Los Delitos de Género en la Reforma Penal Argentina (Ley Nº 26.791)

Jorge Eduardo Buompadre
Universidad Nacional del Nordeste (Argentina)

Sumario. I. Introducción. II. Precisión conceptual. III. Los nuevos delitos de género. El proyecto de la Cámara de Diputados de la Nación sobre femicidio y figuras vecinas. 1. Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima. a) El bien jurídico protegido. b) Tipo objetivo. La acción típica. c) Sujetos del delito. d) Tipo subjetivo. e) Consumación y tentativa. f) La pena. g) Circunstancias extraordinarias de atenuación. 2. Homicidio agravado por odio. 3. Femicidio. a) Aportes conceptuales. b) El bien jurídico protegido. c) Tipo objetivo. La acción típica. d) Sujetos del delito. e) Tipo subjetivo. f) Consumación y tentativa. g) La pena. 4. Homicidio transversal o vinculado. 5. Lesiones agravadas. IV. Reflexiones finales

Palabras clave. Género - femicidio - homicida por odio - reforma penal - Argentina.

I. Introducción

Recientemente, más precisamente el 14 de noviembre de 2012, la Cámara de Diputados de la Nación, luego de una breve sesión, sin debate y por unanimidad, decidió convertir en ley el proyecto original sobre femicidio y figuras afines, por entenderlo más completo y abarcativo que el texto venido en revisión del Senado.

La nueva ley de reformas lleva el Nº 26.791 e introduce una serie de novedosas modificaciones al artículo 80 del Código Penal, entre las cuales –siguiendo una tendencia muy marcada en América Latina– se incorpora el delito de "femicidio" al digesto punitivo.

Esta reforma penal ha significado, sin duda alguna, una transformación y una evolución legislativa de gran calado, por cuanto ha implicado –luego de varias décadas de postergaciones– la instalación definitiva de la problemática de género en el Código Penal argentino.

El abordaje de la violencia desde una perspectiva punitiva, sin embargo, no es nuevo. El ejercicio de la violencia, sea como una fórmula específica de imputación delictiva contenida en ciertas conductas ofensivas de bienes jurídicos individuales, cuya propia comisión importa un despliegue, intencional de ella, por ejemplo, el homicidio, el aborto, el robo, la extorsión, la trata de personas, etc., o bien como medio de cometimiento de algunos delitos contra bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, como por ejemplo la exacción ilegal, la sedición, los delitos de terrorismo, etc., ha sido siempre objeto de atención por el legislador penal.

No olvidemos que también el Derecho es, en cierta medida, violencia "formalizada", regulada, por cuanto para imponer sus mandatos y prohibiciones y para autoconservarse, necesita de la fuerza. Y el Derecho penal es una parte de ese orden violento formalizado, institucionalizado.

Hablar de Derecho penal –nos dicen Muñoz Conde y García Arán– es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona los casos estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal[1].

La violencia de género también es violencia, pero se nutre de otros componentes, diferentes a aquellos que caracterizan a los crímenes violentos convencionales: un sujeto pasivo femenino, un sujeto activo masculino y un contexto específico en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima.

Violencia de género es violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género. Esta presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor. Resulta difícil de imaginar esta clase de violencia perpetrada contra el género opuesto. La violencia es de género, precisamente, porque recae sustancialmente sobre la mujer.

La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder[2]. La violencia de género implica todo esto, y mucho más, cuya hiperincriminación se justifica, precisamente, porque germina, se desarrolla y ataca en un contexto específico, el contexto de género.

El ejercicio de esta clase de violencia, en sus más diversas manifestaciones, física, psicológica, económica, sexual, laboral, etc., como herramienta de poder y dominación, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia de la humanidad. La cuestión, como antes dijimos, no es nueva. Lo nuevo es el interés que ha despertado en la sociedad moderna la efectiva protección de los derechos humanos de quienes sufren el impacto de esta violencia. Paso a paso pero en forma segura, los Estados van comprendiendo que lo que hoy por hoy más preocupa es el modo de garantizar el derecho de todas las mujeres a vivir una vida sin violencia y sin discriminaciones.

---

[1] MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General,* (Valencia, 1993), p. 25.

[2] OSSOLA, Alejandro, *Violencia familiar,* (Córdoba, 2011), p. 47.

La violencia contra las mujeres abarca una serie de atentados, cuyo común denominador no es otro que la presencia de un sujeto pasivo femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia a ese género y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al género opuesto[3]. Esto es verdad, pero no lo es menos que la violencia de género tiene también, además de esta caracterización binaria de sus protagonistas (hombre-mujer), un componente subjetivo, misógino, que es el que guía la conducta del autor: causar un daño por el hecho de ser mujer. Por lo tanto y como antes se dijo, *no cualquier ejercicio de violencia contra una mujer es violencia de género, sino sólo aquella que se realiza contra una persona por el hecho de pertenecer al género femenino.*

La nueva regulación implicó una sustancial reforma del régimen penal tradicional en materia de delitos contra la vida, introduciendo no sólo modificaciones de importancia en el artículo 80 del digesto punitivo sino también delitos de nuevo cuño, cuyas características dogmáticas serán analizadas comparativamente más adelante desde las perspectivas de los proyectos aprobados por la dos Cámaras legislativas, dando prevalencia, naturalmente, al texto que ha sido convertido en ley y que es el que rige en la actualidad en Argentina.

Por el momento, sin embargo, estimamos necesario responder, con la mayor precisión posible, a la pregunta *¿de qué estamos hablando cuando hablamos de violencia de género?*

II. Precisión conceptual

En 1921 no se hablaba de género. El Código Penal, sancionado en esos años, fue pensado por y para el hombre (o, al menos, no pensando en la mujer). Los tipos delictivos fueron cimentados en términos de neutralidad con respecto a los sexos. Salvo algunas excepciones que se sucedieron normativamente con el paso de los años, la gran mayoría de sus preceptos aún siguen así.

El Código Penal no nos suministra una definición de violencia de género, ni tampoco nos brinda herramientas conceptuales que nos permitan lograr una respuesta unívoca para todas las figuras incorporadas por la reforma legislativa.

La evolución legislativa que ha tenido en Argentina la problemática de la violencia contra la mujer, permite diferenciar dos etapas bien definidas: una primera etapa, en la que se pone el acento exclusivamente en los casos de malos tratos en el ámbito familiar.

En este período, se aprecia una protección muy limitada por hechos de violencia doméstica que afectan física o psíquicamente a todos los miembros del grupo familiar, no sólo a la mujer. Todo se reduce al mundo íntimo de la familia. Aquí

[3] ALCALE SÁNCHEZ, María, De la sexualidad de la ley penal a la asexualización del problema de los malos tratos en el ámbito familiar, en *Anuario de Derecho Penal* (1999).

el punto de interés reside en el empleo de la violencia doméstica, sin ninguna distinción de género. Esta es la característica de la Ley Nº 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar.

Una segunda etapa, que representa un paso importante en la lucha contra el fenómeno de la violencia sexista, aparece con la sanción de la Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales. Esta normativa, cuyo antecedente más inmediato es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, *Convención de Belém do Pará*, circunscribe su arco protector exclusivamente a la mujer, instalando la problemática de género en el centro del debate.

Ya no basta con la presencia de un sujeto pasivo integrante de un determinado grupo familiar sino de un sujeto que ha sufrido un hecho de violencia por su pertenencia al género femenino, aun cuando este sujeto haya sido víctima de violencia desplegada en el seno de un grupo familiar.

Con otros términos, en esta segunda etapa se entiende que la violencia contra la mujer implica una cuestión de género que trasciende el ámbito privado para convertirse en una cuestión de interés público.

Tal vez una tercera etapa en este proceso legislativo comience con la reciente incorporación de los delitos de género al Código Penal.

Sin embargo, la compleja problemática que plantea el fenómeno en toda su dimensión, ha tenido también una fuerte incidencia desde el punto de vista conceptual, por cuanto aún persisten opiniones divergentes en torno a la cuestión terminológica, vale decir, al problema de delimitar conceptualmente y con la mayor precisión posible los términos "violencia de género", "violencia contra las mujeres", "violencia doméstica", "violencia familiar o intrafamiliar", etc., que se utilizan –muchas veces indistintamente– en el idioma castellano, para desentrañar si se trata o no de términos equivalentes.

La *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer* (CEDAW, por sus siglas en inglés), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (ratificada por Argentina en 1985, Ley Nº 23.179), cuyo Protocolo Facultativo fue aprobado por la Ley Nº 26.171 e incluida en el bloque de constitucionalidad federal por el artículo 75.22 de la Constitución Nacional, conforma un instrumento internacional que alude a la *cuestión de género* al condenar en forma expresa la discriminación contra la mujer en todas sus formas. A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que controla la ejecución de la Convención, incluyó en forma expresa la violencia de género como un acto de discriminación contra la mujer.

La *IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer*, celebrada en Beijing el 15 de septiembre 1995 y aprobada en la 16º sesión plenaria, se decanta por la *perspectiva de género* al establecer el alcance de la "violencia contra la

mujer" como todo acto de violencia basado en el género, que se ha presentado históricamente como una manifestación desigual de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, como una forma de discriminación contra la mujer y como una interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo.

En nuestro ordenamiento interno, la *Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*, es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres"; no se trata –en sentido estricto– de una "ley de género", aun cuando la violencia "por razón de género" implique una categoría que comprende la violencia contra las mujeres.

No se trata de una ley de "género" –como decimos– porque no comprende a otros sujetos que se enmarcan en torno de la misma expresión, por ejemplo, los niños y adolescentes (varones). Se trata, en rigor de verdad, de una ley de violencia contra la mujer. Así lo describe el propio *nomen juris* de la normativa; la definición y formas de violencia que se enumeran en los artículos 4, 5 y 6; los principios rectores de las políticas públicas enunciadas (art. 7); la creación del Consejo Nacional de la Mujer como el organismo competente para el diseño e implementación de las políticas públicas respectivas (arts. 8 y 9), y del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres, destinado al monitoreo, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres (arts.12/15); y el derecho de acceso a la justicia, garantizado en los artículos 16 y siguientes de la ley.

Es una ley que habla de la mujer, se pensó para la mujer y regula situaciones y establece derechos específicamente determinados para las mujeres. Por consiguiente, no es una ley de género, porque sencillamente se pensó para la mujer, no para el género opuesto.

Sin perjuicio de que en dicha normativa se hace referencia, con bastante frecuencia, a la cuestión de género, la noción ha quedado limitada a la "*violencia de género contra las mujeres*".

Desde esta perspectiva, la ley define a la violencia contra las mujeres como

> *"toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón" (art. 4).*

En una misma dirección, se decanta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*Convención de Belém do Pará*), establece en el artículo 1º que se debe entender por *violencia contra la mujer*

"Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

En igual sentido, en el derecho comparado, la Exposición de motivos de la *L.O. 1/2004*, de 28 de diciembre, actualmente vigente en España, entiende a la *violencia de género* como una:

"violencia que se dirige sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión".

De lo que se desprende que, para el legislador argentino –aun cuando no haya utilizado el término "género" en la definición de "violencia contra la mujer"– *se debe entender que la expresión "violencia de género" está limitada y equivale a la "violencia contra la mujer*", no a otra clase de violencia que también puede ser utilizada en las relaciones interpersonales, por ej. la que se emplea, también por razones de género o en un contexto de género, contra individuos que poseen orientación o identidades de género distintas, como ocurre con las lesbianas, homosexuales, personas intersex, transexuales, etc. Sin embargo, hay que convenir que el concepto de "violencia de género o contra la mujer" que surge de las normas citadas –con las limitaciones que veremos más adelante– ha sido extendido por el legislador penal a todas aquellas personas que tienen o sienten una identidad sexual diferente al esquema corporal y órganos genitales manifestados en su nacimiento.

Aun cuando el término "género" ha dado lugar a interpretaciones encontradas respecto de su caracterización, como así a fuertes críticas doctrinarias por el hecho de su (equivocada) utilización (término cuyo origen proviene de la traducción literal del vocablo inglés "*gender violence*"), de lo que resultaría su inconveniencia de que sea utilizado como comprensivo de otras expresiones equivalentes o similares, lo cierto es que, en nuestra opinión, debiera prescindirse de la polémica en torno de su significación conceptual desde la perspectiva de la lengua castellana, por cuanto se trata, a nuestro modo de ver, de un término que se ha "castellanizado" (o vulgarizado) y es de uso corriente para designar e individualizar un tipo específico de violencia: la violencia contra la mujer. No creemos que cuando se habla de "violencia de género", deba entenderse que también se está haciendo referencia a la violencia ejercida sobre el hombre por parte del género femenino. *Violencia de género es, en sentido estricto, violencia contra la mujer,* y así debe ser entendido.

Desde esta perspectiva, entonces, hay que convenir que resulta un acierto legislativo que debe ponderarse, entonces, la expresión "violencia contra la mujer" usada en la Ley Nº 26.485, que rige actualmente en nuestro país.

En resumen, podríamos concluir en esta mirada conceptual del fenómeno que, la expresión "*violencia doméstica o familiar*" responde a un sentimiento de propiedad y de superioridad por parte de un miembro de la unidad familiar hacia otro u otros (ya sea su pareja, hijos, padres, etc.). Esta clase de violencia se dirige

hacia las otras personas con la finalidad de mantener el *status quo*, la situación de dominación, de sometimiento y de control. La "*violencia de género o violencia contra la mujer*", por el contrario, radica esencialmente en el desprecio hacia la mujer por el hecho de serlo, en considerarla carente de derechos, en rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera.

La violencia contra la mujer –dice Maqueda Abreu– no es una cuestión biológica ni doméstica, sino de género. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es una consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así –continúa esta autora– en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a su varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignadas bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género. Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica –concluye– es la que define la perspectiva de género[4].

Una misma orientación ha seguido la Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, cuya sanción ha sido justificada en el entendimiento de que aún "persisten las inequidades basadas en un sistema jerárquico de relaciones sociales, políticas y económicas que, desde roles estereotipados de género y con la excusa de la diferencia biológica, fija las características de la masculinidad como parámetro de las concepciones humanas y así institucionaliza la desigualdad en perjuicio de las mujeres".

Por ello, la normativa tiene por principal objetivo garantizar a las mujeres "la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienda a:

1) Perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros;

[4] MAQUEDA ABREU, María Luisa, La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica* (2006).

2) Promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas;

3) Desvalorizar o sobrevalorar las tareas desarrolladas mayoritariamente por alguno de los géneros;

4) Utilizar imágenes desvalorizadas de las mujeres, o con carácter vejatorio o discriminatorio;

5) Referirse a las mujeres como objetos".

La mayor penalidad sugerida para los delitos de género no se justifica en el solo hecho de que la víctima es una mujer y el victimario un hombre, que la mata por ser mujer. Si esto sólo fuera el fundamento de la incriminación, entonces habría que equiparar con la misma sanción otras clases de muerte, tanto o más graves que el asesinato de una mujer, por ej. la muerte de un anciano "porque es un anciano", la de un niño "porque es un niño", y así podríamos seguir hasta el infinito. El incremento de la pena se fundamenta no solamente en la circunstancia subjetiva de "matar por" (ser mujer), sino en el hecho de que la muerte se realiza en un ámbito específico que es, precisamente, el que marca la diferencia con otros tipos de formas delictivas, que es el contexto de género.

El delito es de género porque se lo comete en un contexto de género. Otra razón no habría para justificar el plus punitivo que importa la mayor penalidad para esta clase de delitos.

En el ámbito latinoamericano, algunos países se han decantado por no contener en sus normativas una definición específica sobre violencia de género o violencia contra la mujer, sino que han optado por una definición abarcativa de la violencia en el marco de las relaciones familiares (por ej. Chile, Colombia, Bolivia, Honduras, Nicaragua, Guatemala, El Salvador, etc.), mientras que otros han recogido los lineamientos básicos de la Convención do Belém do Pará (por ej. Argentina, Brasil, México, Venezuela, República Dominicana, etc.).

Independientemente de la orientación que pudieren haber seguido estas normativas y de la denominación específica adoptada para definir la violencia en el ámbito de las relaciones interpersonales, lo cierto es que un análisis comparativo de sus disposiciones permite afirmar que las dos categorías antes señaladas hacen referencia a ciertos y determinados patrones de conducta que se pueden resumir del siguiente modo: la *violencia familiar* o en el marco de las relaciones familiares o domésticas (o intrafamiliares) es aquella representada por el empleo de fuerza física, sexual o psicológica u otros comportamientos violentos entre miembros de un determinado grupo familiar, mientras que la *violencia de género o contra la mujer* implica también cualquier acto de violencia –activo u omisivo–, físico, sexual, psicológico, moral, patrimonial, etc., que inciden sobre la mujer por razón de su género, basado en la discriminación, en las relaciones de desigualdad y de poder asimétricas entre los sexos que subordinan a la mujer, sea en la vida pública o en la privada, incluida la que es perpetrada o tolerada por el Estado.

III. Los nuevos delitos de género. El proyecto de la Cámara de Diputados de la Nación sobre femicidio y figuras vecinas

La finalidad de introducir al Código Penal el delito de femicidio, ha sido puesta de manifiesta en numerosos proyectos ingresados al Congreso de la Nación en los últimos tiempos. Luego de las idas y venidas entre ambas Cámaras legislativas, finalmente fue sancionado el proyecto original de la Cámara de Diputados, cuyo texto –enmarcado en una tendencia criminilizadora en crecimiento en América Latina, de la que son pioneros Costa Rica, Guatemala, Chile, México (D.F.), etc.–, introdujo importantes modificaciones al artículo 80 del Código Penal, las que iremos analizando paso a paso en las páginas que siguen.

La reforma penal introducida por diputados puede ser aceptable –más aún por quienes defienden la idea que propicia la criminalización de la violencia de género– pero, como veremos más adelante, presenta ciertas falencias que, desde un punto de vista dogmático, resulta criticable.

Independientemente de la importancia que pueda revestir la cuestión de género –de lo que ya hemos dado cuenta en páginas anteriores– el problema no reside, por el momento, en determinar si la respuesta penal es o no la herramienta más adecuada para solucionar un conflicto de estas características (algo que ya se ha decidido en Argentina, al recurrirse a la solución criminilizadora), sino si las figuras introducidas al texto punitivo se corresponden o no con la verdadera estructura ontológica del femicidio en sentido estricto. El objetivo y la voluntad política de criminalizar la violencia de género ya han sido recogidos y puesto en marcha por el legislador; ahora sólo falta analizar el texto definitivo de la reforma y someterlo al análisis crítico.

Sin perjuicio de que algunos sectores pongan en discusión la conveniencia de acudir a la ley penal para dar solución a un problema que hunde sus raíces en un conflicto de característica sociocultural (como son los casos, ciertamente, de violencia sexista), lo cierto es que, después de décadas de silencio en esta materia, finalmente se sancionó una ley –como antes se dijo– que introdujo una reforma parcial en el art. 80 del Código Penal, incluyendo modificaciones en algunos incisos, creando figuras de nuevo cuño y dando una nueva redacción al párrafo final del señalado artículo, relacionado con las circunstancias extraordinarias de atenuación, cuyo texto anuncia que no serán aplicables –por imperio de la propia ley– cuando el maltratador tuviera antecedentes de violencia de género. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

El nuevo texto del artículo 80 del Código Penal introducido por la Ley Nº 26.791, es el siguiente:

> *Art. 80: "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare:*
>
> *1) A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.*

4) Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

11) A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

12) Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inc. 1º.

Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima".

1. Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima[5]

a) El bien jurídico protegido

El delito que analizamos es una de las diferentes clases de homicidio regulados en la ley penal y se encuentra ubicado en el Título I –Delitos contra las personas–, Capítulo I –Delitos contra la vida–, del Código Penal, por tanto, el *bien jurídico* protegido es la vida humana independiente –como en cualquier homicidio–, esto es, el ser humano en toda su integridad vital después de ocurrido el proceso del nacimiento, sea que este proceso se haya realizado naturalmente o por medios artificiales. Lo importante es que la persona, al momento del hecho, sea una persona viva, aunque tenga una vida de corta duración o sufra de alguna discapacidad o enfermedad incurable.

El derecho penal protege la vida humana desde el momento en que tiene inicio y hasta el momento en que la vida termina, y la protege en cuanto importa para el Derecho una realidad físico-biológica[6]. No se trata, en principio, de un concepto estrictamente normativo sino naturalístico, pero que no prescinde de criterios valorativos a la hora en que se deba fijar el sentido y el alcance de su protección[7]. Se protege la vida en cuanto existe. La norma penal sólo puede tener incidencia en la intensidad de su protección. La vida tiene importancia para el Derecho penal en cuanto se vive, en cuanto la persona existe. Por lo tanto, está protegida aun en

[5] Para mayores detalles sobre este delito, véase BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho penal, Parte Especial,* (Buenos Aires, 2009), Tomo I, pp. 99 y ss.

[6] ROMEO CASABONA, Carlos María, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, en *Estudios de Derecho Penal Nº 52* (2004), pp. 6 y ss.

[7] PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, (Director), *Compendio de Derecho Penal*, *parte especial*, (Madrid, 2003), Volumen I, p. 28.

sus últimos momentos, hasta aquellas vidas a las que se las considera carentes de valor vital, porque ya no vale la pena ser vividas. Pero, en todo caso, no es el Estado sino su titular el único que puede disponer de ella. Nadie tiene el deber de vivir y menos aún involuntariamente; vivir es un derecho y sólo el titular de ese tal derecho puede legítimamente disponer de él.

Algunos autores entienden, sin embargo, que el bien jurídico en estos delitos no es la vida humana sino el "derecho a la vida"[8], esto es, concebida en sentido normativo no naturalístico. Nosotros creemos, como antes se dijo que, la cuestión no es absolutamente normativa, por cuanto si el bien jurídico protegido en los delitos contra la vida humana independiente fuera el "derecho a la vida", no debería punirse a título delictivo por ej. el llamado homicidio a petición, en el que –como se sabe– si bien el titular del derecho a la vida no transfiere a un tercero la decisión de disponer de la vida ajena, sí le otorga un permiso para acabar con ella, porque así lo ha resuelto voluntariamente.

En esta dirección se ha dicho que si el bien jurídico protegido no es la vida en sí misma, sino el derecho a la vida que recae en cabeza de su titular, lo cual implica el derecho a disponer de ella cuando su titular lo desee, entonces, no se alcanza a entender muy bien porque el legislador castiga ciertas conductas, que tienen incidencia en la vida de los individuos, como son por ej. el homicidio a petición, el aborto o la eutanasia[9].

b) Tipo objetivo. La acción típica

El delito consiste en *matar* al *ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.*

Aquí, a diferencia del parricidio propiamente dicho –cuya fundamentación del plus punitivo sigue siendo el lazo de sangre entre el autor y la víctima (parricidio en sentido propio) y del uxoricidio –justificado por razones normativas: el vínculo del matrimonio– [10], el precepto incorpora la agravante del "*ex cónyuge*", sin hacer ninguna distinción ni referencia acerca de la subsistencia del vínculo

[8] POLAINO ORTS, Miguel, *Lecciones de derecho penal, Parte Especial,* (España, 2010), pp. 34 y ss.

[9] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Protección jurídica en el principio y en el fin de la vida, Derecho de Familia, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 55* (2012), p. 118.

[10] Para mayores detalles sobre estas figuras, BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Tratado de derecho penal,* ob. cit., pp. 99 y ss. BREGLIA ARIAS, Omar, *Homicidios agravados,* (Buenos Aires, 2009). p. 29 y ss. Piensa –a nuestro juicio erróneamente– que, a través del homicidio agravado del art. 80.1 del Código Penal se ha dado una tutela especial a la familia, LEWIN, Lorena, en La violencia de género y el panpenalismo en los actuales proyectos del Código Penal, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Nº 9* (2011), p. 1516.

matrimonial, porque bien puede tratarse de un matrimonio desavenido, separado de hecho, con o sin voluntad de unirse o divorciado vincularmente, situaciones todas que, dogmáticamente, ninguna relevancia tienen respecto de la concurrencia de la agravante, por cuanto, lo que más importa para el incremento de la pena es la existencia (presente o pasada) del vínculo entre el agresor y la víctima, al igual que la persona con quien aquel "*tiene o haya tenido una relación de pareja, con o sin convivencia*".

Dados estos supuestos, resulta aplicable la mayor penalidad. Es suficiente con el dato naturalístico (ascendiente, descendiente) y normativo (cónyuge, relación de pareja) de que hayan concurrido dichos vínculos o situaciones. Por lo tanto, quedan comprendidos en la agravante el homicidio del concubino y de la novia, siempre que haya habido una "*relación de pareja*" entre el agresor y la víctima, situación que excluye las meras relaciones pasajeras, transitorias o amistosas.

Como se puede apreciar, de las clases conocidas doctrinariamente, el tipo penal comprende sólo el denominado "*femicidio íntimo*", cuando se trate del asesinato de una mujer, con quien el agresor haya tenido una relación afectiva, familiar o de pareja.

Frente a este panorama, nos preguntamos: ¿cuál es el fundamento de aplicar la pena más grave del ordenamiento jurídico-penal al homicidio de la ex pareja o novia, con quien ya no se tiene una relación de convivencia, o que nunca la hubo, y se castigue con menor pena el homicidio de un anciano, un niño o una persona especialmente vulnerables (hijo, madre, abuela) con quienes se puede estar compartiendo (o haber compartido) una situación de convivencia?, ¿por el solo hecho de ser mujer, o por haber estado casada o en pareja con el agresor?

Parecería que en estos casos el legislador ha concedido mayor protección a personas en ciertas y determinadas situaciones en detrimento de otras especialmente vulnerables en similares situaciones, circunstancia que podría ser cuestionable desde el punto de vista de la violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, como así desde el principio de proporcionalidad de las penas.

c) Sujetos del delito

Respecto a los sujetos del delito, hay que formular una distinción: si se trata del homicidio de los ascendientes, descendientes o cónyuge, estamos ante un tipo especial de autor cualificado, en el sentido de que sólo puede ser sujeto activo del delito aquel que reúne la condición requerida normativamente. En estos casos, sujeto pasivo también debe ser algunas de estas personas (ascendiente, descendiente o cónyuge). Si, en cambio, se tratara del homicidio del ex cónyuge, de la pareja o del conviviente, entonces estamos ante un delito común de sujetos indiferenciados. Tanto el autor como la víctima pueden ser cualquier persona. Las situaciones

descriptas por el tipo (relación de pareja, con o sin convivencia) no son situaciones que requieran de una regulación normativa, sino circunstancias objetivas que determinan el plus de injusto que justifica el incremento de la pena.

En cualquiera de las dos hipótesis referidas, los sujetos son indiferentes al sexo, vale decir, que pueden pertenecer al sexo masculino o al sexo femenino (hombre-mujer, hombre-hombre, mujer-mujer, mujer-hombre), circunstancia que revela que esta clase de homicidios no configuran delitos de género, sino conductas neutrales en el que pueden estar involucrados sujetos pertenecientes a cualquiera de los dos sexos.

El tipo penal no requiere que la muerte haya ocurrido en un contexto de género (situación que tampoco puede ser absolutamente descartable a los fines típicos), sino que es suficiente con que el resultado haya recaído en personas unidas por alguno de los vínculos (ascendientes, descendientes, cónyuge, ex cónyuge) o relaciones expresamente previstos en la fórmula legal (relación de pareja o de convivencia). Vale decir que, si la muerte se produce en un contexto de género, y la víctima es un varón, el hecho queda enmarcado en este inciso, pero si la víctima es mujer (y el autor un hombre), el delito se traslada a la figura prevista en el inciso 11 del mismo artículo.

La muerte del cónyuge o del ex cónyuge o de la persona con quien se ha mantenido una relación de pareja, aun sin convivencia, puede ser alcanzada por la agravante se haya o no cometido en un contexto de género.

La fórmula es censurable. No se trata, en rigor, de una hipótesis de femicidio en sentido estricto, es nada más que un homicidio agravado por el vínculo –o relación– existente (o que existió) entre el autor y la víctima. Tampoco implica una normativa cuya justificación sea una cuestión de género o un caso de violencia contra la mujer, razón por la cual puede ser motivo de cuestionamientos por la gravedad de la pena impuesta para los supuestos previstos en la norma. En términos de pena se equipara la muerte del padre o de la madre a una persona con quien se tuvo una relación de pareja, que pudo haber sido de corta duración, aun sin convivencia (repárese en el ejemplo del novio o de la novia).

Por no tratarse de una cuestión ligada a la violencia de género, cuya especial caracterización la distingue de cualquier otro tipo de violencia, no parece que en las situaciones previstas en el proyecto el agresor deba recibir una respuesta penal más intensa que otras de las que están previstas para otras formas de violencia en el Código Penal[11].

La norma es confusa, excesivamente amplia, indeterminada y generadora de inseguridad jurídica (piénsese en los problemas de interpretación que acarreará

[11] En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, El maltrato singular cualificado por razón de género, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica* (2012), p. 17.

la expresión "*relación de pareja*"), circunstancias que lesionan el principio de legalidad por violación del mandato de taxatividad penal que exige la mayor precisión técnica posible en la construcción de la figura típica[12]. Todo lo cual nos podría llevar a preguntarnos ¿cuál es el fundamento que justifica la mayor penalidad en los casos de muerte del ex cónyuge o de una persona con quien se ha tenido una relación de pareja, equiparándolos a la situación del cónyuge, del ascendiente o del descendiente, situaciones en las que se mantiene la relación vincular y de vida en común entre el autor y la víctima (parentesco o vínculo matrimonial)?

Con arreglo al texto legal, el término "*relación de pareja*" –al no exigir "convivencia"– (mediare o no convivencia, dice la ley) debe ser entendido, mínimamente, como una relación meramente afectiva, que puede o no presuponer convivencia o vida en común. De manera que, de acuerdo a esta interpretación, tendrá la misma pena (prisión o reclusión perpetua) matar a la esposa, a la concubina o a la novia, toda vez que la relación de convivencia no es exigible por el tipo penal en cuestión, ni tampoco que la muerte se haya producido en un contexto de género.

Tal conclusión genera nuevas preguntas ¿se justifica racionalmente aplicar el mayor castigo a situaciones tan desiguales?; la mayor penalidad para la muerte de la esposa (aun discutible desde un punto de vista político-criminal) ¿debe estar equiparada a la muerte de la novia o del novio, con quien ni siquiera se ha tenido una relación de convivencia?, ¿qué argumentos pueden resultar moderadamente plausibles para equiparar la categoría "novia o novio" a la de ascendiente, descendiente o cónyuge?

Seguramente, el principio de igualdad ante la ley y una interpretación restrictiva de la norma puedan suministrarnos una equilibrada respuesta a la hora en que deba resolverse la cuestión judicialmente.

d) Tipo subjetivo

El delito es doloso, de esto no hay duda. El problema se presenta a la hora de determinar la posibilidad de concurrencia del tipo agravado mediando dolo eventual.

En su versión original, la figura requería un conocimiento asertivo acerca del vínculo entre el autor y el sujeto pasivo ("sabiendo que lo son", decía la ley). Se trataba de un conocimiento cierto, en cuyo marco el error o la ignorancia jugaban un rol preponderante. Pero, este conocimiento tenía relación con los vínculos

[12] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, Parte General,* (Buenos Aires, 2000), p. 110 y ss. GÓMEZ, Luis Flavio, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Direito Penal, Parte General,* (Sao Paulo, 2009) V.II, p. 510.

previstos en la norma, no con el resultado de la acción (la muerte del sujeto), por lo que, desde esta perspectiva, el dolo eventual era admisible[13].

Ni antes ni ahora, el delito requiere de algún elemento subjetivo del injusto típico adicional distinto del dolo. El nuevo precepto prescinde de la vieja fórmula "sabiendo que lo son" que, de algún modo, subjetivizaba el tipo, aunque tal omisión no implica ningún cambio significativo de interpretación en el tipo subjetivo. El delito sigue siendo doloso, resultando admisible el dolo eventual con respecto al resultado, no así las formas imprudentes.

El error sobre la existencia del vínculo excluye el tipo agravado, al igual que los casos de *aberratio ictus* (se quiere matar a un sujeto unido vincular o relacionalmente con el autor, pero se desvía la acción y se da muerte a un tercero no unido vincular o relacionalmente con el agente). El *error in personam* (creyendo matar a un ascendiente, se mata a un descendiente), en cambio, no modifica el título de imputación, igualmente concurre el tipo agravado. Ahora bien, la situación cambia cuando se cree matar a la novia o al novio y se mata a una persona anónima, distinta. En estos casos, creemos que la imputación debería ser a título de homicidio simple, no de homicidio agravado, porque no concurre la situación objetiva requerida normativamente (relación parental, matrimonial o de pareja).

e) Consumación y tentativa

Tratándose de un delito de resultado material, la consumación coincide con la muerte del sujeto pasivo, sin importar que ella haya acaecido o no en un contexto de género o en el ámbito de una relación familiar. Basta con que concurran en el caso concreto los vínculos y relaciones establecidas normativamente, para que la muerte del sujeto pasivo conduzca a la agravante. La tentativa es admisible.

f) La pena

Los delitos previstos en el artículo 80 del Código Penal tienen, todos ellos, establecida una pena fija de "*reclusión o prisión perpetua*, *pudiendo aplicarse lo establecido en el art. 52*". Esto no ha cambiado.

Un problema que no ha sido superado o no ha sido tenido en cuenta por la reforma es el relativo a aquellas opiniones (doctrinales y jurisprudenciales) que sostienen la inconstitucionalidad, en algunos casos de la pena de prisión perpetua[14], y en otros la inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indetermina-

[13] CREUS, Carlos, BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal, Parte Especial*, (Buenos Aires, 2007) Tomo I, p. 15 y ss.

[14] En este sentido, ABOSO, Gustavo Eduardo, *Código Penal comentado*, (Montevideo-Buenos Aires, 2012), p. 37.

do prevista en el art. 52 [15], circunstancia que implica un serio inconveniente para quienes consideran que los delitos de género (en especial, el femicidio), deben ser pasibles de estas clases de penas fijas, las que estarían justificadas, precisamente, en la perspectiva de género que les sirve de fundamento (subordinación, relación desigual de poder entre el hombre y la mujer, etc.).

Con otros términos, la declaración de inconstitucionalidad de estas especies de pena reconduciría la cuestión a la aplicación de la escala punitiva prevista para el homicidio simple (de 8 a 25 años de prisión), con lo cual se produciría el efecto contrario al esperado por el legislador: la aplicación de la mayor penalidad para esta clase de delitos.

g) Circunstancias extraordinarias de atenuación

El último párrafo del artículo 80 establece que: "*Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima*".

En lo que respecta a las "*circunstancias extraordinarias de atenuación*", como fórmula atenuada para los casos de homicidios de parientes o de la pareja –en los términos del inc. 1 del art. 80–, no resultarán de aplicación cuando el homicidio se hubiere cometido en un contexto de violencia de género. Pero, siempre que en dicho ámbito la muerte haya recaído en una persona del sexo femenino.

Si la muerte se produjere sobre una persona del sexo masculino, pueden resultar aplicables las circunstancias extraordinarias de atenuación sin ningún tipo de limitaciones. Por lo tanto, la regla beneficia a la mujer, no al hombre víctima del mismo delito.

Varios problemas podrían presentarse a la hora de aplicar esta circunstancia atenuadora de la pena.

Un primer problema se avizora en aquellos casos en los que la víctima es una persona del sexo masculino pero "*autopercibida del género femenino*".

¿Funcionaría en este supuesto la restricción de la fórmula, que exige que la víctima sea una "mujer", en sentido biológico, o también debería aplicarse en aquellas hipótesis en las que el sujeto pasivo es un hombre pero autopercibido con identidad de género femenino, en los términos de la Ley Nº 26.743. Creemos que esta última es la respuesta correcta, ya que si el legislador hubiera pretendido que también queden comprendidas las personas aludidas en la Ley Nº 26.743 de Identidad de Género, entonces lo hubiera establecido en forma expresa, como se hizo en el artículo 80 bis que contemplaba el proyecto de senadores.

[15] CSJN, "Gramajo M", 5/9/06, *Fallos*, 329:3680.

Otro problema que plantea el precepto se refiere a la expresión "… a quién *anteriormente* hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima".

La fórmula no es afortunada. ¿Cómo y qué debe entenderse por la voz "*anteriormente*?, ¿un acto de agresión, dos, tres, cuatro…, una orientación, una conducta dirigida hacia un fin determinado, una inclinación?, ¿se requiere que el o los actos de violencia anterior hayan sido declarados en una previa sentencia judicial o es suficiente con la prueba de la violencia precedente o del ambiente en donde es probable que se presente, acreditada en el proceso con arreglo al principio de libertad probatoria?, ¿se trata de una apreciación automática de una conducta reiterativa o debe demostrarse la situación de persistencia contextual de la violencia por el hecho de la relación o convivencia entre el agresor y la víctima?, ¿debe tratarse de un comportamiento sistemático o también tienen relevancia dogmática y probatoria las conductas violentas esporádicas y sin solución de continuidad?, ¿la expresión "anteriormente" implica reincidencia, habitualidad, reiteración de actos en el tiempo y que ello sea declarado, como dijimos, en una previa sentencia judicial?

No lo sabemos. Sólo se puede saber de las dificultades que se ponen de relieve en la interpretación de la nueva regulación, ya que si nos decantamos por un sistema de pluralidad de actos y algunos de estos han sido ya materia de juzgamiento anterior, se podría infringir el principio *ne bis in ídem*, mientras que si se deja la solución en manos del juez –como parece ser la idea del legislador en este supuesto–, entonces se puede afectar el principio de la *presunción de inocencia* del agresor (por ej. si el acusado niega la violencia y sólo existe la prueba de los dichos de la víctima) en desmedro del principio *in dubio pro reo* haciendo prevalecer el apotegma *in dubio pro víctima*. En todo caso, será el Ministerio Público el que tenga a su cargo la prueba de la violencia anterior, si lo que se persigue es evitar la aplicabilidad de la circunstancia atenuante.

Al no especificar la fórmula legal lo que debe entenderse por el vocablo "anteriormente", deja en manos del juez un margen peligroso de discrecionalidad que puede erosionar la seguridad jurídica. Tal vez, una interpretación restrictiva del precepto encarrile la cuestión y evite una lesión al principio de taxatividad que debe regir en materia penal.

Un análisis literal del texto legal nos da la idea de que el legislador se ha decantado por un sistema numérico de actos de violencia, al exigir que el autor *anteriormente hubiera realizado "actos de violencia"* (en plural), lo cual nos indica que deben concurrir *tres actos de violencia*, como mínimo, para descartar la atenuante: un acto violento, el actual y los otros dos, anteriores. Entonces, la locución "anteriormente" (¿anterior a qué?) debe ser entendida como "*anterior al episodio de violencia actual*", el que es motivo de juzgamiento, pero como el precepto expresa "hubiera realizado *actos de violencia*", en plural, necesariamente los actos de violencia anteriores deben ser dos como mínimo, o más, pero no menos, a los que se les debe sumar el acto de agresión actual, el cual siempre habrá de concurrir

porque el tipo penal requiere como resultado la muerte de la víctima, que es el acto de violencia por antonomasia.

En conclusión y con independencia de los defectos técnicos apuntados, la atenuación de la pena no será de aplicación cuando la "mujer víctima" haya sido objeto de actos de violencia "anterior" por parte del agresor, en un contexto que puede o no ser de género, pero que han sido desplegados con anterioridad a su asesinato.

Cuando la ley hace referencia a la *mujer víctima*, está aludiendo al sujeto pasivo del delito previsto en el inciso 1º del artículo 80, no a cualquier mujer, sino sólo a aquella que está o ha estado unida vincular o relacionalmente con el agresor. Vale decir, que la mujer víctima debe reunir la cualidad específica exigida normativamente (ascendiente, descendiente, cónyuge o ex cónyuge) o mantener o haber mantenido con el autor de las violencias una relación de pareja, con o sin convivencia.

Por último, cabe destacar que la disposición no resulta aplicable en aquellos casos en los que se da muerte a una persona del sexo masculino caracterizada en los términos de la Ley Nº 26.743 de Identidad de Género (autopercepción femenina).

Ahora bien, ¿qué sucedería si se da el caso inverso?, esto es, que la víctima del delito sea una mujer en sentido biológico pero hombre en sentido formal o normativo, ¿será de aplicación la circunstancia atenuadora de la pena? Creemos que en estos casos corresponde aplicar las circunstancias extraordinarias de atenuación, por cuanto la víctima –aun habiendo realizado la modificación registral de su sexo–, continúa siendo una mujer en sentido biológico, que es la cualificación que ha tenido en cuenta el legislador para la aplicación de la atenuante. La cuestión debe resolverse desde una perspectiva naturalística no formal o normativa.

Las diversas cuestiones conflictivas a que da lugar el precepto pueden determinar –tomando prestadas palabras de Muñoz Conde– que las reformas tengan un valor puramente simbólico, de gran éxito para los grupos políticos que las propugnan y de escasa rentabilidad práctica[16].

El delito consiste en matar a otro *(por odio)… de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.*

Este tipo de homicidio se caracteriza por el móvil del autor, que es 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, bisexual), por identidad de género (por sentirse de un sexo distinto al que se posee biológicamente, esto es, por ser y querer ser distinto a lo que se es).

Tratándose el concepto "*identidad de género*" de un elemento normativo del tipo, extrapenal, habrá que tener en cuenta en la integración del tipo penal la definición

[16] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte Especial,* (Valencia, 2010), pp. 197 y ss.

de la Ley Nº 26.743 de Identidad de Género [17]. Esta última motivación –identidad de género– incluye el odio a la persona por su cambio de sexo o por tener modales, forma de hablar o vestimenta del sexo opuesto[18].

El agresor no mata porque con ello persiga algún fin determinado; por lo general, lo hará por odio al género humano, constituido por los sexos masculino y femenino, sea por las diferencias o desigualdades que ello implica o bien por "misoginia"[19], esto es, por desprecio a la víctima porque es del sexo femenino.

Subjetivamente, el delito es doloso, de dolo directo. Para algunos autores, estos delitos se caracterizan por contener en el tipo subjetivo elemento subjetivos del ánimo, que aluden a la actitud o ánimo del autor en el momento de cometer el hecho[20]. En puridad, se trata de delitos subjetivamente configurados, de resultado cortado, portadores de elementos subjetivos del tipo que se añaden al dolo propio de todo homicidio.

La fórmula, en cierta medida, no es del todo satisfactoria. A poco de ver se aprecia que el legislador ha recurrido a expresiones (como género, identidad de género, etc.) que, desde la interpretación de la lengua castellana pueden generar equívocos y confusiones a la hora en que deba aplicarse el tipo penal[21]. Tal vez hubiera sido más conveniente usar la expresión "por odio a una mujer o a una

[17] Ley Nº 26.743, art. 2: "Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, 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".

[18] Entre las diversas categorías de género por las que se identifican las personas, podemos mencionar al *travesti,* que es un hombre o una mujer que de forma eventual o en situaciones específicas se viste y comporta como una persona del género contrario (hombre como mujer, mujer como hombre), al *transgénero*, que es un hombre o mujer que se comporta y viste de forma permanente como una persona del género contrario y ya es parte de su estilo de vida, aunque está conforme con su sexo biológico; y el *transexual*, que es un hombre o mujer que se viste y comporta de forma permanente como una persona del género contrario siendo esto parte de su estilo de vida, además de no estar de acuerdo con su sexo biológico, a diferencia de la persona transgénero.

[19] El término misoginia está formado por la raíz griega "*miseo*", que significa odiar, y "*gyne*" cuya traducción sería mujer, y se refiere al odio, rechazo, aversión y desprecio de los hombres hacia las mujeres y, en general, hacia todo lo relacionado con lo femenino. Para un conocimiento más detallado sobre esta expresión, véase HOLLAND, Jack, *Una breve historia de la misoginia, el prejuicio más antigüo del mundo,* (México, 2010).

[20] RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, parte general,* (Buenos Aires, 2008), pp. 226 y ss.

[21] Sobre la interpretación de la expresión "violencia de género" en el derecho español, véase la monografía de DE ANDRÉS CASTELLANOS, Soledad, *¿Violencia de género?,* disponible en Internet en http://www.ucm.es/info/especulo/cajetin/generob.html. En este sitio se puede consultar las opiniones a favor y en contra del uso del sintagma nominal "violencia de género".

persona que se autoperciba femenina", en armonía con la propia Ley Nº 26.743 y con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en vigor en Argentina.

3. Femicidio

a) Aportes conceptuales

El término *femicidio* (o *feminicidio,* según algunas opiniones) tiene su origen en estudios realizados por movimientos feministas anglosajones que introdujeron el concepto en los años 90 del siglo pasado, para denominar el "asesinato de una mujer".

Precisamente una mujer, Diana Russel, usó por primera vez la expresión *femicide* en el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres celebrado en Bruselas, en 1976. Posteriormente, junto a otra mujer, Jane Caputi, hizo conocer el término en un artículo publicado en la revista "*Miss*", titulado "*Speaking the Unspeakable*" (hablando sobre algo que no se puede hablar, 1990), definiendo el *femicidio* como el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres. Más adelante, en 1992, la misma Diana Russel, pero esta vez con Jill Radford, definió el *femicidio* como "el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres".

No existe acuerdo respecto a cuál de los términos, "*femicidio*" o "*feminicidio*", es el más apropiado o interpreta mejor desde el punto de vista definitorio el asesinato de mujeres en un contexto de género.

El uso indistinto de estos términos no significa, simplemente –claro está– dos formas diferentes del uso del lenguaje respecto del mismo fenómeno, sino en dos formas de manifestación de una expresión criminal que, aun cuando tengan aspectos en común –el asesinato de una mujer– implican dos realidades diferentes o dos formas distintas de afirmación de la violencia sexista.

Para alguna doctrina, la palabra *femicidio* sólo significa al acto de dar muerte una mujer y no está muy alejada de lo que implica cualquier homicidio, vale decir que, en rigor, *femicidio* –según esta postura– no sería más que un término equivalente al homicidio, en tanto que la expresión *feminicidio* permitiría incluir la motivación basada en el género o misoginia. Otras autoras agregan como elemento del *feminicidio* la impunidad (de hecho) o inacción estatal frente a los crímenes, enfatizando la responsabilidad del Estado en ellos, o extienden su uso a agresiones que no necesariamente provocan la muerte de las víctimas (Lagarde).

El relevamiento de la doctrina e investigaciones efectuadas sobre el homicidio de mujeres en Latinoamérica, nos permite desarrollar la idea de que, tanto uno como otro término –pese a manifestarse en realidades diferentes–, en definitiva terminan en cierta forma coincidiendo en una suerte de sinonimia conceptual, la

cual, si bien no es absoluta, sí presenta ciertos puntos de contacto que, en todos los casos, confluyen en una cuestión de género: *el empleo de violencia contra la mujer.*

El uso de los conceptos femicidio o feminicidio, en diversos países de la región y dotados de diversos contenidos –se tiene dicho–, parece ser consustancial tanto a la diversidad de problemáticas que subyacen en cada país, como a la riqueza de la discusión teórica y política al respecto. A partir de ello, no parece necesario ni conveniente validar, en términos generales, el uso de una expresión u otra, sino más bien reconocer que su uso político posee distintos énfasis. En este sentido, sí resulta de interés constatar que el elemento impunidad, que ha sido entendido como consustancial al concepto de feminicidio, difícilmente pueda ser incluido en un tipo penal cuyo objetivo es precisamente acabar con ella. En cualquier caso, los nuevos tipos penales tienden a tomar los conceptos ya usados en el país de que se trate, aunque es posible constatar una preferencia por el concepto femicidio para evitar la alusión teórica a la impunidad, incompatible con un verdadero Estado de Derecho[22].

Cualquiera sea el término que se utilice para designar la muerte de una mujer en un determinado contexto, lo cierto es que no se puede aceptar, ni resulta apropiada a los fines penales, una noción de femicidio demasiado amplia que identifique el fenómeno con muertes de mujeres ocurridas al margen de un contexto de género específicamente, como por ejemplo las muertes provocadas por abortos, por problemas de salud, la mortalidad materna evitable, la muerte por desnutrición selectiva de género, etc., en que se fundamentan algunas opiniones.

El femicidio implica la muerte de una mujer en un contexto de género. No es femicidio una manifestación de violencia, de cualquier intensidad, por el solo hecho de haber sido perpetrada contra una mujer. En todo caso, serán conductas encuadrables en las figuras neutras de lesiones, amenazas, homicidio, etc., según el resultado causado y que están previstas de antemano en el Código Penal.

El femicidio se caracteriza por la presencia de una víctima mujer vulnerable, que es el elemento determinante del mayor contenido de injusto del hecho típico. Se trata, siempre y en todos los casos, de una cuestión de género.

El femicidio es un fenómeno atemporal, global y complejo, cuyo concepto –como se tiene dicho– es útil porque indica el carácter social y generalizado de la violencia basada en la inequidad de género. Se caracteriza como una forma extrema de violencia contra las mujeres, consistente en dar muerte a una mujer por su mera condición de tal. Todo femicidio tiene un componente de género que particulariza su propia definición y del que no se puede prescindir. No se trata del homicidio de cualquier mujer, sino de una mujer por el hecho de serlo. Por lo tanto, el femicidio implica, en todo caso y como antes se dijo, una cuestión de género.

[22] TOLEDO VÁZQUEZ, Patsilí, *Femicidio,* (México, 2009), p. 141.

En esta línea conceptual, entonces, se puede definir el *femicidio* como la *muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino* (porque es una mujer).

En los primeros tiempos de vigencia del Código Penal, la "penalización" no estaba orientada hacia una protección especial de las mujeres ni a sancionar la violencia contra ellas; en todo caso, el castigo estaba dirigido a la violencia familiar o intrafamiliar, vale decir, a la que se llevaba a cabo en un entorno privado, mediante figuras de escasa entidad lesiva y en el marco de un derecho construido sobre la base de una neutralidad de género, en el que también podía ser sujeto pasivo el hombre. Eran los tiempos de la "mujer honesta", no de la "mujer vulnerable".

En Argentina, contrariamente a lo ocurrido en otros países, no se discutió el problema, sencillamente porque no existía. La mujer y sus derechos no eran objeto de debate. La respuesta penal a estos problemas aparece muchas décadas después de la sanción del Código Penal, algunas veces con tímidas y poco afortunadas reformas, como por ej. la de la Ley Nº 23.077 (1984), que incrementó la pena del secuestro (de 10 a 25 años de prisión o reclusión) cuando la víctima fuera una mujer, disposición que, por las críticas de la doctrina fue modificada por la Ley Nº 25.742 de 2003, que agregó al sustantivo "mujer" el adjetivo "mujer embarazada".

La reforma, por el contrario, de la Ley Nº 25.087 de 1999 de los delitos sexuales, por la que se modificaron ciertos paradigmas que estaban impregnados por el mundo masculino, por ej. la eliminación de la "honestidad" como bien jurídico tutelado, la supresión del concepto "mujer honesta" en el estupro, la modificación del delito de rufianería, etc., constituyó un hito que implicó una revalorización del rol de la mujer en la agenda punitiva.

Tal vez un avance en esta materia también se pueda observar con la sanción de la Ley Nº 24.270 de 1993, sobre Impedimentos de Contacto de Menores de Edad con sus Padres no Convivientes, por la que se reprime al "padre" o al tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Esta ley, en rigor de verdad, no es una ley que haya tenido en cuenta la violencia contra la mujer, no se trata de una ley de género, sino más bien una legislación que ha privilegiado un interés diferente, orientado hacia los padres que ven frustrados sus derechos a mantener una fluida relación comunicativa con sus hijos[23]. La normativa no ha tenido los resultados esperados.

La sanción de leyes y la ratificación de tratados internacionales, como la Ley Nº 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, en 2009, junto a la incorporación de la Convención sobre Eliminación de

[23] Mayores detalles sobre esta legislación, en AROCENA, Gustavo Alberto, *Impedimentos de contacto de menores con sus padres no convivientes*, (Buenos Aires, 2010).

Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a la Constitución Nacional (art. 75.22 CN), en 1994, conforma un bloque normativo de singular importancia en materia de violencia de género, que han puesto de manifiesto el interés del Estado en la erradicación de la violencia contra la mujer[24].

Pero, no es suficiente. El derecho internacional de los Derechos Humanos en Argentina, compuesto, precisamente, por el bloque de constitucionalidad antes referido y la Convención de *Belém do Pará* de 1994, compromete a los Estados Parte a adoptar todas las medias adecuadas, incluso legislativas, para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos y, desde tal perspectiva, enfrentar el fenómeno de violencia contra la mujer. Por lo tanto, un Estado que no prevenga, investigue o sancione con la debida diligencia el femicidio, ya sea que se cometa en la esfera pública o privada, incumple con su obligación de garantizar el derecho a la vida de las mujeres[25].

El femicidio –como ejemplo de violencia extrema contra la mujer– no es sólo, ciertamente, un problema jurídico, sino que importa un problema que va asociado a conflictos de distinto signo, políticos, sociales, económicos, geográficos, etc., motivo por el cual debe figurar en la página central de la agenda del Estado. De otro modo –aun cuando Argentina, como tenemos dicho insistentemente, ratificó la Convención de *Belém do Pará*–, el instrumento internacional no será más que un montículo de letra muerta, como cientos de mujeres que cotidianamente son víctimas de la violencia de género.

El femicidio no es un homicidio, simplemente, porque haya resultado la muerte de una persona, sino el homicidio de una mujer por su pertenencia a un género determinado. Porque se es mujer. Y porque el autor del delito siempre es un hombre. No se trata de una figura neutral, sino de una categoría jurídica distinta y con características distintas que se diferencia de los tradicionales delitos contra la vida o contra la integridad corporal. El femicidio es una epidemia que invade todos los estratos de la sociedad, aun cuando su nivel de frecuencia se manifieste con mayor intensidad en sectores de menores recursos y en ámbitos y regiones en los que tiene mayor desarrollo operacional el crimen organizado y el narcotráfico (por ej. México).

No puede dejar de reconocerse que el Código Penal "es" la respuesta punitiva más fuerte y poderosa que puede utilizarse para enfrentar el fenómeno, ni tampoco que debiera ser totalmente descartable una política no punitiva para esta clase de violencia, por cuanto ya existen figuras en el Código Penal que pueden ser apli-

[24] LEWIN, Lorena, *La violencia de género y el panpenalismo en los actuales proyectos de reforma del Código Penal*, ob. cit., p. 1516.

[25] TOLEDO VÁZQUEZ, Patsilí, ob. cit., p. 40.

cables a estos casos, por ej. el delito de parricidio. Un discurso en cualquiera de estas direcciones puede (y debe) ser atendible.

Pero, lo que no parece negociable es que, si se opta por una política punitiva –como se ha hecho en Argentina–, no se instrumente –al mismo tiempo– una política de Estado, multisectorial, que abarque todos los sectores (nacionales, provinciales y municipales), en todas las áreas (de prevención, institucional, educativa, laboral, económica, etc.), que acompañe la reforma penal en la lucha contra la violencia de género. De otro modo, creemos que se caerá, de nuevo, en un rotundo fracaso. Más derecho penal simbólico y más deslegitimación del derecho penal. En todo caso, ya que el derecho penal no cumple su función instrumental de evitar los delitos, lo único que se le puede exigir al derecho penal es que cumpla la función simbólica: que envíe el mensaje a la sociedad de que dichas conductas son delitos y que no deben ser toleradas[26].

b) El bien jurídico protegido

Con respecto al bien jurídico protegido en esta hipótesis, debemos convenir en que, por su incorporación al Título I –Delitos contra las personas–, Capítulo I – Delitos contra la vida–, del Código Penal, el bien jurídico tutelado es la vida misma (en sentido físico-biológico) de la mujer víctima del delito. No se trata, como es de suponer, de un bien jurídico distinto por el hecho de que la muerte de la mujer se haya producido en un contexto de violencia de género. En esta modalidad de femicidio que regula la nueva ley, se está ante un tipo de *homicidio especialmente agravado por la condición del sujeto pasivo y por su comisión en un contexto ambiental determinado*, pero ello no quiere decir que estemos ante un delito pluriofensivo que por tal circunstancia merezca una pena más severa.

El femicidio es, técnicamente, un homicidio y, por lo tanto, aun cuando sólo el hombre pueda ser su autor y sólo una mujer la víctima, el bien jurídico protegido sigue siendo la vida de ésta, como en cualquier homicidio.

El *fundamento* de la mayor penalidad debemos buscarlo, como decíamos, en la condición del sujeto pasivo y en las circunstancias especiales de su comisión: violencia ejercida en un contexto de género. De aquí que el asesinato de cualquier mujer, en cualquier circunstancia, no implica siempre y en todo caso femicidio, sino sólo aquella muerte provocada en un ámbito situacional específico, que es aquél en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer hacia el varón, *basada en una relación desigual de poder*. Sólo desde esta perspectiva, merced a este componente adicional que acompaña a la conducta típica (plus del tipo de injusto: la relación desigual de poder) se puede justificar la agravación de

[26] LARRAURI, Elena, *La mujer ante el derecho penal*, disponible en internet www.nodo50.org/feminismos.

la pena cuando el autor del homicidio es un hombre y la víctima una mujer. De otro modo, se estaría concediendo mayor valor a la vida de una mujer que a la de un hombre, en iguales circunstancias, lo cual pondría de manifiesto un difícil e insalvable conflicto de constitucionalidad.

c) Tipo objetivo. La acción típica

Con arreglo al texto del proyecto, el delito consiste en *matar a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.*

Con esta redacción, el legislador ha incorporado al derecho positivo el delito de femicidio, esto es, la muerte de una mujer por su condición de tal (por ser una mujer), agregándole al concepto tradicional el "contexto de género".

Se trata de un tipo agravado de homicidio, especial impropio, cualificado por el género del autor, cuya perfección típica exige la concurrencia de las siguientes condiciones:

i) Que el autor del homicidio sea un *hombre.*

ii) Que la víctima sea una *mujer.*

iii) Que el agresor haya matado a la víctima *"por ser mujer"* (pertenencia al género femenino), y

iv) Que el asesinato se haya perpetrado en un *contexto de violencia de género.*

d) Sujetos del delito

Sujeto activo sólo puede ser un hombre, mientras que *sujeto pasivo* sólo puede ser una mujer. No se trata de un tipo penal de titularidad indiferenciada, sino de una figura cualificada por la condición de los sujetos.

Si el asesinato ocurriera en el marco de una relación conyugal o de pareja, el delito no se multiplica pero, en todo caso, sólo podrá configurar femicidio si la muerte se produce, objetivamente, en el marco de un contexto de género y, subjetivamente, por pertenecer el sujeto pasivo al género femenino. De no darse estas exigencias, la conducta debe ser reconducida hacia el homicidio agravado por el vínculo parental o por la relación con la víctima.

La nueva formulación penal tiene dos aspectos que deben destacarse: por un lado, implica una hiperprotección de la mujer, con exclusión del varón, exclusivamente en el marco de una relación heterosexual, circunstancia que podría generar algún planteo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución nacional, ya que no solamente se aprecia un diferente tratamiento punitivo en torno de los sujetos del delito (la pena es más grave cuando el sujeto pasivo es mujer y es menos grave cuando el sujeto pasivo es hombre y resulta víctima de la agresión de una mujer), sino también en el homicidio perpetrado en el ámbito de una relación homosexual (hombre-hombre,

mujer-mujer); y por otro lado, exhibe un marco punitivo de gran severidad para aquellos hechos de violencia que involucran una cuestión de género y no así en circunstancias en que no existe de por medio un contexto de tal naturaleza.

Un problema que seguramente se podría plantear con esta novedosa figura reside en que, además del desvalor de resultado (muerte de la mujer), el tipo penal exige que ese resultado se haya producido en un contexto de género, esto es, en un ámbito específico en el que, como dijimos, existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer por el varón, *basada en una relación desigual de poder*[27], circunstancias que deberán integrar el tipo objetivo del delito y, consecuentemente, ser sometidas a las reglas de la prueba en el respectivo proceso judicial.

El concepto de "violencia de género", que es un elemento normativo del tipo, extralegal, no hay que buscarlo en el Código Penal sino –como tenemos dicho– en la Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, cuyo artículo 4º define a la violencia contra la mujer como "*toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón*"[28].

Se trata de un concepto normativo, extralegal, del cual el juez no puede apartarse. El concepto de violencia de género (o violencia contra la mujer) no puede ser sometido a una interpretación judicial libre ni puede ser creado judicialmente; está en la ley y sólo la ley dice lo qué es violencia de género. Con otras palabras, violencia de género es lo que la ley dice qué es.

Este delito, por tratarse de una infracción portadora de un elemento normativo, configura un tipo incompleto que se convierte en un tipo normativo abierto que debe ser cerrado, integrado, por el intérprete, circunstancia que genera, por

[27] Ley Nº 26.485, art. 4: "…Es la relación que se configura por prácticas socioculturales históricas en la idea de la *inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas* de hombres y mujeres que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales". (Dec. 1011/10, reglamentario de la Ley Nº 26.485).

[28] Reglamentación de la Ley Nº 26.485 (Decreto 1011/2010 - B.O.: 20/7/10), cuyo artículo 4º establece lo que debe entenderse por "*relación desigual de poder*", diciendo*: Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.*

tal motivo, un problema de inseguridad jurídica que pone en peligro la función de garantía del tipo, precisamente, por la remisión que debe hacer el intérprete para completarlo, pues debe remitirse a una regla jurídica cuya denominación no coincide con la requerida por el precepto penal. El artículo en cuestión alude a la expresión "violencia de género", mientras que la Ley de Protección Integral –dispositivo al que entendemos hay que remitirse– habla de "violencia contra la mujer".

Con otros términos, el tipo de femicidio exige que el resultado se produzca "mediando violencia de género" –no dice "violencia contra la mujer"–, y la palabra género, como sabemos, es una expresión que puede conducir a equívocos lingüísticos, circunstancia que produce, como dijimos, un real peligro a la seguridad jurídica y, consecuentemente, a la función de garantía del tipo penal, en suma, al principio de legalidad.

Por esta razón y sin que ello importe una interpretación excesiva-extensiva del elemento normativo –lo cual también podría poner en peligro el principio de legalidad–, creemos que una razonable exégesis del elemento "violencia de género" nos lleva a la conclusión de que debe ser entendido como equivalente al concepto "violencia contra la mujer" que define la Ley Nº 26.485 de Protección Integral que, aunque no se trate de cláusulas gramaticalmente iguales, tienen un mismo significado (como vimos en páginas anteriores), con lo cual el tipo penal quedaría completado, integrado, con la interpretación normativa, por remisión a la regla legal correspondiente. De este modo, no se estaría creando una nueva figura típica sino integrando una ya existente, ni se pondría en riesgo el principio de taxatividad penal[29].

Por otro lado, no queda claro en el texto legal (porque nada se dice al respecto), si es suficiente con un resultado (muerte de la víctima) en un contexto de género o, además, debe haber existido entre agresor y víctima alguna relación de convivencia o de pareja, en la que se haya puesto de manifiesto, precisamente, esa cuestión de género, por cuanto –como antes ya se explicó– toda cuestión de género involucra una pluralidad de situaciones que se enmarcan en una esfera de poder, dominación y subordinación de un género (en este caso, la mujer) respecto de otro (el hombre).

A tenor de la norma en cuestión, no tiene el mismo tratamiento dogmático la muerte de cualquier mujer que la muerte de una mujer por su pertenencia al género femenino, discriminación que puede generar reclamos de inconstitucionalidad de la normativa, como ya se articuló en su día por la doctrina española respecto de la Ley Orgánica Nº 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género[30].

---

[29] El trabajo de MONTEIRO IOLANDA, Regina, *Tipo penal: o recurso a los elementos normativos*, en www.derechopenalonline.com.

[30] Las agudas observaciones de POLAINO-ORTS, Miguel, Sobre el injusto de la violación en la pareja, en *Revista Cuadernos de Política Criminal Nº 87* (2005), pp. 128 y ss. POLAINO-ORTS, Miguel, La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la

Si partimos de la base de que el femicidio consiste en dar muerte a una mujer por su condición de tal, en un contexto de violencia de género (sentido estricto del término), debemos convenir que el artículo aprobado en Diputados y convertido en ley excede el estrecho margen definitorio que concede el concepto tradicional del fenómeno.

Con otros términos, se puede decir que la señalada reforma incluye conductas que se podrían enmarcar en un concepto amplio (tal vez excesivo) de femicidio, esto es, un concepto abarcativo de diversas situaciones que, aun cuando todas ellas convergen en la muerte del sujeto pasivo, tienen su origen en causas de distinto signo, por ej. causas normativas (cónyuge, ex cónyuge), fácticas (relación de pareja), razones de género (mujer) o discriminatorias (orientación sexual), misoginia (aversión u odio a las mujeres), subjetivas (propósito de causar sufrimiento), etc. Pero, la diferencia entre estas figuras y el delito de femicidio en sentido estricto, reside en que lo que importa a este tipo penal no son las diversas situaciones o vínculos referidos, valorados aisladamente, sino el que tales situaciones o vínculos se manifiesten en un contexto de género.

Vale decir, que las distintas clases de agravantes incorporadas al artículo 80 por la reforma no configuran, estrictamente, diversos tipos de femicidio, aun cuando la muerte del sujeto pasivo se de en un contexto de género, ya que también está prevista la muerte de una persona perteneciente al sexo masculino. De aquí que se pueda afirmar que no toda violencia de género es violencia contra la mujer, porque también el género involucra al sexo opuesto. Puede tratarse de un homicidio de género (por ej. la muerte del cónyuge mujer), pero no por ello es un caso de femicidio. El femicidio –volvemos a insistir– implica siempre la muerte de una mujer, por el hecho de ser mujer (por su pertenencia al sexo femenino), en un contexto de género.

Si hablamos de femicidio, entonces estamos hablando de un fenómeno que exige la concurrencia de los elementos señalados anteriormente. De lo contrario, aunque la víctima fuera una mujer, el hecho no pasará de ser un homicidio, en los términos de los artículos 79 u 80 del Código Penal.

La reforma penal en cuestión evidencia, por un lado, la tipificación del llamado *femicidio íntimo o vincular*, esto es, el asesinato de sujetos con los que la víctima tenía una relación íntima, familiar, de convivencia, etc., dejando al margen de la fórmula las otras clases de femicidio conocidos tradicionalmente por la doctrina, *femicidio no íntimo* (asesinato de sujetos con los que la víctima no tenía las relaciones antes señaladas) y el *femicidio por conexión* (asesinato de sujetos que se encontraban en la "línea de fuego" de un hombre tratando de matar a una mujer, por ej. por

agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo, en *In Dret (Revista para el análisis del Derecho) Nº 3* (2008), ver en www.indret.com.

intervenir en defensa de la víctima o porque simplemente se hallaba en el radio de acción de autor), y por otro lado, la de configurar un instrumento peligroso por su excesiva amplitud e indeterminación en la redacción de los tipos penales, aspectos que acarrearán, de seguro, difíciles y complejos problemas de interpretación y aplicación en la praxis, en particular, en el ámbito de las relaciones concursales. En cada caso se tendrá que analizar la concurrencia de la perspectiva de género, de lo contrario la muerte de la víctima no saldrá de los límites del homicidio simple, o agravado por otras de las circunstancias previstas en el digesto punitivo.

Por último, se puede destacar que la reforma, a simple vista, no hace ninguna distinción entre resultados causados por "violencia de género o contra las mujeres", por "violencia doméstica o familiar" o por violencia contra otros sujetos "por su condición de género", que constituyen situaciones diferentes y no intercambiables, lo cual puede generar alguna confusión entre los casos de femicidio clásico y aquellos otros casos de agresión con resultado muerte que, en rigor de verdad, no constituyen situaciones que puedan enmarcarse en casos de violencia de género. No implica lo mismo, ciertamente y como con insistencia venimos afirmando, el homicidio de una mujer que el de una mujer en un contexto de género.

Dos cuestiones más merecen especial atención: una, preguntarse si la ley sólo hace referencia al tipo de femicidio en su concepción tradicional, esto es, a los casos de muertes en los que la víctima es una mujer y ha sido asesinada por su condición de tal en un contexto de género o si, por el contrario, también quedan abarcados por la norma otros tipos de homicidios en los que el género de la víctima resulta indiferente.

Si apelamos al debate en las sesiones de las Comisiones de la Cámara de Diputados, deberíamos admitir que se ha optado por una concepción ampliada de femicidio "de la mujer", vale decir, por una normativa tendiente a sancionar aquellos casos en los que la víctima es una mujer (pertenencia al sexo femenino), en un contexto de violencia de género, independientemente de la motivación que pudiere haber tenido el sujeto activo para ocasionar la muerte. La otra cuestión que también preocupa en este proyecto nos lleva a preguntarnos si la recientemente sancionada Ley Nº 26.743 de Identidad de Género, cuyos preceptos autorizan a cualquier persona la rectificación del sexo, el nombre y la imagen que pudiere tener en los registros públicos, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibido, tendrá alguna incidencia en la interpretación de los nuevos tipos penales.

En esta dirección, entonces, debemos preguntarnos: si lo que la reforma ha previsto es un tipo de femicidio, en el que la víctima sólo puede ser una persona del sexo femenino (en sentido biológico), ¿qué ocurrirá cuando la persona muerta es mujer en los papeles (en sentido formal) pero en relación a sus atributos morfológicos (genitales externos) pertenece al sexo masculino?, ¿habrá delito de femicidio o simplemente homicidio? Seguramente quedará descartada la figura del

femicidio, por cuanto la víctima no es mujer en sentido biológico sino en sentido normativo, que no es el sentido que ha tenido en cuenta el legislador para tipificar el fenómeno. Veremos más adelante cómo esta conclusión cambia significativamente con la figura incluida al código penal en el proyecto de Senadores.

La doctrina ha hecho notar también las dificultades que se presentan cuando se analiza el fenómeno desde la perspectiva de la Ley Nº 26.618 de Matrimonio Igualitario, normativa que ha reconocido en Argentina –como sabemos– la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Con arreglo al texto de la ley, el asesinato de la pareja en los matrimonios de homosexuales no conducirá a la mayor penalidad, sino que –a diferencia del homicidio en una pareja heterosexual– deberá recurrirse a los preceptos del homicidio simple del artículo 79 o a otras de las circunstancias agravantes del artículo 80, si fuere el caso. Con lo que queda en evidencia que el legislador ha brindado mayor protección legal a la mujer en una relación heterosexual que a esa misma mujer en una relación homosexual (mujer-mujer). A idéntica conclusión se deberá llegar ante una muerte de un hombre por parte de su pareja (hombre) en una relación homosexual[31].

En otro aspecto, habría que analizar también si la mayor penalidad prevista para las hipótesis de femicidio no resulta violatoria del *principio de inocencia*, ya que si lo que fundamenta el incremento de la pena es la variable de género (que presupone un contexto de dominio y poder de un sujeto –el hombre– respecto de otro –la mujer–), entonces da toda la sensación de que la carga de la prueba de la inexistencia de tal contexto de género debe quedar en cabeza del agresor, con lo cual estaríamos admitiendo –si la interpretación es correcta– que el inc. 11 del art. 80 establece una presunción *iuris tantum* "contra reo", ya que los motivos que el legislador tuvo en cuenta para aumentar la penalidad (contexto de género) podrían no concurrir en todos los casos[32].

Tratándose de una agravante, ella sólo resultará aplicable en la medida que, al momento del hecho, concurra el fundamento que ha justificado su tipificación como tal en el Código Penal. Por lo que deberíamos preguntarnos si ¿perdura el fundamento de las circunstancias agravatorias de la pena en los casos de divorcio vincular, separación personal o de hecho de larga duración, relaciones pasadas de noviazgo o de pareja, etc.? Si la respuesta fuera negativa, entonces la mayor penalidad debiera quedar excluida, debiéndose reconducir la conducta al homicidio simple del artículo 79 del Código Penal.

---

[31] Igual razonamiento en LEWIN, Lorena, *La violencia de género y el panpenalismo en los actuales proyectos de reforma del Código Penal*, ob. cit., pp. 1520 y ss.

[32] LARRAURI, Elena, Igualdad y violencia de género, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (2009), p. 14, disponible en www.indret.com.

Si alguna ventaja se puede conceder a la figura, reside en la circunstancia de que, al conminarse el hecho con la misma pena que el parricidio y el homicidio del cónyuge, se podrían salvar los eventuales cuestionamientos de inconstitucionalidad que pudieran plantearse por violación del principio de igualdad y del principio de culpabilidad, que excluye la posibilidad de un derecho penal de autor, por el que se castiga con la mayor penalidad al agresor por su pertenencia al género masculino.

No discutimos –muy por el contrario, lo aprobamos– de que se deba acudir al derecho penal para otorgar protección a las mujeres que son objeto de hechos de violencia por sus parejas. No creemos que este sea el problema. El problema reside, como antes dijimos, en la instrumentalización correcta y adecuada del derecho penal para lograr tales objetivos.

e) Tipo subjetivo

El delito es doloso, de dolo directo. No resultan admisibles ni el dolo eventual ni las formas imprudentes.

f) Consumación y tentativa

La consumación coincide con la muerte de la mujer. Se trata de un delito de resultado material, que admite la tentativa.

g) La pena

El delito tiene previsto la pena de reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse la medida establecida en el artículo 52 del Código Penal. Para su comentario, remitimos a cuanto se dijo al analizar el homicidio agravado por el vínculo parental.

4. Homicidio transversal o vinculado

El inciso 12 del artículo 80, pune con la máxima pena a quien haya cometido el homicidio con un propósito determinado: "*causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inc. 1º*", esto es, una *relación de pareja, mediare o no convivencia*.

Recordemos que el inciso 1º del artículo 80 hace referencia al *ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia*, por lo que quedan abarcadas por el precepto tanto la relación formal de pareja (matrimonio) como la informal (concubinato, noviazgo, etc.).

El delito requiere que se ocasione la muerte de "una persona" (cualquiera) para que otra sufra por esa muerte. No interesa el vínculo o relación que esta persona haya tenido con la víctima del homicidio, ni que haya experimentado sufrimiento

o dolor por su muerte. Lo que caracteriza al delito es su configuración subjetiva: la finalidad del agresor (causar sufrimiento) siendo suficiente para la perfección típica que se haya matado con dicha finalidad, aunque no se haya logrado el fin propuesto.

Se trata de un homicidio "transversal", porque implica la eliminación física de un individuo a quien el autor de la agresión ni siquiera pudo haber llegado a conocer, pero que lo mata "con el propósito de lograr el dolor o sufrimiento ajeno o herirla íntimamente en sus sentimientos", esto es, de otra persona respecto de quien el autor sabe o conoce que la muerte de aquél le va a implicar un dolor, un sufrimiento o un padecimiento, que puede ser de cualquier naturaleza, psíquico, físico, etc. (la muerte de un inocente en lugar del culpable). Es un modo cruel de matar, que lo aproxima al ensañamiento, y que para alguna doctrina podría tratarse de un caso de ensañamiento por la implicación innecesaria de dolores morales, como matar en presencia de un ser querido de la víctima para que ambos sufran[33], o matar al hijo para que la madre, con quien el autor tiene o ha tenido una relación de pareja, sufra.

Es una modalidad de homicidio similar a la llamada "venganza transversal" (*innoxii pro noxio*), legislada en el Código de la República de San Marino y en el Cantón de Ticino, que para algunos autores, debía quedar fuera de la agravante de impulso de perversidad brutal prevista en la versión original de nuestro Código Penal[34].

Este tipo de homicidio, independientemente del hecho físico o material de la muerte de una persona, se caracteriza subjetivamente, por cuanto al dolo propio de todo homicidio se añade un elemento subjetivo del injusto típico consistente en el logro, la búsqueda, el propósito, de causar un sufrimiento en otra persona ligada a la víctima. Se mata "para" que otro sufra. Es una modalidad de homicidio subjetivamente configurado, portador de un elemento subjetivo del injusto, de naturaleza intencional, mutilada de dos actos, similar al homicidio *criminis causa* previsto en el artículo 80.7 del Código Penal.

El tipo penal no requiere para su consumación que la persona damnificada por el homicidio (persona sufriente, con quien se tiene o se ha tenido un vínculo o alguna de las relaciones de las enumeradas en el art. 80.1), sufra "realmente" por la muerte del ser querido. Es suficiente a los fines típicos que el autor mate "para" que la otra persona sufra por el homicidio del otro sujeto, aunque no logre el fin propuesto. Aun así, tratándose de un delito de resultado material, la tentativa es admisible.

---

[33] En este sentido, LÓPEZ BOLADO, Jorge Daniel, *Los homicidios calificados,* (Buenos Aires, 1975), p. 89.

[34] LEVENE, Ricardo (h), *El delito de homicidio,* (Buenos Aires, 1970), p. 205.

Por lo tanto, su configuración exige la concurrencia de los siguientes elementos: el hecho material de la muerte de una persona, la intención (dolo) de matar y el propósito definido de causar un sufrimiento o dolor en otra persona (tipo subjetivamente configurado). La inexistencia de este elemento subjetivo elimina la aplicación de la agravante.

5. Lesiones agravadas

El artículo 92 establece "*Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89 de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años*".

Uno de los motivos que tuvo el legislador para rechazar el proyecto del Senado, que proponía –como se verá más adelante– la tipificación del delito de femicidio como un tipo penal autónomo en un artículo separado, es, precisamente, la imposibilidad que ello implicaba de aplicar este artículo 92 a los casos de lesiones causadas por un hecho de violencia de género, lo cual conducía a que resulten aplicables sólo las escalas penales de los respectivos tipos de lesiones.

Con la ubicación del femicidio en el artículo 80 como un tipo penal agravado del delito de homicidio, se posibilita –como se podrá suponer– que en aquellas hipótesis en las que se provocan lesiones de las descriptas en los artículos 89 (leves), 90 (graves) y 91 (gravísimas) en la mujer víctima de la violencia y concurriere alguna de las circunstancias previstas en cualquiera de los tipos agravados del artículo 80 (no sólo en casos de violencia de género), se incremente la pena en los términos del artículo 92 del Código Penal.

Vale decir que, por un lado, el modelo de regulación elegido por el legislador para la tipificación del delito de femicidio, resulta más amplio y abarcativo que el sistema propuesto por el Senado, ya que alcanza –como vimos– a las lesiones causadas por un hecho de violencia de género. Pero, por otro lado, resulta más restrictivo y limitado, toda vez que no contempla el supuesto del homicidio del hombre autopercibido con identidad de género femenino, en los términos de la Ley Nº 26.743, que sí se encontraba previsto en el proyecto del Senado.

De manera que, si la víctima de las lesiones es un sujeto autopercibido con identidad de género femenino (sea por su sentimiento o expresión, sea por su transformación registral o quirúrgica), entonces deberán ser de aplicación las escalas penales previstas para cada tipo de lesión en particular (leves, graves o gravísimas). Pero, si este mismo resultado se produce en un contexto de género, el cual presupone un vínculo o una especial relación entre el autor y la víctima, las lesiones sufridas por el sujeto de sexo masculino autopercibido con identidad de género femenino tendrán que ser enmarcadas en algunas de las hipótesis de agravación del inciso 1º el artículo 80 (ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge,

pareja, ex pareja, etc.), si no se tratara de algún otro de los supuestos previstos en dicha disposición legal (alevosía, ensañamiento, placer, odio, etc.), en cuyo caso resultará de aplicación la penalidad prevista en la escala progresiva del artículo 92.

No obstante lo expuesto y las razones deslizadas por el legislador para cualificar el delito de femicidio como un tipo agravado de homicidio, la principal objeción respecto de la inaplicabilidad del artículo 92 se hubiera podido salvar, simplemente, con una reforma de esta disposición adaptándola a las exigencias político-criminales pretendidas.

IV. Reflexiones finales

Por último, puede decirse que, con prescidencia de la perfección técnica del precepto sancionado por el Congreso, o el acierto o no de introducir *ex novo* una modalidad de asesinato en un contexto de género, lo cierto es que debe reconocerse la importancia político criminal de incorporar al Código Penal la problemática de la violencia sexista (o violencia contra la mujer, como expresan la Convención de *Belém do Pará* y la Ley Nº 26.485), circunstancia que "visibiliza" el tipo penal, lo descubre públicamente, y lo caracteriza punitivamente allí donde el sujeto pasivo es una mujer.

Se podrá discutir si el texto aprobado en Diputados responde o no a las expectativas de quienes se han embanderado en una tendencia criminalizadora, impulsando la incorporación de los delitos de género al Código Penal, en particular el delito de femicidio, propiciando su castigo ya sea como un tipo penal autónomo o como una forma agravada de homicidio. Se podrá discutir la conveniencia o no de incorporar en el ámbito de estos delitos las diversas hipótesis previstas en las leyes de Identidad de Género y de Matrimonio Igualitario. Pero, lo que no nos parece que pueda discutirse en la actualidad –a estar a las estadísticas de muertes ocurridas como consecuencia de la violencia sexista en los últimos tiempos, suministradas por los organismos públicos y privados en Argentina–, es la decisión legislativa por la opción criminalizadora de la violencia de género.

Y, más allá de los planteos que seguramente arrastrarán estas nuevas figuras, será la interpretación judicial y doctrinaria la que, como ha ocurrido en tantísimas ocasiones, tendrá la última palabra en la solución de las cuestiones más conflictivas que genere el fenómeno.

Seguramente, un efecto que producirá la criminalización del femicidio es el de evaluar –en un futuro no muy lejano– si la incorporación de los delitos de género al Código Penal ha significado o no una real contribución a la erradicación definitiva del fenómeno de la violencia de género, o si por el contrario, deben ser las herramientas alternativas, de diverso signo (sociales, culturales, educativas, laborales, económicas, etc.) las que deben ser ponderadas como *prima ratio* en el combate contra la violencia sexista. Respuesta punitiva o respuesta alternativa, inclusive

sancionatoria, o ambas cosas. Esclarecer esta opción, aún estando en vigencia la primera de ellas, tal vez pueda llegar a contribuir a hacer realidad la declaración de la Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, consistente en "promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia".