

Insistencia feminista.

Por qué no aplicar el agravante del art. 80 inc. 4º CP perpetúa la discriminación estructural hacia la comunidad LGBTI+

Por Samanta Funes¹

Resumen: *A propósito del auto de procesamiento del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Nro. 14 que omitió considerar la orientación sexual de las víctimas y la aplicación del agravante de odio, vuelve el interrogante sobre las razones para (no) aplicar el agravante del homicidio por odio, y el tipo de mensaje social que transmite este tipo de pronunciamientos. Pese a la legislación vigente, no hay antecedentes jurisprudenciales que reflejen la discriminación estructural que atraviesa la comunidad LGBTIQI+. Los homicidios por odio continúan siendo investigados como crímenes comunes, enviando un mensaje a la sociedad de impunidad e invisibilización.*

Palabras clave: Homicidio – agravante por odio – comunidad LGBTIQI+ – orientación sexual - perspectiva de género – discriminación

Los crímenes de odio existen

Según el último informe de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT+)² sobre crímenes de odio, en el año 2023 ocurrieron en Argentina ciento treinta y tres (133) crímenes donde la orientación sexual, la identidad y/o la expresión de género de las víctimas fue el motivo utilizado por el agresor para vulnerar los derechos y ejercer violencia contra las víctimas. La FALGBT resaltó la particular dificultad en encontrar los registros de las personas LGBT+, por ejemplo, porque las personas trans que son asesinadas no son registradas como trans y porque no todos los crímenes de odio de lesbianas, gays, bisexuales y de personas de identidades no hegemónicas se visibilizan como tales: “*en muchos casos se oculta la orientación sexual y la pertenencia a esta comunidad*”³.

En la madrugada del 6 de mayo de 2024 ocurrió un hecho gravísimo en Barracas, provincia de Buenos Aires: cuatro lesbianas fueron brutalmente agredidas por un vecino del alojamiento en el que vivían, causando la muerte a tres de ellas. El auto de procesamiento del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Nro. 14 le imputó al agresor Barrientos “*homicidio agravado por alevosía y por el uso de un arma con capacidad de generar un riesgo común*” (art. 80 inc. 2º y 5º CP) sin realizar ninguna consideración sobre la orientación sexual de las víctimas ni sobre la aplicación del agravante de odio (art. 80 inc. 4 CP).

¹ Abogada (UNC). Magister en Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Universidad de Génova, Italia). Diplomada en Diversidad Sexual y Derechos Humanos (CLACSO). Correo: samantaborz@gmail.com

² Observatorio de Crímenes de Odio LGBTIQ+ motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género, Defensoría Provincia de Buenos Aires, Defensoría del Pueblo Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.

³ Observatorio de Crímenes de Odio, *op. cit.*, p. 16.

En el marco de las reivindicaciones de los derechos de la comunidad LGTBQI+⁴ quiero compartir algunas reflexiones en clave de género sobre el auto de procesamiento de fecha 30 de mayo de 2024 del Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional Nro. 14, a cargo de Edmundo Rabbione –Juez- y de Natalia Esther Stargard –Secretaria-. En particular, ¿el Juez valoró la situación desde una perspectiva de género? ¿Era necesario que la reconstrucción de los hechos incluya la orientación sexual⁵ de las víctimas? No hacerlo, ¿configura un trato discriminatorio?

En el año 2012, el Estado argentino modificó el artículo 80° del Código Penal - en adelante CP- a través de la Ley N° 26.791 (B.O. 14/12/2012) y dispuso penas agravadas para los casos en que se mate a otro por “odio... de género o a la orientación sexual, identidad de género o expresión de género” (inc. 4°). En la sociedad se acuñó el término “crimen de odio” para aludir a estas muertes y se utiliza, por ejemplo, el término “lesbicidio” para referirse a las muertes de mujeres lesbianas con motivo de su orientación sexual.

José Peralta⁶ realizó un interesante recorrido acerca de por qué estos homicidios son más graves que los homicidios comunes y, por ende, deben ser tratados por el Estado de un modo más severo. El autor explica que la fundamentación del agravante no radica en el modo especialmente violento en que estos delitos se cometen -ya subsumidos en el agravante del art. 80 inc. 1° CP-, sino en la razón por la que se comete el hecho: los motivos del agente. Utiliza la noción de *sometimiento* para diferenciar un homicidio común de un homicidio por odio e indica que:

“...en lugar de focalizarnos en los motivos como un mero estado mental, hay que mirar lo que estos señalan. Estos dan cuenta de algo más que un mero estado subjetivo. Los motivos de odio, cuanto menos en muchos casos, señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor. Esta pretensión se materializa, además, en el hecho tornándolo más grave incluso desde un punto de vista estrictamente subjetivo. La tesis central es la siguiente: la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión en estos casos es sometiéndose a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida; la contracara es que el autor las mata porque no se han sometido.”⁷

La FALGBT, por su parte, agrega dos consideraciones de suma importancia para comprender el alcance de este tipo de discriminación. Por un lado, advierte que la agresión recae sobre una persona perteneciente o asociada por el agresor a un colectivo históricamente vulnerado. Es la persona autora del crimen de odio quien realiza una asociación entre la persona agredida y las características atribuidas a

⁴ El 28 de junio es el Día Internacional del Orgullo LGTBQI+. Se celebra en conmemoración a la revuelta de Stonewall en Nueva York, donde personas LGTBQI+ se enfrentaron a la policía rebelándose contra un sistema político que los hostigaba y discriminaba. Entre otras, ver: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/dia-internacional-del-orgullo-lgbtqi>; <http://www.derecho.uba.ar/noticias/2023/junio-mes-del-orgullo>.

⁵ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la identidad de Género. Principio dos: Los derechos a la Igualdad y No Discriminación, p. 6.

⁶ Peralta, Milton J., “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, *Indret Penal*; Barcelona: 2013.

⁷ Peralta, Milton J., *op. cit.*, p. 4.

dicho colectivo. Por otro lado, el crimen de odio lesiona a todo el grupo o colectividad a través de la agresión a una persona determinada. Por ello, insiste, *“el principal efecto es que se considere que la agresión contra una persona LGBTQ+ o persona judía, por ejemplo, es tan disvaliosa como la agresión a una persona que, sin pertenecer al colectivo, se la creyó LGBTQ+ o judía o bien se la atacó para lesionar ese colectivo”*⁸. En esa línea expresa que la víctima no es una sola y la agresión excede la lesión individual, ya que a través del individuo agredido que encaja en el estereotipo se le da un mensaje a todo el grupo o colectividad, *“a todas las personas que presentan las mismas características del sujeto agredido”*⁹.

Asimismo, el informe reserva un apartado para referirse a la modalidad de estos crímenes, consideraciones que también ponderó José Peralta para reconstruir los fundamentos del agravante. Es que, si bien la modalidad de comisión no es definitiva para subsumir el agravante, sí debe ser valorada para definir el contexto como expresión de la discriminación. La FALGBT+ indicó que *“los crímenes de odio se caracterizan por ser cometidos con una descomunal rabia, con métodos de tortura, y en los casos de asesinato pareciera que arrancarles la vida a las víctimas no basta, sino que además, sus cuerpos quedan destrozados.”*¹⁰

En este sentido, analizar estos crímenes desde una perspectiva de género permite poner acento en la interseccionalidad de las víctimas, toda vez que, por ejemplo, las lesiones sufridas por una persona trans deben analizarse en el marco de la violencia estructural e histórica hacia la diversidad sexual ligadas generalmente al deterioro de la salud por condiciones de precariedad y el

no acceso a derechos básicos que llevan a muertes tempranas.

Aquí no ha pasado nada. Otro muro más

Ingresado al análisis del dictamen se puede advertir cómo el hecho, esto es, modalidad de comisión y motivo de comisión, es presentado como homicidio común producto de un análisis carente de perspectiva de género. Las víctimas no son identificadas como parte de un grupo históricamente vulnerado y la modalidad de comisión -asociado también a los crímenes de odio- no llama la atención al Juzgado. En ningún apartado del texto se analiza la interseccionalidad de las víctimas en tanto se ubican en diversos ejes de discriminación, por lo menos, como mujeres y lesbianas.

En el primer apartado dedicado a la construcción del hecho -que incluye la descripción de las víctimas-, el Juez identificó deficitariamente a las cuatro víctimas ya que únicamente mencionó sus nombres y apellidos y más adelante indicó la edad. En dicha descripción, el Juez no mencionó la orientación sexual de ellas ni que eran pareja, dos parejas de lesbianas. Su orientación sexual como dato que definía su identidad surgía de modo indirecto de las pruebas testimoniales diligenciadas y valoradas y también de los medios de información que por la gravedad del hecho cubrieron ampliamente el caso. La orientación sexual remite al principio de igualdad y no discriminación y es una propiedad que está prevista en el Código Penal y que el Juez debía considerar. Omitir su valoración configura un trato discriminatorio toda vez que mediante la omisión o la negación de la identidad de las víctimas se las privó de la protección especial que merecen como grupo históricamente vulnerado.

⁸ Observatorio de Crímenes de Odio, *op. cit.*, p. 7.

⁹ *Ídem.*

¹⁰ Observatorio de Crímenes de Odio, *op. cit.*, p. 20.

Conforme se indica en el Informe sobre tentativas y muertes violentas de mujeres de sentencias de 2012 a 2016, del Poder Judicial de Córdoba, este déficit de información sobre el perfil de las víctimas impacta negativamente para evaluar el contexto y el grado de vulnerabilidad de las víctimas.¹¹ Allí se analiza la construcción de las víctimas en las sentencias de muertes violentas de mujeres y qué elementos de pruebas utilizaban para reconstruir los hechos. En ese sentido, el equipo de trabajo concluyó que para llevar adelante la protección de los derechos humanos de las mujeres se debe dimensionar la complejidad de este fenómeno y para ello es necesario un cambio de perspectiva en los abordajes de los casos penales de género. De ese modo, *“se exige que los contextos de acción y decisión judicial deben regirse bajo una perspectiva de género. En pocas palabras, esto quiere decir que, la gestión del proceso desde su inicio y la toma de las distintas decisiones a lo largo de la sustanciación hasta el final, deben ser guiados a través de pautas evaluativas que lleven a definir si un caso involucra violaciones a los derechos de las mujeres, y una vez detectadas esas violaciones ofrecer una respuesta institucional eficaz acorde a su tipo y gravedad”*¹².

En el segundo y tercer apartado se enumeran las pruebas diligenciadas y, por último, las efectivamente valoradas para su pronunciamiento. Los elementos de prueba mayormente valorados fueron testimoniales

de vecinos -su mayoría hombres- que indicaron que dos de ellas residían en el inmueble y que siempre las visitaban otras dos mujeres que “eran pareja” y que inclusive dormían allí; para luego describir a las víctimas resaltando características estereotipadas atribuidas históricamente al grupo. En particular, transcribo una de las declaraciones que estimo representativa del cúmulo de testimonios prestados:

“ellas tenían conflictos con la mayoría de los masculinos que vivían en el edificio en general”, “...todo era conflicto con las mismas, ya que de noche vivían despiertas y sólo dormían de día...eran muy conflictivas entre ellas mismas, ya que discutían por celos toda la noche y a los gritos que se escuchaban desde la vereda aproximadamente, golpeaban cosas”, “eran constantes las molestias vecinales, ya que no dejaban dormir a nadie”, “era insostenible”, “... la relación entre las femeninas y Fernando era muy conflictiva”, “las femeninas le hacían la vida imposible al mismo, que siempre ante cualquier eventualidad lo puteaban, lo maltrataban verbalmente siempre buscando su reacción”, “qué mirás la concha de tu madre, machirulo de mierda”, por lo que Fernando bajó la vista y esperó a que se metieran en el baño”. El testigo también agregó y el Juez valoró que “no podía cocinar cuando estaban las mujeres, por lo que siempre debía pedir delivery o esperar a que éstas se vayan para poder entrar rápidamente a cocinar y salir de allí para que no lo agredan”.

Cabe notar que la información provista por los testigos se refirió únicamente a la vida de las víctimas, no así del agresor. Aun así, el Juez lo tomó sin ninguna reserva.

En el Auto Interlocutorio Nro. 31 del año 2023 del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de Cuarta nominación, la Jueza utilizó la noción de “víctima ideal” para dar cuenta de las conductas estereotipadas que los testigos esperaban de las víctimas de

¹¹ Cappellino, María Elena; Deangeli, Melina A.; Domeniconi, Daniela; Funes, Samanta y Mamani, Abel. *Juzgar con perspectiva de género. Un estudio sobre las sentencias de las Cámaras en lo Criminal y Correccional de la Primera Circunscripción Judicial de la provincia de Córdoba en los casos de tentativa y muertes violentas de mujeres (año 2012 a 2016)*, en Tribunal Superior de Justicia, Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba VI, Crocchia, Lucía. (Coord.), Córdoba: Centro de Capacitaciones Ricardo C. Nuñez, 2021, p. 61.

¹² Cappellino, María Elena, *op. cit.*, p. 30.

violencia en contraposición a cómo era la personalidad de la actora. Allí, la Jueza identificó el estereotipo y lo puso al descubierto para fundamentar por qué no lo valoraría. En el texto de la resolución final se destacó que la víctima tenía un temperamento “fuerte”, “reactivo” y, según los testigos, “conflictivo” y que su fortaleza y reactividad no respetaban los estereotipos que los demandados esperaban de la actora. No obstante, sostuvo que (los estereotipos) *“no nos afecta, atento que no se debe esperar un perfil determinado, una “víctima ideal” para establecer que una persona puede haber sido afectada negativamente en el trabajo por su género.”*¹³.

Las personas que pertenecen a la comunidad LGBTQI+ deben insistir en que eso que están describiendo no se trata solamente de un sentimiento o pensamiento sino que verdaderamente existe, se chocan contra ese muro¹⁴. Que a causa de esa misma pertenencia a determinado grupo carecen de acceso a ciertos derechos. Roberto Saba nos explica que si bien no existen normas que excluyan a las personas de dicha comunidad del goce de ciertos derechos, en los hechos, alcanzar esas metas es solo palabras *“y esto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad...”*¹⁵. Una muestra de ello lo constituye lo alegado por la Fiscalía General en la sentencia por el homicidio de Diana

Sacayan¹⁶, militante travesti-trans, cuando resaltaron la importancia de calificar debidamente estos crímenes de odio. En particular, resaltó que pese a la existencia de la figura penal, no hay antecedentes de condenas por crímenes de odio contra personas trans ni travestis; sino que *“estos crímenes han venido recorriendo hasta hoy dos caminos: el de la impunidad y el de la invisibilización”*. La fiscalía indicó que los asesinatos de personas LGBT terminan siendo investigados y juzgados como crímenes particulares: *“esto perpetúa su invisibilización y, así, favorece el sostenimiento de su impunidad”*.

El *muro* es un término utilizado por Sara Ahmed para referir a la resistencia de las instituciones en transformar aquello para lo que ellas mismas se han comprometido. Ella dice que *“[n]o se trata de que realmente haya una pared; no la hay. Esto es cierto. La pared es una pared que bien podría estar ahí, porque los efectos de lo que hay allí son los mismos que si la hubiera. Y así y todo, no: si hubiera un muro de verdad, podríamos verlo o tocarlo. Y esto hace que un muro institucional sea muy duro. Chocamos contra algo que otros no ven; y (esto es aún más duro) chocamos contra algo que los demás en general se esfuerzan mucho por no ver.”*¹⁷ Llevado al caso en particular, la vigencia del agravante de odio no nos garantiza que, llegado el caso, el agravante sea aplicado. Por el contrario, los precedentes seguirán esperando, seguirán inamovibles, y lo que se va a mover será otra cosa.

El auto de procesamiento del caso de lesbicidio de Barracas fue emitido en un contexto social que estaba atento a dicho

¹³ Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 4ta. Nominación. “P., L. Y OTROS – DENUNCIA POR VIOLENCIA DE GÉNERO”, AIN° 31/2023, p.36.

¹⁴ Ahmed, Sara. *Vivir una vida feminista*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2021, p. 27.

¹⁵ Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados*, Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2016, p. 31.

¹⁶ Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4, de la Capital Federal, G. D. M. s Homicidio Calificado”, CCC 62182/2015/TO1, sentencia de fecha 18/6/2018.

¹⁷ Ahmed, Sara. *op. cit.*, p. 249.

pronunciamiento a raíz de la relevancia pública que tomó el caso, por las características del hecho y el grupo al que pertenecían las víctimas. No presentar el caso como un crimen de odio transmite un mensaje social a la comunidad que insiste en la transformación de la materialidad. Si hay algo que se aprende, dice Sara Ahmed, es que el trabajo por el respeto a la diversidad es duro “*porque aquello con lo que chocamos no es visible para otros*”¹⁸.

Bibliografía y citas

- Ahmed, Sara. “Vivir una vida feminista”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2021
- Cappellino, María Elena; Deangeli, Melina A.; Domeniconi, Daniela; Funes, Samanta y Mamani, Abel. *Juzgar con perspectiva de género. Un estudio sobre las sentencias de las Cámaras en lo Criminal y Correccional de la Primera Circunscripción Judicial de la provincia de Córdoba en los casos de tentativa y muertes violentas de mujeres (año 2012 a 2016)*, en Tribunal Superior de Justicia, Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba VI, Crocchia, Lucía. (Coord.), Córdoba: Centro de Capacitaciones Ricardo C. Núñez, 2021, p. 61.
- Observatorio de Crímenes de Odio LGBTQ+ motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género, Defensoría Provincia de Buenos Aires, Defensoría del Pueblo Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.
- Peralta, Milton J., “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, Indret Penal; Barcelona, 2013.
- Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la identidad de Género.
- Saba, Roberto. “Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados”, Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2016?

Jurisprudencia

- Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 4ta. Nominación. “P., L. y otros – denuncia por violencia de género” AI N° 31/2023.
- Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4, de la Capital Federal, G. D. M. s Homicidio Calificado”, CCC 62182/2015/TO1, sentencia de fecha 18/6/2018.

¹⁸ Ídem