorías evaluativas—.²³

Con respecto a la naturaleza *incontrolable* de las emociones, me centraré en el siguiente argumento:

¹⁹ Cf. González Lagier, *op. cit.*, p. 49.

²⁰ La tragedia de Shakespeare es muy rica y llena de matices. El único objetivo de resaltarla aquí es que en un mismo contexto se ve cómo funcionan las emociones. En primer lugar, los celos envenenadores de Otelio y por otro la maldad, el odio y el resentimiento de Yago para con el personaje central. Para un análisis con un punto de vista jurídico de esta tragedia V. Schmill, *Las implicaturas del resentimiento. La Tragedia de Otelio*.

²¹ V. Kahan y Nussbaum, *op. cit.*

²² Cf. Von Wright, "An Essays on Door-Knocking", en *In the Shadow of Descartes: Essays in the Philosophy of Mind*.

²³ Cf. Manrique, "Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 289-304, para un desarrollo de esta idea.

En la medida que no podemos abandonar nuestras emociones y creencias de la manera que podemos abandonar nuestros planes —en otras palabras, simplemente por decisión— la legislación penal que se enfoca en emociones y creencias disposicionales se enfoca en cosas que no están completa o directamente dentro del inmediato control del defendido. Y el Estado no debe castigarnos por cosas que no podemos controlar autónomamente, así, la legislación penal del odio/discriminación es sospechosa de hacer eso [...] Sugerimos que el acusado no debe ser castigado por racismo, sexismo, u homofobia porque él *no puede* simplemente elegir no ser racista o sexista o un homófobo.²⁴

En este sentido, es necesario subrayar tres argumentos críticos que se desprenden de una concepción cognitiva-evaluativa de las emociones. En primer lugar, ellas son objetos intencionales, —por ejemplo, tengo miedo porque creo que estoy en peligro—. Es decir, dentro del concepto de emociones hay un componente epistémico que permite valorar la emoción en términos de racional o irracional, es decir sensible a razones. Por ejemplo, el miedo de un agente a los fantasmas puede ser catalogado de irracional, a diferencia del miedo que puede también provocarle enfrentar a una jauría de *rottweilers*. En este sentido, las emociones pueden ser evaluadas, dígase elogiadas o reprochadas, y esta atribución de valor responde a la percepción de que nuestras emociones son “algo más” que cosas que nos ocurren o padecemos.

En segundo lugar, aunque ciertas emociones pueden estar tan arraigadas en nuestra personalidad, tal que nos cuesta despojarnos de ellas, el derecho penal no nos exige semejante desprendimiento. Más bien, nos exige que no expresemos de cierta manera las emociones que tenemos. Por ejemplo, el derecho prohíbe que el nazi mate a una persona por ser judía pero no le impide que piense que los judíos son una raza inferior que debe desaparecer. Más aún, cualquier manifestación del odio que no esté prohibida está, por defecto, permitida por más desagradable que nos parezca. Es decir, el derecho solo nos reprocha por ciertas expresiones de nuestras emociones. Las emociones en general responden a razones

²⁴ Hurd y Moore, *op. cit.*, p. 1130. Itálicas añadidas. La autora y el autor hacen referencia a “poder” como habilidad general y no como incapacidad en el caso concreto.

y son, en cierta medida, controlables.²⁵ En otras palabras, aunque en ocasiones no podamos elegir las emociones que tenemos, si podemos elegir actuar o no en base a esas emociones.²⁶

Por supuesto, ello no quiere decir que cualquier persona que actúa por odio debe ser reprochada de la manera más grave. Es una notable característica de las emociones que, en ciertas circunstancias, se asemejan tanto a pasiones incontrolables como a razones específicas. Por ejemplo, vemos a una persona que grita a otro de manera airada. Si le preguntamos qué ha ocurrido el agente podría responder que se comportó de ese modo para mostrarle al otro individuo su desacuerdo y señalar de ese modo un límite que se debía respetar. En ese caso, su respuesta forma parte de una estrategia destinada a lograr un cierto fin; es decir, el agente “deja escapar” sus pasiones con el fin de lanzar una advertencia a su oponente. Pero, también puede ocurrir que el agente responda: “¡No sé qué me sucedió! ¡Simplemente exploté!”. En ese caso, su *reacción* es más un evento causalmente determinado que una acción propia. Si este tipo de eventos sucediese a menudo probablemente pensaríamos que se trata de una personalidad anómala y, en casos extremos, trataríamos de determinar si es en verdad un agente imputable. Esta es una cuestión que se debe decidir en cada caso en particular. Es decir, no depende del concepto de motivo en general sino de la fuerza en particular con la que haya actuado el motivo específico.

En tercer lugar, los motivos —que abarcan más estados mentales que las emociones— pueden llegar a determinar qué es lo que estoy haciendo. Se vinculan de manera directa con las intenciones o conforman la intención misma. No solo impactan en la evaluación del agente sino en aquello que el agente realiza efectivamente. En ocasiones, no entendemos la acción sino comprendemos el motivo de su conducta. Por ejemplo, supongamos que vemos un soldado con una pinza extrayéndole una muela a otro soldado. El evento podría ser entendido como un acto de tortura, sin embargo, si el soldado le extrae la muela porque desea evitar

²⁵ V. por ejemplo, González Lagier, *op. cit.*, pp. 439-458; Kahan y Nussbaum, *op. cit.*, pp. 269-374.

²⁶ En el mismo sentido: V. Brax, “Motives, Reasons, and Responsibility in Hate/Bias Crime Legislation”, en *Criminal Justice Ethics*, p. 240.

una infección, la valoración del acto también se transforma. Incluso cuando el sufrimiento físico es el mismo en ambos casos. En definitiva: si no consideramos sus motivos no solo no podemos entender la conducta, sino que tampoco podríamos elogiarla o reprocharla.

La moraleja de estos argumentos es que incluso si los motivos emocionales son algo distinto a las intenciones, o no se vinculan con los deseos, ellos todavía juegan un papel relevante en el razonamiento práctico. Los motivos emocionales no se vinculan únicamente con el carácter del agente sino con aquellas cosas que intenta hacer. Los motivos emocionales, y el odio en particular, se vinculan en general con aquellas cosas que queremos hacer o con las razones por las que las queremos hacer. La conducta del agente sigue siendo el centro de la evaluación y no aquellas cosas que el individuo no puede controlar.

Para seguir añadiendo críticas al reproche por los motivos de odio, Hurd y Moore estipulan que lo que determina la acción son los deseos y que cualquier otro rasgo —pasiones y disposiciones— está vinculado con el carácter. En mi opinión, esta es una manera restringida de entender la acción humana. Sin duda alguna, desde Hume en adelante, las acciones humanas han sido analizadas a partir de un complejo epistémico-volitivo. Así, si un agente desea conseguir X y cree que, Y es necesario para X, entonces —*ceteris paribus*— se embarcará en la tarea de lograrlo. En este esquema, los deseos y las creencias son *razones internas* para actuar ya que la noción misma de acción está *determinada* por esos elementos; es decir nos señalan por qué fue inevitable para el agente, a la luz de ciertas circunstancias, embarcarse en un cierto curso de acción. El propósito de este esquema de razonamiento práctico es aislar los elementos necesarios y suficientes para la explicación de una acción. Es decir, este esquema restringe a un conjunto mínimo, los elementos para dar cuenta de la conducta del agente. Sin embargo, como señala Von Wright:

El esquema característico de la explicación de una acción en términos de motivos y razones es diferente. Aquí, nunca estamos interesados en *aislar* el contexto, sino algunas veces en *expandirlo* de tal manera que la explicación de la acción se corresponda, al máximo posible, con el resto de la historia de vida del agente. Normalmente, podemos contentarnos con un contexto más reducido. Puede ser que todo

lo que necesitamos para nuestra comprensión del caso es que el agente contemple su acción como necesaria para algo que vislumbraba o consideraba adecuado para cumplir alguna exigencia. En definitiva, solo cuando los objetos de sus intenciones o deseos parecen extraños o ‘sospechosos’, o sus creencias distorsionadas, o cuando parece anormales las exigencias que supuestamente su acción cumpliría, es que estamos ansiosos por ampliar el contexto para obtener una representación más coherente del caso.²⁷

En otras palabras, cuando se produce un comportamiento anómalo —y hay buenas razones para creer que este es el caso frente a delitos, emocionalmente determinados— normalmente, la explicación de la acción de un agente puede expandirse hacia otros elementos que también determinan sus deseos y creencias.

El hecho de asumir que los deseos son motivacionalmente relevantes no implica que perdamos de vista el modo en que estos deseos son construidos. En general, las emociones impactan en los deseos —nuestras intenciones— y ellas se reflejan en nuestras acciones.

En síntesis, aunque Hurd y Moore parten de la idea correcta acerca de la relación entre deseos, creencias y acciones, limitan de manera innecesaria el papel que las emociones desempeñan en nuestro comportamiento. Por esto, autora y autor tratan a los motivos en general, y al odio en particular, como algo independiente de cualquier acción. En mi opinión, los motivos son un elemento intrínsecamente vinculado a nuestra conducta, a pesar de que no se encuentren vinculados al resultado de la acción de la misma manera que los deseos.²⁸ Además, puede decirse que cuando entendemos los motivos por los que actuó el agente tenemos una mejor comprensión de su conducta. Ciertos motivos incluso modifican la conducta del agente. Por eso, si el agente quiere defenderse de una agresión entramos en el ámbito de la legítima defensa a diferencia de, si quiere deshacerse

²⁷ Von Wright, “Explanation and Understanding of Action”, en *Practical Reason*. p. 66.

²⁸ V. Mathis, “Motive, Action, and Confusions in the Debate over Hate Crime Legislation”, en *Criminal Justice Ethics* 20, pp. 1-20.

de su enemigo. Los motivos nos ayudan tanto a identificar diferentes acciones como a evaluarlas de diferente manera.²⁹

De la concepción del derecho penal liberal defendida por Hurd y Moore se desprenden dos tesis vinculadas entre sí, la primera es que los motivos no se reflejan en la acción y son meros pensamientos. Así, se asimilan más a las representaciones oníricas que a otro tipo de estados mentales que generan compromiso práctico. La segunda tesis afirma que un Estado liberal no puede castigar a las personas solo por sus pensamientos. Más allá de la dificultad de articular esta segunda tesis, como ya se comentó más arriba, el problema central del argumento está en la exageración o deformación que implica sostener que los motivos no se reflejan en la acción.

De nuevo, el hecho de afirmar que los motivos emocionales son solo pensamientos es una mala comprensión del papel que poseen los motivos en el razonamiento práctico. Hacemos ciertas cosas porque creemos que tenemos razones para hacerlas. Por ejemplo, voy a visitar a mi abuela enferma no solo porque deseo ver a mi abuela sino porque acepto que se debe cuidar a los enfermos. Este es mi motivo para hacer lo que hice.

Por supuesto, en ocasiones tengo motivos para visitar a mi abuela y no lo hago — por pereza, por ejemplo— y el motivo no me impulsó lo suficiente. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal, las acciones relevantes son seleccionadas por los sistemas jurídicos y, por ello, se analizan los motivos siempre que ellos se materialicen en una cierta conducta relevante. Una vez que decidí, digamos, matar a una persona, esta decisión ingresa en el ámbito jurídico, y es aquí donde cobran importancia las razones que tenía para hacer lo que hice. En ese contexto, es importante determinar si el agente ha actuado por ira, por miedo, en legítima defensa, por venganza o por odio. Podemos debatir acerca de por qué el derecho ha otorgado relevancia a la ira —en la defensa de provocación o emoción violenta—, al odio —en los homicidios calificados— y no, por ejemplo, a otros motivos

²⁹ *Ibid.*, p. 8.

emocionales como la compasión, la piedad o la gratitud. Esta, sin embargo, es una discusión normativa alrededor de por qué ciertos motivos deberían contar en el derecho, en lugar de otros; y no debe confundirse esa cuestión con una discusión conceptual sobre la manera que impactan los motivos en la conducta del agente. En palabras de Kahan: “¿Expresan los delitos de odio evaluaciones más reprochables que aquellas expresadas por otro tipo de delitos violentos?”.³⁰ Esta es una discusión central para que pueda justificarse el reproche por los delitos de odio, pero no me detendré aquí en este trabajo.

III. Lo odioso de los delitos

Una vez que se despejan las dudas acerca del reproche agravado de los motivos emocionales estamos en condiciones de analizar el modo en que ellos se relacionan con los delitos odiosos. La caracterización de un crimen como odioso genera numerosos interrogantes, ¿por qué ciertos delitos nos desagradan o repugnan tanto como para calificarlos como odiosos? ¿Es admisible aumentar una sanción o disminuir garantías constitucionales por la repulsión que el hecho genera en la comunidad?³¹ Cualquier respuesta a estos interrogantes exige una caracterización básica de los rasgos paradigmáticos de los delitos odiosos, que es el propósito básico de esta sección.

En principio, puede identificarse un rasgo negativo y un rasgo positivo en la reconstrucción de los delitos odiosos. Así, por una parte, para determinar si un crimen fue odioso es irrelevante que el sujeto activo haya experimentado odio al cometer su conducta o haya decidido realizarla por el odio que le tenía a

³⁰ Kahan, “Two Liberal Fallacies in the Hate Crimes Debate”, en *Law and Philosophy*, p. 176.

³¹ En ciertas situaciones se considera que, así como los delitos con odio implican un aumento de la pena, los delitos odiosos provocan la eliminación de ciertas garantías constitucionales al identificar a quien comete este delito odioso como un “enemigo” de la sociedad. V. sobre el derecho penal del enemigo, Cancio Meliá y Díez y Gómez-Jara, *Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión*; Silva Sánchez, *Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 73. Para una breve conexión de este discurso con los delitos odiosos, V. Díaz López, *El odio discriminatorio como agravante penal: Sentido y alcance del artículo 22.4 C.P.*, pp. 68-77.

determinada —clase de— persona. En otras palabras, el delito puede ser identificado como odioso sin recurrir a las motivaciones del autor.³²

Parece importante señalar que aquellos delitos que son cometidos *por odio normalmente* nos parecen odiosos. Esta es una de las razones por las que consideramos que vale la pena identificar a los delitos por odio como una categoría especial dentro del resto de homicidios. Sin embargo, aunque “lo odioso” sea la razón por la que decidimos sancionar de modo especial los delitos de odio, esto no significa que ambas cosas sean idénticas. Que un delito haya sido cometido por odio es una discusión acerca del caso individual; es decir, de los hechos de un caso que se produce en un determinado momento y en un cierto lugar.³³ Por el contrario, la calificación de “odiosos” a ciertos tipos de delitos depende de la valoración general que haga la comunidad sobre algún caso o grupo de casos. Conforme a esta caracterización, puede haber casos de delitos cometidos con odio que sean a su vez un crimen odioso como, por ejemplo, la muerte de los tres jóvenes afroamericanos en manos del *Ku Kux Klan* en 1964 en Mississippi o el caso Zamudio. Pero, no debe olvidarse que los crímenes por odio y los crímenes odiosos pueden surgir de manera separada

Por otra parte, el rasgo positivo para identificar estos tipos de delito es el *asco, la repugnancia, la indignación, el odio o el desprecio* que la conducta del agente provoca en la comunidad. Ello significa que los delitos odiosos ofrecen una cierta *sensibilidad contextual*. Dado que las comunidades van modificando sus creencias y convicciones, lo que en un momento —*t*— nos parece odioso en otro momento diferente —*t1*— puede resultar indiferente y viceversa.³⁴

³² Cf. Díaz López, *op. cit.*, p. 73.

³³ Por supuesto, esto supone un compromiso teórico con la identificación de los estados mentales. V. : González Lagier, “Hechos y conceptos”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*.

³⁴ Aquí solo pretendo enunciar una tesis *descriptiva* sobre la diversidad de prácticas sociales en función de diferencias sociales, culturales, étnicas, etcétera. Por ejemplo, en general, en Europa la mutilación a niñas a través de la ablación del clitoris es considerado odioso, pero ello no impide que quienes adoptan un punto de vista interno a la práctica asuman en la misma un valor específico. Por supuesto, esto no implica que esa práctica y su correspondiente aspecto interno puedan ser genuinamente justificados.

El factor de repugnancia, indignación, etcétera, es lo que recoge Frederick Reamer cuando señala que los *heinous crimes* son “esa clase de delitos tan horrosos que conmueve nuestra conciencia colectiva”.³⁵ Por ejemplo, los hechos de violencia gratuita cometidas a personas especialmente vulnerables, tal como ocurrió en el caso de Andrea Yates al ahogar a sus cinco hijos de entre 6 meses y 7 años en una tina de baño.³⁶

Sin duda, el paradigma de los delitos odiosos recoge a los delitos cometidos con dolo. Pero, también podríamos asumir como odiosas —repugnantes u horribles— a situaciones imprudentes, pero suficientemente desaprensivas como para ocasionarnos un desagrado visceral. Por ejemplo, el hallazgo en Inglaterra de 39 cadáveres de migrantes dentro de un camión donde a primera vista— podría conjeturarse que quien conducía el vehículo no tenía intención de producir ese resultado.³⁷ Finalmente, este tipo de delitos se proyectan más allá de aquellos que producen un resultado mortal ya que también nos impactan como odiosos casos de abusos de menores, estafas masivas a adultos mayores o cualquier persona especialmente vulnerable, —personas con discapacidad psicosocial o intelectual, en situación de extrema pobreza, etcétera—.

El debate sobre la repugnancia es amplio y complejo ya que no solo trasciende las fronteras de la filosofía práctica, sino que también provoca constantes problemas metodológicos al entrecruzarse los planos explicativos y justificatorios.³⁸ Por ello, aquí ofreceré solo un análisis parcial a la luz de algunas ideas bien conocidas que conectan a la repugnancia con el castigo penal y señalaré que esa emoción tiene que ser cuidadosamente ponderada a los efectos de evitar un castigo penal basado en prejuicios y estereotipos.

³⁵ Reamer, *Heinous crime: Cases, Causes, and Consequences*, p.4.

³⁶ *Ibid.*, pp. 1-3.

³⁷ V. para más información: https://elpais.com/internacional/2019/10/23/actualidad/1571820020_804808.html.

³⁸ La discusión contemporánea acerca de la repugnancia se reavivó con el libro de Ian Miller, *The Anatomy of Disgust*. Kahan tomó esta obra como base para extraer ciertas consecuencias para el derecho penal. V. ara una discusión sobre ello, Kahan, *The Anatomy of Disgust” in Criminal Law*”, en *Michigan Law Review* ; Abrams, *op. cit.*, y Nussbaum, *op. cit.*

Lord Devlin, en su influyente ensayo *The Enforcement of Morals* de 1957 sostuvo que la moral de una cierta comunidad tiene que ser protegida por el derecho penal de esa sociedad y subrayó que la repugnancia que manifiestan los miembros de cierta comunidad es una razón para ilegalizar la conducta que la ocasiona. Esta emoción de la comunidad debe protegerse, bajo riesgo de disolución de los vínculos sociales, incluso cuando no se refieren a hechos dañinos.³⁹ Sin duda, las réplicas de H.L.A Hart han marcado el debate contemporáneo sobre la legitimidad del reproche penal en casos que no resultan en un daño a terceros y la conexión entre la imposición de la moral y la cohesión social.⁴⁰ Sin embargo, como respuesta al desafío de Devlin y en paralelo a los temas abordados por Hart, se consolidó una agenda de debate sobre la repugnancia, la imposición de la moral y el castigo penal. En este sentido, son méritos de Martha Nussbaum haber puesto la atención sobre el papel de la repugnancia y haber destacado que, sin una clara comprensión de esta emoción, su naturaleza y límites, el planteo de Devlin carecería de una respuesta completa.

Martha Nussbaum, siguiendo la definición dada por Paul Rozin, sostiene que la repugnancia posee un contenido cognitivo complejo centrado en la idea del *contaminante*.⁴¹ Así, la repulsión es definida como: “Repulsión a la perspectiva de la incorporación (oral) de un objeto ofensivo. Los objetos ofensivos son contaminantes; es decir, si toman contacto incluso brevemente con alimentos aceptables los vuelven inaceptables.”⁴²

Los objetos deben verse como contaminantes y no solamente como inapropiados. También deben diferenciarse de los objetos peligrosos o de aquellos que nos disgustan —*distaste*—. Para esta autora, la repugnancia se refiere a la reacción

³⁹ Cf. Nussbaum, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁰ Cf. Hart, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, en *University of Chicago Law Review*, pp. 1-13 y V. Hart, *Law, Liberty and Morality*.

⁴¹ El contenido cognitivo es un rasgo común a las emociones; sin embargo, en este capítulo no profundizaré sobre cuáles son las características de las emociones en general. Tampoco entraré en la discusión sobre cuál es la mejor manera de entender las emociones (teorías cognitivas, mecanicistas o mixtas). V. al respecto, entre muchos otros: González Lagier, *Emociones... cit.*; Manrique, *op. cit.*

⁴² Nussbaum, *op. cit.*, p. 107.

frente a la incorporación —ingesta— de una sustancia contaminante. Los objetos contaminantes se vinculan a los animales y los productos derivados de ellos, bajo la idea de que si los incorporamos nos veremos reducidos a la condición animal. También son centrales para la repugnancia la descomposición y los desechos, como son los cadáveres y las heces, ya que muestran una dimensión de mortalidad, típica de la naturaleza animal.⁴³

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

Los objetos centrales o primarios de la repugnancia son recordatorios de la vulnerabilidad y de la mortalidad animal. Pero a través de la ley del contagio todo tipo de objetos se vuelven contaminantes potenciales. La extensión de la contaminación está mediada por el trazado de límites sociales, con el resultado de que lo repugnante es sólo lo que transgrede esos límites.⁴⁴

La segunda regla por la que se amplía el uso de la repugnancia es la *ley de la similitud*. “Si dos cosas son similares, se considera que la acción que se realiza sobre una (es decir, contaminándola) afecta a la otra”.⁴⁵

⁴³ *Ibid.*, pp. 108-109. A lo largo del libro se dan numerosas razones y se describen investigaciones experimentales que la sostienen. No me detendré aquí en ellas.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 115.

⁴⁵ *Id.*

La repugnancia... es, por lo tanto, un vehículo especialmente poderoso de enseñanza social. A través de la enseñanza relativa a la repugnancia y sus objetos, las sociedades transmiten de modo potente actitudes hacia la condición animal, la mortalidad y aspectos relacionados al género y sexualidad.⁴⁶

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

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

Sin embargo, los límites entre repugnancia e indignación pueden ser borrosos ya que la repugnancia se reviste de cuestiones moralizantes. En ocasiones, los términos moralizantes parecen ocultar la repugnancia que el sujeto, supuestamente horrible, produce.⁴⁷ De ese modo, la repugnancia se presenta bajo una terminología

⁴⁶ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 120-130.

aceptable, destacando el daño que producen ciertas acciones, pero ocultando que el verdadero fundamento es una actitud de asco o repulsión.⁴⁸

Hasta aquí, siguiendo el clásico trabajo de Nussbaum, he intentado (i) ofrecer caracterización de los crímenes odiosos a partir de su naturaleza repugnante y (ii) suministrar razones para evitar utilizar a la repugnancia como base del reproche penal. Finalmente, dado que más adelante analizaré un caso de amplia repercusión por su naturaleza odiosa, también son especialmente relevantes tres ideas que introduce Nussbaum acerca de la repugnancia, los jurados —aunque podemos extender sus palabras a las y los jueces— y los homicidios abominables.⁴⁹ Estos son casos donde el jurado debe identificar si un determinado homicidio es “especialmente vil, horrible e inhumano”. La autora sostiene que a pesar de que no se mencione el término “repugnancia”, los jurados se preguntan sobre sus reacciones de repugnancia cuando deben considerar circunstancias agravantes.

- A. En este escenario, un primer problema es que el lenguaje es muy vago y abstracto y que cualquier persona podría ver a un homicidio como un hecho “vil, horrible o inhumano”, dejando abierta un importante factor de arbitrariedad al momento de la aplicación del castigo penal.⁵⁰ La autora afirma: “Es la condición de sangriento lo que suele provocar repugnancia, pero muchos homicidios especialmente viles no involucran estos rasgos y varios que los presentan resultan viles solo en el sentido que cualquier homicidio lo es”.⁵¹
- B. Otro problema es que las reacciones de repugnancia pueden verse magnificadas si el acusado no genera empatía al jurado o a la jueza o

⁴⁸ Por estas diferencias estructurales es que Nussbaum sostiene que, aunque la ira y la indignación puedan ser reacciones equivocadas o sobre situaciones equivocadas si ello se corrige puede haber un acuerdo común y pueden ser esgrimidas públicamente como razones para dar fundamento a ciertas políticas. Sin embargo, esto no sucede con la repugnancia.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 194-203.

⁵⁰ En algunos Estados de Estados Unidos esta calificación da lugar a la aplicación de la pena de muerte. No me detendré aquí en los problemas que identifica Nussbaum sobre este punto.

⁵¹ *Ibid.*, p. 195.

juez.⁵²; “[...] las apelaciones a la monstruosidad y a la repugnancia del delito del criminal distancian al jurado del acusado, al pedirle que lo vea absolutamente como un ‘otro’. Tales apelaciones pueden entrar en colusión con prejuicios previos de modo infortunado, alentando la demanda de un castigo extremo”.

- C. La repugnancia impulsa a dudar de la capacidad mental del individuo. Esta dificultad se vincula de manera directa con el contenido cognitivo de la repugnancia ya que coloca al objeto de la repugnancia a la distancia y traza un límite. “Le imputa al objeto ciertas propiedades que hacen que ya no sea miembro de la propia comunidad o mundo del sujeto, sino una especie de cosa extraña [...] A menudo nos decimos que los que perpetran horribles males son monstruosos, que no se parecen a nosotros en ningún sentido”.⁵³

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

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

IV. Emociones y estereotipos

Como hemos visto anteriormente, las emociones inciden en nuestro comportamiento. Ellas se conectan de manera interna con nuestros deseos y nos proporcionan

⁵² *Id.*

⁵³ *Ibid.*, p. 196.

razones —aunque no siempre sean buenas razones— para nuestras acciones. Pero, al margen de esta conexión directa entre emociones y *determinantes internos* de las acciones, las emociones inciden de diversa manera en la formación y reproducción de los estereotipos, que pueden ser vistos como *determinantes externos* de nuestra conducta.

Sin duda, las emociones promueven ciertas generalizaciones que cristalizan una determinada forma de representar —acertada o erróneamente— la realidad. Por ejemplo, la *repugnancia* estaba en la base de la propaganda nazi para presentar a los judíos como seres blandos, pegajosos, receptivos de fluidos y afeminados, o como seres a medio camino entre animales y humanos.⁵⁴ A su vez, la conexión entre emociones y estereotipos se manifiesta en el modo en que evaluamos a ciertas personas. Así, ciertas acciones nos repugnan tanto, que catalogamos a quienes las realizaron como seres distintos a nosotros —“monstruos”, “bestias”, “animales”—. Por ejemplo, Juan Carlos Hernández Bejar y Patricia Martínez Bernal fueron llamados por la prensa los “monstruos de Ecatepec” cuando se descubrió que habían cometido homicidios —incluido el de una niña de 10 años— y que además no solo les infligían a sus víctimas tormentos abrumadores —violaciones, mutilaciones, etcétera— sino que también ocasionalmente incurrían en prácticas caníbales.

¿En qué medida está justificado atribuir responsabilidad penal cuando nuestras emociones se entrelazan con los estereotipos? Aquí solo esbozaré un esquema de respuesta a esta interrogante. La idea que sostendré es que incluso en aquella versión en la que se puede rescatar aspectos positivos de esta especie de generalizaciones, su incorporación en una decisión judicial es problemática. Defenderé la idea de que, quienes juzgan en ningún caso estarán autorizados a utilizar estereotipos, incluso cuando ellos se apoyen en una base estadística o sean “estereotipos sostenibles”.⁵⁵

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 130-138.

⁵⁵ V. para un desarrollo del vocabulario y discusión general sobre el tema, Arena, “La domesticación de los estereotipos. Algunas consideraciones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio”, en *Pensar la Prueba*, pp. 23-50; Arena, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los

Siguiendo a Federico Arena, es necesario distinguir entre estereotipos normativos y descriptivos.⁵⁶ En gran medida, la distinción entre ambas categorías depende del modo en que se articula la relación entre el lenguaje y el mundo. En un famoso ensayo, Anscombe señala que la diferente “dirección de ajuste” entre mundo y lenguaje es crucial para comprender qué distingue a las normas de las descripciones.⁵⁷ Al respecto, Moreso y Vilajosana señalan que

[...] las aserciones tienen una dirección de ajuste *palabra-a-mundo*, las prescripciones tienen una dirección de ajuste *mundo-a-palabra*. Tal vez así se comprenda que las aserciones puedan expresar el contenido de *creencias*, mientras las prescripciones expresan el contenido de *deseos*. Expresar el contenido de una creencia es un requisito para que una emisión lingüística sea apta para la verdad. El contenido de un deseo, por el contrario, no trata de representar cómo es el mundo, sino cómo debe ser el mundo. En este sentido, mientras las aserciones son aptas para ser verdaderas o falsas, las prescripciones están en condiciones de ser eficaces o ineficaces: eficaces si el mundo llega a ser de la manera que ellas establecen o ineficaces en el caso contrario.⁵⁸

Conforme a esta idea, el componente normativo de ciertos estereotipos se muestra en el ajuste que se pretende en la atribución de una determinada categoría. En este caso, la “dirección de ajuste” va desde el grupo social al estereotipo. Es decir, los individuos *deben* ajustar su comportamiento para incorporarse a un determinado estereotipo que le corresponde.⁵⁹

Los *estereotipos normativos* establecen pautas, más o menos rígidas, acerca del papel —rol— que una determinada categoría de personas deben asumir.⁶⁰ El estereotipo normativo, además de incluir a los individuos en una categoría, le asocia

estereotipos”, en *Derecho y Control*; Arena, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, pp. 51-75.

⁵⁶ V. los títulos de Arena mencionados en la n. 55, para el desarrollo de las nociones que se desarrollan a continuación.

⁵⁷ V. Anscombe, *Intención*.

⁵⁸ Moreso y Villasajona, *Introducción a la teoría del derecho*, pp. 64-65.

⁵⁹ Cf. Arena, “Los estereotipos...cit”.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 64.

ciertos papeles o pautas que los individuos pertenecientes a la clase deben cumplir.

Estos estereotipos poseen dos características. Ellos son convencionales y constitutivos.⁶¹ Estos estereotipos, cuando son internamente aceptados por los miembros del grupo, ayudan a determinar la identidad del grupo. En este caso, la actitud crítico-reflexiva de los miembros de la comunidad muestra un modo de reconocer que un grupo de individuos *cuenta como* —pertenecen a— una determinada clase. Desde un punto de vista convencional, nadie cuenta “realmente” como miembro de un determinado grupo si no reúne las características que señala el estereotipo. Quienes se apartan de ese estándar no son vistos como desobedientes sino como “ajenos” a esa comunidad.

Es necesario destacar, que al igual que ocurre con cualquier pauta social, los estereotipos pueden verse no solo desde un aspecto interno, que se produce cuando los participantes de la práctica aceptan las reglas que constituyen y reproducen el estereotipo. Más bien, un estereotipo normativo puede ser opresivo en dos sentidos: el primero, en sentido externo, “cuando se intenta imponer a un grupo un estereotipo externamente convencional”.⁶² Un ejemplo de este tipo de opresión es la noción de que: “las mujeres deben hacerse cargo del hogar”; pero puede ocurrir que una cierta persona, llamémosle Flavia, que se identifica como mujer no quiere hacerse cargo de las tareas domésticas. Por eso su comportamiento es identificado como “desajustado” dada su pertenencia al grupo de las mujeres y, en segundo lugar, en sentido interno, es opresivo “cuando se intenta imponer a un individuo, miembro del grupo, un estereotipo internamente convencional”. En la medida en que el estereotipo impone un papel a desempeñar, los miembros del grupo asumen esa función y obtienen en su participación una “recompensa”, pero los fracasos en el desempeño de un papel —rol— tienen consecuencias desagradables, que *determinan* a cumplir la función. Pueden tener esa fuerza incluso frente a —o en contra de— otras motivaciones independientes del agente. Así, como recuerda Von Wright,

⁶¹ No elaboraré estas categorías, para ello Cf. ,el desarrollo de Arena, *op. cit.*

⁶² *Ibid.*, p. 72.

[...] un componente esencial de este enfoque es que los roles cuenten con un aura de presión normativa, que cuando sea preciso, haga a la gente cumplir con su papel – quizá un tanto “contra su voluntad”, pero aun así de acuerdo con sus deseos, no sea que a uno le caiga encima algo desagradable.⁶³

En conclusión: “El problema con los estereotipos se presenta entonces cuando imponen una elección normativa identitaria a un grupo o a un individuo que la resiste, afectado así su propia identidad o autonomía”.⁶⁴ Los denominados *estereotipos descriptivos* pretenden ofrecer cierta información acerca del mundo y atribuyen ciertas propiedades a un determinado grupo. La dirección de ajuste en este caso va desde el estereotipo al grupo; es decir, el estereotipo sería falso si es que la característica atribuida no se verifica en el grupo estereotipado, aunque ello no quiere decir que todos los miembros del grupo la posean —o la posean en igual grado—. En palabras de Arena: “Desde el punto de vista cognitivo, aun cuando el estereotipo sea correcto respecto del grupo, no tiene sentido mantenerlo frente a un individuo que demuestra no satisfacerlo, salvo que tengamos otras razones para dudar de nuestra capacidad perceptiva actual”.⁶⁵

Parece claro que se puede distinguir entre una dirección de ajuste general y otra individual de los estereotipos. La general se refiere al estereotipo respecto del grupo y la individual apunta a la corrección que existe entre la utilización del estereotipo y la persona individual que pertenece a la clase asociada al estereotipo. En el caso de que no se dé la primera, dirección de ajuste, presiona para abandonar la utilización del estereotipo y en caso de que no se dé la segunda, dirección de ajuste individual, surge una presiona para que abandonemos la utilización del mismo sobre el sujeto particular.⁶⁶

Así los estereotipos descriptivos pueden evaluarse conforme a si tienen o no tienen apoyo estadístico. Si hay datos estadísticos que refutan el estereotipo o que no

⁶³ Von Wright, “Determinism and the Study of Man”, en *Philosophical papers of Georg Henrik von Wright*, p.48.

⁶⁴ Arena, “Los estereotipos...cit”, p. 72.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 58.

⁶⁶ *Id.*

tienen apoyo estadístico pueden considerarse *falsos*; o se consideran insostenibles cuando no existen datos estadísticos para evaluar la verosimilitud del estereotipo. Por otro lado, un estereotipo puede considerarse sostenible cuando existe un apoyo estadístico que asocia a los miembros de un grupo una determinada característica que efectivamente posee, aunque haya algunos miembros del grupo que no posean la característica.⁶⁷

Ahora, analizaré un caso de gran relevancia en Argentina, con las herramientas dadas por la caracterización de los estereotipos en general y la emoción de la repugnancia como factor de presión para la utilización del estereotipo.⁶⁸

V. La presión de lo odioso sobre el odio

En esta sección sostendré que para una correcta aplicación de la agravante por odio no basta que un delito sea odioso —es decir, que la comunidad o las personas que juzgan reaccionen con repugnancia— sino que es preciso dar primacía a los estados mentales que determinaron la conducta del agente.⁶⁹

Para ejemplificar este riesgo de deslizarnos desde los delitos odiosos a los delitos por odio utilizaré un caso importante en Argentina, el llamado *Caso Sacayán*. Este caso es trascendente, entre otras cosas, porque reunió un amplio conjunto

⁶⁷ *Id.* El problema de utilizar estereotipos sostenibles como fundamento de las decisiones judiciales posee el mismo problema de la prueba estadística. Los grandes problemas (aunque no los únicos) de este tipo de razonamiento para las decisiones judiciales son lo que se llama la clase de referencia; es decir para tomar una decisión un cierto caso o individuo se puede caer bajo diversas clases de referencias, por ejemplo, el de ser una mujer travesti, o el de ser militante o ser una persona nacida en provincia de Buenos Aires y la “*naked statistics evidence*”. Para una reconstrucción de los problemas vinculados a la prueba estadística, Cf. <https://plato.stanford.edu/entries/legal-probabilism/>; Enoch *et al.*, “Statistical evidence, sensitivity, and the legal value of knowledge”, en *Philosophy & Public Affairs*, pp. 197-224; Enoch y Fisher, “Sense and sensitivity: Epistemic and instrumental approaches to statistical evidence”, en *Stanford Law Review*, pp. 557-611.

Un estereotipo sostenible apuntala en el mejor de los casos que una persona que posee tal característica tiene una x probabilidad de que posea también la otra característica asociada al estereotipo.

⁶⁸ El mismo ejercicio podría trasladarse a otros casos en diferentes lugares.

⁶⁹ Creo que también es una razón para que el legislador escoja un sistema donde los estados mentales son relevantes. Sin embargo, no argumentaré aquí sobre este punto. Para ello, V. Manrique, “Delitos...*cit*”.

de características que generaron una enorme repercusión.⁷⁰ Por ejemplo, Diana Sacayán, era una reconocida militante del colectivo LGTBI y su muerte fue rápidamente asociada a esa trayectoria personal de la víctima. Desde un punto de vista jurídico, el caso es notable porque en la sentencia condenatoria —considerada por muchos agentes sociales como trascendente o histórica— se aplica por primera vez en Argentina la agravante de odio a la identidad género, acuñándose para estas circunstancias específicas, el término “travesticidio”.⁷¹

Diana Sacayán fue asesinada en su domicilio el 11 de octubre de 2015. Su cuerpo fue hallado amordazado y atado de pies y manos. En el lugar de los hechos se encontró una tijera, un martillo y un cuchillo ensangrentado con hoja de 20 cm, que había sido utilizado en el homicidio. La víctima presentaba heridas punzo cortantes. Luego de casi tres años de proceso, el 18 de junio de 2018, Gabriel David Marino fue hallado responsable de la muerte de Sacayán y condenado por el delito de homicidio doblemente agravado por el odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género.⁷²

En la reconstrucción del caso, en el voto mayoritario —formado por el pronunciamiento de los magistrados Calvete y Báez— se encuentra no sólo una

⁷⁰ La repercusión mediática (prensa y redes sociales) puede apreciarse fácilmente en internet. Por ejemplo, la expresión “Diana Sacayán” está asociada en Google a más de 30.000 resultados, la mayoría de los cuales fueron publicados entre el momento de su homicidio y los meses posteriores a la condena de Marino. En México, aunque los delitos cometidos por odio no están regulados, podría verse la incidencia de lo odioso en casos como el de los llamados “Monstruos de Ecatepec” donde una pareja fue condenada a 327 años de prisión por haber cometido 7 femicidios entre otros delitos. La pareja violaba, degollaba, desollaba y descuartizaba a sus víctimas para, en algunas ocasiones, comérselas. Independientemente de que los hechos sean calificados como femicidio, el rechazo y desagrado que generaron en la prensa y la comunidad en general puede advertirse no solo por lo escabroso de los relatos sino también por el calificativo de “monstruos” con los que lo identificaban tal como afirmaba en párrafos anteriores Martha Nussbaum. V. para más información <https://www.eluniversal.com.mx/tag/monstruo-de-ecatepec> https://elpais.com/internacional/2019/06/19/mexico/1560977540_259019.html

⁷¹ La sentencia luego fue revocada por la Cámara de Casación por entender que el hecho no había sido cometido con odio, pero confirmaron la condena por otra de las agravantes del código penal argentino, cuando mediere violencia de género.

⁷² La sentencia del Tribunal Oral Núm. 4 de la Ciudad de Buenos Aires fue firmada por Adolfo Calvete como presidente del Tribunal y los vocales Julio Báez e Ivana Bloch. Sin embargo, la magistrada Bloch disiente del encuadre jurídico ofrecido por sus colegas, negando que, en este caso, hubiese bases suficientes para aplicar la agravante de odio a la identidad de género. La sentencia es extensa y se debaten un gran número de cuestiones que no trataré aquí.

presentación de “datos brutos” sino que se realizan algunas afirmaciones que van más allá de la mera descripción de la información sobre la cual se juzgará el caso. Algunas de esas afirmaciones eran, por ejemplo, que la víctima⁷³ “Presentaba certeros signos de haber sido víctima de un hecho cometido con un alto grado de violencia, lo que fue ratificado, luego, con el informe de autopsia”, o que las lesiones infringidas a Diana Sacayán fueron de “extrema brutalidad, insensibilidad y, por su pluralidad y especificidad, dirigidas a marcar el rasgo específico típico del odio”.⁷⁴

A pesar de la contundencia de estas afirmaciones no hay en la descripción de los hechos un criterio que permita determinar el “alto grado” de violencia y tampoco se encuentra en los fundamentos de sus votos nada que explique las razones del homicidio —el odio—. Así, por ejemplo, el tribunal no se preocupa en mostrar por qué las lesiones que presentaba Sacayán son muestra de una violencia cualitativamente diferente a otros hechos cometidos con la misma arma. De igual modo, no queda claro a qué se refiere el tribunal cuando afirma que, “las circunstancias del contexto y modo de comisión del hecho permitieron suponer” que el homicidio estuvo determinado por la condición de mujer trans de la víctima.⁷⁵

Para el magistrado Calvete, la manifestación más evidente del odio a una persona travesti es mediante las lesiones que se provocan en la víctima. A su vez, para el magistrado Báez, que se haya matado a Sacayán en su hogar y el lugar de la casa donde estas fueron realizadas —el dormitorio— no solo muestra que hubo odio en la conducta de Marino, sino que también prueba que él quería matar a Diana por pertenecer y militar en el colectivo travesti. A continuación, señalaré brevemente algunos problemas de las ideas de ambos magistrados.⁷⁶ Aquí solo me detendré en lo que es relevante para la idea que pretendo mostrar. Esto es, que la

⁷³ Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Núm. 4 de la Capital Federal (Argentina). Sentencia dictada 18/06/2018. Fecha de los fundamentos 06/07/2018. Causa número: 62.162/2015. En adelante: STO N°4, 2018, 3. Sentencia Completa Disponible en <https://fislem.org/wp-content/uploads/2019/04/Fallos-Sacayan.pdf>.

⁷⁴ STO N°4, 2018, p. 175.

⁷⁵ *Ibid.*, p.3.

⁷⁶ En otro lugar desarrollé una reconstrucción y crítica más detallada a sus argumentos (Cf. Manrique, “¿Debe probarse el odio? Consideraciones acerca de la sentencia del caso Diana Sacayán”, en *Quaestio*

utilización de estereotipos no es adecuada en las decisiones judiciales, incluso en aquellos casos donde se posee un estereotipo con base cognitiva.

Para el juez Calvete, el odio de Marino se muestra en el método elegido para causar la muerte, ya sean los golpes como así también el arma blanca para ocasionarle el deceso. Se resalta el hecho de que Diana recibió trece puñaladas en distintas partes del cuerpo y con diferente profundidad, de las cuales dos de ellas fueron mortales. También se destacan los diferentes golpes recibidos en los brazos, en el rostro y en otras partes del cuerpo junto a cierta asfixia generada por las ataduras tipo mordaza. Para este magistrado, esos rasgos específicos son la muestra de que el homicidio fue cometido con odio hacia la identidad de género —travesti—. Pero no hay un análisis que pretenda mostrar el estado mental de Marino al momento de cometer el homicidio. Como muestra de esta despreocupación, los fundamentos de la sentencia solo se refieren a las pericias psicológicas destinadas a probar que el sujeto comprendía la criminalidad del acto y estaba en condiciones de someterse al juicio.⁷⁷

Por supuesto, como una cuestión de hecho, también podría haberse establecido que Marino en general odiaba a cierta clase de personas —por ejemplo, las personas travestis—, pero ello todavía sería insuficiente para justificar que Marino mató a Diana Sacayán *por el odio* que poseía a esa clase de personas. Es decir, para que el tribunal pueda aplicar correctamente la norma del 80 inc. 4 del código penal argentino debería mostrar que Marino mató a Sacayán *por el odio* que sentía y que la razón de este odio estaba ocasionada por la identidad de género de Sacayán. En la sentencia se echa en falta un análisis más pormenorizado sobre las razones para fundamentar ambas tesis.⁷⁸ El hecho de que, al menos en los fundamentos

Facti, pp. 411-441.. Tampoco me detendré aquí en el análisis del voto en disidencia de la Magistrada Ivana Bloch.

⁷⁷ STO N°4, 2018, pp. 191-192.

⁷⁸ También podría suceder que Marino odiase a Diana Sacayán por alguna razón diferente a su identidad de género y que la matase por ello. Esto sería irrelevante para agravar su conducta. Nuestro código penal limita las razones por las cuales el odio es considerado una agravante. Así, por ejemplo, el odio entre Montescos y Capuletos en la tragedia de Shakespeare sería irrelevante para agravar la conducta. V. para una discusión de por qué el Estado elige ciertos motivos Díaz López, *op. cit.*; Kahan, “Two Liberal Fallacies...*cit*”.

de la sentencia, no surja un claro interés por el estado psicológico de Marino, o por mostrar que él ya había realizado otras conductas explicadas por el odio, da una pauta de que Calvete no consideró como relevante el efectivo estado mental del sujeto al momento de actuar. En resumen, aunque está claro que Marino mató a Sacayán, el argumento del tribunal es insuficiente para mostrar que lo hizo *por odio* a la identidad de género.

Conforme al argumento de Báez, el odio de género se muestra no solo en que el homicidio fue cometido en el hogar de la víctima, sino que le añade valor negativo que el hecho se haya producido, al menos en parte, en la habitación de la víctima. Existen dos problemas vinculados entre sí y relacionados con las máximas de experiencia que Báez parece haber incorporado en su argumento y que tienen por función conectar el hecho de la muerte y el motivo por odio.⁷⁹ En primer lugar, no existe una explicitación de las máximas tenidas en cuenta acerca de la experiencia.⁸⁰ Esta carencia hace más difícil el control de su razonamiento. Dado que esas máximas pueden fundarse en leyes científicas, leyes probabilísticas, meras generalizaciones, estereotipos o prejuicios de diferente clase, sin una explicitación de ellas no podemos estar seguros de a qué ámbito pertenecen las utilizadas por el magistrado e identificar el mejor modo de controlarlas o corregirlas.

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

⁷⁹ V. Tuzet, *Filosofía della prova giuridica*, cap. XVI.

⁸⁰ Las máximas de la experiencia plantean problemas o discusiones centrales por sí mismas. No me detendré aquí en este punto. V. Tuzet, *op. cit.*

una máxima opuesta que afirma que ciertos homicidios de odio suelen producirse en descampados y contra personas que el victimario no conocía.

Finalmente, el voto mayoritario parece asumir que Marino sentía repugnancia por la identidad travesti de Sacayán y que, por esa razón, despliega su odio de manera brutal. De esta manera, la repugnancia que el tribunal siente por el hecho —que algunos medios calificaron como una “exhibición de atrocidad”—⁸¹ se “proyecta” y se convierte en la base para señalar que Marino actuó por su odio a una identidad que le resultaba repulsiva.

Así, el magistrado Báez afirma que está convencido de que el odio a la identidad de género se puede encontrar en “su abominación sobre el cuerpo transexual de Sacayán”. Como prueba de su tesis ofrece un excursus sobre el cuerpo como entidad social, cultural y política, afirmaciones sobre el modo en que la sociedad patriarcal influye e incorpora sus normas, estereotipos y expectativas a través de los cuerpos de hombres y mujeres, etcétera. En este panorama, la cosificación del cuerpo femenino y transexual forman parte de las relaciones de dominio que propone el patriarcado.⁸² Para el magistrado, Marino formaba parte de este entorno “cosificador” porque se abastecía de manera cordial con quienes le suministraban dinero, pero reaccionaba con odio ante la negativa a otorgarle ese suministro; este odio se potenciaba por la pertenencia de Diana Sacayán al colectivo donde militaba.⁸³ Báez afirma que Marino, de alguna manera, cosifica a las personas porque se relaciona con ella con el interés de beneficiarse económicamente.⁸⁴ El juez concluye sus argumentos afirmando que:

La precariedad en las normas de género se ve de manera palmaria en la tirria que Marino evidenció por Sacayán al momento del suceso. Este extremo se corresponde

⁸¹ Infobae lo identificó como una “exhibición de atrocidad”. Disponible en <https://www.infobae.com/sociedad/2016/11/09/diana-sacayan-los-aberrantes-dichos-de-su-novio-que-ira-a-juicio-por-asesinarla/>

⁸² Cf. STO N°4, 2018, pp. 200-204. De nuevo, creo que las afirmaciones de este vocal incluso cuando son verdaderas, son irrelevantes para el cuerpo de una sentencia.

⁸³ *Ibid.*, p. 203.

⁸⁴ Esto parece verosímil, según surge de los testimonios incorporados en la causa. Sin embargo, ello muestra que Marino instrumentalizaba a las personas en general, y no solo a aquellas que pertenecen a un colectivo determinado; tampoco muestra que odiase ni a las personas en general ni a un colectivo en particular.

con el burdo y petiso escalón de la deficiencia en que viven las integrantes del colectivo transexual quienes están expuestos a un elevado riesgo de maltrato, de patologización y violencia (Butler...)

La inmediatez permitió demostrar... que Marino efectivizó un ataque compartido contra una mujer que...se afiliaba en un segmento de la población de vida precaria y subyugada, donde el compromiso institucional de cuidado se ha vuelto laxo, desatendido y con una exposición a la muerte o a la desaparición prematura que puede asemejarse a una suerte de racismo sistemático o abandono calculado (Butler...).⁸⁵

Tal vez, algunas de estas asunciones pueden explicarse —aunque no justificarse—⁸⁶ por el objetivo de proteger a un colectivo que ha sido históricamente y, sigue siendo, muy vulnerable. El juez afirma que las personas trans/travestis cuando mueren asesinadas, mueren más jóvenes que el resto de personas y también son asesinadas brutalmente, por cuestiones de odio más a menudo que el resto.⁸⁷ Estas serían dos máximas de la experiencia basadas en estereotipos descriptivos asumidos por el magistrado. Sin embargo, el argumento así entendido tiene dos tipos de problemas. En primer lugar, el estereotipo no es sostenible. Existe una idea generalizada de que las mujeres trans/travestis tienen un promedio de vida de 35 años, sin embargo, esto es equivocado. La confusión surgió del informe de la CIDH en la que se analiza los casos de 594 homicidios cometidos contra algún miembro —o persona que se percibió como miembro— de la comunidad LGBTI; en donde 282 de los homicidios eran sobre personas trans/travestis y el 80 % de ellas tenía menos de 35 años al momento de morir. Ello muestra que las mujeres

⁸⁵ STO N° 4, 2018, pp. 203-204. El voto del magistrado en lo que respecta al fundamento del agravante por odio de género continua algunas páginas más. Sin embargo, no creo que el contenido de las páginas siguientes añada algún dato positivo para justificar la sentencia. Así, por ejemplo, no es relevante las acciones de eugenesia que realizaban los nazis, o si el magistrado escribió un artículo afirmando la igualdad de los derechos y tolerancia [sic] que debemos predicar hacia el colectivo trans, o si hay un derecho procesal de dos velocidades, o la utilidad del lenguaje natural.

⁸⁶ Para la diferencia entre explicación y justificación, véase: Hempel, *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, p. 332 y ss.

⁸⁷ V. el informe de la CIDH párr. 16. Al resaltar este malentendido no quiero negar de ninguna manera que el colectivo LGBTI, en particular los colectivos trans/travestis, sean especialmente vulnerables. Para el desarrollo de esta idea, Cf. <https://magnet.xataka.com/preguntas-no-tan-frecuentes/personas-trans-no-tienen-esperanza-vida-inferior-a-35-anos-digan-medios>.

trans/travestis, cuando son asesinadas en general tienen menos de 35 años, pero no que el promedio de vida general sea de 35 años. Por ello, en el caso de Sacayán creo que se utiliza un estereotipo pretendidamente con base estadística pero falso. Esto es, que las personas travestis tienen un promedio de vida de 35 años y que cuando mueren su muerte es resultado de un delito de odio.

La otra cuestión es que incluso si el estereotipo hubiese tenido base estadística no se da la dirección de ajuste individual en el caso particular de Diana Sacayán. La información dada por un estereotipo sostenible no sustituye una tarea fundamental para la justificación de una decisión: el juez tiene que mostrar que esa generalización también es verdadera para el caso individual de la muerte de Diana Sacayán.⁸⁸ Sin embargo, el argumento parece asumir que la generalización encierra una verdad innegable. Lo anterior, se argumenta del siguiente modo: las personas trans/travestis mueren jóvenes; cuando son asesinadas —que es una importante razón por la cual mueren jóvenes—, se debe a cuestiones de odio; dado que Sacayán era una mujer travesti, entonces murió asesinada por cuestiones de odio.

En primer lugar, la utilización del estereotipo sin corroboración perjudica al imputado que se le acusa del hecho más grave sin que tenga posibilidad de mostrar lo contrario. Es decir, por el modo en que está estructurado el argumento, Marino no podría mostrar que, aunque Diana fuera una mujer travesti él la mató por otra razón. Además, posee todos los problemas teóricos que tiene la atribución de responsabilidad basada en prueba estadística. Primero, el denominado problema “clase de referencia”, Diana era más que una mujer travesti e incorporarla a una sola de las categorías a las que pertenecía carece de finesa conceptual. Ella era, entre otras cosas, una dirigente política, militante, indigenista, ciudadana argentina, tucumana de origen, candidata a defensora del pueblo por la Matanza, etcétera. Por otro lado, posee el problema del denominado “*naked statistics evidence*”.⁸⁹

⁸⁸ V. para la distinción y su diferente dirección de ajuste de estereotipos descriptivos y normativos, Arena, *op. cit.*; Arena, “Algunos criterios...*cit.*”.

⁸⁹ La discusión sobre prueba estadística es inmensa y no pretendo reconstruirla aquí, más allá de este comentario intuitivo. Para ello, además de la literatura citada en la n. 67, V. véase: Shafer, “The Construction of Probability Arguments” en *Probability and inference in the law of evidence: the uses and limits of bayesianism*;

En síntesis, el problema central del voto mayoritario es que no se plantean siquiera la posibilidad de que la repugnancia y el odio son estados mentales específicos que deben ser probados en el caso particular; es decir, que era preciso mostrar que Marino odiaba a Diana Sacayán por el género al que pertenecía. Ahora bien, teniendo en mente la categoría de delito odioso es que se pueden entender algunas de las afirmaciones del magistrado Báez. Por ejemplo: “Estoy persuadido que el odio a la identidad de género denotado por el encartado podemos hallarlo en su *abominación* sobre el cuerpo transexual de Sacayán”.⁹⁰ Por supuesto, el fin del argumento del magistrado es mostrar que Marino odiaba a Diana, pero tanto esfuerzo en adjetivar durante todo su voto y el desentendimiento de los aspectos mentales del imputado podría explicarse por el desagrado que le genera el imputado y el hecho cometido por él. De todas maneras, aunque podría ponerse en duda si el hecho de Marino fue un delito odioso, es importante destacar que el código penal argentino no castiga de mayor manera el homicidio por el impacto o la conmoción que este generó en la comunidad.⁹¹

VI. Conclusiones:

¿Por qué distinguir el odio de lo odioso?

A lo largo de este trabajo he intentado mostrar que el odio, al igual que otras emociones, juega un papel importante en el modo en que actuamos y que, con frecuencia, no podemos conocer qué hace un agente sin dar cuenta de sus motivaciones emocionales. Por esta razón, el reproche agravado en los términos establecido en un delito *por* odio —racial, religioso, etcétera— ofrece un punto de

Cohen, *An introduction to the philosophy of induction and probability*; Cohen, *The probable and the provable*; Tillers y Green, *Probability and Inference in the Law of Evidence: The uses and limits of Bayesianism*.

⁹⁰ Cf. STO N°4, 2018, p. 200.

⁹¹ En Brasil, por ejemplo, existe una enumeración de ciertos delitos como “crímenes hediondos” por ejemplo la explotación sexual infantil. Ser calificado como tal genera sanciones más graves y la limitación de ciertas condiciones en la ejecución de la pena (fianza, libertad condicional, ser amnistiado, etc.).

Creo que esta idea también podría utilizarse en el caso más reciente de los rugbiers en Villa Gesell. La indignación que generó en la comunidad el hecho de que 10 jóvenes jugadores de rugby, educados y adinerados mataran a golpes a la salida de una discoteca a un joven humilde y trabajador. V. para más información <https://www.pagina12.com.ar/395589-los-rugbiers-que-mataron-a-fernando-baez-sosa-por-un-trago-d>.

partida tentador para fundar un reproche agravado frente a delitos odiosos. La repugnancia que nos genera esos crímenes —especialmente cuando se trata de homicidios— puede presionar para atribuir a los autores las responsabilidades más graves. Dado que la magnitud del crimen se percibe de manera distinta, también esperamos que el castigo sea cualitativamente diferente. Sin embargo, como nuestro sistema penal no recoge a la repugnancia o conmoción social como factor agravante es tentador —como ocurre en el *Caso Sacayán*—tratar de encuadrar al crimen repugnante como un delito en el que el autor fue motivado por el odio.

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

He sostenido que la repugnancia es una mala guía por varios motivos: porque no orienta bien respecto del peligro genuino; porque está atada a formas irracionales de pensamiento mágico y, sobre todo, por ser altamente maleable en términos sociales y muy a menudo utilizada para atacar a individuos y grupos vulnerables.⁹²

En resumen, la conexión entre estereotipos, repugnancia y el reproche de crímenes odiosos merece una cuidadosa atención porque, en ocasiones, la división entre “lo normal” y “lo repugnante, desagradable, abominable o monstruoso”; y también entre aquello que “nosotros” hacemos y los que “solo un animal o un monstruo puede realizar” podría estar teñido por prejuicios y puntos de vistas irracionales.

Quedan pendientes varios argumentos sobre las que se podría insistir y que aumentan las razones elaboradas hasta aquí, pero a continuación se mencionan para que puedan retomarse en trabajos futuros:

- La dificultad central de quienes hacen colapsar el odio de lo odioso es que confunden la idea de castigo justo con el castigo popular.⁹³

⁹² Nussbaum, *op. cit.*

⁹³ Cf. Hurd y Moore, *op. cit.*, p. 1112.

- Independientemente de que la repugnancia sea central para identificar algo como odioso es una emoción que parece arbitraria, también hay razones para que el evaluador tome decisiones basada en las razones y no en sus emociones. Una decisión para estar justificada debe estar basada en razones justificativas y no en las emociones del evaluador.⁹⁴

Bibliografía

Abrams, K., “Fighting Fire with Fire: Rethinking the role of disgust in hate crimes”, *California Law Review*, 90, 2002, pp. 1423-1464.

Anscombe, G. E. M., *Intención*, Paidós, Barcelona, 1991.

Arena, F. J., “La domesticación de los estereotipos. Algunas consideraciones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio. ”, *Pensar la Prueba*, 2, 2021, pp. 23-50.

_____, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos”, en Risso, V. y Pezzano, S. (eds.) *Derecho y Control* (2), Ferreyra Editor, Córdoba, 2019.

_____, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 2017, pp. 29, 51-75.

Brax, D., “Motives, Reasons, and Responsibility in Hate/Bias Crime Legislation”, *Criminal Justice Ethics*, 35, 2016, pp. 230-248.

Cancio Meliá, M. y Díez y Gómez-Jara, C. (eds.), *Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, 2006.

⁹⁴ V. González Lagier, *Emociones sin sentimentalismo*.

- Cohen, L. J., *The probable and the provable*, Clarendon Press, Oxford, 1977.
- , *An introduction to the philosophy of induction and probability*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1989.
- Díaz López, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal: Sentido y alcance del artículo 22.4 C.P.*, Civitas, Madrid, 2013.
- Enoch, D., y Fisher, T., “Sense and sensitivity: Epistemic and instrumental approaches to statistical evidence”, *Stanford Law Review*, 67, 2015, pp. 557-611.
- Enoch, D., Spectre, L F, y Fisher, T., “Statistical evidence, sensitivity, and the legal value of knowledge”, *Philosophy & Public Affairs*, 40, 2012, pp.197-224.
- Fuentes Osorio, J. L., “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, 2017, pp. 1-52. González Lagier, D., “Hechos y conceptos”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15, 2007, pp. 1-11.
- , *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009a.
- González Lagier, D., “Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones”, *Doxa*, 32, 2009b, pp. 439-458.
- , *Emociones sin sentimentalismo*, Palestra, Lima, 2021. Hempel, C. G., *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Paidós, Barcelona, 2005 [1965].
- Hart, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1982.

- _____, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, *University of Chicago Law Review* 35, 1967, pp. 1-13.
- Hurd, H. M., y Moore, M. S., “Punishing Hatred and Prejudice”, *Stanford Law Review*, 56, 2004, pp. 1081-1146.
- _____, “Two Liberal Fallacies in the Hate Crimes Debate”, *Law and Philosophy*, 20, 2001, pp. 175-193.
- Kahan, D. M., “The Anatomy of Disgust” in Criminal Law”, *Michigan Law Review*, 96, 1998, pp. 1621-1657.
- Kahan, D. M., Nussbaum, M. C., “Two Conceptions of Emotion in Criminal Law”, *Columbia Law Review*, 96, 1996, pp. 269-374.
- Manrique, M. L., “Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones”, *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39, 2016, pp. 289-304.
- _____, “Delitos de odio y motivos emocionales”, *Análisis Filosófico*, 39, 2019, pp. 191-220.
- _____, “¿Debe probarse el odio? Consideraciones acerca de la sentencia del caso Diana Sacayán”, *Quaestio Facti*, 2, 2021, pp. 411-441.
- Mathis, S., “Motive, Action, and Confusions in the Debate over Hate Crime Legislation”, *Criminal Justice Ethics*, 37, 2018, pp. 1-20.
- Miller, W. I., *The Anatomy of Disgust*, Harvard University Press, Cambridge-Londres, 1998.
- Miró Llinares, F. D., *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017.

Moreso, J. J., y Vilajosana, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

Nussbaum, M. C., *El ocultamiento de lo humano: Repugnancia, vergüenza y ley*, Katz, Buenos Aires, 2006.

Reamer, F. G., *Heinous crime: Cases, Causes, and Consequences*, Columbia University Press, Nueva York, 2005.

Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. T.I, Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1997.

Sancinetti, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción: Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Shafer, G., "The Construction of Probability Arguments", en Tillers, P. y Green, E. D. (eds.) *Probability and inference in the law of evidence: the uses and limits of bayesianism*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht [etc], 1998.

Schmill, U., *Las implicaturas del resentimiento. La Tragedia de Otelo*, Themis, México, 2010.

Silva Sánchez, J.M., *Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer, Madrid, 2011.

Tillers, P. y Green, E. D., *Probability and Inference in the Law of Evidence: The uses and limits of Bayesianism*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston, 1998.

Tuzet, G., *Filosofía della prova giuridica*, Giappichelli, Torino, 2013.

Von Wright, G. H., *Determinism and the Study of Man. Philosophical papers of Georg Henrik von Wright*, Basil Blackwell, Oxford, 1983a.

_____, Explanation and Understanding of Action. *Practical Reason*, Basil Blackwell, Oxford, 1983b.

_____, An Essays on Door-Knocking. *In the Shadow of Descartes: Essays in the Philosophy of Mind*. Dordrecht- London: Kluwer Academic, Dordrecht-Londres, 1998.

Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Núm. 4 de la Capital Federal (Argentina).

Sentencia dictada 18/06/2018. Fecha de los fundamentos 06/07/2018. Causa número: 62.162/2015.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Febrero de 2022.

