



Homicidio por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión

Por **Rubén E. Figari**

Art. 80: *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: ... “...4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión...”*

I.- PLACER

Esta agravante no estaba contenida en el texto original del Código Penal ya que en su lugar se hacía referencia al impulso de perversidad brutal que aparece en el Proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo de 1891 en el art. 111 inc. 2º (1).-

También acontecía en el Código Penal reformado de 1903 en el art. 17 inc. 3º a); Proyecto de 1906 en el art. 84 inc. 2º; Proyecto de 1917 art. 80 inc. 2º; “Código Penal de 1921” art. 80 inc. 2º.- El Proyecto Coll-Gómez de 1937 en el art. 17 – circunstancias de mayor peligrosidad – inc. 4º habla de *“haber obrado por motivos innobles o fútiles”*-

El Proyecto Peco de 1941 en el art. 112 inc. 3º ya no habla de la perversidad brutal sino inserta la premeditación, si los motivos son bajos o fútiles (2).-

En el Proyecto de 1951 en el art. 168 inc. 4º se vuelve a mencionar como agravante la perversidad brutal.-

En el Proyecto de 1953 en el art. 133 inc. 4º se reitera el impulso de perversidad brutal y se agregan los móviles fútiles.-

Recién en el Proyecto de 1960 en el art. 111 inc. 4º se califica el homicidio *“por placer, codicia, odio racial o religioso, o para excitar o satisfacer deseos sexuales”*.-

¹ En la Exposición de Motivos se expresa: “...Hemos agregado: 1º la forma de homicidio por sólo impulso de perversidad brutal, que tomamos del código italiano, como análoga en gravedad a la forma de ensañamiento...” (Cfme. ZAFFARONI Eugenio-ARNEDO Miguel *“Digesto de Codificación Penal Argentina”* t. II, Ed. AZ Editores, Madrid, España, 1996, p. 386

² Vid Explicación de Peco en la Exposición de Motivos en idem (ob. cit. t. V ps. 176/177)



El decreto ley 4778/63 en el art. 5° sustituye el inc. 2° del art. 80 por el siguiente: “*Al que matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal, codicia, placer; o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos; o para excitar o satisfacer deseos sexuales*” y el art. 6° agrega al art. 80 el último párrafo: “*Podrá aplicarse lo dispuesto en este artículo al que matare a otro por odio racial o religioso; o cuando en el hecho intervengan dos o más personas*”.-

La ley 16.648 deroga, entre otros decretos, el 4.778/63.-

La ley de facto 17.567 en el art. 80 inc. 4° reinstala el homicidio por placer, codicia, odio racial o religioso (3).

La ley 20.509 de 1973 deroga entre otras, la 17.567.-

La ley de facto 21.338 vuelve a la fórmula del art. 80 inc. 4° de la 17.567.-

El Proyecto de 1979 en su art. 117 inc. 4° reproduce el dispositivo del Proyecto de 1960.-

La ley 23.057 del año 1984 deja subsistente el texto de la 21.338.-

El Proyecto del M.J.D.H.N en el art. 84 inc. d) deja intacta la redacción de la ley 23.057.-

El Anteproyecto de reforma integral del Código Penal del 2014 en el art. 77.3 b) agrava el homicidio cometido por placer, codicia, o razones discriminatorias. Y en el art. 18.3 se aclara: “... *Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad:... e) Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias*” (4).-

Finalmente, la ley 26.791, además de los motivos consabidos le agrega al odio racial y religioso, el de “*género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión*”.-

El significado gramatical de la palabra placer, con especial referencia al tema tratado, hace alusión a quien mata experimentando una sensación agradable o contento de ánimo (5). Quien mata por placer lo hace por el gusto o agrado que le produce el acto, sin que otra motivación lo haya determinado. La agravante, sin embargo, abarca distintas circunstancias que relacionadas con la muerte pueden suscitar placer al agente: el placer derivado de desahogar el instinto de matar sin motivo alguno

³ Vid la Exposición de Motivos en idem (ob. cit t VII p. 63)

⁴ Vid Exposición de Motivos.

⁵ FONTAN BALESTRA Carlos “*Tratado de Derecho Penal*” t. IV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 118. “Quien mata por placer lo hace por el gusto o agrado que le produce el acto, sin que otra motivación lo haya determinado” (Cfme. MEIROVICH Gustavo en BAIGUN David – ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*” t. 3, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 224)



o por motivos banales – probar el arma –, que serían los supuestos comprendidos en el tipo original en el *impulso de perversidad brutal*; el derivado de la satisfacción de una curiosidad malsana – ver correr sangre o contemplar la agonía – o de apoyar otras sensaciones que se exacerban o aumentan con los sufrimientos de la víctima – p.ej. sensaciones sexuales – (6).

Núñez lo asimilaba a un impulso de perversidad brutal comprendido en la figura anterior del inc. 2º y consideraba que la experimentación de un placer por el homicidio a raíz del acto, no determina el agravamiento de la muerte consumada por otra causa determinada. El placer inhumano no debe constituir el hilo conductor en la obra nefaria (7).-

Sin embargo, según Fontán Balestra esta agravante es más amplia ya que el derogado art. 80 agravaba el homicidio cometido por impulso de perversidad brutal, y aún cuando algunos hayan querido restar significado mayor al requisito, lo cierto es que no pareció haberse encontrado modo mejor de definir la agravante y no podía sostenerse que la palabra *impulso* estaba de más. Ciertamente es que en el momento del hecho el homicida puede revelar con su conducta una personalidad; pero la ley no castigaba esa personalidad, sino *la acción cumplida por un impulso homicida*, que responde a esa causa. Quién mata por placer, no es necesario que obre del modo como da idea la palabra impulso; puede actuar lenta y premeditadamente. Sólo es necesario que la acción sea inspirada por un placer antinatural en la destrucción de una vida humana, dentro de la cual puede quedar comprendida la perversidad brutal. Pone el ejemplo de la enfermera que día a día va sustituyendo la dosis terapéutica por un líquido ineficaz, sin causar dolores ni molestias al paciente, por el placer de verlo morir de un modo lento, en ese caso no actúa por impulso, ni con ensañamiento sino que está matando porque causar esa muerte le produce una sensación agradable. Estima que son más fáciles de imaginar estas hipótesis que las muy discutidas y aún negadas de impulso de perversidad brutal, aunque éstas también quedan incluidas en aquéllas. Aduna que, mientras el perverso – como decía Carrara – actúa en un impulso feroz “peor que una fiera” el homicida que lo hace por placer, a menudo emplea un refinamiento propio de una mente sádica y antinatural. Bajo ese prisma tal característica podría trascender la palabra “brutal” (8).-

⁶ CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte especial*” t. I, 7ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 28

⁷ NUÑEZ Ricardo “*Análisis de la ley 21.338. Parte especial*” Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1976, p. 13.

⁸ FONTAN BALESTRA Carlos (ob.cit. t. IV ps. 119/120)



Por su parte Soler en similar línea interpretativa, también estima que la agravante es más amplia, pues la ley no tomaba en cuenta en la anterior figura la conducta que revelaba una personalidad sino la acción empleada con un impulso homicida que responde a esa causa ⁽⁹⁾. Es así que quien mata por placer no es necesario que obre por impulso pues puede actuar lenta y premeditadamente. Sólo es necesario que la acción sea inspirada por un placer antinatural en la destrucción de la vida humana dentro de la cual puede quedar comprendida la perversidad brutal.-

El que mata por placer lo hace por el gusto o agrado que le produce dicho acto sin otra motivación determinante, aunque ello también abarca distintas contingencias, que relacionadas con el óbito, pueden suscitar placer en el sujeto activo.-

La muerte ejecutada por una causa distinta de la mera obtención del placer no es típica a la figura, aunque el autor haya experimentado placer al realizarla. En cambio, si el homicida obró en busca de placer, la circunstancia de que no lo haya experimentado al ejecutar el hecho, no descarta la aplicación de la agravante ⁽¹⁰⁾.-

Pazos Crocitto: descarta la tesis que se da homicidio por placer cuando no existe causa y motivo alguno, pues precisamente, se necesita el motivo “placer” para que la agravante opere y no la ausencia de todo motivo lo que aparejaría en tornar letra muerta el texto legal ⁽¹¹⁾.-

Comparto el criterio deslizado por García Maañón ⁽¹²⁾ en el sentido que debe investigarse previamente si el autor no se encuentra comprendido en las causas de inimputabilidad señaladas en el art. 34 inc. 1º del C.P., porque de acuerdo a las características del actuar perverso se podría reflejar una alteración de las facultades psíquicas, si del análisis de los elementos probatorios sometidos a merituación se advierte una ausencia total de motivación o la existencia de un motivo abyecto o despreciable. A todo esto ya hacía alusión Peco en su Exposición de Motivos del proyecto de 1941.-

En igual línea de pensamiento Terragni señala que como la acción es tan antinatural, son raros los casos en que sea el placer el determinante de la realización del homicidio, razón por la cual no hay fallos jurisprudenciales en abundancia que se refieran al caso. “Es posible que los hechos de estas características sean el producto de enfermedades mentales, por lo que es imprescindible el examen

⁹ SOLER Sebastián “*Derecho Penal Argentino*” t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 37

¹⁰ FIGARI Rubém “*De los delitos contra la vida e integridad corporal. Dogmática Jurisprudencia*” Ed. Mediterránea, Córdoba, 2017, p. 175

¹¹ PAZOS CROCITTO José “*Los homicidios agravados*” t. 2-A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 316/317

¹² GARCIA MAAÑON Ernesto “*Homicidio simple y homicidio agravado*”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1989, p. 89.



psiquiátrico del autor. Si no se tratase de un inimputable, es razonable que la ley castigue el hecho como lo hace, pues no es posible encontrar ninguna circunstancia atenuante” (13).-

En concreto, se puede afirmar sin hesitación, que el móvil en este caso está constituido por una conmoción interna del sujeto activo en razón de que experimenta una sensación de gozo, de deleite con la muerte ajena y representa el estímulo por medio del que él obtiene una satisfacción de orden interno que le crea una sensación de bienestar al momento de cometer el hecho, no obstante que luego pudiera sufrir las consecuencia de su obrar y aún un cierto remordimiento (14), de allí que cobran validez las atestaciones hechas ut-supra con respecto a la efectividad que puedan alcanzar la realización de pericias psiquiátricas y psicológicas para determinar su posible imputabilidad.-

II.- CODICIA

Los antecedentes de esta agravante tienen similitud con el de la muerte por placer pues también provienen del Código Penal Alemán y aparece por primera vez en el Proyecto de 1960 (art. 111, inc. 4º) el cual tiene como fuente el Proyecto Alemán de 1958.-

Esto tuvo vigencia legal en virtud del decreto ley 4778/63 (art. 5º) derogado por la ley 16.648 del año 1964 y finalmente introducido nuevamente por la ley de facto 17.567 (15).-

La ley 20.509 de 1973 deroga entre otras, la 17.567.-

La ley de facto 21.338 vuelve a la fórmula del art. 80 inc. 4º de la 17.567.-

El Proyecto de 1979 en su art. 117 inc. 4º reproduce el dispositivo del Proyecto de 1960.-

La ley 23.057 del año 1984 deja subsistente el texto de la 21.338.-

El Proyecto del M.J.D.H.N en el art. 84 inc. d) deja intacta la redacción de la ley 23.057.-

El Anteproyecto de reforma integral del Código Penal del 2014 en el art. 77.3 b) agrava el homicidio cometido por placer, codicia, o razones discriminatorias. Y en el art. 18.3 se establece: “...Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad:... c) Actuar por motivos fútiles, abyectos...”

¹³ TERRAGNI Marco “*Delitos contra las personas*” Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, p. 264

¹⁴ TAZZA Alejandro “*Derecho Penal de la Nación Argentina. Comentado. Parte especial*” t. I, Ed. Rubizal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 62

¹⁵ Vid Exposición de Motivos en ZAFFARONI Eugenio- ARNEDEO Miguel (ob. cit. t. VII p. 63)



Según la Real Academia la codicia significa un apetito desordenado de riquezas. También se ha dicho que consiste en un aumento del deseo de ganancia en una medida extraordinaria, malsana y moralmente chocante ⁽¹⁶⁾.-

Al estar por lo descripto por Fontán Balestra para los autores alemanes la muerte por placer o codicia – § 211 del Código Penal alemán – significan formas del asesinato supeditadas a la idea fundamental de ese delito, según la cual es el resultado o de sentimientos particularmente reprobables o de una particularidad del autor, caracterizadas por la denominación genérica contenida en esa norma referida a los móviles viles o abyectos. Cita a Welzel y Mezger. Entiende que esta doctrina no es aplicable a la ley argentina ya que en ella no se señala una característica común a todas las agravantes ⁽¹⁷⁾.-

Según este autor no son identificables el propósito o ánimo de lucro con la codicia (*Habgier*) ya que el primero consiste en la intención de obtener con el hecho delictuoso un beneficio apreciable económicamente, mientras tanto, en la segunda impera, tal como lo definió la Academia, el apetito desordenado de riqueza. Puede caracterizarse la codicia como un acrecentamiento del sentido de los beneficios, el provecho o la utilidad en una medida inusitada, malsana y entiende que la codicia no se determina únicamente por el monto del beneficio, apreciado objetivamente toda vez que se hace menester apreciar las condiciones personales y económicas del autor ya que lo que para uno puede ser un beneficio de menor importancia, para otro implica un apetito desordenado de riqueza. Pone el ejemplo del que mata al hermano para constituirse en único heredero a pesar de que la herencia no es cuantiosa. En conclusión, se trata de una circunstancia de apreciación relativa ⁽¹⁸⁾.-

Por otra parte esta figura tiene como característica que el autor requiere para sí el beneficio en forma exacerbada, es decir, a cualquier precio sin ningún tipo de otra consideración. Es de remarcar que la concurrencia de otros móviles tales como la venganza y el odio no excluyen la codicia. En contra, Creus - Buompadre ⁽¹⁹⁾.-

Beneficiarse económicamente no significa otra cosa que la obtención de una ventaja de orden patrimonial aunque no sea inmediata. El ejemplo anterior de la herencia es válido, asimismo corre

¹⁶ LAJE ANAYA Justo “*Homicidios calificados*” Ed. Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 110

¹⁷ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 120)

¹⁸ Idem (ob. cit. p. 121)

¹⁹ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 30)



igual suerte el que se propone retener indebidamente una cosa o viceversa liberarse de una carga económica.-

Desde luego que puede llegarse a confundir esta agravante con el que mata por precio, pero la diferencia es clara, pues aquí no existe un pacto entre el mandante y el ejecutor. En la codicia se obtiene el beneficio como consecuencia de la muerte de la víctima y no por el hecho mismo de haberlo matado. Como la palabra lo dice en el homicidio por precio el autor recibe el beneficio en pago de la muerte que causa, en tanto que en el homicidio por codicia el beneficio resulta de la situación que se crea como consecuencia de la muerte de la víctima ⁽²⁰⁾.-

Para Breglia Arias la distinción entre ánimo de lucro y codicia está centrada en el hecho de que el primero es una circunstancia – el autor recibe una ventaja inmediata –, en tanto que la codicia implica beneficios que van a darse de una manera estable en el tiempo. Mientras el ánimo de lucro es una intención, la codicia es un estado espiritual, la primera puede ser casual, ante un hecho concreto, la segunda pone en evidencia una manera de ser, que no da la impresión de concluir en el hecho que se hizo, tal es su magnitud ⁽²¹⁾.-

Levene (h) en su momento reflexionó que la reforma al Código efectuada por la ley de facto 21.338, le agregó, tomándola del Código Penal alemán (§27, a), la agravante general del ánimo de lucro. Dice, en efecto, el nuevo art. 22 bis: “Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de quinientos mil pesos”. De esta manera – y a pesar de lo afirmado sin razones por los autores de la reforma de 1967 de que el concepto de codicia no se identifica con el mero ánimo de lucro – podría parecer sobreabundante la nueva agravante específica del inc. 4 del art. 80: matar por codicia, máxime cuando varios de sus casos podrían estar ya comprendidos en la otra circunstancia precedentemente vista del homicidio cometido por precio o promesa remuneratoria. Ciertamente es que en este último se necesitan dos personas y que el sujeto activo es el que recibe el precio o promesa, mientras que en el nuevo supuesto mata directamente el que codicia en la mayoría de los casos; también es verdad que la multa de quinientos mil pesos que correspondería acumular a la pena no es la suficiente ni proporcional a un homicidio de esta naturaleza, y que si la codicia es el apetito desordenado de riquezas – se da el ejemplo

²⁰ En igual sentido PAZOS CROCITTO José (ob. cit. p. 326), insistiendo en que es una agravante referida a características espirituales del sujeto

²¹ BREGLIA ARIAS Omar “Homicidios agravados” Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 330/331



clásico del que mata por heredar o para evitarse el pago de una deuda –, el ánimo de lucro cómo estriba en el propósito de lucrar con el delito, en este caso el homicidio. ¿Y acaso no hay ánimo de lucro en el que mata por codicia? (22).-

Creus - Buompadre reflejan, mucho más acá en el tiempo, algunas de las inquietudes puestas sobre el tapete por Levene (h). En efecto, señalan que los autores han tratado de distinguir la codicia del simple ánimo de lucro, indicando que éste se agota en la finalidad de obtener un beneficio económico, mientras que aquélla pone la óptica en una característica espiritual del sujeto que importa un “apetito desordenado de riqueza”, una “inclinación exagerada al lucro” – con cita de Núñez –, lo cual puede resultar confuso ya que la ley no pune al sujeto por tal inclinación, sino porque la ha traducido en el particular hecho de perseguir el lucro por el medio atroz del homicidio. Por ello, concluyen, en que tanto puede darse la agravante en los casos en que agente ha esperado una ganancia considerable – por ej. una herencia importante por medio de la muerte de un hermano – como una pequeña retribución de aquel a quien molestaba el occiso; en ambos casos el agente ha actuado por codicia (23).-

Núñez, citando a Finzi, considera que la codicia no debe ser confundida con una simple finalidad lucrativa ya que ésta se da siempre que el homicida pretenda obtener una ganancia o provecho de su crimen, en la codicia, aunque supone ese objetivo lucrativo, no se satisface siempre con él y está referida a una característica espiritual del autor, o sea, una inclinación exagerada al lucro, de modo que para este autor, no basta el simple objetivo de lucro, sino que es necesario que el acto lucrativo denote, aunque sea de manera eventual, esa actitud espiritual. Así las cosas, no se podrá decir que el solo hecho de matar para ganar implique codicia. “La ley dice por codicia y no para ganar o por el fin de lucro”. La codicia no se identifica tampoco con la ganancia excesiva en el caso particular, consiguientemente no importa que el beneficio, como se ha dicho antes, sea grande o pequeño en el caso particular. Por el contrario, es un indicio de codicia si frente al provecho exiguo, para el delincuente carece de importancia matar (24).-

Ese lucro que despierta la codicia debe consistir en una ganancia o provecho especial en dinero que el sujeto activo espera sacar del homicidio. Se destaca también, al igual que lo hace Fontán Balestra, que esto no debe implicar un precio o promesa remuneratoria.-

²² LEVENE (h) Ricardo “*El delito de homicidio*” 3ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, ps. 216/217

²³ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 29)

²⁴ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 65)



Para López Bolado la codicia comprende otros bienes o ventajas que no son propiamente económicos, tales como una mejor ubicación en el empleo, una distinción o grado determinado en secta, los favores de una mujer, etc. (25). Pero la opinión mayoritaria circunscribe el alcance del agravante al dinero u otras utilidades apreciables pecuniariamente (26).-

Ya que se está en presencia de una finalidad, sólo se requiere que se obre con la esperanza de obtener la ventaja, aunque ésta no se logre o aunque sea imposible en el caso concreto debido a que se está actuando por codicia.-

Son factibles tanto la tentativa como la participación las que, desde luego, se rigen por los principios generales de las materias respectivas.-

III.- ODIO RACIAL O RELIGIOSO

Esta agravante fue introducida por el Proyecto de 1960 en el art. 111 inc. 4º y luego se plasmó en el código de fondo por decreto - ley 4778/63, derogado por la ley 16.648 e incorporada por la ley de facto 17.567 (27).-

La ley 20.509 de 1973 deroga entre otras, la 17.567.-

La ley de facto 21.338 vuelve a la fórmula del art. 80 inc. 4º de la 17.567.-

El Proyecto de 1979 en su art. 117 inc. 4º menciona al odio racial, político o religioso.-

La ley 23.057 del año 1984 deja subsistente el texto de la 21.338.-

El Proyecto del M.J.D.H.N en el art. 84 inc. d) deja intacta la redacción de la ley 23.057; en el art. 8 inc. c) habla en cuanto a la determinación de la pena tener en cuenta: *“los propósitos del autor del hecho, en especial cuando fueren la persecución u odio por razones políticas, ideológicas, religiosas, raciales, de nacionalidad, género u orientación sexual”*.-

El Anteproyecto de reforma integral del Código Penal del 2014 en el art. 77.3 b) agrava el homicidio cometido por razones discriminatorias. Y en el art. 18.3 se expresa: *“Por regla general,*

²⁵ LÓPEZ BOLADO Jorge *“Los homicidios calificados”* Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, ps. 166 y sgtes.

²⁶ “La expresión *“codicia”*, en su sentido semántico y técnico equivale sólo a dinero u otras ventajas que puedan ser traducidas económicamente, concepto que no permite su interpretación extensiva a otras situaciones diversas, menos aún cuando tal interpretación desmejorará la situación del reo” (Cfme. BUOMPADRE Jorge *“Derecho Penal. Parte especial. Segunda edición actualizada”* t. I, Ed, Mave, Corrientes, 2003, p.150. Así también BREGLIA ARIAS Omar *“Homicidios agravados”* (ob. cit. p. 332).

²⁷ Vid Exposición de Motivos en ZAFFARONI Eugenio-ARNEDO Miguel (ob. cit. t. VII p. 63)



serán circunstancias de mayor gravedad: e)...o por razones discriminatorias”. El art. 63.4.u) “Discriminación” y “discriminatorio” comprende *“toda distinción, exclusión, restricción o cualquier otra conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en religión, cosmovisión, nacionalidad, género, orientación e identidad sexual, condición social, filiación o ideología política, características étnicas, rasgos, físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante”* (28).-

El origen del mismo se enmarca en la Convención sobre Genocidio aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9/12/48 a la que nuestro país adhirió por decreto - ley 6268/56 ratificado por la ley 14.467. En el art. 2º la Convención definía al delito de genocidio como cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.-

Con posterioridad, y en especial con la reforma de la Constitución Nacional llevada a cabo en 1994 (art. 75 inc. 22) se han incorporado una serie de Pactos sobre Derechos Humanos que confirman la agravante de mentas. A ello hay que adicionarle la ley 23.592 del 5/9/88 modificada por la ley 24.782 del 3/4/97 referida a Discriminación y Persecución Racial o Religiosa, la cual también agrava las penas en los casos que el delito se cometa por odio a una raza, religión o nacionalidad. Aunque Creus - Buompadre apuntan que la única parte que se puede aplicar, en el caso del homicidio, es el odio a la nacionalidad, ya que el resto no se podrá debido a que el art. 80 prevé el máximo de pena posible, esto es la perpetua (29).-

En realidad el delito de genocidio se caracteriza por ser una matanza – tal cual lo describe el art. 2 de la Convención mencionada –, de miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetrada con la definida intención de destruir total o parcialmente el grupo. De modo que las características esenciales de esto están dadas porque en el genocidio no se dan homicidios aislados o sin vinculación entre ellos sino homicidios que integran una mortandad, simultánea, sistemática y sucesivamente consumados, también en este caso el agente obra con la intención de destruir en forma

²⁸ Vid Exposición de Motivos.

²⁹ CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 32)



total o parcial uno de los grupos a que se ha hecho referencia. Ejemplos en la historia abundan a través de los siglos, pero los emblemáticos lo constituyen obviamente las matanzas llevadas a cabo en la guerra entre turcos y armenios desde 1915, entre japoneses y chinos en la década del 30 y las ocurridas en el contexto del régimen de la era hitleriana y más recientemente en la guerra de Bosnia y otros que se han desarrollado en el continente africano.-

Desde ya que el genocidio puede ser un homicidio cometido por odio racial o religioso, pero no se agota en su contenido. El caso contemplado en el presente inciso presenta una severidad mayor porque pune una muerte aislada eventualmente cometida y su esencia no reside en la cantidad ni en la vinculación ideológica de los homicidios sino en la razón determinante, esto es, el odio racial o religioso.-

El odio es la aversión que el sujeto activo siente por una persona o grupo de personas en razón de la raza – características étnicas de un grupo de personas unidas por el origen y el linaje ⁽³⁰⁾ – o por la religión que profesa, la que consiste en un conjunto de creencias que puede contar con un origen común, como la cristiana, pero al mismo tiempo tener diversas ramas con marcadas diferencias.-

Este odio deriva de la aversión o adhesión hacia una raza humana o una religión como tales, cualquiera que sea su causa y la autenticidad de ésta, porque la actitud del realmente sectario es tan perjudicial como la del hipócrita. Se trata de una perversa razón que ha derramado mucha sangre en la historia universal y que acusa un espíritu tan repudiable como peligroso no sólo para cada individuo en particular, sino para la razonabilidad de la vida social, porque además de inhumanidad acusa extrema insociabilidad ⁽³¹⁾.-

Resulta también típica la muerte de una persona por no pertenecer a una determinada raza o religión. Quedan excluidos los homicidios motivados por odios a ideologías políticas o económicas.- En cuanto al error, el hecho de que por aquél el autor haya dado muerte a quien no pertenece a la raza o religión cuyo odio motivó el homicidio, no excluye la calificante, ya que igualmente obró por odio racial o religioso.-

Como se aprecia en la norma se exige: a) la muerte de una o más personas y b) un móvil determinante en el autor, esto es, el odio racial o religioso hacia la víctima.-

Señala Buompadre que la agravante se caracteriza subjetivamente, vale decir, que es menester que el autor experimente una profunda aversión hacia determinada persona o grupo de personas, por

³⁰ LOPEZ BOLADO Jorge (ob. cit. p. 190 nota 105)

³¹ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 67)



pertenecer o no a una determinada raza, o por profesar o no un determinado credo. No es suficiente que se mate sólo por odio o porque el individuo pertenece o no a un tipo de raza o religión, sino que tal odio debe vincularse estrechamente a la pertenencia o no del individuo a una raza o religión determinadas. El odio debe tener su génesis o causa determinante en esa pertenencia. Se admite cualquier medio de comisión aunque ello implique la superposición de agravantes. Asimismo, la disposición engloba la eliminación en masa de personas – genocidio –, no obstante ello para su consumación basta con que se mate a una sola persona por los motivos que se han expuesto. Esto implica reconocer que, por un lado la agravante es más restringida que el genocidio, pues es suficiente a los fines consumativos la muerte de una sola persona; pero por otro lado es más amplio, por cuanto basta con que se den los motivos raciales o religiosos para que sea de estricta aplicación ⁽³²⁾.-

Se ha señalado que en los delitos de odio las víctimas son seleccionadas en forma intencional por motivo de intolerancia, de modo tal que se les provoca un daño físico y emocional realmente inconmensurable, se atemoriza y se amenaza la seguridad de la ciudadanía. En el delito de odio se puede imbricar cualquier delito realizado contra personas, colectividades sociales y/o sus bienes basándose en prejuicios o animadversión a su condición social por la vinculación pertenencia o relación con un grupo social definido por su origen nacional, étnico o racial, idioma, color, religión, identidad de género, edad, discapacidad mental o física, orientación sexual, indigencia, enfermedad o cualquier otro factor heteróforo enviando, lógicamente, un evidente y portentoso mensaje de amenaza e intolerancia ⁽³³⁾. Estos hechos no están solamente relacionados con este grupo de personas sino también que la expresión violenta puede tomar forma en daños a la propiedad como incendios, profanación o vandalismo. En su forma más extrema se han proyectado a través de la historia genocidios, limpiezas étnicas y asesinatos en series y formas más restringidas, aunque no menos vituperables, agresiones, violaciones y muchos otros tipos de incidentes de baja intensidad como el acoso o el vandalismo. Así las cosas, el término delito de odio se usa para describir un abanico de comportamiento que van desde la violación de la legalidad de los derechos humanos hasta la difusión de propaganda y que tiene como víctima a lo que en este contexto se considera a la “vida sin un valor”, concepto de estirpe nacionalsocialista. Por extraño que parezca estos tipos de ataques no son espontáneos sino que se basan en una estrategia lógica muy aceptada y meditada, al extremo que puede

³² BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 151)

³³ IBARRA Esteban “Sobre las víctimas de delito de odio” en “Informe nº 5” “La lucha contra los delito de odio en Europa”, Movimiento contra la intolerancia, Fondo Europeo para la integración, Madrid, 2005, p. 5, citado por PAZOS CROCITTO José (ob. cit. p. 340)



incidir en políticas de Estado. Como se ha dicho más arriba el reflejo de todo esto lo hemos tenido a través de la historia y fatídicamente no hemos aprendido la lección pues últimamente y especialmente en Europa a raíz de corrientes migratorias de países africanos y asiáticos han resucitado corrientes inspiradas en este tipo de ideología que incluso sus representantes han llegado a ocupar escaños en los respectivos parlamentos de los diferentes Estados europeos.-

V.- ODIOS...DE GÉNERO O A LA ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO O SU EXPRESIÓN.

Lejos del empleo de los vocablos “género”, “orientación sexual”, “identidad de género o su expresión” actuales puedo considerar como incipientes antecedentes a tener en cuenta, aunque más no sea el sexo del sujeto pasivo, por ejemplo, en el Proyecto Villegas-Ugarriza- García de 1881 en el art. 97 que habla de las circunstancias agravantes en general en el inc.12º alusivo al abuso de la superioridad del sexo, edad o fuerza, cosa que se repite en el Código Penal de 1886 en el art. 84 inc. 10º, en el Proyecto Segovia de 1895 en el art. 17 inc. 10º, Código reformado de 1903 art. 84 inc. 10º.-

Ya en el Proyecto del M.J.D.H.N; en el art. 8 inc. c) habla en cuanto a la determinación de la pena tener en cuenta: *“los propósitos del autor del hecho, en especial cuando fueren... género u orientación sexual”*

El Anteproyecto de reforma integral del Código Penal del 2014 en el art. 77.3 b) agrava el homicidio cometido por razones discriminatorias. Y en el art. 18.3 se expresa: *“Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad: e)...o por razones discriminatorias”*. El art. 63.4.u) “Discriminación” y “discriminatorio” comprende *“toda distinción, exclusión, restricción o cualquier otra conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en religión, cosmovisión, nacionalidad, género, orientación e identidad sexual, condición social, filiación o ideología política, características étnicas, rasgos, físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante”*.-

Es preciso recordar que como antecedente se puede mencionar el art. 22 inc. 4º del Código Penal español que dice: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.-



Lo cierto y concreto es que mediante la ley 26.791 se introduce esta modificación en el último párrafo del inc. 4º del art. 80 en consonancia con los incs. 11º y 12º del mismo artículo.-

Se puede decir que en este supuesto, el homicidio está caracterizado por el móvil del autor que consiste en el odio o la aversión que siente por la víctima por su condición de pertenecer a un determinado género – masculino o femenino –, por su orientación sexual – por ser heterosexual, homosexual o bisexual –⁽³⁴⁾, por identidad de género – por sentirse de un sexo distinto al que se posee biológicamente, por ser y querer ser distinto a lo que se es –.-

Según Arocena existe tal “odio” – de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión – cuando el sujeto activo mata a la víctima por su aversión a esas condiciones y esta aversión es la motivación individual de corte psicológico – no ya cultural o sociológico como sucede en el femicidio que pone en marcha la acción homicida⁽³⁵⁾.-

Aquí hay que apelar al elemento normativo de tipo extrapenal como es el contenido en la ley 26.743 sobre la identidad de género en cuyo artículo 2º define este concepto de la siguiente forma: “Se entiende por identidad de género a 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”. De modo que esta última motivación – identidad de género – incluye el odio o sentimiento adverso a la persona por su cambio de sexo o por tener modales, forma de hablar o vestimenta que no condice con su original conformación biológica. En este contexto se incluye a quien mantiene su pertenencia a un determinado género – femenino o masculino – pero se manifiesta como si perteneciera al contrario, tal es el caso del travestismo o transformismo.-

El sujeto activo no mata porque percibe algún fin determinado, por lo general, sino que lo hace por un sentimiento imbuido de odio al género humano – constituido por los sexos masculino y femenino – o por las diferencias o desigualdades que ello implica o también por “misoginia” – referido al odio, rechazo o aversión de los hombres hacia las mujeres o a todo lo relacionado con ellas –.

³⁴ Esta orientación es definida como la atracción emocional, afectiva y sexual de una persona hacia otras personas de diferente o del mismo sexo, como también la práctica de las relaciones íntimas de ella derivadas (Cfme. TAZZA Alejandro ob. cit. t. I, p. 66)

³⁵ AROCENA Gustavo “*Femicidio y otros delitos de género*” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 46/47



Arocena - Cesano a ello le adosan la “misandria” – aversión hacia los varones ⁽³⁶⁾. Algunos hombres odian a las mujeres y ciertas mujeres odian a los hombres. El aborrecimiento de los varones por parte de las féminas, se denomina "misandria" que proviene del inglés "misandry" o del francés "misandrie". En castellano sería "androfobia", que quiere decir una aversión obsesiva hacia los hombres. En los hombres que no aceptan a las mujeres, esta patología se llama "misoginia". Al que la sufre se le nombra "misógino". Tal lo expuesto, misoginia define la aversión a las mujeres por parte de los hombres y misandria el odio de las mujeres a los varones.-

Al estar por lo dicho anteriormente el odio es “de género” cuando la antipatía del homicida en relación con el sujeto pasivo tiene como base la condición femenina o masculina de aquél. Es que, a los fines que aquí interesan, lingüísticamente, la locución “género” alude al conjunto de seres humanos que tienen uno o varios caracteres biológicos comunes que permiten distinguirlos en varones y mujeres. Matará por odio de género, entonces, el hombre o la mujer que priva arbitrariamente la vida a un tercero por la condición biológica masculina o femenina de éste. En el homicidio por odio a la identidad de género queda indudablemente abarcado en el universo de posibles sujetos pasivos, el sujeto que, habiendo nacido hombre o mujer, ha ejercido su derecho a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida (art. 3º, ley 26.743). Y esto es así, incluso, en el caso de quien ha hecho uso de tal derecho, sin haberse practicado intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni haber realizado terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico ⁽³⁷⁾.-

El odio también se extiende a la orientación sexual de la víctima que se manifiesta por parte del sujeto activo por un rechazo a dicha tendencia y está referida a la atracción sexual al mismo sexo, al sexo opuesto o ambos sexos. Este odio también se refleja a la identidad de género que tiene lugar cuando el sujeto activo mata a la víctima en virtud de ciertas manifestaciones de aquél respecto a su sentimiento interno de ser hombre o mujer, masculino o femenino y esto se refleja en la ya mencionada ley 26.743 la identidad de género (art. 2).-

Buompadre realiza una velada crítica a la adopción de esta fórmula, al considerarla no del todo satisfactoria, porque el legislador ha apelado a expresiones, tales como género, identidad de género, etc. que desde la interpretación de la lengua castellana pueden generar equívocos y confusiones al

³⁶ AROCENA Gustavo - CESANO José “*El delito de femicidio. Aspectos político criminales y análisis dogmático jurídicos*” 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2017, p. 93.

³⁷ Idem (ob. cit. ps. 96/97).



momento de aplicarse el tipo penal. Por ello aboga por la utilización de una expresión más conveniente como hubiera sido “por odio a una mujer o a una persona que se autoperciba femenina” en consonancia con lo que dice la ley 26.743 y con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos existentes en nuestro país ⁽³⁸⁾.-

También se critica que es posible apreciar cierto grado de amplitud desmedida en el ámbito de aplicación de esta norma pues podría abarcar casos de homicidios confusos en cuanto a sus móviles ⁽³⁹⁾.-

Breglia Arias califica de términos un tanto oscuros que vuelven a ser censurable la reforma y considera que el odio de género sería el del que mata a una mujer por su encono a ella por su naturaleza, por su condición de mujer, o sea, el que actúa por misoginia. En cuanto a la orientación sexual hace referencia a la heterosexualidad, homosexualidad o bisexualidad, personas que sienten odio a las personas que revisten dichas calidades. La entidad de género es, por definición de la ley 26.743, la modalidad de una persona que hace cambio de sexo, que se presenta como tal, o que tiene modales, formas de hablar o vestimenta del sexo opuesto ⁽⁴⁰⁾.-

De todas formas es innegable que detrás de todo este sentimiento tan agudo, se hace menester verificar técnicamente un trasfondo psicológico – tal como se vislumbrara en el ensañamiento, el homicidio por placer – pues dichas motivaciones psíquicas que conducen prácticamente a esta patología podrían derivar en la inimputabilidad (art. 34 inc. 1° del CP).-

El hecho de que el sujeto activo dé muerte a quien no pertenezca a la religión, raza, género u orientación sexual cuyo odio motiva el óbito no excluye la agravante, ya que la acción igualmente se vio producida por tal odio – *error in personam* –.-

De hecho se trata de un delito doloso de dolo directo donde se debe tener el propósito de matar aunque la parte subjetiva del tipo no se agota en la coincidencia con la voluntad puesta de manifiesto en el tipo objetivo, que exige una especie de ultraintencionalidad.-

³⁸ BUOMPADRE Jorge “Violencia de género. Femicidio y Derecho Penal” Ed. Alveroni, Córdoba, 2013, ps.152/153.

³⁹ ABOSO Gustavo “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia” 3ª edición, Ed. B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2016, p. 482.

⁴⁰ BREGLIA ARIAS Omar “Adenda Homicidios agravados. Adenda de actualización. Ley 26.791” Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 6/7