

LGTBI. Crímenes de odio. Deber de investigar y sancionar. *Ne bis in idem*

TEDH. *Case of Sabalic v. Croatia*,
14 de enero de 2021

Por Federico Adler¹

1. Introducción

El Estado Social de Derecho se caracteriza por la adopción de políticas sociales activas que permiten a todas las personas el igualitario acceso y goce de sus derechos, constitucionalmente resguardados.

La concepción de igualdad en que este se funda es la de igualdad estructural, que considera a la igualdad como el punto de llegada al que el Estado debe aspirar. No se trata ya, pues, de garantizar la igualdad ante la ley, como mero normativismo a partir de un Estado pasivo, sino más bien todo lo contrario. Se busca un Estado presente, que esté en cada uno de los rincones donde puedan observarse condiciones que no permitan el goce de los derechos. Allí, el Estado debe intervenir, adoptando medidas positivas a favor de estas personas, que por motivos históricos, sociales o naturales se encuentran en una posición desventajosa respecto de otras.² Esta es la única interpretación viable que nos ofrece nuestro marco constitucional, especialmente a partir de 1994 con la incorporación del actual artículo 75, inciso 23, y así fue reconocido recientemente por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.³

1 Abogado (UNMdP). Master en Estado de Derecho y Democracia Constitucional (Universidad de Génova). Docente e Investigador (UNMdP). Doctorando en Derecho (UBA). Director del CEDIR. Secretario del Juzgado de Garantías del Joven N° 2 de Mar del Plata.

2 Para ampliar al respecto, se recomienda Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados*. Buenos Aires: Siglo XXI.

3 En CSJN, Fallos 340:1795, se sostuvo que “[e]n el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad

En este marco, un colectivo que se visibiliza como especialmente vulnerable es la comunidad LGTBI+, y en particular la comunidad *trans*. La discriminación que sufren estas personas es producto de los más vetustos prejuicios respecto de cómo debería comportarse cada persona, dando cuenta de una intolerancia mayúscula de quienes la producen. El problema principal es que estamos frente a un tipo de discriminación sistémica estructural. Es decir, discriminación que no emana de personas determinadas, sino que estas, en cada caso, representan algo más que el simple acto discriminatorio particular; son parte de una maquinaria social que aún sigue creyendo en una normalidad sexogénica binaria.⁴

Esta discriminación puede observarse de forma manifiesta en diversos ámbitos. En el ámbito laboral, en el educativo, en la salud, entre otros. Sin embargo, su expresión más enérgica y animosa la encontramos en los denominados “crímenes de odio”. Actos de violencia ejercidos contra una persona o un grupo de personas motivados, en este caso, en la homofobia o transfobia de sus perpetradores.⁵ Esta gravísima problemática se observa a lo largo y ancho del globo. En nuestro caso, hoy contamos con diversas organizaciones no gubernamentales que, debido a su gran lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI+, han permitido visibilizarla. Sin ir más lejos, el último informe del Observatorio de Crímenes de Odio motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género LGBT constató que en el primer semestre de 2020 se constataron 69 crímenes de odio “en donde la orientación sexual, la identidad y/o la expresión de género de todas las víctimas fueron utilizadas como pretexto discriminatorio para la vulneración de derechos y la violencia”.⁶

Sin dudas, resolver tan compleja situación no es tarea sencilla y requiere de esfuerzos aunados no solo de las diversas esferas del Estado, sino también de los más variados actores de la sociedad, tales como

debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen”.

4 En esta dirección, recientemente la Corte IDH ha sostenido que “las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, así como de diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales” y que por lo tanto “en virtud de la obligación de no discriminar, los Estados están obligados, además, a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”. Corte IDH. *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, p. 118/119.

5 La CIDH propone la utilización del concepto de “violencia por prejuicio” como superador del de “crímenes de odio”. Así es que sostiene que “los actos de violencia contra las personas LGBT, comúnmente conocidos como “crímenes de odio”, actos homofóbicos o transfóbicos, se comprenden mejor bajo el concepto de violencia por prejuicio contra las orientaciones sexuales y las identidades de género no normativas (en adelante “violencia por prejuicio”). La violencia por prejuicio es un fenómeno social que se dirige contra grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT, tiene un impacto simbólico, y envía un mensaje de terror generalizado a la comunidad LGBT. De manera similar, la Comisión estima que la violencia contra las personas intersex es una forma de violencia por prejuicio contra la diversidad corporal y, específicamente, contra las personas cuyos cuerpos no concuerdan con el estándar socialmente aceptado de cuerpos femeninos y masculinos”. CIDH (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

6 Observatorio Nacional de Crímenes de Odio Motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género LGBT, Informe 2020. El Observatorio fue creado por la Defensoría LGBT dependiente del Instituto contra la Discriminación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en articulación con la Federación Argentina LGBT y la Defensoría del Pueblo de la Nación.

medios masivos de comunicación y organizaciones no gubernamentales. Aquí la tarea más ardua no es otra que concientizar respecto de la problemática y generar las condiciones tendientes a una disminución paulatina pero constante de esta discriminación.

En este escenario, no es menor el rol que le cabe al Poder Judicial. Como ha sido sostenido por diversos órganos de promoción y protección de los derechos humanos a escala internacional y regional, la efectiva y adecuada investigación, juzgamiento y sanción de estos crímenes no solo brindarán una respuesta satisfactoria al derecho al acceso a justicia y a la verdad de las víctimas y sus familiares, sino que también, en caso de ello no llevarse a cabo, “la impunidad confirma(rá) que la violencia y la discriminación son aceptables, lo cual fomenta su repetición”.⁷ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha expresado su preocupación por la falta de investigación y los altos niveles de impunidad en relación con los actos de violencia perpetrados contra las personas LGTBI+ en varios Estados miembros de la OEA,⁸ y la Argentina no es la excepción.

Dando cuenta de este tipo de discriminación, en el año 2012, mediante la Ley N° 26791, se modificó el inciso 4 del artículo 80 del Código Penal argentino, estableciéndose que será condenado a pena de prisión perpetua quien “[p]or placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”. Sin embargo, y pese a los múltiples homicidios que sufrieron diversas personas de la comunidad LGTBI desde aquel entonces, dicho agravante fue solo aplicado en el resonante caso del homicidio de la militante Diana Sacayán,⁹ siendo incluso revocado en esta punto el fallo por la Cámara Nacional de Casación. A pesar de las continuas formaciones en perspectiva de género en múltiples ámbitos de los Poderes Judiciales en nuestro Estado, su enfoque en la investigación de los casos concretos sigue presentando serias falencias.

En este contexto, el motivo del presente trabajo es dar a conocer un reciente fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que se condena al Estado croata por la violación a los artículos 3 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a haber sancionado mínimamente un ataque homofóbico –crimen de odio–, sin tener en consideración el motivo de discriminación que lo provocó. Ello con la finalidad de dar cuenta de ciertos estándares mínimos que deben respetar las investigaciones de crímenes de odio contra la comunidad LGTBI.

2. Los hechos del caso

En las primeras horas del 13 de junio de 2010, una joven de 28 años se encontraba junto con sus amigas en un club nocturno de Zagreb, capital de Croacia. Aproximadamente a las 02.30 ingresaron al mencionado club un grupo de hombres, uno de los cuales buscó seducir de forma constante a la víctima durante su permanencia en el lugar, negándose esta a cualquier contacto. La actitud del individuo, luego identificado como Pavla Sabalić, continuó una vez cerrado el boliche, en su puerta. Siendo

7 Ídem nota 5, p. 475.

8 Ídem nota 5, p. 477.

9 TOCC CF nro.1, “Marino, Gabriel David s/homicidio agravado”, CCC 62182/2015/TO1, 18/06/2018.

aproximadamente las 04.00, la víctima le dijo que era lesbiana, lo que motivó que el Sr. Sabalic, en presencia de varias de las amigas de la víctima, la agarre con sus dos brazos y la empuje contra una pared. Acto seguido, comenzó a pegarle en todo su cuerpo y, cuando se cayó al suelo, a darle patadas causándole lesiones que fueron catalogadas como lesiones leves. El ataque cesó cuando una de las amigas de la víctima usó su pistola de gas pimienta para espantar al atacante.¹⁰

Ese mismo día, la Policía arrestó y entrevistó al Sr. Sabalic. Al día siguiente, inició ante los Tribunales de Ofensas Menores un procedimiento penal en su contra.¹¹ El día 20 de abril, el imputado confesó en relación a los cargos que se le imputaban. Un Tribunal de Ofensas Menores lo halló culpable de disturbios al orden y paz pública y lo condenó a la pena de multa de 300 Kunas (aprox. 40 euros). En el procedimiento no se recabaron más pruebas, ni fue puesto en conocimiento de la víctima. La sentencia no fue apelada y adquirió firmeza el 15 de mayo de 2010.

En diciembre de 2010, habiéndose percatado de que la Policía no había instruido una investigación criminal, sino que le había dado al hecho el trámite de Ofensas Menores, la víctima realizó la correspondiente denuncia penal en las Oficinas de las Fiscalías de Zagreb, que calificaron la acción sufrida como lesiones corporales graves y conducta violenta y la catalogaron como crimen de odio –todo ello de conformidad con el Código Criminal vigente–, alegando que el ataque fue motivado por su orientación sexual.¹²

A raíz de ello, se abrió una nueva investigación, en este caso, criminal. No obstante, en julio de 2011, la Fiscalía rechazó la pretensión de la víctima, en base a que la conducta del Sr. Sabalic ya había sido perseguida y condenada mediante el procedimiento de Ofensas Menores, alegando que continuar con la investigación vulneraría el principio *ne bis in idem*. Ante ello, la víctima hizo uso de sus facultades procesales y continuó el proceso, a llevarse a cabo por un fiscal sustituto ante un Tribunal Criminal. En julio de 2012, este último rechazó el planteo de la víctima basándose en los mismos argumentos utilizados por el fiscal que previno. En octubre de ese mismo año, la decisión fue confirmada por la Corte Nacional.

Así es que la solicitante llevó el caso ante la Corte Constitucional, alegando que las autoridades intervinientes malinterpretaron el derecho aplicable y el entendimiento que debía dársele en el caso a los institutos del *ne bis in idem* y la cosa juzgada. No obstante, en enero de 2013, la Corte Constitucional declaró inadmisibile la petición.

En razón de ello, ese mismo año se presentó ante el TEDH y solicitó se condene al Estado croata en base a los artículos 3 –Prohibición de la tortura y otros tratos degradantes–, 8 –Derecho al respeto a la vida privada– y 14 –Prohibición de discriminación– del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

10 TEDH. *Case of Sabalic v. Croatia*, Application no. 50231/13, Court (First Section), 14 de enero de 2021, párrs. 5/9.

11 El Sistema Penal Croata presenta una estructura dual. Así, el Acta de Ofensas Menores establece como tales a actos que resulten contrarios al orden público y a otros valores sociales, que no pueden tipificarse bajo su Código de Ofensas Criminales. Tanto los procedimientos como las penas contempladas en cada caso difieren sustancialmente.

12 Ídem nota 10, párr. 16.

La solicitante alegó que las autoridades nacionales resultaban responsables por no haber respondido debidamente frente al ataque homofóbico sufrido. Así, sostuvo que de la evidencia producida surgía claramente que se estaba ante un crimen de odio, motivado en su orientación sexual. No obstante, indicó que se siguió el procedimiento de Ofensas Menores –del que ni siquiera había sido notificada–, que no tuvo en cuenta la motivación discriminatoria del delito sufrido, e impidió la tramitación posterior de la querrela criminal, en virtud del principio de *ne bis in idem*. Respecto de la aplicación de este último, entendió que los órganos judiciales intervinientes malinterpretaron su alcance. Así es que al no tener en cuenta el procedimiento llevado a cabo el motivo de odio del crimen, no aplicaría tal impedimento para la persecución de la acción penal.

Por su parte, el Estado alegó que adoptó todas las medidas y mecanismos necesarios para la protección del colectivo LGTBI+ en su territorio. Sostuvo que, en el caso, las autoridades realizaron una investigación efectiva, logrando la identificación, el procesamiento y castigo del atacante mediante el proceso contemplado para ofensas menores. Simultáneamente, afirmó que no encontraba motivo para que procediera una querrela criminal, dado que el delito endilgado –lesiones leves– no resultaba perseguible de oficio, y no se observaban claras indicaciones de que se tratara de un crimen de odio. Por último, afirmó que los tribunales intervinientes realizaron una correcta lectura del principio del *ne bis in idem*, de conformidad con la jurisprudencia del propio TEDH.

3. Consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Luego de realizar breves consideraciones formales de la demanda incoada, declarándola admisible, el TEDH entendió que correspondía analizar la solicitud en base a la conjunción de los artículos 3 y 14 del CEDH, alegados por la solicitante como violados.

En primer lugar, hizo un análisis global de la normativa y jurisprudencia aplicable al caso. Así, con cita de sus antecedentes *Identoba y otros; M.C. and A.C. and Škorjanec*, sostuvo que, en esta clase de casos, los Estados tienen el deber de investigar si los hechos estuvieron determinados en motivos de discriminación –ello como una obligación de medios–. Este deber, afirmó, consiste en realizar todas aquellas medidas de prueba que resulten razonables para así determinarlo, explorar todas las alternativas para descubrir la verdad y emitir decisiones razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de violencia. Concluyó que tratar de la misma manera la violencia con intención discriminatoria de aquella otra que no la tiene sería hacer la vista gorda ante hechos que, por su particular naturaleza, resultan destructivos de los derechos humanos.¹³

No le escapó al razonamiento del Tribunal que, en el caso, quien realizó el ataque resultaba ser una persona privada que bajo ninguna circunstancia podría ser considerado un agente del Estado. En razón de ello, explicó que aun en esta especie de casos las autoridades judiciales tienen el deber de con-

¹³ Ídem nota 10, párrs. 63/70.

ducir una investigación capaz de establecer los hechos y sancionar adecuadamente a sus responsables, siendo de importancia mayúscula el rol del Poder Judicial en la prevención de futuras violaciones.¹⁴

A renglón seguido, dio cuenta de diversos casos, relevantes para el análisis de este, en los que había determinado la responsabilidad del Estado y: i. las autoridades omitieron realizar las investigaciones necesarias para determinar si los hechos fueron motivados en actitudes discriminatorias; ii. el proceso penal se suspendió por motivos formales, sin que los hechos del caso sean establecidos por un tribunal penal competente, debido a las fallas en la actuación de las autoridades estatales competentes; iii. aparece una manifiesta desproporción entre la gravedad del hecho y su condena, constatándose así una falta de protección efectiva ante tales actos.¹⁵

En relación con la aplicación del principio *ne bis in idem*, con remisión a diversos antecedentes, sostuvo que el artículo 4, pto. 2 del Protocolo N° 7 al CEDH, regula ciertas restricciones a su aplicación absoluta. Así, señaló que permite reabrir un caso, aun en perjuicio de la persona condenada, cuando se observa un defecto fundamental en el proceso. En efecto, consideró que queda abarcado en aquel concepto de “defecto fundamental” aquellos casos en los que la persona resultó condenada por una ofensa más leve que la que correspondía aplicar, si existe una violación grave de una norma procesal que menoscabe gravemente la integridad del proceso.¹⁶

Remarcó que, en virtud del principio de subsidiariedad, debe dársele la posibilidad a las autoridades nacionales de que remedien en la órbita doméstica las deficiencias procedimentales presentadas. En particular, dio cuenta de casos en los que, iniciados dos procedimientos, las propias autoridades internas anulaban uno de ellos.

Adentrándose al análisis particular del caso, consideró que la cuestión a resolver se limitaba a determinar si el procedimiento aplicado por las autoridades nacionales fue el adecuado para la investigación y sanción del crimen de odio perpetrado contra la solicitante.

En primer lugar, determinó que ya en los comienzos de la pesquisa criminal, las autoridades se encontraron con indicadores claros de que la violencia ejercida contra la solicitante se había producido por su orientación sexual; por lo tanto, dicho motivo debía ser considerado para la punición adecuada de su autor.¹⁷

Dando cuenta de que la legislación nacional aplicable contemplaba el crimen de odio como una ofensa criminal, entendió que incluso del marco normativo interno surgía la obligación de las autoridades intervinientes de iniciar de oficio un procedimiento criminal. No obstante, se inició un proceso de Ofensas Menores, imponiendo a la persona autora de las lesiones la pena de multa de 40 euros, sin tener para ello en consideración los motivos de odio que dieron origen a su agresión. Valoró también que la sentencia adquirió firmeza dado que no fue recurrida y que la víctima nunca fue puesta en

14 Ídem nota 10, párr. 96.

15 Ídem nota 10, párr. 98.

16 Ídem nota 10, párr. 100/101.

17 Ídem nota 10, párr. 105.

conocimiento del procedimiento. Así es que consideró que el elemento de crimen de odio no fue valorado de ninguna manera en el proceso llevado a cabo, y, por lo tanto, provocó una manifiesta desproporción entre la gravedad del acto y la condena impuesta.¹⁸

En razón de ello, concluyó que la actuación en sede interna no fue capaz de demostrar el compromiso del Estado con el CEDH de asegurar que los malos tratos homofóbicos fueron debidamente considerados por las autoridades pertinentes ni de brindar protección efectiva en tales casos. A renglón seguido, de forma tajante, afirmó que el proceso de Ofensas Menores adoptado, debe considerarse más como una respuesta estatal que tiende a fomentar el sentido de impunidad ante crímenes de odio violentos, que un mecanismo efectivo para condenar tales actos.¹⁹

En relación con el argumento estatal de aplicación del principio *ne bis in idem*, el Tribunal sostuvo que fueron las propias autoridades domésticas las que provocaron innecesariamente –mediante el proceso de Ofensas Menores– la situación, que, a su entender, luego impidió avanzar con la querrela criminal. Así es que consideró que el no tener en cuenta los motivos de odio que originaron el ataque, debía ser entendido como un defecto fundamental, en los términos de la excepción prevista en el pto. 2 del artículo 4 del citado Protocolo. Entendió que las autoridades podrían haber evitado la responsabilidad del Estado declarando nulo el procedimiento de origen y reexaminando el caso.²⁰

En resumen, el TEDH consideró que el Estado croata violó los artículos 3 y 14 del CEDH por no realizar una investigación adecuada y efectiva para condenar la violencia ejercida por motivos de orientación sexual, conducta comprendida como crimen de odio, cuya impunidad resultaba particularmente destructiva para los derechos humanos fundamentales. En virtud de ello, condenó al Estado a abonarle la suma de 10.000 euros.

4. Los estándares que surgen del caso y su impacto en la realidad local

Del análisis exegético de este fallo pueden desprenderse las siguientes consecuencias:

- 1) Los Estados tienen el deber de investigar, juzgar y sancionar adecuadamente los crímenes de odio en general, y en particular aquellos dirigidos hacia personas LGTBI+ basados en su identidad sexual.
- 2) Este deber incluye necesariamente que las autoridades competentes presten atención y determinen en cada caso los motivos que han provocado el ataque violento contra personas LGTBI+.

¹⁸ Ídem nota 10, párr. 106/107.

¹⁹ Ídem nota 10, párr. 111.

²⁰ Ídem nota 10, párr. 113/115.

- 3) En esta clase de proceso debe garantizarse una amplia participación de la víctima y/o sus familiares.
- 4) La sanción que en su caso corresponda imponer debe tener especialmente en consideración la motivación del acto violento y debe ser adecuada y proporcional a la gravedad del delito y a su particular razón.
- 5) El principio *ne bis in idem* cede en caso de que el procedimiento seguido por motivo de un crimen de odio no tuvo en consideración la motivación del mismo, debiendo catalogarse como un “defecto fundamental”.

En el ámbito nacional, estos estándares deben interpretarse de conformidad con aquella práctica continua de la Corte IDH de adoptar como propia la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Particularmente relevantes por la estricta relación con el caso comentado, resultan las consideraciones realizadas por esta en el reciente fallo “*Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*”.

Allí, la Corte IDH consideró a Honduras responsable internacionalmente por el homicidio de Vicky Hernández, mujer y militante trans, y la posterior falta de la debida diligencia en su investigación. Por primera vez, haciendo una interpretación dinámica, evolutiva y *pro persona*, consideró aplicable la Convención de Belén do Pará a situaciones de violencia basada en su género contra mujeres trans.

La Corte IDH sostuvo que

cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia por motivos discriminatorios, el Estado debe hacer lo que sea razonable de acuerdo con las circunstancias, en aras de recolectar y asegurar las pruebas, explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad y emitir decisiones completamente razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de violencia motivada por discriminación. La falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios, puede constituir en sí misma una forma de discriminación, contraria a la prohibición establecida en el artículo 1.1 de la Convención.²¹

Hizo hincapié en la necesidad de que las autoridades a cargo de la investigación y juzgamiento de los hechos se encuentren liberados de prejuicios personales respecto de estereotipos vinculados por la expresión e identidad de género, señalando que, caso contrario, las decisiones pueden fundamentarse más en creencias preconcebidas y mitos que en hechos. Señaló como principios rectores para la realización de este tipo de investigaciones: i. recuperar y preservar el material probatorio con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; ii. identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones; iii. determinar la causa, forma, lugar y momento del hecho investigado,

²¹ Ídem nota 4, p. 107.

y iv. investigar exhaustivamente la escena del crimen por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

Así, se infiere que en un hipotético caso similar al del Sr. Sabalic, el resultado en el ámbito interamericano no sería muy diverso al dado en el Sistema Europeo y los particulares estándares fijados en el caso analizado pueden entenderse como complementarios de aquellos dados en nuestra sede regional. Estándares que, a partir de la reconocida doctrina pretoriana del control de convencionalidad –reconocida de forma reiterada por la CSJN–,²² deben ser respetados por las autoridades nacionales, en aras de evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino.

5. A modo de corolario

Para el abordaje judicial conforme a la perspectiva de derechos humanos de cuestiones tan complejas como la investigación de los crímenes de odio, y en particular en contra de las personas LGTBI+, se requiere pensar y repensar de manera periódica nuestras prácticas.

La continua y profunda capacitación de las operadores policiales y judiciales sobre la temática, no solo desde un abordaje teórico, sino también a partir de casos prácticos –verdaderos o hipotéticos–, resulta ser tanto una imperiosa necesidad como una obligación internacional del Estado. Esta debe lograr generar un vínculo empático de las autoridades con esta clase de hechos y sus víctimas. El establecimiento de Protocolos de Actuación por parte de las respectivas cabezas de los Poderes Judiciales, las Policías y el Ministerio Público Fiscal también resulta relevante para normativizar las buenas prácticas y prohibir ciertas otras que se han constituido en malos hábitos.

Por supuesto que otra clase de medidas que no dependen del Poder Judicial, pero que de forma clara afectan su labor, también resultan deseables. La inclusión en la sociedad con igualdad de oportunidades continúa siendo la medida estructural más necesaria. Por ello se celebran las diversas medidas adoptadas desde el Poder Ejecutivo y el Congreso, recientemente, tendientes a fomentar el trabajo formal de la comunidad trans.

No obstante, puede continuar avanzándose en la esfera legislativa. En lo que particularmente respecta a los crímenes de odio, nuestra legislación, a diferencia de tantas otras –entre ellas, la propia croata–, contempla como agravante el motivo de odio de forma exclusiva en el delito de homicidio. No obstante, como lo demuestra el último informe del Observatorio de Crímenes de Odio contra la comunidad LGTBI+, el 54% de los casos en el primer semestre de 2020 se tratan de lesiones al derecho a la integridad física; ataques violentos que no terminaron en muertes, sino en lesiones. En estos casos, más allá de la referencia genérica del artículo 41 bis del CP a la hora de determinar la pena –“la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir”–, no hay norma específica que agrave las conductas penales, en

²² CSJN, Fallos 330: 3248 y 333: 1657.

base a su motivo de odio, ni que tipifique autónomamente esta clase de actos aberrantes.²³ Una regulación en esta dirección indicaría una clara intención del legislador de desincentivar este tipo de conductas.

En este marco, el análisis de casos como el aquí comentado pretende identificar estrategias tendientes a la adecuada investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de odio cometidos en perjuicio de personas LGTBI+, buscando así que el Poder Judicial deje de ser parte del problema para comenzar a ser parte de su solución.

23 La actual ley antidiscriminatoria N° 23592 tampoco contempla como motivo agravante el actuar motivado por discriminación basada en la identidad de género. El anteproyecto de Código Penal dirigido por Eugenio Raúl Zaffaroni y con la participación de todos los partidos mayoritarios de aquel entonces (2012), contemplaba no solo como agravante específico el motivo del odio o discriminación, sino también figuras autónomas que normaban tanto la instigación como intimidación a la violencia y el odio.