

# Juicio por jurados y crímenes de odio (\*)

## Reducción de sesgos: *voir dire* e instrucciones (travesticidio y transfemicidio)



Analía V. Reyes (\*\*)

**Sumario:** I. Análisis sobre el reciente caso de Ahmaud Arbery en los Estados Unidos.— II. Crímenes de odio en los Estados Unidos. Violencia policial basada en la raza.— III. Delitos de odio en la Argentina. Violencia policial.— IV. El jurado argentino en delitos basados en el género. Femicidios, travesticidios, transfemicidios.— V. Instrucciones al jurado. Femicidio, travesticidio, transfemicidio.

### I. Análisis sobre el reciente caso de Ahmaud Arbery en los Estados Unidos

Ahmaud Marquez Arbery tenía 25 años de edad cuando fue asesinado el 23 de febrero del 2020 por tres hombres, Travis McMichael, su padre Gregory McMichael y el vecino de estos, William “Roddie” Bryan.

El hecho ocurrió en el vecindario de Satilla Shores, en las afueras de la ciudad de Brunswick, Georgia, mientras Arbery se encontraba trotando. El joven de 25 años se encontraba realizando una actividad de ejercicio físico cuando fue perseguido y recibió un disparo. Los McMichael asumieron, debido a su prejuicio racial, que Arbery era un ladrón, se armaron y lo persiguieron en su camioneta. El vecino de los McMichael, Bryan, se unió a la persecución e impidió que Arbery pudiera escapar. Bryan además usó su teléfono celular para grabar a Travis McMichael disparando fatalmente a Arbery con una escopeta, video que posteriormente motivó su detención durante la investigación del caso.

Los acusados alegaron en el juicio ante la Corte estatal la existencia de una justificante, legítima defensa, la cual no tuvo éxito ante el jurado, que en el mes de noviembre del año 2021 los de-

---

(\*) El presente trabajo forma parte de los estudios llevados a cabo por la autora sobre “Género y juicio por jurados” y que han formado parte de las siguientes publicaciones que lo complementan: - Juicio por jurados: Valoración de la prueba con perspectiva de género. Las instrucciones al jurado en casos de violencia contra la mujer en Juicio por Jurados II. Director Rubén Alberto Chaia, 2021, Paraná: Abogar Soluciones. - Instrucciones al jurado con perspectiva de género. La Ley. Suplemento Abogacía corporativa. Tomo 2021-E (10 de septiembre de 2021). Cita: TR LALEY AR/DOC/2578/2021. - Instrucciones al jurado en casos de violencia sexual. Rubinzal Culzoni. Cita on line: RC D 627/2021. - La perspectiva de género y la diversidad en la integración del jurado. La ley de jurados de CABA. La ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Noviembre 2021-N° 6. TR LALEY AR/DOC/3145/2021.

(\*\*) Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (F.C.J.S. - U.N.L.P.), Maestrando en Derecho Procesal en la misma Facultad, Docente de la materia Derecho Procesal I en la F.C.J.S. - U.N.L.P., Secretaria del Tribunal en lo Criminal N° 4 del Dpto. Judicial de La Plata, Poder Judicial de la Prov. de Bs. As., Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal, Coordinadora del Área Alfabetización Jurídica-Democrática del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la F.C.J.S. - U.N.L.P., Coordinadora del Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados y Litigación de la Universidad del Este, Visitante profesional en la Corte IDH en primer período 2020.

claró culpables y habilitó la condena de cadena perpetua (sin posibilidad de libertad condicional para los McMichael) impuesta por la jueza Lisa Godbey Wood en la audiencia de cesura.

El caso generó conmoción en los Estados Unidos, porque lamentablemente es otro ejemplo del grave problema de discriminación y violencia racial existente contra la población afroamericana: Arbery era un muchacho afrodescendiente que fue asesinado con motivo del odio racial.

En el mes de febrero de este año 2022 se desarrolló el juicio federal donde los McMichael y el Sr. Bryan enfrentaron los cargos por crimen de odio; específicamente, fueron acusados de estar motivados por el odio racial en la interferencia de los derechos civiles de Arbery e intento de secuestro. Travis McMichael y su padre también fueron condenados por portar y blandir un arma durante la comisión de un delito violento. Y Travis McMichael, además, fue declarado culpable de disparar un arma de fuego en relación con un delito de violencia.

El jurado federal deliberó durante cuatro horas y condenó por todos los cargos a los imputados. La decisión del jurado implicó un alivio y una decisión que trajo justicia para la familia de Arbery, ya que la cuestión racial involucrada en el caso solo pudo ser debatida en la jurisdicción federal. El jurado federal estableció con su veredicto que los acusados llevaron a cabo sus crímenes contra Arbery motivados en el odio racial, ya que el juicio estadual no habilitó el debate en este punto debido a la ausencia en Georgia de una ley que estableciera en aquel momento el crimen de odio racial.

El juicio estatal determinó la culpabilidad de los acusados por el asesinato, pero nada estableció acerca del motivo discriminatorio del crimen, la raza. De esta manera, parte de la verdad de lo acontecido aquel fatídico 23 de febrero de 2020 no había recibido una respuesta por parte de la administración de justicia estadounidense, hasta que llegó el juicio federal.

No es para nada menor el dato expuesto, ya que, en días previos al inicio del juicio ante la Corte federal, los fiscales del caso habían llegado a un acuerdo con las defensas de los acusa-

dos, quienes a cambio de declararse culpables obtendrían mejores condiciones para el cumplimiento de la condena estatal ya impuesta. Puntualmente, el trato implicaba que estos podrían cumplir la condena en una prisión federal (las que generalmente se encuentran en mejores condiciones que las estatales, esto es, según los expertos, tienen menos problemas de hacinamiento, literas más cómodas e incluso mejores alimentos y recursos educativos que las prisiones estatales) y la renuncia a la apelación. Sin embargo, el trato no fue aceptado por la jueza de la Corte federal quien, previo escuchar en audiencia a la familia de Arbery (sus padres y dos tías), decidió su rechazo.

La familia reclamó la realización del juicio federal y ejerció su derecho a oponerse ante la Corte respecto del acuerdo de culpabilidad. Los familiares de la víctima, que asimismo resultan víctimas del crimen, consideraron que el acuerdo realizado por la fiscalía implicaría una atenuación en el modo del cumplimiento de la condena impuesta a los Mc. Michael y que ello conllevaría una respuesta injusta respecto del asesinato que habían perpetrado.

Evidentemente, la respuesta que las víctimas esperan de la justicia, en casos como este, donde no hay posibilidad de volver las cosas a su estado anterior, ya que la vida de Arbery no puede recuperarse, implica una reconfiguración del conflicto penal, el cual no puede componerse mediante la celebración de un acuerdo. De ahí que, lo que aquellas esperan de la administración de justicia, es la aplicación de la sanción prevista en la ley penal a los responsables del acto criminal, lo que no puede ocurrir en el caso de crímenes sino mediante la celebración del juicio oral.

En nuestro margen, debido al sistema interamericano de derechos humanos se trata del derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva y el derecho a la verdad. El alcance de estos derechos para las víctimas conlleva el deber del Estado de garantizar la investigación diligente y en un tiempo razonable de las conductas criminales, la identificación de los culpables y su sanción de acuerdo con la ley penal vigente. La sanción comprende a su vez, la correcta subsunción jurídica de los hechos, es decir, aquella que evidencie lo que efectivamente ocurrió, que

aluda a la violación de derechos sufridos por la víctima, por ejemplo, cuando en la justicia argentina eran calificados los hechos de secuestro y asesinato de personas durante el régimen dictatorial como privaciones ilegales de la libertad cuando en realidad, su correcta subsunción jurídica es la de desaparición forzada de personas.

La correcta calificación de un hecho implica una forma de reparación de las víctimas porque significa la afirmación de la verdad sobre lo ocurrido. Una correcta calificación legal significa que la justicia estableció sin errores ni omisiones lo que efectivamente sucedió, la violación de derechos humanos que tuvo lugar con motivo de la conducta delictiva. Es una respuesta estatal integral que realiza una correcta interpretación fáctica y legal y consecuentemente, aplica correctamente la ley vigente. No hay impunidad cuando las figuras legales elegidas en una sentencia son las que contienen todos los elementos del comportamiento criminal.

Un ejemplo que nos permite comprender este punto es el caso del travesticidio de Amancay Diana Sacayán, quien fue asesinada producto de múltiples golpes y puñaladas recibidas entre el sábado 10 y el domingo 11 de octubre de 2015, resultando su cuerpo encontrado dos días después, amordazado y maniatado. En este caso, la abogada querellante Luciana Sánchez, destacada por su formación y desempeño con perspectiva de género, en el caso, solicitó durante el juicio la condena a prisión perpetua por el delito de travesticidio. La letrada sostuvo que el motivo del asesinato fue el odio del imputado hacia la víctima por su identidad de género travesti y su calidad de miembro del equipo de programa de diversidad sexual del INADI, impulsora de la lucha por los derechos de las personas trans, líder de la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas y dirigente del movimiento antidiscriminatorio de liberación. En síntesis, la acusación de la querellante fue la de homicidio agravado por odio a la identidad travesti de Diana, agravado por haber mediado violencia de género y haber sido cometido con alevosía. También pidió que se lo condenara por robo simple, por haberse llevado veinte mil pesos de la casa de Diana.

La Fiscalía en este caso también pidió la aplicación de la pena perpetua por el travesticidio

y acusó al imputado por el delito previsto por el art. 80, incs. 1º y 4º, del Cód. Penal. La acusación estatal explicó que, si bien se configuraba el presupuesto típico para la aplicación de la agravante contenida en el inc. 11, esta era desplazada por especialidad por la agravante del inc. 4º. No obstante, solicitó la aplicación subsidiaria de la agravante contenida en el inc. 11 del art. 80 del Cód. Penal. Al respecto, argumentó sobre la necesidad de reconocer la especificidad de estos crímenes por odio o prejuicio en razón de la identidad de género de manera diferencial a los femicidios. Se sostuvo que, aunque ambos reconocen razones de género como motivantes, los asesinatos contra personas travestis deben ser comprendidos como crímenes cometidos contra esta población como un colectivo minoritario especialmente discriminado, de ahí la calificación bajo la figura del inc. 4º (1).

El Tribunal Oral Criminal y Correccional N° 4 de la Capital Federal finalmente, y tras la realización del juicio, condenó en junio del año 2018, al acusado Gabriel D. Marino a la pena de prisión perpetua como coautor del “homicidio agravado por odio de género y violencia de género” de Diana. Lamentablemente, en el trámite recursivo iniciado por la defensa del acusado, la Cámara Nacional de Casación Penal aunque confirmó la pena de prisión perpetua por el travesticidio de Diana, le quitó el agravante de “odio a la identidad de género”, que había sido aplicada por primera vez en este caso.

Entre los fundamentos del fallo se destacan las siguientes afirmaciones que, como veremos luego, revelan una falta de perspectiva de géneros en cuanto a la determinación fáctica e interpretación de la ley en el acto de juzgamiento:

“No se cuenta en el caso con ningún dicho de la víctima que de forma previa haya dado cuenta de una expresión transfóbica por parte del imputado. Tampoco se cuenta en el momento del hecho con ninguna prueba acerca de que Marino se hubiera expresado con insultos o

(1) “Travesticidio de Amancay Diana Sacayán. Documento de buenas prácticas de intervención fiscal”, Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres, 2020, p. 17, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <https://www.mpf.gob.ar>.

agresiones acerca de la condición de mujer travesti de Diana Sacayán.

“No se ha encontrado en el lugar del hecho ninguna leyenda o seña de esa expresión de odio”. Contrariamente a todo ello, Marino tuvo “muestras públicas de afecto para con Diana tal como relatan varios de los testigos: el vigilador del edificio vio cómo Marino y Diana se besaban en la boca; la amiga de Diana contó que compartieron una reunión en la casa de Diana y se acariciaban. Tampoco Marino ocultaba o negaba la relación con Diana a su familia.

“El grado de violencia del ataque, ni el lugar en donde estaban emplazadas las lesiones, ni tampoco las expresiones pueden llevarnos a afirmar el elemento <odio a la identidad de género>.

“El incidente no coincidió con un día significativo para la comunidad LGBT, el acusado no había estado involucrado previamente en un crimen similar motivado por prejuicio y no existe indicación de que un grupo de odio estuviera involucrado o que existiera una animosidad histórica basada en el prejuicio entre la víctima y el acusado, la víctima no estaba participando en ese momento en un evento especial para celebrar la diversidad de personas LGBTI; tampoco puede concluirse nada de ello respecto del lugar donde se desarrolló la violencia, etc.”

El citado fallo de la Cámara de Casación fue recurrido ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La querrela y la fiscalía solicitaron que se ordene a la Casación el dictado de un nuevo pronunciamiento que restablezca la figura de homicidio agravado por odio a la identidad de género travesti de la víctima. Entre los argumentos de la impugnación las partes acusadoras sostienen justamente la existencia de mandatos internacionales que obligan al Estado argentino al tratamiento legislativo adecuado de los crímenes, en este caso, por prejuicio o discriminación y a su investigación con debida diligencia:

“La falta de adopción de medidas especiales y adicionales dirigidas a develar el rol del prejuicio de género travesti en la situación de violencia ignora la naturaleza específica de actos que son considerados como particularmente destructivos de los derechos fundamentales, y

como fenómenos que repercuten gravemente sobre el colectivo de las personas LGBTI”.

La apelación remarca también que una situación de impunidad frente a este tipo de violencia “refuerza su posición de desigualdad estructural en la sociedad, incrementando los riesgos de sufrir la violencia por la identidad travesti que de por sí ya padecen” (2).

El caso de Diana Sacayán nos permite visibilizar y comprender la importancia que tiene para las víctimas y familiares el adecuado encuadre jurídico del caso; no es un aspecto formal sino una forma de reparación y de restablecimiento del ordenamiento jurídico que impide la impunidad y envía un mensaje a la sociedad de reafirmación de los derechos humanos de las personas que conduce a evitar la repetición de actos similares. En esto último se encuentra, asimismo, el interés de toda la sociedad en que la justicia estatal brinde una correcta respuesta en el juzgamiento de los crímenes.

Tanto el caso de Ahmaud como el de Diana visibilizan esa necesidad de que la justicia determine que ambos fueron víctimas de una conducta criminal motivada en el odio, racial y de género, respectivamente.

Además, otra cuestión importante en el derecho a la reparación de las víctimas lo constituye la sanción a aplicar. En este punto, para comprender el alcance del derecho es útil citar el caso tramitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la masacre de Barrios Altos en Perú que junto con el caso de La Cantuta, contribuyeron a la formulación de cargos contra el expresidente del Perú Alberto Fujimori, por su involucramiento en varios casos de violación de derechos humanos durante su régimen, sobre los cuales resultó condenado a 25 años de pena privativa de la libertad (por los delitos de homicidio calificado y lesiones graves en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, y secuestro agravado en el caso “Sótanos SIE”, todos

(2) El derecho a la Identidad de Género autopercibida y su falta de reconocimiento en el fuero penal. Una mirada crítica al fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal en el travestimiento de Diana Sacayán. (2021). P. 75. Disponible en el Repositorio Institucional Digital de la Universidad Nacional de Río Negro.

constitutivos de crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional penal).

Tiempo después, en diciembre del año 2017, el expresidente Fujimori fue indultado tras un rápido y, por eso, llamativo procedimiento, lo que motivó el dictado de una resolución en el marco del procedimiento de supervisión de cumplimiento de las sentencias de fondo dictadas por la Corte IDH en ambos casos, donde el tribunal interamericano estableció el alcance del derecho de las víctimas en lo relativo a la imposición de pena a los responsables. Si bien los casos abordaron violaciones de derechos humanos de extrema gravedad ya que como se señaló previamente, se trataron de crímenes de lesa humanidad (de acuerdo con la normativa internacional aplicable) el alcance fijado sobre el principio de proporcionalidad en la fijación de la pena es aplicable a cualquier tipo de criminalidad, como el que estamos tratando, vinculado a la violencia por odio racial o de género:

“Esta Corte se ha referido a la importancia del principio de proporcionalidad, tanto en la fijación de la pena como en su ejecución. Ha sostenido que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”. Asimismo, ha indicado que, “[e]n atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado”. Adicionalmente, ha sostenido que “[e]l otorgamiento indebido de (...) beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos”.

“Por consiguiente, la obligación internacional de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos con penas apropiadas a la gravedad de la conducta delictiva, no puede verse afectada indebidamente o volverse ilusoria durante la ejecución de la sentencia que impuso la sanción en apego al principio de pro-

porcionalidad. Como fue indicado (*supra* considerando 30), la ejecución de la sentencia es parte integrante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares”(3).

El 3 de octubre del año 2018, tras la decisión de la Corte IDH, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de la República revisó y dejó sin efecto el indulto por razones humanitarias que había sido otorgado al expresidente Alberto Fujimori el 24 de diciembre de 2017 por el expresidente Pedro Pablo Kuczynski. En la resolución se explicaron las irregularidades en el trámite administrativo llevado a cabo, la falta de motivación de la resolución suprema 281-2017-JUS, así como, el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano. En esa decisión también se sostuvo que el indulto vulneraba el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y favorecía a la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos.

Recientemente, una decisión pone nuevamente en debate este caso ya que el Tribunal Constitucional de aquel Estado admitió un recurso para restablecer el indulto de Fujimori. En la sentencia, el tribunal ordenó su libertad inmediata medida que fue fuertemente rechazada por los colectivos de víctimas y otras organizaciones civiles lo que determinó un nuevo pronunciamiento de la Corte IDH en el marco de una medida provisional donde ordenó al Estado peruano la no ejecución de la decisión de libertad hasta tanto se resuelva en definitiva respecto de la petición de medida cautelar (4). La parte resolutoria de la decisión establece:

“Requerir al Estado del Perú que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los casos ‘Barrios Altos’ y ‘La Cantuta’, se abstenga de ejecutar la orden del Tribunal Constitucional del Perú de disponer la libertad de Alberto Fujimori Fujimori, hasta tanto este Tribunal internacional pueda decidir sobre la

(3) Corte IDH, caso “Barrios Altos” y “La Cantuta vs. Perú”, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 30/05/2018, párrs. 46 y 47.

(4) Corte IDH, caso “Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú”, resolución sobre solicitud de medidas provisionales del 30/05/2022.

solicitud de medidas provisionales en el 147 Pe-riodo Ordinario de Sesiones”.

La supervisión de cumplimiento de estos casos ante la Corte IDH han determinado en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos los estándares vigentes en torno al derecho de las víctimas respecto de la ejecución de las penas a los responsables de las violaciones de los derechos humanos como parte integrante de su derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la verdad y a la garantía de no impunidad.

Las consideraciones del Tribunal Interamericano resultan de interés en nuestro margen para analizar el citado caso estadounidense del asesinato del joven Ahmaud y las alegaciones de sus familiares directos que fueron consideradas por la jueza del caso para rechazar el acuerdo culpabilidad llevado a cabo por la acusación estatal y las defensas de los acusados.

Ahora bien, por qué se trae a nuestro margen el análisis de este caso extranjero. Por qué podría interesarnos o resultarnos de utilidad este caso para nuestra práctica judicial en el juzgamiento por jurados.

En primer lugar, porque en el caso fueron abordados crímenes de odio, es decir, la acusación estatal formuló cargos respecto de crímenes perpetrados por motivo de odio, en este caso racial. Este dato es relevante ya que la cantidad de casos que se presentan a juicio por crímenes de odio en los Estados Unidos es significativamente inferior respecto de la cantidad de denuncias recibidas. La explicación oficial de esta situación es la alegada por los fiscales, falta de prueba que les permita superar el estándar de duda razonable ante el jurado.

A la reducida cantidad de casos por crímenes de odio que se presentan ante el jurado estadounidense se suma la reducida cantidad de condenas, lo que genera en la sociedad norteamericana cierta sensación de impunidad respecto de esta criminalidad. De ahí que, en materia de discriminación racial, la población afroamericana en general manifiesta sentir temor respecto de sufrir algún acto de violencia por razón de su raza, por ejemplo, este senti-

miento es común en jóvenes respecto de resultar víctimas de la violencia policial.

Los investigadores han explicado estos resultados de los juicios por jurados a través de los datos obtenidos sobre el estudio de los sesgos del jurado y así, se han testeado diferentes herramientas para evitar su influencia en la toma de decisión (tests, litigación en el *voir dire*, *instrucciones al jurado*).

*En nuestro país, no se encuentra legislado el crimen de odio. Nuestra ley penal establece el motivo de odio a la raza en la agravante del homicidio, la que, asimismo, se considera como agravante en el delito de lesiones. Además de la raza, otros factores de odio contemplados por la norma penal son el género, la orientación sexual, la identidad de género o su expresión.*

Muchos casos que han llegado a la justicia argentina están relacionados sobre todo con homicidios agravados por odio al género respecto de personas integrantes de la comunidad LGBTIQ+. Cabe destacar al respecto que algunos estudios han puesto de resalto que hay una deficitaria subsunción de estos casos bajo la agravante contemplada en el inc. 4º del art. 80 del Código Penal. Un ejemplo de ello, lo podemos ver en el citado caso de Diana Sacayán, en el que aún permanece en discusión en el ámbito de la justicia si su asesinato ha implicado o no un delito perpetrado por su género travesti y toda la significación que ello conlleva en el sentido expuesto acerca de la correcta interpretación y aplicación de la ley y el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva.

El dato expuesto nos lleva a plantear el análisis acerca de si esa deficitaria subsunción de casos bajo la agravante del inc. 4º se debe a una ausencia de perspectiva de géneros en los operadores judiciales, ya sea litigantes o quienes ejercen la judicatura. Por ejemplo, en la elaboración de la teoría del caso, ¿la fiscalía tendrá aquella visión estadounidense sobre los crímenes de odio en el sentido de que no subsume su caso en el inc. 4º porque considera que no cuenta con pruebas suficientes para probarlo en juicio? ¿La fiscalía tiene en cuenta los estándares probatorios del derecho internacional para interpretar la ley penal en materia de homicidios agravados por el odio al género, etc.?

Para el análisis del último interrogante, por ejemplo, el abordaje del caso del asesinato del joven Ahmaud, es muy relevante ¿por qué? Porque una de las pruebas más importantes para la fiscalía fue que contaban con testigos que habían escuchado a los acusados realizar manifestaciones discriminatorias (insultos, epítetos raciales). En Estados Unidos esta resulta ser una prueba muy importante para los crímenes de odio, tanto es así que cuando no cuentan con este tipo de prueba, la fiscalía considera que no puede probar su caso. De hecho, esto fue lo que ocurrió, o al menos se puede, interpretar que así sucedió, en el caso del asesinato de George Floyd.

En el caso de George Floyd, los policías acusados no habían realizado en el momento del asesinato perpetrado por el oficial Chauvin algún tipo de manifestación racista. Sin embargo, como ya lo he puesto de resalto en anteriores trabajos, no hay quien no reconozca el asesinato de Floyd como un caso de violencia policial racial.

¿Cuál es la diferencia entre Arbery y Floyd? Ambos fueron asesinados por motivos de su raza, solo que en el caso de Arbery los acusados realizaron insultos racistas y eso, según el criterio de la fiscalía estadounidense, es casi una prueba fundamental sin la cual, el jurado no devolvería un veredicto de culpabilidad. Me pregunto si el jurado del caso Floyd no hubiera entregado un veredicto de culpabilidad si la fiscalía hubiera acusado a Chauvin de un crimen de odio. ¿No le correspondería al jurado decidir sobre eso? ¿Los familiares de Floyd no tenían derecho a que sea el jurado el que decidiera si fue asesinado por su raza? ¿Una instrucción que explique las reglas de valoración de la prueba en casos de delitos de odio conforme con los estándares internacionales podría haber sido útil para que el jurado determine correctamente qué es lo que la fiscalía tenía el deber de probar?

Este mismo análisis se puede traer respecto de los casos en que corresponde eventualmente decidir sobre la aplicación de la agravante del homicidio prevista en el inc. 4º. Me refiero a que es fundamental que la fiscalía prepare sus casos con la adecuada formación con perspectiva de género y eso implica sobre todo la consideración del contexto. Todos los casos que involucren una cuestión de género deben considerar el contexto en la elaboración de sus respectivas

teorías del caso, tanto en su elemento fáctico como en el abordaje del elemento probatorio y del jurídico.

El análisis del caso “Arbery” nos alerta sobre las dificultades que pueden presentarse para la acusación en el juzgamiento de crímenes vinculados al odio ya sea racial o de género. La clave está en distinguir lo que es una verdadera dificultad probatoria respecto de lo que no lo es y, en realidad, no es más que un mal desempeño de la acusación fiscal por falta de actuación con perspectiva de género.

Por otro lado, es importante el análisis del caso “Arbery” en la consideración de la participación ciudadana en la toma de decisiones de la justicia. En ese sentido, se ha puesto de manifiesto previamente la necesidad de emplear herramientas que garanticen en la mayor medida posible la imparcialidad del juzgador, en este caso, de los jurados que decidirán el caso con miras a evitar que su decisión se encuentre basada en sesgos en lugar de ponderar la evidencia presentada en el juicio.

Todas las personas tenemos sesgos, es decir, al momento de tomar decisiones cotidianamente empleamos atajos mentales que muchas veces se basan en generalizaciones que no tienen sustento en una información real sino en un estereotipo. Esos atajos, llamados heurísticos nos llevan a posicionarnos con respecto a ser más favorable o menos favorable a decidir de una u otra manera sobre determinado asunto. Por ejemplo, a tener una preferencia o posicionamiento en un determinado sentido.

Algunos estereotipos en los cuales esos sesgos se fundamentan son negativos, porque implican un pensamiento perjudicial respecto de la persona sobre la cual se ha realizado la idea preconcebida o generalización, ya que tienen por finalidad impedir el libre y pleno desarrollo de su personalidad. Verbigracia, en materia de géneros un estereotipo negativo sobre el género mujer tiene por fin mantener el estado de dominación del género varón y coartar su derecho a autodeterminación.

Los sesgos los tienen jueces/zas profesionales, quienes ejercen la acusación, quienes se desempeñan en la defensa, peritos/as, testi-

gos, etc., y también, porque son seres humanos, los jurados. La cuestión está en considerar este dato para emplear herramientas que permitan reducir lo máximo posible la influencia de sesgos en la toma de decisión. En el caso de la judicatura, nuestro país ha sancionado conforme con las convenciones internacionales la ley Micaela, con lo cual existe una obligación de capacitación en esa temática, a la vez, que las resoluciones dictadas por la justicia profesional pueden ser pasibles de contralor posterior en el caso que se detecte en la fundamentación la toma de la decisión sesgada. Para los operadores judiciales como fiscales y defensas también rige idéntico deber de capacitación por lo que sus desempeños deben llevarse a cabo con el enfoque de géneros.

Respecto de los jurados, se adelantó que existen herramientas que vienen siendo objeto de estudio en investigaciones empíricas en el sistema del *common law*, a saber, test de detección de sesgos, ejecución del *voir dire* e instrucciones al jurado. Precisamente, en el caso “Arbery” interesa considerar el envío de un cuestionario que fue completado previamente por los posibles miembros del jurado, el cual tuvo por fin detectar la existencia de aquellos sesgos y, a la vez, agilizar el procedimiento de selección de jurados.

La jueza federal que dirigió el juicio hizo lugar a la solicitud de las partes respecto del envío de un cuestionario a los posibles jurados el cual constaba de 14 páginas. Sobre el punto es relevante traer en consideración que en el caso del asesinato de George Floyd también fue enviado un cuestionario a los posibles jurados donde fueron consultados sobre sus actitudes y posibles experiencias relacionadas con el movimiento Black Lives Matter, las protestas por la violencia policial y las relaciones entre la policía y la comunidad. También una sección les requirió clasificar una lista de afirmaciones en una escala de “totalmente de acuerdo” a “totalmente en desacuerdo”. Algunas de esas afirmaciones fueron: La discriminación no es tan mala como la presentan los medios; Apoyo la desfinanciación del Departamento de Policía de Minneapolis; Debido a que los agentes del orden público tienen trabajos tan peligrosos, no es correcto cuestionar las decisiones que toman mientras están de servicio; Los departamentos de policía

locales tratan de encubrir el uso excesivo de la fuerza en lugar de corregirlo; La gente de hoy no les da a nuestros agentes de la ley el respeto que merecen.

El cuestionario facilita a los litigantes y a quien ejerce la dirección del juicio la exclusión de los posibles jurados que presentan algún sesgo, ello, sin perjuicio del interrogatorio al cual son sometidos en la audiencia de *voir dire*. En efecto, en este caso, los convocados fueron interrogados en esa audiencia sobre lo que sabían el caso, sus sentimientos sobre cuestiones relacionadas con la raza y otros asuntos que podrían impedirles actuar como jurados imparciales. A su vez, los jurados potenciales fueron identificados en la Corte solo por números, no por nombre, y tampoco se les preguntó sobre su raza.

A esta herramienta del interrogatorio se le sumó otra para mejorar en el caso las probabilidades de alcanzar un jurado imparcial y asimismo, representativo: la convocatoria realizada sobre una mayor cantidad de ciudadanos/as: 1000 personas provenientes de 43 condados del Distrito Sur de Georgia. Ambos recursos tuvieron por fin, además, agilizar el procedimiento de *voir dire* teniendo en cuenta la experiencia previa del juicio estatal en el cual tuvo una duración de dos semanas, lo que efectivamente lograron, ya que la duración de la audiencia de selección en el juicio federal se redujo a una semana.

Al final del procedimiento de selección, casi dos tercios de las personas convocadas fueron recusadas por tener opiniones firmes sobre el caso después de ver partes del juicio estadual por asesinato o informes de noticias al respecto. Por último, un sorteo al azar redujo aún más ese número a 36 posibles jurados antes de que se seleccionara el jurado final.

En términos de representatividad y composición racial el jurado federal cabe destacar que terminó constituido por ocho personas blancas, tres afroamericanas y una de origen hispano. En ese sentido, tuvo mayor diversidad que el jurado estatal compuesto por once personas blancas y una sola afroamericana. Sin perjuicio de este dato, es importante considerar que la audiencia de selección y el criterio de decisión de la jueza federal fue identificar posibles sesgos sin importar la raza de la persona convocada en calidad

de jurado. Es decir, lo relevante fue que la persona manifestara que su decisión se basaría en la evidencia del caso.

En síntesis, tal como se intentó exponer precedentemente, el análisis del caso norteamericano nos alerta acerca de ciertas problemáticas que pueden surgir en juicios donde la cuestión de discriminación es el objeto del debate y a la vez, nos ilustra sobre aquellas herramientas que litigantes y la judicatura emplean para afrontarlas y garantizar un juicio justo e imparcial.

La cita de este caso y su análisis opera a modo de disparador para el estudio de aspectos sobre el jurado sobre los que aún no hemos reparado en nuestro margen y que, sin embargo, debemos considerar y estudiar para garantizar su desarrollo como garantía de debido proceso.

Como se señaló previamente, en la Argentina no tenemos una ley penal que establezca crímenes de odio, sino que está previsto como agravante del homicidio y solo en consideración de algunos factores. Por lo tanto, el juzgamiento de los crímenes de odio en los Estados Unidos y las problemáticas que se presentan en esos casos pueden resultarnos de utilidad en el juzgamiento de las figuras delictivas donde el odio ha sido contemplado por nuestra ley penal. Por ejemplo, casos de travestidismo, de transfemicidio en los que se encuentra en juzgamiento el motivo de odio al género.

Seguidamente, se expondrán ciertos datos para dar inicio a ese estudio y análisis de casos donde la cuestión de la discriminación debe ser tenida en cuenta para garantizar el mejor tratamiento del caso por nuestra administración de justicia a través de jurados.

## **II. Crímenes de odio en los Estados Unidos. Violencia policial basada en la raza**

En el 1968 el Congreso de los Estados Unidos sancionó el primer estatuto federal sobre delitos de odio. Esta normativa tipificó como delito usar o amenazar con usar la fuerza para interferir deliberadamente respecto de cualquier persona debido a su raza, color, religión u origen nacional y debido a que la persona está participando en uno de los seis tipos de actividades protegidas por el gobierno federal, como asistir a la es-

cuela, frecuentar un lugar/instalación pública, solicitar empleo, actuando como jurado en un tribunal estatal o votando. Asimismo, se tipificó como delito usar o amenazar con usar la fuerza para interferir con los derechos de vivienda debido a la raza, el color, la religión, el sexo o el origen nacional de la víctima. Posteriormente, en 1988, se agregaron protecciones basadas en el estado familiar y la discapacidad y en 1996, fue aprobada la ley de prevención de incendios provocados en iglesias en la cual se estableció que es un delito desfigurar, dañar o destruir bienes inmuebles religiosos, o interferir con la práctica religiosa de una persona, en situaciones que afectan el comercio interestatal. Asimismo, esta ley prohíbe desfigurar, dañar o destruir bienes religiosos debido a la raza, el color o el origen étnico de las personas asociadas con los bienes.

En el año 2009 se sancionó la ley de Prevención de Crímenes de Odio de Matthew Shepard y James Byrd Jr. que amplió la definición federal de delitos de odio y agregó nuevas protecciones federales contra los delitos basados en el género, la discapacidad, la identidad de género o la orientación sexual. Esta ley prohíbe causar intencionalmente lesiones corporales o intentar causar lesiones corporales con arma peligrosa, cuando el delito se cometió debido a: 1) el hecho real o percibido raza, color, religión u origen nacional de cualquier persona, 2) la religión real o percibida, origen nacional, género, orientación sexual, identidad de género o discapacidad de cualquier persona y el crimen afectó interestatales o extranjeros comercio, o 3) cualquiera de estas características (real o percibida) si el delito ocurrió dentro de la jurisdicción federal marítima y territorial.

A nivel federal, un delito de odio es un delito motivado por prejuicios contra la raza, el color, la religión, el origen nacional, la orientación sexual, el género, la identidad de género o la discapacidad. Un crimen de odio es un delito tradicional como asesinato, incendio provocado o vandalismo con un elemento adicional de prejuicio. A los efectos de la recopilación de estadísticas, el FBI (Federal Bureau of Investigation) es la principal agencia de investigación de violaciones criminales de los estatutos federales de derechos civiles y ha definido un delito de odio como un "delito penal contra una persona o propiedad motivado en su totalidad o en

parte por el prejuicio del delincuente contra una raza, religión, discapacidad, orientación sexual, etnia, género o identidad de género". El odio en sí mismo no es un delito.

En Estados Unidos, el gobierno federal y todos los estados menos uno (Wyoming) tienen leyes específicas contra los delitos motivados por el odio. Estas leyes varían en los diferentes estados debido a que no existe una definición legal estándar de los delitos motivados por el odio. Por ejemplo, si bien casi todos los Estados establecen a la raza, la religión o el origen étnico como características de los grupos protegidos, no hay consenso sobre otros factores. Las leyes sobre delitos de odio pueden definir los grupos que están protegidos, por ejemplo, religión, raza o etnia, género, discapacidad y orientación sexual, la variedad de delitos determinantes o subyacentes, el requisito de que el odio o la parcialidad hayan motivado la ofensa, entre otros elementos.

Con respecto a la información sobre las características de los delitos de odio existen tres fuentes: el Programa Uniforme de Informes de Delitos de la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) y la Encuesta Nacional de Victimización por Delitos (NCVS) de la Oficina de Estadísticas de Justicia (BJS). Los tipos de datos recopilados por estas agencias difieren por lo que existen dificultades para evaluar con precisión la prevalencia de los delitos de odio. Sin embargo, en ambos surge que el sesgo con respecto a la raza es la motivación más común detrás de un crimen de odio. Por ejemplo, allí surge que las personas afroamericanas, son atacadas con el doble de frecuencia que los caucásicos.

En cuanto a la persecución de los crímenes de odio, un informe oficial (5) que recopiló información durante el período 2005-2019 determinó entre otros, los siguientes datos relevantes: 1864 casos de sospecha de crimen de odio fueron remitidos para su enjuiciamiento a Fiscales de EE.UU. de distritos judiciales federales en todos 50 estados, asuntos de delitos de odio inves-

tigados por las oficinas de los fiscales de EE.UU. disminuyeron un 8%, de 647 durante 2005-09 a 597 durante 2015-19; la tasa de condenas por delitos de odio aumentó del 83% durante 2005-09 al 94% durante 2015-19; alrededor del 85% de los acusados condenados por odio fueron condenados a prisión, con un promedio plazo de más de 7,5 años; la mayoría (63%) de los asuntos relacionados con delitos de odio involucran un sospechoso; la evidencia insuficiente fue la más común razón por la que se rechazaron los asuntos de delitos de odio; más de 9 de cada 10 acusados de delitos de odio en un tribunal de distrito de EE. UU. durante 2005-19 fueron condenados.

En muchos casos, las víctimas, sus familias, los testigos e incluso las fuerzas del orden pueden ver o percibir el odio como la motivación de un delito, pero es posible que quienes cometieron el delito no sean acusados de un delito de odio. El FBI solo cuenta los delitos que se denuncian a la policía, mientras que de la encuesta que recopila información de las víctimas surgen otros datos ya que se les pregunta si creen que el odio jugó un papel en el crimen. Además, solo el 44% de los presuntos incidentes en la base de datos de la encuesta a las víctimas se denunciaron a la policía.

Con respecto a los datos emergentes del Programa de Estadísticas sobre delitos de odio del FBI, allí surge que más de la mitad (54%) de los incidentes de delitos de odio denunciados fueron motivados por prejuicios en contra de la víctima raza, etnia o ascendencia. A su vez, de los 7314 incidentes de delitos de odio registrados en 2019, 3963 fueron clasificados como motivados por este tipo de sesgo de raza, etnia o ascendencia.

Según el Programa de referencia, la motivación del sesgo se puede conectar solo a delitos específicos que incluyen el asesinato, el homicidio no negligente, violación, asalto agravado, agresión simple, intimidación, trata de personas/actos sexuales comerciales, trata de personas/involuntaria servidumbre, robo, hurto, hurto-robo, robo de vehículos, incendio premeditado y destrucción/daños/vandalismo. En todos estos delitos las víctimas son individuales o son empresas, instituciones religiosas, otras organizaciones y la sociedad en su conjunto.

(5) MOTIVANS, Mark, "Federal Hate Crime Prosecutions, 2005-19", US Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Statistics, NCJ 300952, 2021, recuperado en el mes de marzo de 2022 de: <https://www.ojp.gov/>.

Mientras que los delitos contra la sociedad incluyen ciertas actividades prohibidas que normalmente no implican una victimización y no se clasifican como delitos contra las personas o la propiedad (por ejemplo, violaciones de la ley de armas, delitos de drogas o estupefacientes y delitos de apuestas). A lo largo del período de 10 años, la mayoría (61%) de los odios incidentes delictivos fueron clasificados como delitos contra personas y la segunda categoría más grande (41%) crímenes de odio contra las propiedades.

Otro dato de relevancia en los Estados Unidos es el relativo a la violencia policial ejercida con motivo de la raza. Al respecto, un reciente estudio concluyó que más del 55% de las muertes por violencia policial en los EE. UU. entre 1980 y 2018 se clasificaron incorrectamente o no se informaron en los informes oficiales de estadísticas vitales (los investigadores compararon los datos del Sistema Nacional de Estadísticas Vitales de EE. UU. con tres bases de datos no gubernamentales de código abierto sobre violencia policial mortal), además establece que la tasa más alta de muertes por violencia policial ocurrió entre los estadounidenses negros, que se estimó que tenían 3,5 veces más probabilidades de experimentar violencia policial fatal que los estadounidenses blancos (6).

En suma, la información expuesta nos ilustra acerca de los desafíos que la administración de justicia penal tiene para dar una respuesta frente a la comisión de este tipo de criminalidad. Seguidamente, se evidenciarán coincidencias entre las problemáticas aquí referidas y las que se presentan en nuestro país con relación a “nuestros crímenes de odio” como los travesticidios y transfemicidios.

### III. Delitos de odio en la Argentina. Violencia policial

Ya señalamos que la República Argentina ha contemplado en el homicidio la agravante por el odio en el inc. 4º del art. 80 del Código Penal. Por una razón de recorte del campo de estudio

(6) “More than half of police killings in USA are unreported and Black Americans are most likely to experience fatal police violence”, *The Lancet*, 2021, recuperado en marzo de 2022 de <https://www.healthdata.org>.

me referiré a las categorías de odio al género y más precisamente, a las ya mencionadas figuras de travesticidios y transfemicidios.

En 2012 la sanción de la Ley de Identidad de Género (ley 26.743) y la ley de reforma del Código Penal (ley 26.791) resultaron en la incorporación de la figura de femicidio y el agravante en casos de homicidio por odio y, en especial, por identidad de género o su expresión. Nuestro país fue pionero en el reconocimiento y protección de los derechos de personas travesti-trans otorgando protección a grupos especialmente victimizados (miembros de la comunidad LGBTIQ).

La población travesti-trans integra grupos en situación de vulnerabilidad debido a que sufren múltiples exclusiones a los espacios de sociabilidad: en el propio seno familiar, en las instituciones de socialización primaria, en el sistema de salud, en el educativo, en el mercado laboral, lo cual deriva en la exclusión al acceso a derechos básicos fundamentales. Las estadísticas develan que son objeto de discriminación histórica, estructural y sistemática que afectan su calidad de vida, la esperanza de vida, sus condiciones laborales, educacionales y habitacionales.

El instrumento para la medición de femicidios, travesticidios y transfemicidios de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres del Ministerio Público Fiscal de la Nación (UFEM), define a los travesticidios o transfemicidios como “la máxima expresión de una violencia social extrema que se expresa en instancias anteriores a través de la exclusión permanente en el acceso de derechos fundamentales”, y añade que estos actos son cometidos generalmente con un alto grado de violencia y crueldad, utilizando más de un instrumento y/o modalidad comisiva frecuentemente con violencia sexual.

A su vez, la Dirección General de Políticas Integrales de Diversidad Sexual del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sostiene que los travesticidios, transfemicidios y femicidios trans son manifestaciones de violencia por prejuicio, son crímenes de odio y de violencia de género que se caracterizan por la discriminación y el rechazo hacia las identidades y expresiones de las feminidades trans.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde el año 2015 implementó un registro de datos estadísticos de las causas judiciales en las que se investigan muertes violentas de mujeres cis, mujeres trans y travesti por razones de género. Para la obtención de esos datos considera el concepto de femicidio del Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA) que es el que proviene de la “Declaración sobre el femicidio”, aprobada en la Cuarta Reunión del Comité de Expertas/os (CEVI), celebrada el 15 de agosto de 2008:

“La muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”.

De la edición 2020 del Informe de Femicidios de la Argentina elaborado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación surge la identificación de 251 víctimas directas de femicidio en la República Argentina entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2020. La cifra incluye 6 víctimas de travesticidio/transfemicidio. A su vez, revela que hubo una víctima directa de femicidio cada 35 horas. También contabiliza 36 víctimas de femicidio vinculado, por lo que, en la suma de ambas categorías, la cifra de víctimas letales de la violencia de género en la Argentina durante 2020 asciende a 287.

Ciertas organizaciones no gubernamentales también llevan a cabo investigaciones y relevamiento de datos sobre travesticidios y transfemicidios. Así, estas fuentes nos informan datos relevantes como, por ejemplo, que a finales de 2021, solo uno de estos crímenes perpetrados en 2020 llegó a juicio oral y concluyó con la absolución del imputado; que la mayoría de los crímenes ocurrieron en Ciudad de Buenos Aires y provincia de Buenos Aires y que el promedio de edad de las víctimas es de 37 años y casi todas eran trabajadoras sexuales (7).

(7) “Investigación: cómo trata la Justicia de Argentina transfemicidios y travesticidios”, 2021, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <https://agenciapresentes.org>.

Con respecto al dato de que la mayoría de las víctimas de transfemicidios fueran trabajadoras sexuales (o personas en situación de prostitución) también evidencia un elemento más de vulnerabilidad de las víctimas (interseccionalidad) y la situación de desprotección de la trabajadora sexual. A su vez, debe tenerse en cuenta que para muchas personas trans esta actividad no es una elección sino un modo de subsistencia.

También fuentes no oficiales revelan que en la mayoría de los casos judicializados hay personas detenidas por el crimen, siendo estos varones de entre 20 y 40 años y que, dos de las causas de trans/travestis asesinadas en la Argentina en 2020 se investigan como travesticidio, otra como femicidio, y una más se investigó como crimen de odio, mientras que el resto llevan la carátula de homicidio.

La sexta edición del informe “Femicidios y homicidios dolosos de mujeres en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” que la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), a cargo de Mariela Labozzetta, reveló que durante el año 2020 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se produjeron 19 homicidios dolosos de personas con identidad femenina, de los cuales 15 fueron femicidios o transfemicidios/travesticidios. Entre estos, dos resultaron transfemicidios/travesticidios de mujeres extranjeras/migrantes procedentes de Perú y en presunto o confirmado ejercicio de prostitución. En un caso, los agresores fueron dos varones conocidos/vecinos de la víctima, en el marco de una fiesta privada en un domicilio asociado a los victimarios. El otro trans/travesticidio sucedió dentro de la vivienda de la víctima, y fue protagonizado por un varón que había conocido ocasionalmente en la vía pública el mismo día del hecho. En ambos casos se trató de mujeres trans con escasas redes familiares y sociales de contención, en situación de vulnerabilidad social y de crímenes ejecutados con extrema violencia (8).

(8) “Los femicidios y transfemicidios/travesticidios representaron el 79% de los homicidios dolosos de personas de identidad femenina en la Ciudad de Buenos Aires durante 2020”, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <https://www.fiscales.gov.ar>.

La Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) asimismo, elaboró un documento que reúne las buenas prácticas de investigación y litigio identificadas en el proceso penal seguido por el travesticidio de la ya mencionada activista Diana Sacayán. En este documento es relevante el dato relativo a que, si bien los crímenes contra la población trans-vesti-trans están asociados a los asesinatos por discriminación o crímenes de odio y presentan particularidades en su modo de comisión, comparten con los otros contextos femicidas el determinante de género. La especificidad se concentra en el objetivo que tiene la conducta criminal, cual es la eliminación/erradicación del colectivo trans por razones de discriminación estructural.

Como puede observarse a partir del desarrollo que se viene realizando, en materia de transfemicidios y travesticidios la consideración del contexto relativo la pertenencia de la víctima a un grupo en situación de vulnerabilidad, el lugar donde se lleva a cabo la conducta criminal, las características de los autores y la modalidad delictiva ejecutada es de suma importancia al momento de determinar la correcta subsunción legal, la cual es necesaria para garantizar los derechos de este colectivo.

La UFEM también elaboró en el año 2019 un Instrumento para la medición de femicidios, transfemicidios y travesticidios (9) donde precisamente, se determinan y definen indicadores para establecer cuando un homicidio doloso es un femicidio, un transfemicidio o un travesticidio. Allí se propone que para que el homicidio sea considerado femicidio, transfemicidio o travesticidio debe presentar al menos uno de los siete indicadores que se enumeran a continuación: 1. Vínculo de pareja o sexo-afectivo ocasional o estable, actual o pasado, entre agresor y víctima; 2. Vínculo familiar, de responsabilidad, confianza o poder del agresor sobre la víctima; 3. Componente sexual directo o simbólico en

el hecho, antes, durante o después del crimen; 4. Cometido en el ejercicio de la prostitución o en un contexto de explotación o trata sexual; 5. Presencia de determinadas características del procedimiento homicida tales como violencia excesiva, *overkill*; más de un procedimiento y/o instrumento de muerte, mutilación del cuerpo, lesiones post mortem, posición/estado de la vestimenta; sujeciones/ataduras; disposición del cadáver (expuesto o arrojado en lugar público, baldíos, basurales, incinerado, etc.); 6. Cometido en razón de la identidad de género trans o travesti de la víctima; 7. Cometido en razón de la orientación sexual no normativa de la víctima (lesbiana, bisexual, otras).

Finalmente, para cerrar el desarrollo de este apartado y considerando que muchas veces el odio racial, como vimos al estudiar el caso de los Estados Unidos, es ejercido por las fuerzas policiales, haré una breve consideración respecto de aquellos homicidios que en nuestro país implican una expresión de la violencia policial/institucional y han sido tipificados por nuestra norma penal como homicidios agravados por haber sido cometido por un miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, que actúe con abuso de su función el cual se encuentra contemplado en el art. 80, inc. 12, del Cód. Penal e introducido por la ley 25.816 del año 2003.

Lamentablemente, estos casos comúnmente llamados de “gatillo fácil” tienen como víctimas a un grupo de personas en situación de vulnerabilidad, aquellos que son criminalizados por su condición de pobreza y que por ello, resultan objeto de prejuicios como fue el caso de Ahmaud a quien sindicaron como un “sospechoso”, un “delincuente” y por ello, los acusados de su asesinato esgrimieron una actuación en legítima defensa o en la creencia razonable de haber actuado bajo esas circunstancias, estrategia defensiva que, también es frecuentemente empleada por los funcionarios policiales en este tipo de casos en la Argentina.

La introducción de esta figura agravada de homicidio tuvo oportunamente por objetivo la disminución, a través del agravamiento de la pena, del número de delitos cometidos por miembros de las fuerzas sindicadas.

(9) “Instrumento para la medición de femicidios, transfemicidios y travesticidios Una propuesta para la construcción de información criminal con perspectiva de género”, Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, 2019, Recuperado en el mes de marzo de 2022 de <https://www.mpf.gob.ar>.

La Comisión Provincial por la Memoria (CPM) registró en el año 2020, la cantidad de 101 casos de uso letal de la fuerza, a su vez surge de sus relevamientos que en los últimos cinco años, el 77% de las víctimas de la violencia policial letal tenían menos de 30 años, 83 eran menores de edad y 96 tenían entre 18 y 20 años (10).

En la provincia de Buenos Aires ocurren la mayor cantidad de asesinatos en casos de gatillo fácil y de las muertes de personas detenidas por diferentes razones, lo que se conoce como “muertes bajo custodia”. Un relevamiento realizado por la Coordinadora Contra la Represión Policial e Institucional (CORREPI), reveló que entre 2016 y 2021 hubo un total de 1634 muertes, de los cuales 436 son asesinatos de gatillo fácil y 1198, entre asesinatos y fallecimiento por distintas razones, corresponden a personas detenidas. Además, de esta última cifra surge que el 71% de las muertes sucedieron entre 2020 y 2021 en tiempos de pandemia (11).

Como explica Gabriel Sarfati (2008) la expresión “gatillo fácil” comprende de acuerdo con las organizaciones de DDHH toda muerte o daño grave provocado por un uniformado en forma ilegal, se utilice en el mismo armas de fuego o no, se trata de “La pena de muerte extrajudicial aplicada por verdugo de uniforme”, y tiene una función distinta que la represión dictatorial, la cual se trata de efectuar una represión preventiva e indiscriminada contra los opositores potenciales, es decir, los sectores marginados por el nuevo modelo.

El gatillo fácil cumple una función de represión preventiva destinada a un control social para lo cual el Estado moderno faculta a la policía y a otras agencias de seguridad para el ejercicio de aquella violencia contra “los nuevos enemigos” que en el imaginario policial y de acuerdo con los ya mencionados sesgos basados en estereotipos son los grupos de jóvenes

(10) CENTENERA, Mar, “El asesinato de dos jóvenes por policías en Argentina reaviva las críticas sobre los casos de gatillo fácil”, *El País*, 2021, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <https://elpais.com>.

(11) SUÁREZ, Martín, “En los últimos 5 años hubo 436 casos de gatillo fácil en la Provincia de Buenos Aires”, *Tiempo Argentino*, 2021, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <https://www.tiempoar.com.ar>.

desocupados, morochos y de pelo largo que habitan las periferias urbanas, o simplemente los pobres y miserables (12).

El citado autor explica el discurso justificador en el cual el delito y los presuntos delincuentes son tomados como enemigos que conforman un bando al cual se debe destruir y eliminar en nombre del orden social. Aquí el sujeto aparece como algo ajeno a la especie humana, es un otro extraño que no tiene derechos.

Vemos entonces que estos casos de gatillo fácil visibilizan la existencia de una selectividad policial fuerte en términos de clase, de raza o etnia (si pensamos, asimismo, en la criminalización de los reclamos de las comunidades indígenas). De esa selectividad no es ajeno el poder judicial cuando en el juzgamiento de estos casos observamos sentencias que revelan prácticas de estereotipación que como ya señalamos, son actos de discriminación.

La consideración del contexto de discriminación y la existencia de prejuicios es importante al momento del tratamiento de estos casos justamente para estar advertidos de las prácticas discriminatorias y así, estar mejor preparados para identificarlas y evitarlas.

#### **IV. El jurado argentino en delitos basados en el género. Femicidios, travesticidios, transfemicidios**

La implementación del juicio por jurados en la Argentina, como consecuencia del cumplimiento del triple mandato constitucional que establece el juzgamiento obligatorio de los crímenes mediante el sistema de juicio por jurados viene desarrollándose con éxito y así lo demuestran los distintos casos que han sido sometidos a juicio.

Puntualmente, en materia de femicidios el estudio llevado a cabo por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip) analizó 25 juicios en la provincia en el período que va desde el 6 de mayo de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019. De los 25 jui-

(12) SARFATI, Gabriel, “Un discurso para el gatillo fácil”, Ed. Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, Buenos Aires, 2008, p. 8, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <http://biblioteca.clacso.edu.ar>.

cios realizados, 18 casos fueron de homicidios y entre estos, 6 fueron femicidios y 1 de femicidio transversal. En estos casos hubo 26 veredictos de culpabilidad. Allí se concluye que un jurado paritario integrado por igual cantidad de mujeres y varones contribuye a la identificación de estereotipos de género, especialmente, en los casos de violencia sexual (13).

Sidonie Porterie y Aldana Romano, investigadoras del Inecip, ya habían compartido información en el año 2018 respecto de que la aplicación de la figura de “femicidio” por los jurados populares en la provincia de Buenos Aires como en Neuquén ha condenado en los últimos dos años y medio 13 femicidios y dos femicidios transversales. A su vez, detectaron que, en Neuquén, ninguno de los seis femicidios juzgados por jurados quedó impune, mientras que en la provincia de Buenos Aires solo en uno de los 10 casos juzgados por femicidio el jurado emitió un veredicto de no culpabilidad, observando, en ese caso, que la fiscalía no había logrado presentar prueba que sustentara una condena.

Las investigadoras concluyeron que: “

Las condenas en casos de femicidios y las absoluciones por legítima defensa en situaciones de violencia de género reflejan los aprendizajes sociales sobre las múltiples aristas de la violencia machista y sus efectos y la capacidad de reflexionar sobre comportamientos históricamente poco y nada cuestionados”(14).

Con respecto a crímenes contra población LGTBIQ+, es de interés citar el caso de Azul Montero en la provincia de Córdoba, cuyo crimen fue juzgado por un jurado escabinado que declaró culpable al imputado bajo la calificación de femicidio.

Azul era una persona transgénero, trabajadora sexual, que fue asesinada de 18 puñaladas en la madrugada del 17 de octubre de 2017 en un

(13) LONCOPAN BERTI, Laura, “La paridad del jurado en Neuquén contribuye a la deliberación”, 2021, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <https://inecip.org>.

(14) PORTERIE, Sidonie - ROMANO, Aldana, “Juradxs populares y perspectiva de género”, 2018, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <https://inecip.org>.

departamento de calle Rincón al 141, en el Centro de la ciudad de Córdoba. El asesino, que era un cliente habitual, tras cometer el crimen atacó a la perra de la víctima y se apoderó de dinero y de un celular. Una amiga de Azul llegó al departamento a la madrugada donde encontró la puerta abierta y cuando se acercó a la habitación, halló su cuerpo sin vida tirado en el suelo sobre un charco de sangre junto a la cama, que también estaba completamente revuelta y ensangrentada (15).

El fiscal de este caso consideró, a los fines de formular la acusación por el delito de femicidio, que “Azul era trans y se consideraba mujer. El agresor la atacó y la terminó matando por su condición de mujer (...). No la mató por ser transsexual. La mató porque era mujer”.

Finalmente, el jurado declaró culpable al imputado por el delito de femicidio en virtud de lo cual fue condenado a prisión perpetua.

El caso es relevante, ya que puede analizarse en términos de si hubiera correspondido o no su juzgamiento asimismo, bajo la agravante del inc. 4º del art. 80 del Cód. Penal, teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas acerca de la necesidad de su calificación en esos términos con el objetivo de visibilizar la violencia contra el colectivo travesti-trans, dado que en el caso es posible encontrar mucho de los indicadores que los califican como un crimen perpetrado por odio al género travesti-trans, sin perjuicio de que, asimismo, constituya la figura prevista en el art. 80, inc. 11.

Por último, acerca de casos de violencia institucional, la página web de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados nos permite analizar distintas experiencias sobre el juzgamiento por jurados de este tipo de criminalidad en nuestro país.

Un primer caso allí mencionado fue juzgado en el mes de mayo de 2014 en la provincia de Neuquén, donde el tribunal de doce ciudadanos neuquinos declaró por unanimidad culpable a

(15) Asociación Argentina de Juicio por Jurados, “Para el jurado, el asesinato de la trans Azul Montoro fue un Femicidio”, Córdoba, 2019, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <http://www.juicioporjurados.org>.

un policía (Héctor David Méndez) por el homicidio calificado de un joven (Matías Casas).

Luego, se encuentra otro caso juzgado en abril de 2018 en el Departamento de Lomas de Zamora de la Prov. de Bs. As., donde el jurado popular declaró culpable por unanimidad a un policía acusado por el delito de “homicidio agravado por abuso de autoridad y tenencia ilegal de armas de uso civil”. En este caso se acreditó que el policía fusiló por la espalda a una joven de 17 años de la comunidad gitana. La defensa esgrimida por el acusado se había basado en que lo quisieron robar y recibió disparos.

Otro hecho ocurrió también, en Lomas de Zamora (juzgado en mayo de 2018), donde el jurado declaró culpable a un policía de homicidio por exceso en el cumplimiento del deber por el asesinato de un joven a quien sindicaron en el caso como “transa”. La fiscal de este caso había argumentado que hubo un abuso de la autoridad por parte del imputado, debido a que la ley resguarda el uso de arma de fuego de un efectivo policial como última circunstancia y en situaciones de completa emergencia. Para ello, produjo prueba de que el imputado tenía sumarios internos abiertos por “armar causas y fraguar falsos procedimientos de drogas” y trajo al juicio a una perito psicóloga forense que ilustró sobre su personalidad agresiva.

En el departamento judicial de Morón (Prov. de Bs. As.) fue juzgado en mayo de 2019 un caso en el que el jurado popular determinó por 10 votos contra 2 que el policía acusado era culpable del delito de homicidio culposo, tras haberle disparado dos veces desde una larga distancia al automóvil en el que iban dos jóvenes que le habían robado dos tazas de su automotor. Al finalizar el juicio, el jurado tuvo cinco propuestas de veredicto: la de homicidio agravado por ser miembro de la fuerza de seguridad abusando de su cargo, la de homicidio simple, la no culpabilidad propuesta por la defensa, culpable por exceso del cumplimiento del deber y homicidio culposo (estas últimas con la misma pena). El cuerpo de ciudadanos deliberó durante tres horas y media tras lo que emitió el ya indicado veredicto de culpabilidad por la figura de homicidio culposo.

En el mes de marzo de 2021 se juzgó en la provincia de Entre Ríos otro caso donde el jurado quedó estancado tras tres horas de deliberación. Destaca sobre el contexto, la nota de la Asociación, que el hecho había dividido a la ciudad desarrollándose marchas a favor del policía y marchas en contra del gatillo fácil. En el juicio el policía acusado no negó el hecho, sino que afirmó que cuando se bajó del patrullero, “el arma se le disparó accidentalmente”. Debido al resultado del juicio, este será nuevamente llevado a cabo a requerimiento de la fiscalía, conforme se encuentra legalmente previsto en casos de jurado estancado.

Finalmente, en septiembre del año 2021 tuvo lugar en la provincia de Mendoza otro juicio por un caso de “gatillo fácil” que concluyó en condena. En este caso, el jurado declaró culpable al policía de manera unánime por haber acribillado durante una persecución y con el arma reglamentaria a un joven empleado municipal de 29 años. Se acreditó que le disparó seis veces y que la víctima recibió dos impactos por la espalda. El jurado tuvo cinco opciones de veredicto: homicidio agravado por la condición de policía y con arma de fuego, homicidio simple, homicidio culposo, abuso de armas y no culpable. Tras cinco horas de deliberación el jurado emitió su veredicto: “Culpable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego y por ser cometido por funcionario público”.

Menciono en último lugar, por su trascendencia en los medios, un caso de la provincia de Buenos Aires que próximamente será juzgado a través de jurados, conocido como “la masacre de San Miguel”, en el cual cuatro jóvenes —tres de ellos adolescentes— murieron tras ser perseguidos a los tiros por policías bonaerenses. Los cuatro policías, que están imputados como coautores de “homicidio agravado por abuso de función como miembro de las fuerzas policiales calificado por el empleo de armas de fuego, y violación de los deberes de funcionario público”, serán juzgados por un jurado popular en el Departamento Judicial de La Plata. El caso implica sin lugar a dudas un desafío para la acusación en la preparación de sus respectivas teorías del caso, el litigio de la audiencia de *voir dire* y la *comunicación de las instrucciones al jurado en las cuales la judicatura deberá considerar los es-*

*tándares de valoración probatoria en estos casos emergentes de la normativa internacional.*

### **V. Instrucciones al jurado. Femicidio, travesticidio, transfemicidio**

En materia de instrucciones interesa destacar la reciente publicación del Manual de Instrucciones de Puerto Rico (2022) (16). Se trata de una revisión y compilación llevada a cabo sobre el contenido del anteriormente publicado que estuvo a cargo del Comité para la Revisión del Manual de Instrucciones al Jurado, con el apoyo del Secretariado de la Conferencia Judicial y Notarial, organismo adscrito al Tribunal Supremo de Puerto Rico.

Este manual contiene instrucciones al jurado sobre los delitos de femicidio y transfemicidio cuyo estudio y análisis a la luz de nuestra normativa interna e internacional aplicable en nuestro margen se impone para considerar en qué medida pueden ser utilizadas en los juicios por jurados de la Argentina:

“Asesinato en primer grado; feminicidio —art. 93(e) del Código Penal de 2012—.”Contra la persona acusada se ha presentado una acusación por el delito de asesinato en primer grado en su modalidad de feminicidio. ‘Asesinato’, según lo define la ley, es dar muerte a un ser humano a propósito, con conocimiento o temerariamente.

“La ley dispone que comete el delito de feminicidio la persona que da muerte a una mujer [cuando la muerte haya ocurrido al cometer algún delito de maltrato, maltrato agravado, maltrato mediante restricción de libertad o agresión sexual conyugal en contra de la alegada víctima, según definidos por la ley para la Protección e Intervención de la Violencia Doméstica] [que presente signos de violencia sexual de cualquier tipo] [a quien se le haya infligido lesiones o mutilaciones, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia] [cuando la persona acusada tenga antecedentes penales por cualquier delito relacionado con violencia y/o agresiones en el ámbito familiar, laboral, escolar,

académico o cualquier otro en contra de la alegada víctima] [cuando la persona acusada haya realizado actos o manifestaciones esporádicas o reiteradas, de violencia en contra de la alegada víctima, independientemente de que los hechos fueran denunciados o no por ella] [cuando la persona acusada haya tenido o haya intentado establecer o restablecer con la alegada víctima una relación sentimental, conyugal, de pareja, amistad, convivencia, intimidad, afectiva, de noviazgo, de confianza o cualquier otra relación de hecho] [cuando existan datos que establezcan que la persona acusada amenazo a la alegada víctima con el hecho delictivo, acoso, acecho o lesiones] [cuando la persona acusada haya privado a la alegada víctima de establecer cualquier tipo de comunicación verbal, escrita o visual con otras personas en cualquier período de tiempo previo a la privación de la vida] [cuando la persona acusada haya abandonado, expuesto o depositado el cuerpo de la alegada víctima en un lugar público] [cuando entre la persona acusada y la alegada víctima exista o haya existido una relación laboral, docente o cualquier otra que implique superioridad, ventaja o establezca una relación de poder a favor la persona acusada] [en presencia de las hijas o hijos de la alegada víctima].

“Los elementos de este delito son los siguientes:

“1. Dar muerte a una mujer,

“2. [El tribunal debe leer la(s) circunstancia(s) que aplique(n) según lo alegado en el pliego acusatorio:

“- que la muerte ocurrió al cometer algún delito de maltrato, maltrato agravado, maltrato mediante restricción de libertad o agresión sexual conyugal, según definidos por la ley para la Protección e Intervención de la Violencia Doméstica,

“- que presentó signos de violencia sexual de cualquier tipo,

“- que la persona acusada le infligió lesiones o mutilaciones, previas o posteriores a la privación de la vida o cometió necrofilia, es decir, algún acto sexual con el cadáver,

(16) Libro de instrucciones al jurado del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Recuperado en el mes de marzo de 2022 demicrojuris.

"- que la persona acusada tenga antecedentes penales por cualquier delito relacionado con violencia y/o agresiones en el ámbito familiar, laboral, escolar, académico o cualquier otro en contra de la alegada víctima,

"- que la persona acusada realizó actos o manifestaciones esporádicas o reiteradas, de violencia en contra de la alegada víctima independientemente de que los hechos fueran denunciados o no por ella,

"- que la persona acusada tuvo o intentó establecer o restablecer con la alegada víctima una relación sentimental, conyugal, de pareja, amistad, convivencia, intimidad, afectiva, de noviazgo, de confianza o cualquier otra relación de hecho,

"- que existan datos que establezcan que la persona acusada amenazo a la alegada víctima con el hecho delictivo, acoso, acecho o lesiones,

"- que la persona acusada privó a la alegada víctima de establecer cualquier tipo de comunicación verbal, escrita o visual con otras personas en cualquier período de tiempo previo a la privación de la vida,

"- que la persona acusada abandonó, expuso o depositó el cuerpo de la alegada víctima en un lugar público,

"- que entre la persona acusada y la alegada víctima existe o existió una relación laboral, docente o cualquier otra que implique superioridad, ventaja o establezca una relación de poder a favor de la persona acusada,

"- que la muerte ocurrió en presencia de las hijas o hijos de la alegada víctima],

3. y que la persona actuó a propósito, con conocimiento o temerariamente.

[El tribunal debe leer las definiciones que correspondan según lo alegado en el pliego acusatorio].

(...) La instrucción continúa..."

Luego, la instrucción sobre transfeminicidio establece:

"Contra la persona acusada se ha presentado una acusación por el delito de homicidio como transfeminicidio.

"'Homicidio', según lo define la ley, es dar muerte a un ser humano a propósito, con conocimiento o temerariamente.

"La ley dispone que comete el delito de transfeminicidio la persona que da muerte a otra persona cuya identidad o expresión de género, real o percibida, no corresponde con aquella asignada al nacer [cuando la muerte haya ocurrido al cometer algún delito de maltrato, maltrato agravado, maltrato mediante restricción de libertad o agresión sexual conyugal, según definidos por la ley para la Protección e Intervención de la Violencia Doméstica], a saber:

"[cuando presente signos de violencia sexual de cualquier tipo] [a quien le haya infligido lesiones o mutilaciones, previas o posteriores, a la privación de la vida o actos de necrofilia] [cuando la persona acusada tenga antecedentes penales por cualquier delito relacionado con violencia y/o agresiones en el ámbito familiar, laboral, escolar, académico o cualquier otro en contra de la alegada víctima] [cuando la persona acusada haya realizado actos o manifestaciones esporádicas o reiteradas, de violencia en contra de la alegada víctima, independientemente de que los hechos fueran denunciados o no por esta] [con quien haya tenido o haya intentado establecer o restablecer una relación sentimental, conyugal, de pareja, amistad, convivencia, intimidad, afectiva, de noviazgo, de confianza o cualquier otra relación de hecho] [cuando existan datos que establezcan que la persona acusada amenazo a la alegada víctima con el hecho delictivo, acoso, acecho o lesiones] [cuando la persona acusada haya privado a la alegada víctima de establecer cualquier tipo de comunicación verbal, escrita o visual con otras personas en cualquier período de tiempo previo a la privación de la vida] [cuando la persona acusada haya abandonado, expuesto o depositado el cuerpo de la alegada víctima en un lugar público] [cuando entre la persona acusada y la alegada víctima exista o haya existido una relación laboral, docente o cualquier otra que implique superioridad, ventaja o establezca una relación de poder a favor de la persona acusada] [cuan-

do ocurra en presencia de las hijas o hijos de la alegada víctima].

”Los elementos de este delito son los siguientes:

”1. Dar muerte a una persona cuya identidad o expresión de género, real o percibida, no corresponde con aquella asignada al nacer,

”2. [El tribunal debe leer la(s) circunstancia(s) que aplique(n) según lo alegado en el pliego acusatorio:

”- que la muerte ocurrió al cometer algún delito de maltrato, maltrato agravado, maltrato mediante restricción de libertad o agresión sexual conyugal, según definidos por la ley para la Protección e Intervención de la Violencia Doméstica,

”- que presentó signos de violencia sexual de cualquier tipo... (y así con toda la lista anterior, según corresponda con la acusación)

”3. y que la persona actuó a propósito, con conocimiento o temerariamente. [El tribunal debe leer las definiciones que correspondan según lo alegado en el pliego acusatorio].

”(...) La instrucción continúa...”

Por otro lado, y como nos hemos referido en este trabajo a los delitos de odio en los Estados Unidos, se transcribe a continuación una instrucción patrón de la Corte de Nueva York (17), también, con el propósito de considerar su contenido para una eventual aplicación (con adaptaciones) en nuestros juicios por jurados:

”Bajo nuestra ley, una persona es culpable de un Delito de Odio, cuando esa persona comete (nombre delito especificado), y: (Seleccione la alternativa adecuada):

”selecciona intencionalmente a la persona contra quien se comete el delito se comete o se tiene la intención de cometer en su totalidad o en parte sustancial debido a una creencia

o una percepción con respecto a la raza, color, origen nacional, ascendencia, género, identidad o expresión de género, religión, práctica religiosa, edad de sesenta años o más, discapacidad o sexual orientación de una persona, independientemente de si la creencia o la percepción es correcta.

”O,

”comete intencionalmente el acto o los actos que constituyen delito, en su totalidad o en parte sustancial debido a una creencia o percepción con respecto a la raza, color, origen nacional, ascendencia, género, identidad o expresión de género, religión, práctica religiosa, edad de sesenta años o más, discapacidad u orientación sexual de una persona, independientemente de si la creencia o percepción es correcta.

”Los siguientes términos usados en esa definición tienen un significado especial. Bajo nuestra ley, una persona comete el delito de (nombre ofensa especificada), cuando (definir el delito especificado). Nota: Si el ‘delito especificado’ se define como un cargo separado, una referencia cruzada a ese cargo debería ser suficiente.

”*Propósito* significa objetivo o propósito consciente.

”Así, una persona *intencionalmente*: Seleccione la alternativa adecuada:

”selecciona a la persona contra la cual se comete el delito o con la intención de ser cometido en su totalidad o en parte sustancial debido a una creencia o una percepción con respecto a —[especifique atributo(s) apropiado(s)] cuando la conciencia de esa persona objetivo o propósito es hacerlo.

”O,

”comete el acto o actos constitutivos del delito en su totalidad o en parte sustancial debido a una creencia o percepción con respecto a (especifique los atributos apropiados) cuando ese el objetivo o propósito consciente de la persona es hacerlo.

”Si corresponde, seleccione la(s) definición(es) adecuada(s):

---

(17) Instrucciones modelos al jurado de la Corte Penal de Nueva York, recuperado en el mes de marzo de 2022 de <https://nycourts.gov/judges/cji/2-PenalLaw/485/art485hp.shtml>.

"Discapacidad significa un impedimento físico o mental que limita sustancialmente una actividad principal de la vida.

"Identidad o expresión de género significa la identidad real o percibida relacionada con el género, apariencia, comportamiento, expresión u otra característica relacionada con el género, independientemente del sexo asignado a esa persona al nacer, incluyendo, pero no limitado a, el estatus de ser transgénero.

"Prueba de raza, color, origen nacional, ascendencia, género, identidad o expresión de género, religión, práctica religiosa, edad, discapacidad u orientación sexual del imputado, de la víctima o de tanto el acusado como la víctima no constituye, por sí mismo, evidencia legalmente suficiente que satisfaga la carga de la prueba de la acusación.

"Para que pueda encontrar al acusado culpable de este delito, la acusación está obligada a probar, más allá de una duda razonable, cada uno de los siguientes tres elementos:

"1. Que en o alrededor de (fecha), en el Condado de (Condado), el acusado (nombre del acusado), cometió el delito de (especificar delito);

"Seleccione el segundo elemento apropiado:

"2. Que el demandado seleccionó a la persona contra quien el delito se cometió [o se intentó cometer] en su totalidad o en parte sustancial debido a una creencia o percepción con respecto a (especifique los atributos apropiados) de una persona, independientemente de si la creencia o la percepción es correcto; y

"O,

"2. Que el imputado haya cometido el acto o actos constitutivos el delito en su totalidad o en parte sustancial a causa de una creencia o percepción con respecto a (especifique atributo[s]) de una persona, independientemente de si la creencia o la percepción es correcta; y

"3. Que el demandado lo haya hecho intencionalmente.

"Si encuentra que la acusación ha probado más allá de una duda razonable cada uno de

esos elementos, debe declarar culpable al acusado de este crimen.

"Si encuentra que la acusación no ha demostrado más allá de una duda razonable cada uno de esos elementos, debe declarar al acusado no culpable de este delito".

Las distintas instrucciones citadas se encuentran referidas a un derecho determinado, es decir, se han elaborado de acuerdo con la legalidad vigente en aquel lugar donde fueron construidas. Estas instrucciones son las que le explican al jurado el derecho aplicable, le indican bajo qué condiciones podrán considerar probado determinado hecho bajo un específico encuadre legal y en virtud de ello, emitirán o no un veredicto de culpabilidad.

En otros trabajos me he referido a aquellas instrucciones empleadas para evitar la valoración de la prueba bajo la influencia de prejuicios (instrucción sobre sesgos implícitos comunicada en el caso del asesinato de George Floyd) y ciertas consideraciones respecto de la necesidad de instruir al jurado acerca de cómo valorar la prueba con perspectiva de géneros, por ejemplo, mediante la comunicación de una instrucción relativa al contexto de violencia de género y su ponderación al tiempo de establecer el valor probatorio de los testimonios de mujeres víctimas o acusadas (18).

En materia de femicidios, travesticidios y transfemicidios, la correcta calificación de los hechos es una forma de reparación de las víctimas y se encuentra comprendido en su derecho de tutela judicial efectiva, por eso, el análisis que aquí se propone sobre las instrucciones al jurado se erige como una herramienta necesaria junto a otras, como las ya indicadas, el *voir dire*, el *litigio con perspectiva de género durante todo el desarrollo del juicio y el uso de test para evitar en la mayor medida posible la influencia de sesgos en la toma de decisión por el jurado*.

*La aplicación de las herramientas analizadas y su previa capacitación en ellas implican dar cumplimiento al deber de debida diligencia que los estándares de protección de los derechos humanos nos imponen en el tratamiento de este tipo de casos en los que se juzga la violación del*

(18) Ver primera nota, donde se citan todos los trabajos previamente publicados sobre la temática.

*derecho a la igualdad y la realización de prácticas discriminatorias.*

*A modo de conclusión, se comparte una propuesta de instrucción al jurado sobre la aplicación del homicidio agravado en los términos del art. 80, inc. 4º, del Código Penal en supuestos de travesticidio y transfemicidio.*

La siguiente instrucción no es excluyente de la subsunción del hecho bajo la figura prevista en el art. 80, inc. 11, del Cód. Penal. En ese sentido, se comparte el criterio desarrollado en este trabajo respecto de la necesidad de que los asesinatos de personas travestis y de mujeres trans sean calificados como delitos motivados en el odio a la identidad de género o su expresión ello, debido a la especificidad de la violencia de género ejercida contra quienes integran esos colectivos.

Finalmente, se aclara como en cada una de las propuestas previas de instrucciones que he elaborado, que el texto es solo una primera aproximación acerca de cómo explicar al jurado la ley aplicable con enfoque de derechos humanos. Esta propuesta de instrucción solo pretende iniciar un intercambio o debate al respecto y seguramente, el resultado de ese debate con la participación de expertos y expertas en el tema y de profesionales de distintas áreas, no solo del derecho permita alcanzar un texto superador para la finalidad pretendida. Además de remarcar la necesidad de llevar a cabo estudios empíricos sobre su efectividad, tal como es la práctica en el sistema del *common law*.

*Texto de la instrucción propuesta:*

“Bajo nuestra ley penal, una persona es culpable del delito de travesticidio o transfemicidio (corresponderá la elección de uno u otro término conforme la identidad de la víctima) cuando esa persona da muerte a otra persona con identidad o expresión de género travesti o mujer trans, motivado por el odio a esa identidad o expresión de género.

“Una persona travesti o mujer trans es aquella persona asignada al género masculino al nacer, que se autopercebe como travesti o como mujer trans respectivamente, hubiera accedido o no al cambio registral establecido por la Ley Nacional de Identidad de Género e independientemente de si se hubiera realizado o no modificaciones en el cuerpo.

“El motivo de odio a la identidad o expresión de género contra travestis o mujer trans es una expresión de violencia de género y un acto de discriminación que implica una pretensión de sometimiento o dominación de la víctima por parte del autor.

“La agresión del autor motivada en el odio es una manifestación de censura o castigo a la víctima debido a su elección de identidad o expresión de género travesti o mujer trans, que se basa en el prejuicio o idea preconcebida peyorativa o sentimiento de rechazo sobre la persona travesti o mujer trans.

“La conducta de dar muerte a otra persona motivado en el odio a su identidad o expresión de género travesti o mujer trans implica además una selección intencional de la víctima a partir de aquel prejuicio o idea preconcebida peyorativa o sentimiento de rechazo del autor contra el estado actual o percepción de la víctima.

“La identidad de género es la vivencia interna e individual de género tal como cada persona lo sienta, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

“Para tener por acreditado el delito de travesticidio o transfemicidio Uds. deberán valorar la prueba de alguno de los siguientes indicadores. Se aclara que la ausencia de acreditación en el caso de alguno de esos indicadores no determina la exclusión de la calificación de los hechos como travesticidio o transfemicidio pero, cuando Uds. encuentren acreditados uno o alguno de ellos deben considerarlos en conjunto con el resto de la evidencia para la prueba del travesticidio o transfemicidio:

“1. Existencia de un vínculo de pareja o sexo-afectivo ocasional o estable, actual o pasado, entre acusado y víctima;

“2. Existencia de un vínculo familiar, de responsabilidad, confianza o poder del acusado sobre la víctima;

"3. Existencia de un componente sexual directo o simbólico en el hecho, antes, durante o después del crimen;

"4. El hecho fue cometido en la vía pública o en lugar público como bares, discotecas, cuartos oscuros, saunas, barrios donde residen, entre otros y/o en el ejercicio de la prostitución o en un contexto de explotación o trata sexual;

"5. Presencia de determinadas características del procedimiento homicida tales como violencia excesiva, más de un procedimiento y/o instrumento de muerte, mutilación del cuerpo, lesiones *post mortem*, posición/estado de la vestimenta; sujeciones/ataduras; disposición del cadáver (expuesto o arrojado en lugar público, baldíos, basurales, incinerado, etc.);

"6. El acusado antes —durante— después de la agresión manifestó de forma verbal, gestual u otras, o a través de medios digitales o publicaciones en las redes, expresiones o comentarios contra las personas travestis o mujeres trans.

"7. La agresión fue perpetrada en una fecha coincidente con celebraciones que realizan las personas travestis o mujeres trans o el colectivo LGBTIQ+ (lesbianas, gays, transgéneros, transexuales, bisexuales, intersexuales, queer y otras identidades).

"8. La pertenencia del acusado a un grupo que propugna el odio hacia personas travestis o mujeres trans o el colectivo LGBTIQ+, o la posesión del acusado de literatura o símbolos asociados con prejuicios hacia esas identidades y/o expresiones de género, los propios escritos, grafitis o tatuajes del acusado que revelen esos prejuicios y otros antecedentes de agresión motivados en el odio hacia personas travestis o mujeres trans o el colectivo LGBTIQ+.

"9. La víctima haya recibido correos o llamadas telefónicas de acoso o ha sido víctima de acoso verbal o amenazas por parte del acusado.

"Además, Uds. deberán tener en cuenta en la valoración de toda la prueba del caso que el travesticidio o transfemicidio es la máxima expresión de una violencia de género que ha excluido en forma histórica y sistemática a las personas travestis o mujeres trans del sistema de acceso a derechos. Por eso, Uds. deberán tener en cuenta respecto de la víctima la

acreditación de algún factor de vulnerabilidad, es decir, que la colocan en una situación de mayor peligro a sufrir una agresión. Esos factores son: la expulsión temprana del hogar, la iniciación en el trabajo sexual desde la pubertad o la adolescencia como medio de subsistencia, la exclusión de los sistemas educativos y sanitarios, del mercado laboral y de la vivienda, el padecimiento y/o riesgo temprano y continuo de infección de enfermedades de transmisión sexual, el desarrollo de una actividad en defensa de los derechos de las travestis y/o mujeres trans y/o colectivo LGBTIQ+ (lesbianas, gays, transgéneros, transexuales, bisexuales, intersexuales, queer y otras identidades), la discriminación generalizada, la criminalización, el hostigamiento, la persecución y la violencia policial, la tortura, el asesinato, así como la indiferencia y la estigmatización social.

"Les aclaro que la prueba del género, identidad o expresión de género del imputado, de la víctima o de tanto el acusado como la víctima no constituye, por sí mismo, evidencia legalmente suficiente que satisfaga la carga de la prueba de la acusación.

"Para que pueda encontrar al acusado culpable de este delito, la acusación está obligada a probar, más allá de una duda razonable, cada uno de los siguientes tres elementos:

"1. Que en o alrededor de (fecha), en (lugar), el acusado (nombre del acusado), dio muerte a (nombre de la víctima);

"2. Que el acusado dio muerte a (nombre de la víctima) con motivo del odio a su identidad o expresión de género travesti/mujer trans;

"3. Que el acusado lo haya hecho intencionadamente (la instrucción sobre la intención se refiere a la comisión dolosa del delito la cual debe ser comunicada por separado).

"Si encuentra que la acusación ha probado más allá de una duda razonable cada uno de esos elementos, debe declarar culpable al acusado de travesticidio/transfemicidio.

"Si encuentra que la acusación no ha demostrado más allá de una duda razonable cada uno de esos elementos, debe declarar al acusado no culpable de este delito".

# SUPLEMENTO PENAL N°1

---

**DIRECTOR: Miguel A. Almeyra**

VOL. I | 2022

Juicio por jurados y crímenes de odio. Reducción de sesgos: <i>voir dire</i> e instrucciones (travesticidio y transfemicidio) <i>Analía V. Reyes</i> .....	72
La perspectiva de género y la diversidad en la integración del jurado. Ley de jurados de CABA <i>Analía V. Reyes</i> .....	94

### CONTENIDO AUDIOVISUAL

Entrevista: Juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires <i>Andrés Harfuch</i> .....	107
Entrevista: Juicio por jurados y perspectiva de géneros <i>Analía V. Reyes</i> .....	107