DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

LA INCORPORACIÓN DE LOS *DISCURSOS DE GÉNERO* EN LA TIPIFICACIÓN LEGAL DEL HOMICIDIO EN EL DERECHO ARGENTINO

Introducción a la ley argentina n° 26.791

di Gustavo A. Arocena

Abstract. *En este ensayo, el autor reflexiona sobre los "discursos de género" y la utilización del Derecho penal como mecanismo para hacer frente al problema de la violencia contra la mujer. Tras ello, analiza detenidamente la ley n° 26.741, que introduce diversas modificaciones a la regulación legal del homicidio en el Derecho argentino basadas en la "cuestión de género" y que, entre otras reformas puntuales, incorpora el delito de "femicidio" en el ordenamiento jurídico de su país.*

"Hay razones para mirar al sesgo el problema de la violencia. Mi premisa subyacente es que hay algo inherentemente desconcertante en una confrontación directa con él: el horror sobrecogedor de los actos violentos y la empatía con las víctimas funcionan sin excepción como un señuelo que nos impide pensar. Un análisis conceptual *desapasionado* de la tipología de la violencia debe por definición ignorar su impacto traumático. Aun así hay un sentido en el que un análisis frío de la violencia de algún modo reproduce y participa de su horror"[1]

SOMMARIO: 1. Aproximaciones generales. – 2. El homicidio simple (art. 79 C.P. de Argentina). – 3. Homicidio del ex cónyuge o la persona con quien el autor mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. – 4. Homicidio del ex cónyuge o la persona con quien el autor mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. – 5. Homicidio por odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. – 6. Femicidio. – 7. Homicidio inspirado en el

[1] ŽIŽEK, SLAVOJ, *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, traducción de Antonio José Antón Fernández, Paidós, Buenos Aires, 2009, p. 12.

 (cc) BY-NC-ND 2010-2014 Diritto Penale Contemporaneo

propósito de causar sufrimiento a una pareja o expareja. – 8. Inaplicabilidad de la atenuación de la pena para las circunstancias extraordinarias de atenuación, en los casos de violencia contra la mujer. – Bibliografía.

1. Aproximaciones generales.

1.1. Sin pretensiones de exhaustividad, pensamos que resulta conveniente llevar a cabo algunas reflexiones generales, de tipo introductorio, en relación con el problema de la llamada "violencia de género" y la utilización del Derecho penal como mecanismo para hacer frente a este flagelo.

En rigor de verdad, y según veremos a lo largo de la presente monografía, no todas las modificaciones que introduce en el Derecho argentino la ley n° 26.791 se corresponden enteramente con el concepto "estricto" de "violencia de género", entendida como la violencia que se despliega contra una mujer y que, además, se muestra como una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y las personas de sexo femenino ; sin embargo, la violencia contra la mujer, en términos empíricos, suele mostrarse como el "contexto criminológico" en el marco del cual generalmente tienen lugar las nuevas conductas que prevé el legislador argentino.

Sentado esto, nos parece necesario enfatizar, con Villacampa Estiarte, que no cualquier atentado de un hombre contra una mujer debe considerarse manifestación de la violencia de género, sin perjuicio de lo cual es necesario que se tome consciencia de que la violencia de género constituye un fenómeno suficientemente caracterizado, que tiene una serie de elementos que la distinguen de cualquier otro tipo de violencia – incluso de la que tiene lugar en el ámbito familiar-, y que puede hacerse merecedora de una reacción penal más intensa que otras manifestaciones del comportamiento violento.

Con todo, lo que acaba de anotarse no debe hacernos incurrir en un yerro políticocriminal nada infrecuente en los ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito, a saber: que la protección "cualificada" del sujeto pasivo de un entuerto concreto no encubra la incompetencia de las distintas agencias estatales para hacer frente al conflicto en el que se emplaza la situación de aquella víctima específica; en términos concretos, la tipificación de, por ejemplo, el femicidio, no ha de esconder la imposibilidad de combatir el fenómeno de la violencia de género por medio de políticas sociales adecuadas . En este sentido, la legislación penal "de género", según nuestra opinión, debe evitar partir de la idea general de que la mujer se halla en una relación de dominación y subordinación respecto del hombre siempre. Es que, no se verifica necesariamente tal situación en todos los casos de violencias que involucran a un hombre y a una mujer, y por ello puede tornarse de dudosa legitimidad una punición agravada asentada en una presunción que se basa exclusivamente en el género femenino de la víctima, sin que deba probarse que ella se trata de una víctima especialmente vulnerable, como también puede serlo, verbi gratia, un anciano o un niño.

Desde otro costado, hay que poner de resalto que ciertos discursos feministas que impulsan o subyacen a determinada configuración expansionista de un "Derecho penal de género" se apoyan en el convencimiento de la incapacidad del sistema penal para ofrecer una respuesta satisfactoria a los atentados de género; y esta perspectiva puede hacer perder de vista que, un tal punto de partida, acarrea el riesgo de privar de significado político y alejar al problema de la violencia de género, del complejo contexto en que debe ser planteado y resuelto. Si se admite que la violencia contra la mujer pone en evidencia relaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y aquélla que decantan en una suerte de "daño colectivo" que es "apuntalado" por la ineficiencia de la administración de justicia criminal, debe reflexionarse si buscar la solución exclusiva o principal en este ámbito institucional no conduce a un nocivo reduccionismo que, en el marco de un proceso penal, tiende a individualizar el conflicto traduciéndolo en términos de violencia interpersonal. Paradigmas de opresión de la mujer pueden convertirse, así, en casos individuales –aun numerosos, pero siempre singulares- de "victimización" de víctimas concretas, y de una situación estructural que involucra a todo el género femenino puede pasarse a reducir el problema a un daño individual.

Para resumir estos pensamientos, diremos que, indudablemente, la violencia de género es un fenómeno de reconocimiento relativamente reciente y de dolorosa vigencia y actualidad, que debe ser afrontado desde múltiples perspectivas, que aporten soluciones no sólo preventivas, asistenciales, educativas y de intervención social, sino también científicas, económicas y legislativas. Estas últimas, materializadas en disposiciones legales de naturaleza sustantiva o adjetiva, no deben, sin embargo, opacar la preponderancia que tienen en este terreno las políticas sociales previas, las acciones educativas y las inversiones estatales destinadas a mitigar los efectos de estas conductas en relación con sus víctimas. Pero la legislación penal tiene su importante papel en la lucha contra el problema de la violencia de género, que deberá ser cumplido sin olvidar que la intervención punitiva es la ultima ratio entre las distintas herramientas con las que cuenta el Estado para garantizar la pacífica convivencia entre los ciudadanos, y ello impone que el Derecho penal se emplee, incluso en el ámbito de estas repudiables conducta, con especial prudencia y razonable economía.

La mejor doctrina jurídica resume la idea en los siguientes términos: "El Derecho Penal, en la tarea de prevención de la violencia en la relación de pareja, constituye el último recurso en manos del poder público, dada la exigencia, inexcusable en un Estado social y democrático de Derecho, de ubicar al sistema punitivo en el lugar postrero a la hora de pergeñar las diversas estructuras de tutela de los proyectos vitales de los seres humanos. Su presencia, consecuentemente, se ciñe a ser el colofón de una estrategia preventiva, de contenido educativo y finalidad comunitaria, centrada en fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en el entramado social y acuñar los valores de libertad y diversidad en las relaciones personales. La colocación de la función penal del Estado en la línea de cierre del sistema institucional de tutela no cohonesta con propuestas públicas, de fértil presencia en la agenda política por su rápida acogida mediática e inmediata percepción ciudadana, que, desatendiendo las causas, ponen el acento en los efectos,

propugnando, como una excelsa receta, una estrategia de criminalización guiada por una sincrónica hipertrofia del Estado penal y atrofia del Estado social. El Derecho Penal, en un Estado social y democrático de Derecho, no debiera constituir la tarjeta de presentación de las políticas públicas para afrontar las conductas violentas; más bien, procedería su articulación como la última receta para enervar o, cuanto menos, contener el riesgo de victimación de las personas. De esta manera, su tarea, en la función de prevención limitada de los delitos, es residual, por su localización dentro de las estrategias públicas de un Estado democrático, y esencial, por la aportación que se espera de él cuando se requiere su intervención".

1.2. Como es sabido, el ordenamiento jurídico-penal argentino tutela la vida humana -desde la concepción hasta la muerte de las personas- por medio de las figuras delictivas del homicidio (arts. 79, 80, 81, 82 y 84 del Código Penal de la Nación Argentina), la instigación o ayuda al suicidio (art. 83) y el aborto (arts. 85 a 88).

Las dos primeras especies delictivas protegen la vida humana independiente; la segunda, la vida de la persona por nacer.

Ahora bien, los delitos contra la vida humana independiente cuya acción típica consiste en matar a otro (homicidios) pueden clasificarse con arreglo al criterio de la tipicidad subjetiva.

Conforme esta pauta, el homicidio puede ser doloso (arts. 79 a 82 del Código Penal de la Nación Argentina, con excepción de la figura del art. 81, inc. 1, letra b), preterintencional (art. 81, inciso 1, letra b, que -en rigor de verdad- tipifica una figura dolosa de lesión cualificada por un resultado mortal causado imprudentemente por el autor) o imprudente (art. 84).

1.3. Ya dentro de los homicidios dolosos, el Código Penal de la Nación Argentina prevé un tipo penal básico y derivaciones típicas de éste.

El primero se encuentra en el artículo 79, mientras que las últimas están contempladas en el 80 y el 81, inciso 1, letra a.

Conviene anotar, en vinculación con los tipos penales derivados de homicidio, que ellos están construidos a partir del procedimiento de adicionar al delito base diferentes elementos que agravan o atenúan el reproche penal. Son modalidades especiales de la acción homicida, que deben ser abarcadas por el dolo del agente, y que dan lugar a las particulares situaciones típicas reguladas en dichas normas.

En el artículo 80 de nuestra ley se prevén las formas agravadas del homicidio doloso, y pueden ser clasificadas atendiendo el fundamento del mayor contenido de injusto –y, con ello, del mayor reproche- que el legislador atribuye al hecho.

No es necesaria mayor reflexión para advertir que tal fundamento de la más severa punición del hecho se apoya en estas circunstancias que se agregan al tipo objetivo de la figura básica, condicionando la situación típica.

En breve síntesis, puede sostenerse que, hasta finales de 2012, el delito de homicidio se agravaba por el vínculo existente entre autor y víctima (p. ej., el lazo conyugal), el modo de cometer el homicidio (v. gr., el ensañamiento o la alevosía), el motivo que impulsa la conducta homicida (p. ej., el odio racial o religioso, o la

intención de consumar otro delito), el medio empleado para realizar el delito (v. gr., uno que resulte idóneo para crear un peligro común), la pluralidad de agentes que intervienen en el hecho (p. ej., dos o más personas que actúan junto con el homicida en virtud de un acuerdo premeditado) y la condición funcional de los sujetos (v. gr., la calidad de miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, del autor o, incluso, del ofendido).

La ya mencionada ley argentina n° 26.791 ha ampliado el "universo de casos" de homicidio agravado previsto por el ordenamiento jurídico argentino, ensanchando el alcance de las figuras que contemplaban los incisos 1° y 4° del artículo 80 del Código Penal de la Nación Argentina, y agregando a esta disposición legal dos nuevos incisos: el 11 y el 12.

Se trata, como veremos al analizar separadamente cada uno de estos supuestos, de modalidades agravadas de homicidio en las que se endurece el castigo de la infracción en razón de un vínculo entre el sujeto activo y el paciente existente al momento del delito o con anterioridad (art. 80, inc. 1°, C.P. de Argentina), el motivo que empuja el comportamiento prohibido (incs. 4° y 12 de la misma manda legal), y la condición "de género" del sujeto pasivo y la situación típica (inc. 11).

En efecto, la ley argentina n° 26.791, en primer término, incorporó al artículo 80, inciso 1°, del ordenamiento penal argentino, la muerte dolosamente causada del ex cónyuge o la persona con quien el autor mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

Asimismo, en el inciso 4°, ella consagra un castigo agravado para quien matare por placer de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

El nuevo inciso 11 del artículo 80 del Código Penal de la Nación Argentina pune más severamente al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

Por último, en el inciso 12 se ha añadido la hipótesis de quien matare a otro con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°.

1.4. Pero, junto con todo esto, la ley argentina n° 26.791 establece una modificación a la parte final del artículo 80 del Código Penal de la Nación Argentina, conforme la cual el mismo quedará redactado de la siguiente manera: "Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima".

Hecha esta breve introducción, corresponde recordar los elementos tipificantes de la figura del homicidio simple (art. 79 C.P. de Argentina), para luego analizar las diferentes reformas que la citada ley ha incorporado al ordenamiento criminal argentino.

2. El homicidio simple (art. 79 C.P. de Argentina).

2.1. Sostener, como lo hemos hecho, que las nuevas figuras delictivas constituyen derivaciones típicas de la figura básica de homicidio del artículo 79 del Código Penal de la Nación Argentina implica expresar, en definitiva, que todo lo que no esté previsto por la figura especial deberá ser "completado" –sit venia verbo- por la descripción genérica.

Por consiguiente, cabe examinar sucintamente los requerimientos típicos que, como dijimos, nos permitirán escrutar con posterioridad lo que les es "propio" a los nacientes enunciados jurídicos.

Como es sabido, el artículo 79 de la ley penal argentina sanciona al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

2.2. En el tipo objetivo de este delito "base" encontramos que la conducta típica es la de matar, o sea, causar la muerte de otro hombre, quitarle la vida.

Es un delito de acción, siendo posible la comisión por omisión, siempre que el sujeto activo tenga una posición de garante frente a la muerte del sujeto pasivo fundada en un deber legal o contractual, o en la creación de un riesgo para la vida mediante una acción u omisión precedente, que son las fuentes de la posición de garante, es decir, del deber de evitar el resultado.

El medio homicida puede ser material, esto es, una conducta que, por vía de hechos activos, por contacto directo o no con su cuerpo, actúa físicamente sobre éste o la salud del sujeto pasivo, o consistir en una conducta a través de la cual se ejerce sobre el sujeto pasivo una acción psíquica, lo que en el ámbito de la doctrina jurídica suele ser denominado "medio moral". El tipo legal es, en consecuencia, resultativo, ya que la ley no acota expresamente las modalidades que debe revestir la manifestación de voluntad, sino que basta cualquier conducta que cause el resultado típico.

Se trata, desde luego, y como se desprende de lo que acaba de afirmarse, de un delito de resultado, y tal resultado es la muerte efectiva de otra persona.

Entre la acción homicida y el resultado mortal debe mediar una relación de causalidad.

Podrá afirmarse la existencia de dicha relación causal cuando, una vez resueltos los problemas de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones o cualquier otra que permita establecer una conexión físico-natural entre la acción y el resultado, se haya identificado entre todas las causas del resultado aquella que suponga la creación o la elevación de un riesgo por encima de lo tolerado, que se realiza en un resultado abarcado por el ámbito de protección del tipo. Dicho de otra manera: una vez acreditada la existencia de la relación causal natural entre la acción y el resultado, deberá desentrañarse si la acción típica desplegada por el agente ha creado o aumentado -respecto del bien jurídico tutelado- un riesgo mayor que el autorizado por la ley, y este último se ha realizado en el resultado.

2.3. El tipo subjetivo de la figura básica de homicidio es doloso.

El dolo, aquí, exige el conocimiento y la voluntad del autor de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, que el agente sepa que mata a otra persona y que quiera hacerlo.

Es suficiente el dolo eventual en orden al resultado mortal.

En la descripción del artículo 79 del Código Penal de la Nación Argentina resulta irrelevante el error in persona, ya que si el sujeto activo, creyendo por error que mata a determinada persona, por equivocación mata a otra, será igualmente castigado como autor de homicidio simple.

Ahora bien, en el caso de la aberratio ictus o error en el golpe, la situación es diferente. Si el autor dispara contra una víctima cierta, pero por su mala puntería, alcanza a una distinta, deberá responder a título de tentativa de homicidio doloso en concurso con homicidio o lesiones imprudentes.

Con todo, es apropiado subrayar que, en términos generales, las nuevas figuras delictivas se configuran a partir de ciertos componentes subjetivos distintos del dolo, que estudiaremos separadamente al ocuparnos de aquellas tipificaciones.

2.4. Sujetos del delito base, activo y pasivo, pueden serlo cualquier persona, con las limitaciones que surgen del concurso de leyes.

Así, si a quien se mata es al cónyuge; a un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición; o a una mujer, cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género, las disposiciones legales aplicables serán, respectivamente, las del artículo 80, incisos 1°, 8° y 11 del Código Penal de la Nación Argentina.

2.5. El sujeto pasivo, que es un ser humano distinto del autor del delito, que ya se ha independizado del claustro materno y que posee un organismo con capacidad de continuar funcionando de cualquier forma y en cualquier grado, es, a la vez, el objeto material sobre el que recae directamente la acción.

A éste se añade el objeto jurídico, o sea, el bien objeto de la protección legal, que es la vida humana independiente, desde el nacimiento hasta la muerte. Se tutela el derecho o interés que las personas tienen a que se respete su existencia material, y se lo hace entendiendo a la vida como la actividad del complejo orgánico del ser humano, por precaria que sea, y no la actividad autónoma de un órgano o de un conjunto de órganos separados del organismo que constituye el ser.

2.6. El tipo legal de la figura básica de homicidio carece de circunstancias de tiempo, lugar, modo, medios o, incluso, de otra índole que, a manera de especiales modalidades de la acción, completen la descripción típica y configuren una particular situación típica.

Por el contrario, sí existen elementos que tipifican situaciones típicas en algunas de las figuras introducidas por la ley argentina n° 26.741; los desmenuzaremos al tratar las mismas.

2.7. El delito se consuma con la producción del resultado mortal, resultado este que, en cuanto a la afectación del objeto material del delito, es indudablemente irreversible.

Es admisible la tentativa, tanto acabada, como inacabada. El tipo de la tentativa de homicidio comienza con los primeros actos de ejecución de la muerte y por tanto constitutivos de un peligro concreto para la vida.

Para delimitar entre la tentativa de homicidio y las lesiones consumadas debe estarse al aspecto subjetivo del hecho, es decir, a la parte subjetiva del comportamiento que se endilga al agente. Así, habrá una tentativa de homicidio cuando exista en el autor la intención o el dolo (aunque sea eventual) de causar la muerte del sujeto pasivo, y unas lesiones consumadas, cuando el dolo de matar –directo de primer grado, directo de segundo grado o, aun, eventual- se encuentre ausente.

2.8. La figura penal del artículo 79 del Código Penal de la Nación Argentina está sometida a un régimen de especialidad expresa, pues, como lo indica el mismo precepto legal, éste se aplicará siempre que en dicho Código no se estableciere otra pena.

No obstante que, a simple vista, podría entenderse que se trata de una regla de subsidiariedad expresa, no es tal cosa, porque no condiciona la propia aplicación de la disposición legal a que el hecho por ella prevista no constituya un delito más grave. La frase no tiene más alcance que el de destacar el carácter de figura genérica que tiene el tipo legal del artículo 79 del Código Penal de la Nación Argentina en relación con todas las otras formas de "matar a otro" que el ordenamiento jurídico reprime. De allí que acierte Soler cuando asevera que el agregado de dicha expresión en la norma era innecesario, ya que la relación de especialidad tácitamente está en todas las figuras genéricas de la Parte Especial.

2.9. Sentado todo esto, es hora de entregarnos de lleno a la consideración de las nuevas normas, o sea, de los elementos que son específicos de las flamantes figuras penales.

3. Homicidio del ex cónyuge o la persona con quien el autor mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

3.1. Se ha puntualizado que la descripción legal del artículo 80, inciso 1°, del Código Penal de la Nación Argentina, penaliza a quien matare, entre otros supuestos, al ex cónyuge o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

La reforma ha modificado un enunciado legal que tradicionalmente tipificaba las figuras del parricidio y del uxoricidio, o sea, la dolosa causación de la muerte de un ascendiente, un descendiente o del cónyuge. En estos casos, el sujeto activo debe estar ligado con el ofendido por un vínculo de parentesco por consanguinidad ascendente o descendente (arts. 352 C.C.) cuyo alcance o calidad resulta irrelevante a los fines del

tipo agravado, o por un vínculo matrimonial (art. 159 y ss. C.C.). El fundamento del tipo legal cualificado reside, en estos supuestos, en la violación de los deberes derivados del vínculo parental que media entre el autor y la víctima, o en el menosprecio del respeto que se deben mutuamente los esposos.

3.2. Ahora, al lado de estos casos, se regulan los homicidios de los sujetos que hemos anotado, a saber: el ex cónyuge o la persona con quien mantiene o ha mantenido el autor una relación de pareja, mediare o no convivencia.

Ex cónyuge es quien ha estado unido con el sujeto activo del delito a través de un vínculo matrimonial que se ha disuelto por sentencia de divorcio vincular (art. 213, inc. 3°, C.C.) o que ha sido anulado (art. 221 y ss. C.C.). A diferencia del divorcio, la separación personal no disuelve el vínculo matrimonial (art. 201 C.C.).

A su vez, persona con quien mantiene o ha mantenido el autor una relación de pareja es el hombre o la mujer que – actual o anteriormente – integra junto con aquél una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente, compartiendo un proyecto de vida común.

El fundamento del tipo legal cualificado reside, en las específicas hipótesis agregadas por la reforma, en el menosprecio del respeto que se deben mutuamente los exesposos o las personas que mantienen o han mantenido una relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y de relativa permanencia.

3.3. El tipo subjetivo de esta figura es doloso.

El dolo, aquí, exige el conocimiento y la voluntad del autor de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, que el agente sepa que mata a otra persona y que ésta es su excónyuge o una persona con la que mantiene o ha mantenido una relación de pareja, y que quiera hacerlo.

Es suficiente el dolo eventual en relación con el resultado mortal, pero no en lo tocante a la condición de excónyuge, pareja o expareja de la víctima. Basta, entonces, que el sujeto, sabiendo de la particular calidad de la víctima, la mate por considerar seriamente como posible la realización de la muerte y se conforma con ella.

Se acaba de expresar que el tipo legal requiere el pleno conocimiento de la condición de excónyuge, pareja o expareja, por lo que puede aseverarse que se presenta en el tipo subjetivo de esta figura un elemento cognitivo distinto del dolo, de carácter implícito.

El error sobre la condición de excónyuge, pareja o expareja de la víctima es un error de tipo que, inevitable o evitable, excluye la responsabilidad.

3.4. Sujetos del delito, activo y pasivo, no pueden serlo cualquier persona.

Es que el artículo 80, inciso 1°, del Código Penal de la Nación Argentina -al castigar al que matare al excónyuge o persona con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja- materializa (de manera implícita, aunque clara) un delito especial en sentido impropio, puesto que prevé una conducta que, pudiendo ser perpetrada por cualquier persona, cuando es cometida por los sujetos cualificados,

éstos violan un deber especial del que son titulares y, por ello, son castigados más severamente.

Concretamente, sólo puede ser sujeto activo del delito agravado, el hombre o la mujer que ha estado casado con la víctima o ha mantenido con ella una relación de pareja.

Por lo demás, esta figura con sujeto pasivo calificado, pues, como acaba de verse, la acción típica debe recaer sobre el excónyuge, la pareja o la expareja del sujeto activo.

4. Homicidio por odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

4.1. La ley argentina n° 26.741 ha ampliado el catálogo de supuestos que agravan la pena del homicidio en razón del motivo que estimula el comportamiento del agente.

En efecto, a los casos de homicidio por precio o promesa remuneratoria (art. 80, inc. 3° C.P. de Argentina); homicidio por placer, codicia u odio racial o religioso (art. 80, inc. 4°); y de homicidio criminis causa (art. 80, inc. 7°), se suma, en el inciso 4° del artículo 80 de la ley penal, el homicidio por odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

Sin lugar a dudas, el fundamento de la pena más grave radica, aquí, en lo particularmente reprobable de la perversa razón determinante del brazo homicida, que es impulsado por sentimientos misóginos o de aversión hacia los varones. Desde este punto de vista, la figura guarda relación con los restantes tipos delictivos del artículo 80, inciso 4°, del Código Penal de la Nación Argentina (homicidio por placer, codicia u odio racial o religioso), que responden a esta misma razón política de endurecimiento de la punición, a saber: las motivaciones generadoras de la conducta prohibida.

Al igual que estos últimos, se trata de un agravamiento de la punición de innegable corte subjetivo.

Sin perjuicio de esto, el castigo más severo -en los supuestos de odio a la orientación sexual, la identidad de género o su expresión- igualmente puede adscribirse a la mayor antinormatividad que surge del hecho de que la conducta reprochada está animada por el odio del sujeto activo hacia diferentes manifestaciones del ejercicio por parte del ofendido de derechos sexuales que, en cuanto tales, han sido reconocidos desde los años noventa del siglo pasado, como "derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos" . Quedan comprendidos en este concepto los derechos de todas las personas para que, libres de coacción, discriminación y violencia, puedan, entre otras cosas, elegir su pareja o llevar una vida sexual satisfactoria, segura y placentera. Y las decisiones de la potencial víctima de esta delito en relación con su orientación sexual, su identidad de género o la expresión de ésta son, ciertamente, y como acabamos de enfatizar, manifestaciones de la realización de tales derechos humanos fundamentales relativos a la sexualidad.

4.2. En los términos de esta figura calificada, el autor, para merecer el castigo más severo, debe matar, como acabamos de ver, por odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

4.2.1. Existe tal "odio" cuando el sujeto activo mata a la víctima por su aversión hacia el género, la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de la identidad de género de aquélla.

El odio es "de género" cuando la antipatía del homicida en relación con el sujeto pasivo tiene como base la condición femenina o masculina del sujeto pasivo.

Es que, a los fines que aquí interesan, lingüísticamente, la alocución "género" alude al conjunto de seres humanos que tienen uno o varios caracteres biológicos comunes que permiten distinguirlos en varones y mujeres.

Matará por odio de género, entonces, el hombre o la mujer que priva arbitrariamente de la vida a un tercero, por la condición biológica masculina o femenina de éste.

Corresponde agregar que, por imperio de la ley argentina n° 26.743, de Identidad de Género, el carácter masculino o femenino de una persona ha dejado de ser una cuestión biológica-ontológica, para pasar ser un asunto normativo.

Es que, en su artículo 2°, ese conjunto normativo estipula: "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".

No obstante, a los fines del homicidio por odio de género, una interpretación "intra-sistemática" del tipo legal, que consulta integradamente las distintas alternativas que prevé la figura (entre otras, y como hipótesis distintas, el homicidio por odio de género y el homicidio por odio a la identidad de género), el "género" que importa aquí es el biológicamente determinado, o sea, el que surge de haber nacido un ser humano como hombre o mujer.

Por el contrario, el género, como "dato normativo", no biológico, es un extremo tenido en cuenta por el legislador a través del supuesto de homicidio por "odio a la identidad de género", incluido en el artículo 80, inciso 4°, del Código Penal de la Nación Argentina; éste consolida un tipo penal mixto alternativo, pues describe diversas conductas (matar por placer, matar por odio racial, matar por odio religioso, matar por odio de género, matar por odio a la orientación sexual, etc.), pero como disyuntivas, separadas la conjunción "o", derivándose de ello la indiferencia de que se realice una u otra acción, o todas ellas, por entender que no se añade mayor desvalor al injusto.

Es que, en el homicidio por odio a la identidad de género, queda indudablemente abarcado en el universo de posibles sujetos pasivos, el sujeto que,

habiendo nacido hombre o mujer, ha ejercido su derecho a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida (art. 3° ley argentina n° 26.743). Y esto es así, incluso, en el caso de quien ha hecho uso de tal derecho, sin haberse practicado intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni haber realizado terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico (arg. art. 4°, in fine, ibídem).

4.2.2. Además del odio de género, el artículo prevé el odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

La orientación sexual, que inspira la aversión impulsora de la conducta del sujeto activo, se refiere a la atracción sexual primaria al mismo sexo, al sexo opuesto o a ambos sexos.

A su vez, el odio a la identidad de género se da cuando el agente mata al ofendido en razón de la manifestaciones de éste acerca de su autoconciencia interna de ser hombre o mujer, masculino o femenino.

El carácter normativo-jurídico de este elemento del tipo legal, como así también el contenido que le hemos asignado, se ven refirmados por la vigencia de la ley argentina n° 26.743, de Identidad de Género.

En su artículo 2°, este conjunto normativo estipula: "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".

Por lo demás, la disposición legal que se acaba de transcribir permite avizorar claramente qué debe entenderse por "expresión de la identidad de género", que es la última de las circunstancias relativas al sujeto pasivo, que determinan la punibilidad prevista en la figura agravada.

Precisamente, la expresión de la identidad de género es la manifestación externa de esa vivencia interna e individual del género tal como cada ser humano la siente y que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, que la víctima del delito concreta, no ya por medio de palabras, sino a través de su estética, su parecer exterior, su modo de hablar, sus modales o cualquier otra forma de exteriorización.

4.3. Desde el punto de vista subjetivo, la figura agravada se completa con un elemento subjetivo distinto del dolo, toda vez que, según hemos puntualizado, el autor debe matar al sujeto pasivo por odio a algunas de las circunstancias mencionadas: el género, la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de la identidad de género del paciente.

Es, ciertamente, un componente subjetivo diferente del dolo que repara en las motivaciones de la acción. Debe darse muerte a la víctima en virtud de esa aversión del

autor respecto de los extremos referidos al género o la sexualidad del paciente a los que alude la descripción legal.

En esta valoración negativa de los motivos en particular de la conducta homicida, el juicio de disvalor como tal no alcanza un estado de cosas objetivo –ni siquiera futuro-, sino que se reduce exclusivamente a una evaluación del origen de la decisión de la voluntad.

El agravamiento de la pena se define, según nuestra opinión, por el carácter vil del motivo que impulsa el comportamiento del matador o la perversa razón que determina al accionar homicida. Se trata de un motivo que "expresa" el perfil de personalidad de tipo machista del sujeto activo, su carácter homófobo o, en general, su intolerancia en orden a la configuración del propio plan de vida sexual llevado a cabo por la víctima a partir de "opciones" o "elecciones" relativas a la sexualidad divergentes de las escogidas por aquél.

4.4. La figura delictiva no rodea a la autoría de características especiales, por lo que ni el sujeto activo ni el pasivo son calificados: pueden cometer el homicidio por odio de género, a la orientación sexual, a la identidad de género o a la expresión de ésta, tanto el hombre como la mujer, y sufrirlo, por igual, aquél y ésta.

5. Femicidio.

5.1. Según el nuevo inciso 11 del artículo 80 del Código Penal de la Nación Argentina, se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

La regla tipifica el delito de femicidio o feminicidio, conforme el neologismo que prefiera emplearse para designar la infracción.

Mediante un concepto que reúne, a la vez, las notas de justeza y diafanidad expresiva, Buompadre lo define como "…la muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino".

Para nosotros, la definición legal de femicidio, con arreglo a los elementos del tipo legal vigente en el ordenamiento argentino que analizaremos seguidamente, puede ser construida en los siguientes términos: "Es el muerte dolosamente causada por un hombre a una mujer, mediando violencia de género". En otras palabras, se trata de la privación arbitraria de la vida de una mujer por parte de un hombre, en un contexto de violencia de género.

El femicidio es parte del bagaje teórico del movimiento feminista, que se desarrolló en Estados Unidos desde principios de los años sesenta hasta finales de los años setenta del siglo pasado, con el objetivo de lograr la igualdad de derechos entre varones y mujeres.

Precursoras en el empleo de la expresión fueron Jill Radford y Diana E. H. Russell, en la antología editada por ellas bajo el título Femicide. The politics of woman killing.

Allí, la primera caracteriza al "femicide" como "the misogynist killing of women by men" o "the misogynous killing of women by men", o sea, la matanza misógina de mujeres por parte de hombres.

A su vez, en la misma colectánea, Russell relata que, cuando escuchó por primera vez el término en 1974, "…él resonó poderosamente en ella como uno que podría referirse a la matanza de mujeres por hombres porque ellas son mujeres", para luego asegurar: "Mucho tiempo hemos necesitado un término tal como una alternativa al género-neutral homicida. El establecimiento de una palabra que significa la matanza de mujeres es un paso importante hacia el hacer conocida esta última forma de violencia contra las mujeres. Nombrar una injusticia, y proporcionar así el medio para pensar en la misma, por lo general precede la creación de un movimiento contra aquélla".

Fue la antropóloga mexicana –y exdiputada del Congreso Federal de su país- Marcela Lagarde y de los Ríos quien tradujo el giro lingüístico inglés femicide a la lengua española, a través de la alocución "feminicidio", a la que prefirió en lugar de "femicidio", basándose en las siguientes razones: "En castellano femicidio es una voz homóloga a homicidio y sólo significa homicidio de mujeres. Por eso, para diferenciarlo, preferí la voz feminicidio y denominar así al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres y que, estos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad".

Hecha esta breve introducción, puede sostenerse que la razón política del mayor castigo del femicidio reposa en la singular gravedad que importa el emplazamiento de la conducta que culmina en la muerte dolosa de una persona, dentro del ámbito de la violencia contra la mujer, concebida como manifestación de la configuración de las vinculaciones interpersonales en virtud de relaciones de poder de histórica desigualdad entre el varón y la mujer.

Desde el ámbito de la Psicología se informa que los femicidios -que estadísticamente son protagonizados en la mayoría de los casos por esposos, novios, concubinos o amantes, más que por otras personas-, se producen en dinámicas de pareja caracterizadas por determinadas constantes, a saber: el control de la mujer, como sinónimo de posesión y con la idea de dominarla; los celos patológicos; el aislamiento de la víctima de su familia y amigos para perpetuar la violencia; el acoso, que satura las capacidades críticas y el juicio de la ofendida; la denigración y las humillaciones de la agredida; y la indiferencia ante sus demandas afectivas, entre otras. Y estas características, que se repiten y duran en el tiempo, constituyen, justamente, "…una expresión extrema de la «fuerza patriarcal», una expresión social de la política sexual y una institucionalización del ritual de dominación masculina".

Por lo demás, la figura agravada puede ser vista como un expediente dirigido a cumplimentar la obligación estatal de incluir en su legislación interna las normas penales que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (art. 7, inc. "c", Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, suscripta por la Organización de los Estados Americanos en Belém do Pará –República Federativa del Brasil– el 9 de junio de 1994), a los efectos

de proteger el derecho de toda mujer a que se respete su vida y su integridad física, psíquica y moral (art. 4, incs. "a" y "b", ibídem) .

También como una herramienta inspirada, de alguna manera, en el artículo 5° de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -generalizadamente conocida por sus sigla en inglés, C.E.D.A.W.-, adoptada el 18 de diciembre de 1979 por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas y de jerarquía constitucional por imperio del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional Argentina, en cuanto dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: "Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

5.2. En el tipo objetivo de la figura delictiva encontramos la "característica definitoria" central del entuerto.

Ella se ubica en la situación típica de la descripción legal, esto es, en las modalidades de la acción incluidas en la norma, que designan una circunstancia que determinan la punibilidad agravada, a saber: la existencia de violencia de género.

Tradicionalmente se ha entendido que la violencia consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la persona de la víctima o en su contra.

Ahora bien, cabe añadir, en sintonía con lo que hemos expresado antes, que se tratará de violencia "de género" cuando ella resulte expresión de la violencia contra una mujer y se muestre como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y la mujer.

Es que, la voz "odio de género" designa, en esta figura delictiva, un elemento normativo jurídico cuya significación no es posible conocer sin acudir a una segunda interpretación, que se hará con ayuda de las distintas ramas del Derecho; y esa segunda interpretación nos permitirá apreciar, como veremos seguidamente, que la alocución "odio de género" se corresponde con la materialización del maltrato del hombre hacia la mujer, esto es, con la conocido como "violencia de género".

Es un elemento normativo requerido del presupuesto lógico de una norma, toda vez que sus términos sólo pueden ser interpretados acudiendo a otra norma -en este caso, extrapenal-, de carácter escrito.

En este sentido, el concepto de "violencia de género" es una noción que, a diferencia de la idea de "odio de género", no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombre y mujeres, sino en el aspecto cultural de la construcción de roles derivada de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades sensibles entre una "identidad masculina" y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a "lo femenino".

Según Maqueda Abreu, la violencia contra las mujeres no es 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 [enfatiza esta jurista] se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados 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".

Hemos señalado que el giro lingüístico "odio de género" consagra un elemento normativo jurídico, porque esta concepción sociológico-cultural del problema, que se aparta de las desigualdades surgidas de la naturaleza biológica de los sexos, ha sido reconocida en instrumentos jurídicos internacionales y en textos legales del orden jurídico interno de Argentina.

Así, la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, elaborada en la 85ª sesión plenaria celebrada el 20 de diciembre de 1993, reconoce que "…la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre".

A su vez, la Convención de Belém do Pará prescribe que toda mujer tiene derecho a que se respete su vida y su integridad física, psíquica y moral (art. 4, incs. a y b), a la vez que subraya que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (art. 6, inc. b).

Por último, la ley argentina n° 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sintoniza con esta concepción. Justamente, en su artículo 2°, ella señala que tiene por objeto, entre otras finalidades, promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia (inc. b) y la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (inc. "e").

Podrá reprochársenos que la interpretación que postulamos limita apreciablemente el ámbito de aplicación de esta figura agravada.

Sin embargo, conviene recordar que el principio de legalidad penal (art. 18 C.N.) impone la interpretación restrictiva de la ley criminal, que requiere que, en casos de expresiones vagas, de textura abierta y carentes de autonomía semántica como "odio de género", el jurista práctico "eche mano" de herramientas interpretativas distintas del canon gramatical o literal, tales como el criterio sistemático, que mira la ubicación de la norma a interpretar en el específico texto de la ley que la comprende y

en el genérico marco de todo el conjunto normativo que compone el ordenamiento jurídico vigente, con el objeto de hallar eventuales contradicciones normativas que obsten a la coetánea vigencia de dos reglas determinadas, o entre una hipótesis interpretativa y determinados fines y principios que inspiran al sistema jurídico.

Máxime si, como en el caso, el enunciado lingüístico polisémico ("violencia de género") indica un elemento normativo jurídico del tipo legal, que "completa" el contenido de la figura mediante los contenidos propiciados por otras disposiciones del ordenamiento jurídico; y éstas, incluso, en el supuesto bajo examen, receptan un concepto o acepción de la expresión "violencia contra la mujer", que abreva en el sentido cultural, sociológico e ideológico que mejor consulta la "expresión de sentido" que inveteradamente ha pretendido atrapar el término, y no en su equiparación con la noción de "sexo", que "…se refiere a las características biológicas que definen a los seres humanos como hembra o macho".

Seguramente surgirán inconvenientes a la hora de acreditar este elemento del tipo legal, pero la interpretación sociológica, cultural e incluso sistemático-jurídica que hemos propuesto en orden a este giro lingüístico impone que se encuentre suficientemente probado, a los fines de una condena por este delito, que la muerte dolosa de la mujer ha respondido a ese presupuesto

No parece descabellado aseverar que la comprobación de que el homicidio ha sido causado "mediando violencia de género", en sistemas que consagran el "principio de libertad probatoria", debe certificarse a través de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, y reparando en los particulares contextos en que se llevan a cabo los actos de violencia en perjuicio de la mujer.

5.3. El tipo subjetivo del femicidio es doloso.

El dolo demanda el conocimiento y la voluntad del autor de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, que el agente sepa que mata a una mujer en un contexto de violencia de género, y que quiera hacerlo.

Es suficiente el dolo eventual en relación con el resultado mortal, pero no en lo tocante a la condición femenina de la víctima. Basta, entonces, que el sujeto, sabiendo de la particular calidad de mujer del sujeto pasivo, la mate por considerar seriamente como posible la realización de la muerte y conformarse con ésta.

El hecho de que la situación típica reclame que el homicida mate a la mujer mediando violencia de género no pareciera consagrar -implícitamente- elemento subjetivo alguno distinto del dolo, sino sólo que aquél cause la muerte de la víctima sabiendo y queriendo realizar actos que, desde un punto de vista objetivo, traducen o se enmarcan en una situación de violencia de género.

El error sobre la condición de mujer de la ofendida es un error de tipo que, inevitable o evitable, excluye la responsabilidad.

5.4. Los sujetos del delito no pueden serlo cualquier persona.

En este sentido, la descripción típica es categórica al establecer, de modo expreso, que sólo puede cometer el delito de femicidio un hombre, y que únicamente puede ser perpetrado en perjuicio de una mujer.

Por consiguiente, es un ilícito con sujetos activo y pasivo calificados.

Ha de recordarse, una vez más, que la violencia de género importa una exteriorización de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y la mujer, que han llevado a la dominación y la discriminación de ésta por parte del hombre.

6. Homicidio inspirado en el propósito de causar sufrimiento a una pareja o expareja.

6.1. Prescribe el inciso 12 del artículo 80 de la ley penal argentina que será merecedor de la pena de reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo incluso aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal de la Nación Argentina, el que matare con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1° de ese digesto.

Nos encontramos ante una forma agravada de homicidio que para mientes en la intención que persigue el agente al causar la muerte de un tercero.

Por eso, es una figura agravada de indudable naturaleza subjetiva, lo que explica que encontremos en el terreno del tipo subjetivo los singulares caracteres que la identifican.

Las razones que justifican la pena más dura estriban en la índole particularmente perversa de las finalidades que inspiran el comportamiento homicida.

Son, por otra parte, fines que, de alguna manera, demuestran un singular desprecio por la vida humana ajena, desde que el autor priva arbitrariamente de la vida a un tercero con el solo propósito de provocar padecimiento o dolor a una persona con la que mantiene o ha mantenido una relación de pareja.

De este modo, la vida humana que resulta lesionada por la conducta del sujeto activo se ve instrumentalizada por éste, al único y deleznable efecto de mortificar a quien está o ha estado unido con el agente por medio de lazos afectivos de ciertas características, que seguidamente recordaremos.

Buompadre denomina a este delito "homicidio transversal" o "vinculado", porque "…implica la eliminación física de un individuo a quien el autor de la agresión [pudo] ni siquiera …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, [se trata de la muerte] 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.".

6.2. El tipo subjetivo de esta figura penal incluye un elemento subjetivo distinto del dolo que es, en realidad, la característica definitoria excluyente del delito.

Según el enunciado legal, el sujeto activo debe matar a otro con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja.

Por imperio de la existencia de este particular componente subjetivo diferente del dolo, el tipo legal se configura como un delito con tendencia interna trascendente; más específicamente, se trata de un tipo de resultado "cortado" (o "recortado").

Lo dicho es de tal forma, porque aquí el advenimiento de la consecuencia pretendida por el autor no está incluida en el tipo, sino que basta con la intención del agente dirigida a la producción de la misma, o sea, es suficiente, a los fines de la figura agravada, que la intención del autor al ejecutar el homicidio se dirija a lograr un resultado que, como la causación de sufrimiento a una persona, dependen de una situación fáctica independiente de aquél.

6.3. El elenco de posibles sujetos del delito se encuentra claramente delimitado por el tipo penal.

En efecto, la norma hace referencia a quien matare con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1° del artículo 80 del Código Penal de la Nación Argentina, restringiendo así, como dijimos, el universo de sujetos que pueden ocupar los roles de autor y víctima de este homicidio calificado.

Ahora bien, la única "relación" contemplada en el primer inciso del citado artículo 80 de la ley es la relación "de pareja".

Hemos sostenido que por tal ha de entenderse la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente, en la que dos personas comparten un proyecto de vida común.

De tal suerte, sujeto activo del delito del artículo 80, inciso 12, del Código Penal de la Nación Argentina puede serlo sólo el hombre o la mujer que es pareja o expareja de aquella persona a quien quiere causar sufrimiento mediante la provocación dolosa de la muerte del sujeto pasivo.

Pero el ofendido, en la descripción que ahora escudriñamos, no es quien "completa" la relación de pareja, actual o pasada, integrada por el autor. No se trata, pues, del "otro polo" de la relación de pareja que mantiene o ha mantenido el agente.

A quien debe matar el sujeto activo es a un ser humano cuya muerte cause sufrimiento a la pareja o expareja de aquél. Éste es, entonces, el paciente en este delito. Sin necesidad de mayor indagación, puede asegurarse que estaremos ante dicha persona cuando la conducta homicida se despliegue en contra de un individuo por quien la pareja o expareja del autor sienta afecto, cariño, amor u otro sentimiento equivalente que hagan nacer el padecimiento, el dolor o la pena de la pareja o expareja del reo por la muerte del ser querido. Podemos citar como ejemplos a los padres, hijos u otros parientes de la pareja o expareja del sujeto activo; o sus amigos, allegados o actual pareja (en el caso de la muerte de una persona para causar sufrimiento a la expareja del reo).

Obra "con el propósito de causar sufrimiento" a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja, el sujeto que mata a otro inspirado en el ánimo, o con la intención de, provocar padecimiento, dolor o pena a su pareja o expareja.

7. Inaplicabilidad de la atenuación de la pena para las circunstancias extraordinarias de atenuación, en los casos de violencia contra la mujer.

7.1. La ley argentina n° 26.791 introdujo un enunciado al último párrafo del artículo 80 del Código Penal de la Nación Argentina, en virtud del cual "no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima", la posibilidad de aplicar la pena privilegiada de las circunstancias extraordinarias de atenuación.

En cuanto a estas últimas, corresponde recordar que se trata de un instituto previsto en el párrafo final del mencionado artículo 80 del digesto criminal, que establece: "Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años".

No se trata de un tipo privilegiado que atenúa el reproche penal respecto de las figuras de homicidio en general, como lo hace la emoción violenta (art. 81, inc. 1, letra a, C.P. de Argentina), sino de una figura legal que –como surge de lo que acaba de anotarse- sólo disminuye la pena de quien mata a su ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge o persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

Con todo, la regla incorporada excluye la facultad judicial de aplicar la sanción atenuada de las circunstancias extraordinarias de atenuación, en los casos en que, con anterioridad al homicidio o la tentativa de homicidio de la víctima, se hubieran realizado actos de violencia "…contra la mujer". El ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge o persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja debe ser, en definitiva, de sexo femenino. Conforme lo puntualizaremos en el apartado precedente, esta decisión legislativa se justifica en razón de la materialización del enunciado final del último párrafo del artículo 80 del Código Penal de la Nación Argentina como un instrumento dirigido a prevenir y castigar, no ya la violencia familiar en general, sino específicamente la violencia contra la mujer.

Las circunstancias extraordinarias de atenuación son circunstancias diferentes de la emoción violenta que, sin embargo, tienen, al igual que ésta, naturaleza subjetiva. Es que, ante ellas, el sujeto activo es impulsado al homicidio de la víctima por un hecho, situación o causa que -conforme las circunstancias preexistentes o concomitantes al delito- posee un excepcional poder determinante del delito.

Los motivos del menor reproche penal son equivalentes a los del homicidio emocional, esto es, la menor criminalidad del autor, quien no es arrastrado al delito por su propia voluntad, libre de causas incitadoras, sino por una fuerza impulsora que, aunque reside en su ánimo, encuentra su causa en motivaciones ajenas a su persona.

Sentado todo esto, conviene reiterar que el ordenamiento legal prescribe que no será aplicable la pena atenuada contemplada para estas circunstancias extraordinarias de atenuación, con relación a quien "…anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima".

Sin lugar a dudas, la regla constituye otra herramienta orientada a dar satisfacción a la obligación de los Estados de incluir en su legislación interna las normas penales que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, consagrada por el artículo 7, inciso "c", de la Convención de Belém do Pará.

7.2. Para la inaplicabilidad de la posibilidad de la sanción privilegiada, es necesario que el sujeto que hubiere matado –o intentado matar- a su ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge o persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia, anteriormente haya realizado actos de violencia contra la mujer víctima.

El sujeto activo, entonces, debe haber perpetrado actos de violencia contra la mujer víctima, con anterioridad a la conducta homicida.

La expresión "actos de violencia contra la mujer" víctima materializa, en nuestro ordenamiento jurídico vigente, un elemento normativo jurídico de la fórmula legal del enunciado final del último párrafo del artículo 80 del Código Penal de la Nación Argentina.

Ello es así, toda vez que el significado de dicho giro lingüístico es provisto por herramientas legales del propio universo normativo-jurídico vigente en Argentina.

Justamente, la ya citada ley argentina n° 26.485, en su artículo 4°, incorpora una definición legal, de la que se vale el legislador para permitir la mejor identificación de las propias normas de aquel conjunto normativo.

Estipula el primer párrafo de dicha regla: "Se entiende por violencia contra las mujeres 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".

He allí la determinación de qué entenderse por "actos de violencia contra la mujer" a los fines del artículo 80, último párrafo, enunciado final, del Código Penal de la Nación Argentina.

Pero, incluso, esta Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, en una disposición particularmente analítica, distingue los diversos tipos de violencia que quedan atrapados en la noción de "violencia contra la mujer", a saber: violencia física, violencia psicológica, violencia sexual, violencia económica y patrimonial, y violencia simbólica.

En su artículo 5º, las caracteriza del siguiente modo:

"Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:

1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.

2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad".

Estas clases de violencia se manifiestan en diferentes ámbitos a través de diversas formas, a las que la ley denomina "modalidades", y que comprenden la violencia doméstica, la institucional, la laboral, la que ofende la libertad reproductiva, la obstétrica y la mediática.

También la ley conceptualiza estas modalidades de la violencia contra las mujeres; lo hace en su artículo 6°, que refiere:

"A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de

hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres".

Estos "actos de violencia contra la mujer víctima", anteriores al hecho homicida, deben ser plurales, conforme surge de la interpretación gramatical del enunciado legal. No bastará, pues, con un único y aislado acto violento en perjuicio de la mujer, previo al acaecimiento del homicidio del sujeto pasivo de sexo femenino.

Puesto que estos hechos de violencia anterior contra la mujer víctima del comportamiento homicida pueden o no ser configurativos de delito, pensamos que el reconocimiento de su existencia no demanda el inexorable –y previo- dictado de una sentencia penal condenatoria en relación con tales acontecimientos.

Bibliografía.

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, "*De la sexualidad de la ley penal a la sexualización del problema de los malos tratos en el ámbito familiar*", en *Anuario de Derecho Penal*, n° 1999-2000 (Derecho Penal y Discriminación de la Mujer).

ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, "*Definiciones y normas*", en Alchourrón, Carlos E. – Bulygin, Eugenio, Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ASOCIACIÓN MUNDIAL DE SEXOLOGÍA (W.A.S.), *Declaración del 13° Congreso Mundial de Sexología*, 1997, Valencia, revisada y aprobada el 26 de agosto de 1999, en el 14º Congreso Mundial de Sexología, celebrado en Hong Kong.

BALCARCE, FABIÁN I., *"Introducción al estudio de la Parte Especial del Derecho penal"*, en Arocena, GUSTAVO A. – BALCARCE, FABIÁN I., *Teoría y práctica de la Parte Especial del Derecho penal*, Lerner, Córdoba, 2011.

BOLEA BARDON, CAROLINA, *"En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género"*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 09-02 (2007).

BUJÁN, JAVIER ALEJANDRO – DE LANGHE, MARCELA VIVIAN, *Tratado de los delitos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.

BUOMPADRE, JORGE EDUARDO, *Los delitos de género en la reforma penal (ley n° 26.791)*, ConTexto, Resistencia, 2012.

Tratado de derecho penal. Parte especial, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009.

Violencia de género, femicidio y Derecho penal. *Los nuevos delitos de género*, Alveroni, Córdoba, 2013.

CARBONELL MATEU, J. C. – GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "*Homicidio y sus formas (I): homicidio*", en AA.VV., *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición revisada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

JESCHECK, HANS-HEINRICH – WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho penal*. Parte General, quinta edición renovada y ampliada, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, MARCELA, "*Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres*", en AA.VV., *Retos Teóricos y Nuevas Prácticas*, ponencias presentadas en el XI Congreso de Antropología, celebrado en

Donostia-San Sebastián, entre el 10 y el 13 septiembre de 2008, Margaret Bullen y María Carmen Díez Mintegui –coordinadoras-, Ankulegi Antropologia Elkartea, Donostia, 2008, disponible en World Wide Web: http://hedatuz.euskomedia.org/5336/1/14209239.pdf (accedido el 9 de julio de 2013).

LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *"La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal"*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 07-08 (2005).

MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, "*La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social"*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 8 (2006).

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho penal argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

RADFORD, JILL, "*Introduction"*, en RADFORD, JILL - RUSSELL, DIANA E. H. (editors), *Femicide. The politics of woman killing*, Twayne Publishers – Maxwell Macmillan Canada, New York – Canada, 1992.

"*Preface*", en RADFORD, JILL - RUSSELL, DIANA E. H. (editors*), Femicide. The politics of woman killing*, Twayne Publishers – Maxwell Macmillan Canada, New York – Canada, 1992.

RADFORD, JILL - RUSSELL, DIANA E. H. (editors), *Femicide. The politics of woman killing*, Twayne Publishers – Maxwell Macmillan Canada, New York – Canada, 1992.

RUSSELL, DIANA E. H., "*Preface*", en RADFORD, JILL - RUSSELL, DIANA (editors), *Femicide. The politics of woman killing*, Twayne Publishers – Maxwell Macmillan Canada, New York – Canada, 1992.

SANCINETTI, MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Consecuencias prácticas del ilícito personal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, 3ª reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1956.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, "*La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja*", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 12-05 (2010).

VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA, "*El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad*", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 09-12 (2007).

WARREN, MARY ANNE, *Gendercide: the implications of sex selection*, Totowa, N.J., Rowman & Allanheld, 1985.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Defining sexual health: Report of a technical consultation on sexual health*. 28–31 January 2002, Geneva, Ginebra, 2006.

YAVARONE, M. – GATESCO, C. – BUSAMIA, C., "*Feminicidio: último escalón de la violencia*", en AA.VV., *Compromiso social frente a las problemáticas actuales* - Compilado de los trabajos presentados en el XIII Congreso Argentino de Psicología. Córdoba, Argentina. Año 2009-, compiladoras varias, Lerner, Córdoba, 2010.

ŽIŽEK, SLAVOJ, *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, traducción de Antonio José Antón Fernández, Paidós, Buenos Aires, 2009.