

Homicidios por odio como delitos de sometimiento

(Sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual
y otros homicidios por odio)

José Milton Peralta

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
CONICET

Abstract*

Los homicidios por odio son unánimemente considerados más graves que los homicidios comunes. Esto podría deberse a que suelen manifestarse de un modo extremadamente violento. Pero una caracterización así de su gravedad no logra captar lo realmente relevante de estos delitos. Estos no se destacan por su modalidad comisiva, sino por los motivos del agente. El problema de una agravante basada en la mera motivación individual es, empero, que parece acercarnos demasiado a un derecho penal de autor. Lo correcto es indagar qué es lo que esos motivos están señalando. Estos señalan una idea de sometimiento. Lo que distingue a los homicidios por odio es que el autor mata porque la víctima no vive conforme a los parámetros que aquel considera correctos. Esto no sucede en los homicidios comunes. La idea de sometimiento no tiene que ver, en realidad, con la mera motivación del autor. Antes bien, modifica el hecho cometido tornándolo en algo más grave.

Die Tötung aus Hass wird übereinstimmend als schwerer erachtet als der schlichte Totschlag. Möglicher Grund dafür könnte sein, dass sie regelmäßig besonders brutal sind. Dies würde aber übersehen, was an diesen Delikten wirklich relevant ist, nämlich nicht die Art und Weise ihrer Begehung, sondern die Beweggründe, die sie tragen. Aber eine Verschärfung, die auf den Beweggründen des Täters basiert, ist deshalb problematisch, weil sie in die Nähe eines Täterstrafrechts führt. Der richtige Weg besteht darin, zu fragen, was die Motive manifestieren: eine Unterwerfungsidee. Für Tötungen aus Hass ist kennzeichnend, dass der Täter das Opfer tötet, da dieses nicht so lebt, wie es der Täter für richtig hält. Darin liegt der Unterschied zum schlichten Totschlag. Die Unterwerfungsidee hat also nicht eigentlich mit den Motiven des Täters zu tun. Sie modifiziert vielmehr die Tat und verwandelt sie in etwas Schwereres.

Homicides committed because of hate are unanimously considered as something more serious than a common homicide. This may be so because they are normally perpetrated in an extremely violent way. But such as characterization of their seriousness cannot capture what is really relevant in these crimes. They are not significant because of the way in which they are committed, but for the motives the agent has to commit the crime. The problem of aggravating a crime because of the mere individual motives of the subject is that it brings us very close to an illiberal criminal law, a criminal law that punishes the mental state of the author rather than the crime itself. The right thing to do is to elucidate what the motives are pointing at. They are pointing at an idea of subjugation. What distinguishes homicides committed for hate is that the author kills the victim because he doesn't live according to the standards of living that the author considers appropriate. This doesn't happen in common homicides. The idea of subjugation has not actually to do with the mere motives of the author; it rather modifies the deed transforming it in something more serious.

Titel: Tötung aus Hass als Unterwerfungsdelikt.

Title: Homicides committed because of hate as crime of subjugation.

Palabras clave: homicidios por odio, femicidio, odio a la orientación sexual, provocación, víctimodogmática, derechos individuales, autonomía

Stichwörter: Tötung aus Hass, Femizid, Hass auf die sexuelle Orientierung, Viktimodogmatik, individuelle Rechte, Autonomie.

* Agradezco Juan Iosa y a Tomás Iosa y los evaluadores de InDret Penal la lectura crítica de este texto y sus detalladas observaciones. He procurado dar cuenta de ellas en la medida de lo posible.

Keywords: Homicide for Hate, femicide, hatred to sexual orientation, responsibility of the victim, individual rights, autonomy.

Sumario

1. Introducción
2. Sobre la relación entre el ensañamiento y los homicidios por odio
3. Homicidios por odio, motivos y culpabilidad
4. El homicidio por odio como delito de sometimiento
 - 4.1 Caracterización general: una mirada prospectiva
 - 4.2 La diferencia con los homicidios comunes: una mirada retrospectiva
5. Conclusión, amplitud de la teoría y cambios culturales
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

1. Introducción

Los homicidios por odio podrían definirse, al menos provisoriamente, como aquellos en los que se mata a otro en razón de su constitución individual. Tomemos como ejemplos los supuestos de femicidio y homicidio por odio a la orientación sexual. Ambos son instancias más o menos centrales de lo que es un homicidio por odio. En el femicidio se mata a una mujer por su condición de mujer y en los casos de odio a la orientación sexual se mata a una persona por su condición de homosexual. Una intuición compartida es que estos homicidios son más graves que los homicidios comunes y que, por ende, deben ser tratados por el Estado de un modo más severo. Los ordenamientos positivos occidentales dan cuenta de ello y prevén, en consecuencia, penas más elevadas para los supuestos de este tipo. De hecho, en Argentina, una reciente reforma al artículo 80 del Código Penal ha dispuesto penas agravadas para los casos en que¹:

- a) se mate a otro por “odio... de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” (inc. 49) y
- b) se mate a una mujer y el autor fuere “un hombre y mediare violencia de género” (inc. 11).

Sin embargo, la mera intuición de que estos delitos deben de ser más graves no permite un incremento de pena. Es necesario evaluar si esa intuición está justificada. Pero la razón de la mayor gravedad de estos hechos no es tan evidente como parece. En todos los homicidios, sean

¹ Ley 26.791 sancionada el 14 de noviembre de 2012, promulgada el 11 de diciembre del mismo año y publicada tres días después.

estos cometidos por odio o por cualquier otra razón injustificada, la víctima termina muerta y no está claro qué agrega el odio a esa muerte para permitir un trato penal más severo.

Una posible fundamentación podría basarse en que estos delitos se cometen, con frecuencia, de un modo especialmente violento. Los casos de femicidio suelen presentarse como aquellos en los que un varón mata a una mujer, usualmente su pareja o ex pareja, de un modo aberrante. En Argentina, por ejemplo, se han tornado lamentablemente comunes los homicidios a mujeres por incineración². Y en cuanto a los casos de odio a la orientación sexual, recientemente salió a la luz en Chile un hecho que muestra la brutalidad que puede acompañar a un hecho de odio. En el supuesto, los victimarios torturaron durante varias horas a su víctima, quebrándole una de sus piernas, amputándole parte de una oreja, dibujando esvásticas sobre su cuerpo con el gollete de una botella, etc., simplemente porque era homosexual³. Con estos hechos en mente, se podría afirmar que los homicidios por odio merecen una pena más intensa que los comunes porque suelen presentar una fenomenología aberrante consistente en aumentar deliberada e intensamente el sufrimiento de las víctimas.

Es completamente razonable agravar los delitos cuando estos se cometen de un modo especialmente violento. No obstante, cabe preguntarse si realmente era necesaria una modificación del Código Penal argentino con estos fines. Baste con echar una mirada superficial sobre este para percibir que a hechos como los descritos ya se les podía imponer una pena agravada aun antes de la reforma. Incinerar o torturar a una persona hasta la muerte se subsume, sin dificultades, en el homicidio calificado por ensañamiento para el cual ya se preveía una pena de prisión o reclusión perpetua (art. 80 inc., 1er. supuesto). Así, se puede afirmar que el Código Penal argentino había dado cuenta de los problemas que plantean el femicidio o el homicidio por odio a la orientación sexual ya en su versión de 1921. Volverlos a agravar ahora por lo aberrante de su modalidad comisiva parece una redundancia.

Pero esta explicación de la relevancia de los homicidios por odio se basaría en un análisis superficial de la cuestión y de los posibles objetivos del legislador. Pensar que lo decisivo de estos delitos yace en su modalidad conlleva soslayar algo que parece mucho más central. Los homicidios por odio no tienen que ver tanto con la modalidad de la acción delictiva, como con la razón por la que se comete el hecho. La reforma, en consecuencia, sí puede tener sentido, porque no vuelve a calificar los homicidios por la misma razón por la que ya estaban calificados (su modalidad comisiva), sino por una distinta: los motivos del agente. La clase de odios mencionados no calificaban al homicidio antes de la reforma⁴.

Ahora bien, la cuestión no termina acá. Uno todavía puede seguir preguntándose por qué es relevante la motivación del autor y en qué sentido puede justificar un trato penal más severo. Si

² Casos usuales reproducidos por la prensa y calificados de femicidio. Véase, por ejemplo, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/214568-62574-2013-02-25.html>

³ Este ejemplo se corresponde con el triste caso del homicidio de Daniel Zamudio en Chile, caso calificado por la prensa también de homicidio por odio, Véase <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-190689-2012-03-29.html>; <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/03/27/muere-daniel-zamudio-victima-y-simbolo-de-la-violencia-homofofica/>

⁴ El Código Penal argentino preveía ya desde hace tiempo los homicidios por odio racial o religioso (art. 80 inc. 4).

es que uno puede sustraerse de la modalidad de comisión de modo tal que, por ejemplo, el homicidio a una mujer por ser mujer sigue siendo femicidio aunque el autor simplemente le dé un disparo al corazón en lugar de incinerarla viva, ¿en qué sentido es esto más grave que cualquier otro homicidio en que se mata a alguien de un disparo al corazón? Si la diferencia de pena pasa por una cuestión eminentemente subjetiva como el motivo, ¿no implica esto el castigo de una actitud interna propia de un derecho penal de autor⁵? Quizás aquí se están confundiendo las cosas y una agravante para estos casos no deba ser, pero no porque sea innecesaria, sino por ser ilegítima.

Pero esto tampoco es acertado. Un homicidio fundado en la condición de mujer u homosexual de la víctima es más grave que otros homicidios, que los homicidios “comunes”, incluso bajo los parámetros de un derecho penal ceñido al acto. Solo es necesario especificar exactamente por qué. Para saber esto, en lugar de focalizarnos en los motivos como un mero estado mental, hay que mirar lo que estos señalan. Estos dan cuenta de algo más que un mero estado subjetivo. Los motivos de odio, cuanto menos en muchos casos, señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor. Esta pretensión se materializa, además, en el hecho tornándolo más grave incluso desde un punto de vista estrictamente objetivo. La tesis central es la siguiente: la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión en estos casos es sometándose a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida; la contracara es que el autor las mata porque no se han sometido. Esta idea de sometimiento no se presenta en los homicidios comunes en los cuales la víctima, para no ser tal, no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto. Esto es lo que marca la diferencia entre ambas clases de homicidios y justifica su trato diferenciado.

En lo que sigue, en primer lugar, se especificará en detalle en qué sentido un homicidio por enajenamiento es distinto de un homicidio por odio. Allí le conferiré algún espacio a una tesis que pretende vincular ambas ideas (2). En segundo lugar, evaluaré la hipótesis según la cual la agravante tiene que ver exclusivamente con la motivación del agente y, por ende, según una postura bastante extendida, con su culpabilidad (3). Finalmente, en tercer lugar, desarrollaré el argumento que explica las particularidades y justifica el agravamiento de estos delitos al conceptualizarlos como delitos de sometimiento (4).

2. Sobre la relación entre el enajenamiento y los homicidios por odio

He dicho que la modalidad de la conducta del autor no es lo que caracteriza a los homicidios por odio, que es perfectamente concebible matar a una mujer por ser mujer y a un homosexual por

⁵ Escepticismo acerca de la legitimidad de valorar los motivos en el derecho penal, por ejemplo, en NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 385 y ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4a. ed., 2006, § 10 nm 78; NOLL, «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en GEERDS/NAUCKE (comps), *Beiträge zur gesamte Strafrechtswissenschaft; Festschrift für Mayer*, 1965, p. 232; KÜHL, «Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht - ein Problemaufriss», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (Comp.) *Recht und Moral*, 1991, pp. 148 y ss.

ser homosexual sin que esto implique para las víctimas un padecimiento especialmente horrendo. El concubino espera a su pareja mujer con la escopeta preparada y le asesta un disparo mortal en cuanto esta entra en la casa, porque, una vez más, ha llegado tarde. Desde el techo de un edificio, un fundamentalista de extrema derecha le da muerte con un rifle con mira telescópica a un joven activista homosexual mientras este participa de una manifestación a favor de sus derechos sexuales. En ambos casos se mata por odio y en ninguno se hace padecer a la víctima de un modo especial.

Por supuesto, no me es ajeno que supuestos de este tipo no son los que ocupan las tapas de los periódicos ni los que impulsan a los movimientos sociales feministas, homosexuales y de identidad de género⁶. En estos casos, se trata normalmente de hechos perpetrados con una modalidad aberrante. Y alguien podría decir que no es casualidad que los homicidios por odio den lugar a delitos con ese tipo de modalidad; es decir, que existe alguna clase de relación entre modalidad de comisión y motivos, que hace que al evaluar los motivos uno deba prestar atención también a la modalidad de la acción. Si bien puede que no sea una relación de implicancia, es posible que ambas propiedades se den simultáneamente de manera lo suficientemente frecuente como para que, en algún sentido, sea útil regularlas de manera conjunta.

En esta dirección, LAWRENCE sostiene que los delitos por odio son “dramáticamente más propensos a implicar ataques físicos” que los delitos comunes. Y no solo esto, sino a causar “daños físicos” serios⁷. Trasladado al problema de los homicidios, podría afirmarse que los homicidios por odio son más propensos a ser especialmente brutales en comparación con los comunes. La agravante trataría de desalentar delitos motivados por odio porque así lograría evitar el ensañamiento sobre la víctima. Los motivos serían como una especie de criterio que señala casos que normalmente implican un daño mayor⁸. Ellos no constituyen el daño, sino que lo acompañan con considerable frecuencia. El legislador habría seguido aquí, entonces, una metodología, no ajena al derecho penal, según la cual se toma una propiedad concomitante de lo que hace más serio a un delito (los motivos) para dar cuenta de la propiedad definitoria de su gravedad (el daño físico más intenso)⁹. Si los homicidios por odio tienden a ser homicidios brutales, esta forma de legislar resulta prometedora.

⁶ Véase notas al pie 2 y 3.

⁷ LAWRENCE, «The Punishing of Hate», *Michigan Law Review* (93), 1994, p. 30 versión electrónica (las cursivas no pertenecen al original); véase también, descriptivamente, MOORE/HURD, «Punishing Hatred and Prejudice», *Stanford Law Review* (56), núm. 5, 2004, p. 1085.

⁸ MOORE/HURD, *Stanford Law Review* (56), núm. 5, 2004, p. 1086.

⁹ La propiedad definitoria de un objeto es aquella cuya ausencia impide que se use cierta palabra para designar dicho objeto. Así, por ejemplo, la propiedad definitoria de triángulo es que tenga tres lados. No es posible hablar de un triángulo que no tenga tres lados. Distinto es el caso de las propiedades concomitantes. Una propiedad concomitante de un objeto es aquella que puede estar ausente sin que es sea óbice para seguir usando la misma palabra para describirlo. Por ejemplo, una propiedad concomitante de realizar un acto justo es sentirse feliz al realizarlo, incluso es posible que esto suceda *cada vez* que realizamos un acto justo. Sin embargo, esto no define lo que es justo y la falta de «felicidad» al realizarlo no impide que al acto se pueda denominar de ese modo. Véase respecto de la diferencia entre propiedades definitorias y concomitantes, HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico*, 1976, pp. 33 ss.

Sin embargo, y más allá de que pueda ser dudoso si es suficiente la frecuencia con la que motivos y modalidad comisiva aberrante aparecen conjuntamente¹⁰, parece extraño aquí recurrir a un criterio como este. Si lo que se pretende es castigar un hecho más intensamente por su modalidad, por el daño que finalmente produce, pues nada mejor que captarlo teniendo en cuenta esas características y, en consecuencia, agravarlo por ensañamiento. ¿Por qué razón apelar a una propiedad concomitante de lo que justifica la agravante en lugar de recurrir directamente a su propiedad definitoria?

En algunos casos, razones de seguridad jurídica empujan a proceder de este modo. Cuando la propiedad definitoria es demasiado indeterminada, apelar a una propiedad concomitante tiene la ventaja de tornar a la norma más fácilmente aprehensible. Esto es útil tanto para el juez que debe aplicar la norma de sanción, como para el individuo destinatario que debe seguir la norma de determinación¹¹. Por ejemplo, la agravante por el uso de armas de fuego está fundada en la idea de que el autor genera un riesgo más elevado sobre el bien jurídico de la víctima si se vale de un instrumento tal para delinquir. El uso de armas de fuego coloca, *normalmente*, a la víctima en una situación de especial indefensión. Pero el uso de armas no es una propiedad definitoria de la indefensión. La indefensión se caracteriza, posiblemente, por la incapacidad de la víctima de realizar con cierta comodidad un acto que permita neutralizar una determinada agresión. Esto puede darse sin armas, por ejemplo, porque el autor tiene una superioridad física evidente sobre el agredido, y puede no darse con armas, porque la víctima tiene una protección antibalas o porque ella también se encuentra en poder de un arma de ese tipo. Empero, una regulación que dijera: "los delitos se agravarán cuando la víctima se encuentre especialmente indefensa" sería excesivamente vaga. Con ello, no solo los individuos no sabrían qué esperar de la justicia, sino que tampoco los jueces, en muchos casos, podrían saber si la norma se aplica o no a cierto supuesto. Por ello, para privilegiar la certeza, y aunque la norma pueda ser infra y sobreincluyente, el legislador se ha valido de una regulación más precisa¹².

Creo que una decisión legislativa como esta tiene sentido en numerosos casos, pero que no se aplica al supuesto que ahora nos interesa. En efecto, *ceteris paribus*, siempre será más sencillo determinar cuánto daño ha producido un acto que saber qué motivó al autor a cometerlo¹³. Es más sencillo saber si la víctima fue torturada antes de morir que saber por qué fue torturada. En consecuencia, si lo que se perseguía era censurar la modalidad de la acción, la forma más sencilla de hacerlo hubiera sido describir esa acción especialmente grave o su resultado.

En todo caso, una justificación como esta tampoco tendría capacidad explicativa de la regulación positiva argentina. Aquí, como ocurre con otros ordenamientos jurídicos, se distinguen, por un lado, los motivos *para* el hecho y, por el otro, las modalidades comisivas *del* hecho, y a cada factor se le otorga un valor autónomo. El homicidio se agrava si se comete por placer, codicia, odio racial o religioso, por un lado (art. 80 inc. 4), y si se comete con ensañamiento, alevosía u otro

¹⁰ En el mismo sentido MOORE/HURD, *Stanford Law Review* (56), núm. 5, 2004, núm. 5, 2004, p. 1086.

¹¹ SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, 1990, pp. 81 y s.

¹² Para algunos problemas que trae aparejada la sobreinclusión, véase HUSAK, *Overcriminalization, The Limits of Criminal Law*, 2008, pp. 103 y ss.

¹³ También en este sentido MOORE/HURD, *Stanford Law Review* (56), núm. 5, 2004, p. 1086.

procedimiento insidioso, por el otro (art. 80 inc. 2)¹⁴. Los femicidios y los homicidios por odio a la orientación sexual o a la identidad de género no modifican en nada esa estructura tradicional. Lo que el legislador ha querido destacar, por ende, no es que los homicidios por odio sean, frecuentemente, brutales, sino que desvalora el motivo para el cual se cometen.

3. Homicidios por odio, motivos y culpabilidad

La primera impresión cuando se habla de motivos es que, como algo eminentemente interno, tienen que ver con la culpabilidad. Cuando ante un delito se evalúa la culpabilidad, se evalúa la responsabilidad del autor por su hecho desde una perspectiva individual. Se examina cuán responsable es él por lo que él mismo ha realizado. Con apoyo en esa responsabilidad se le efectúa un reproche penal que, al final (i.e. en conjunto con el disvalor del injusto), determinará la gravedad del delito. Por otro lado, nadie discutiría que matar a alguien por odio racial u odio a la orientación sexual es algo especialmente reprochable. Así, la vinculación entre culpabilidad y motivos parece evidente: si los motivos inciden en la reprochabilidad y la reprochabilidad es una función de la culpabilidad, entonces los motivos deben de formar parte de la culpabilidad¹⁵.

SCHMIDHÄUSER defiende esta posición y, además, lo hace con especial claridad. En primer lugar, distingue entre legalidad y moralidad¹⁶. En principio, el derecho se considera satisfecho con que las personas tengan una conducta voluntaria conforme a derecho y no exige que acompañen esa conducta con alguna especie de convicción específica. Esto es lo que diferencia al derecho de la moral¹⁷. La moral sí exige del sujeto que, además de hacer algo correcto, lo haga por la razón correcta. Pero esta diferenciación, dice, solo vale mientras se esté frente a una conducta lícita. Una vez que se abandona la legalidad el derecho penal necesita no solo de una conducta voluntariamente antijurídica, sino también que esa conducta sea llevada a cabo con una convicción antijurídica. De otro modo, el castigo no se encontraría moralmente justificado, pues se castigaría a quien realmente no tiene nada en contra del derecho. Por ello, para SCHMIDHÄUSER, la culpabilidad es un “comportamiento espiritual que lesiona el bien jurídico”¹⁸ y su fundamento radica en “no haber tomado en serio el bien jurídico lesionado” o, con otras palabras, en haber lesionado dicho bien “también con su conducta *espiritual*”¹⁹.

SCHMIDHÄUSER admite que no es fácil constatar la conducta espiritual de los sujetos y por ello propone, en su lugar, poner el acento en aquello que torne a esa conducta espiritual en algo

¹⁴ Como de hecho lo hacen también el StGB, § 46 y 211 y el Código Penal español, arts. 22 incs. 1, 2, 4 y 5.

¹⁵ La corrección de la conclusión de este razonamiento depende del significado concreto de las premisas cuya ambigüedad no ha sido eliminada deliberadamente. Para que la conclusión sea correcta uno debería agregar que la reprochabilidad solo puede ser modificada por la culpabilidad, lo que podría discutirse, pues puede decirse que el injusto también es relevante para determinar cuán reprochable es un hecho. Todo depende, al final, de qué significan exactamente reprochabilidad, culpabilidad e injusto. Enseguida precisaremos en parte estos conceptos.

¹⁶ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, pp. 168 y ss.

¹⁷ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, pp. 168 y ss.

¹⁸ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2a. ed., 1975, p. 372.

¹⁹ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2a ed., 1975, p. 375; en idéntico sentido KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2007, pp. 458 y 469.

“reconocible”²⁰. Esto sucede cuando se verifica la capacidad de culpabilidad y el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de la prohibición²¹. Cuando se verifican positivamente estos dos elementos, entonces se puede afirmar que el sujeto ha tenido la actitud interna antijurídica que fundamenta el reproche de culpabilidad. Con las causas de exculpación, por el contrario, pasa algo parcialmente distinto. Estas no se explican, estrictamente hablando, por una falta de conducta espiritual lesiva, sino más bien por la falta de necesidad de castigo, debido a que el autor todavía busca algo valioso. Así como en el injusto, en la culpabilidad el Estado selecciona ciertas conductas antijurídicas de acuerdo con la necesidad de castigo²².

Hasta aquí los fundamentos de la culpabilidad. Ahora se pone aquello en relación con la cuestión de los motivos. “Puesto que la culpabilidad es una actitud antijurídica”, afirma SCHMIDHÄUSER, “la medida de la culpabilidad no puede ser otra cosa que el grado de reprochabilidad de esa actitud”²³. Y los motivos constituyen aquí un rasgo esencial, pues ellos, justamente, determinan el grado de reprochabilidad de la actitud interna del agente. Matar para satisfacer deseos sexuales o por odio a una raza o una religión demuestra una actitud interna mucho más reprochable que hacerlo por motivos más comprensibles²⁴. Así define SCHMIDHÄUSER su concepto de culpabilidad y su relación de armonía con los motivos. Bajo esta postura, entonces, los motivos son parte de aquello que determina cuán culpable es un agente. Y en esto SCHMIDHÄUSER no está solo; en mayor o menor medida, y con mayor o menor transparencia, esta posición es compartida también por muchos otros penalistas incluso en la actualidad²⁵.

Esta tesis parece plausible, en especial porque le preocupa que el autor haya querido actuar en contra de la norma. Esto es lo que se tiene en mente cuando se dice que sería moralmente inadmisibles castigar, si primero no se hace un juicio de valor sobre la actitud interna del autor²⁶. Como valorar la actitud interna nos compromete con valorar los motivos, entonces nadie que se preocupe por un castigo legítimo puede prescindir de conocer y juzgar por qué obró el agente.

Pero esta tesis es errónea, pues parte de una caracterización excesivamente amplia de lo que significa ser culpable. Esta amplitud es permitida por el uso de palabras como “convicción” o “actitud espiritual” antijurídicas que admiten varios contenidos, en lugar de utilizar expresiones más austeras y menos confusas como, por ejemplo, apego o fidelidad al derecho. Si lo que se

²⁰ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, p. 176.

²¹ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, p. 178.

²² SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, pp. 180 y ss.

²³ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, p. 197.

²⁴ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, p. 201.

²⁵ Véase, entre muchos otros, JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5a ed., 1995, pp. 427 y s.; KÖHLER, «Zur Strafbarkeit des Mordes bei „aussergewöhnlichen Umständen“ -BGHSt 30, 105», *JuS*, 1984, cuaderno 10, pp. 763 y s.; STRENG, *NK*, 2a ed., 2005, § 46 nm 53 y ss.; OTTO, «Personales Unrecht, Schuld und Strafe», *ZStW* (87), 1975, p. 596; ESER, *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. ed. § 211 nm 6 y ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, § 27 nm 7; SCHÜNEMANN, «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en EL MISMO *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 191; LANGE, «Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes», en STREE y otros (comps), *Gedächtnisschrift für Schröder*, 1978, p. 221; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal, parte general*, 2002, p. 768.

²⁶ En una posición similar a la de SCHMIDHÄUSER, también KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2007, pp. 405 y ss.

pretende con la constatación de esos estados mentales es garantizar que el sujeto haya tenido la voluntad de obrar contra la norma, no hace falta, de ningún modo, evaluar cuáles fueron sus motivos para la acción. Por ende, cuando la “convicción” o la “actitud” espiritual abarcan los motivos lo hacen, en rigor, por una razón independiente: que se censura, además del hecho y su evitabilidad, el modo de pensar del agente. Explico esto en lo que sigue.

Lo que se debe evaluar en la culpabilidad es si el autor *hubiera podido motivarse conforme a la norma* si hubiera querido. Si el sujeto no tiene esta posibilidad, entonces el castigo estatal se presenta frente a él como algo azaroso. Solo tiene la ocasión de evitar el castigo quien tiene un acceso más o menos sencillo a las normas cuyo incumplimiento son condición de aquel. La posibilidad de que el sujeto pueda evitar la sanción penal resulta garantizada con un sistema de normas claras que le permitan, si desea hacerlo, comportarse de un modo jurídicamente correcto²⁷. Por supuesto, también es condición de posibilidad del seguimiento de la norma que el autor cuente con capacidad de culpabilidad y con un ámbito de autodeterminación relativamente flexible. Pero estos elementos se evalúan siempre en relación con la oportunidad cierta de seguir la norma. Lo central es esta oportunidad.

Si esto es así, en ningún lugar resulta necesario hacer referencia a qué *motivó* al agente a obrar de manera antinormativa. Solo hay que evaluar si se garantizó que *haya podido motivarse* conforme a la norma. La afirmación del reproche se formula de modo negativo. Decisivo es que *no* se motivó conforme a la norma, pudiendo hacerlo. En ese caso puede afirmarse que el sujeto no fue fiel al derecho y eso, solo eso, es lo que debe significar ser culpable y eso, solo eso, es lo que un derecho penal liberal tiene derecho a reprochar. Esto no implica, que la culpabilidad no pueda ser graduada. Efectivamente, puede serlo. Pero esa graduación no dependerá de la calidad moral de los motivos del autor, sino del grado de dificultad que este haya tenido para seguir la norma.

Aquí se podría decir que se está pasando por alto que los motivos pueden incidir en el grado de dificultad de alguien para seguir la norma. El punto es que cuando uno habla de la fuerza impulsora de los motivos habla de algo distinto que cuando habla de su calidad moral. Cualquier motivo tiene ambas propiedades²⁸. Si se asume un presupuesto bastante extendido en la filosofía de la acción que consiste en afirmar que no hay acción sin motivo²⁹, en *todo* delito desempeñan un papel esos dos factores³⁰. Lo que aquí se afirma es que en la culpabilidad se puede tener en cuenta el primer factor, la fuerza del motivo, pero que no se puede tener en cuenta el segundo factor, su calidad moral. El primer factor es relevante, *ceteris paribus*, porque determina cuánto

²⁷ Véase KINDHÄUSER, «Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho», en AAVV, *El error en el derecho penal*, 2010, pp. 153 y s.

²⁸ LISZT, «Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik», en EL MISMO, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, 1905, p. 181.

²⁹ Véase KORSGAARD, «Skepticism about Practical Reason», en *The Journal of Philosophy*, t. LXXXIII, núm. 1, 1986, pp. 5 y ss.

³⁰ Es verdad que la voz “odio” parece poner un énfasis especial en cierto estado pasional. Pero hay algo más que connota esta palabra. El odio se opone al “amor”, lo cual sirve también para quitar del juego aquellos hechos dañinos realizados con “buenas intenciones”. Paradigmáticamente, no es un homicidio por odio aquel realizado por compasión, aunque igualmente se perjudique a la víctima. Sobre las precisiones necesitadas para evaluar un homicidio por compasión, véase PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 262 y ss. y, especialmente, 271 y ss.

esfuerzo le requería al sujeto seguir la norma³¹. El segundo factor no debe ser relevante, pues implica abandonar el principio del hecho y castigar estados mentales.

Una de las características de un Derecho penal de acto es, justamente, que impide que los pensamientos, *cua pensamientos*, puedan ser objeto del castigo estatal. La razón de esta restricción no radica en la calidad de esos pensamientos, que bien pueden parecernos más o menos elogiados o censurables, sino en que no es competencia del Estado evaluar aspectos de la vida de las personas que no trasciendan en un daño para terceros³². El hecho de que el sujeto haya cometido ya un hecho dañino para terceros no debe hacer mella en su derecho individual a pensar libremente. En la medida en que el acto perjudicial permanezca inmutable y no haya obstáculos para que el sujeto obre conforme a derecho, el castigo por ese acto no debe variar, cualquiera sea la motivación del autor. De otro modo, *en lo que al plus de pena implicado por la agravante basada en los motivos se refiere*, se estarán castigando meros pensamientos.

Si esto es cierto, parece que otra vez tenemos problemas con el castigo agravado de los delitos por odio. Antes dijimos que si la razón para una pena más intensa era la modalidad del delito, entonces la agravante sería redundante, porque ya existe un tipo penal que agravaba los homicidios por ensañamiento. Ahora parece ser que si la razón para agravarlo son los motivos, entonces no es legítimo hacerlo, pues implica abandonar el derecho penal de acto. Sin embargo, esta segunda conclusión parte de un supuesto que puede controvertirse: que los motivos solo puedan ser relevantes *cua motivos*, sin que en ningún sentido hagan mella en la gravedad del hecho. La fundamentación que sigue pretende demostrar que esto es falso.

4. El homicidio por odio como delito de sometimiento

4.1 Caracterización general: una mirada prospectiva

La pregunta que plantea la justificación de los homicidios por odio supone no solo que se sabe qué significa matar y qué significa odiar a cierta clase de personas, sino también que se puede precisar qué significa matar *por* odio a esa clase de personas. Sin embargo, conceptualizar esto no es sencillo. ¿Qué significa, exactamente, matar por odio racial o religioso, o por odio a la orientación o a la identidad de género? ¿Qué significa matar a una mujer por ser mujer? Creo que este ejemplo, el del femicidio, es bien ilustrativo de lo dificultoso que puede resultar definir al homicidio por odio. ¿Se tratan los femicidios de casos de misoginia en donde quien mata detesta a las mujeres y su existencia? De la respuesta a estas preguntas depende no solo la calificación

³¹ Nótese que esta fuerza impulsiva operará, de todas maneras, conforme a las premisas según las cuales la culpabilidad es una función del ámbito de autodeterminación del agente, normalmente a su favor, como una atenuante, es decir, en sentido opuesto a lo que el legislador argentino tiene en mente. Véase, no obstante, lo dicho en nota 73.

³² HART, *Law, Liberty, and Morality*, 1963, pp. 4 y s.; NINO, *Ética y derechos humanos*, 1984, p. 441. En el mismo sentido, ROXIN, *AT*, t. I, 4a. ed. 2006, § 2 nm. 26.

legal de estas conductas, sino ya el concepto mismo de femicidio y de los homicidios por odio en general.

Para responder este interrogante, comenzaré por el supuesto que con más facilidad nos muestra qué es lo que caracteriza a estos homicidios. Se trata del caso de homicidio por odio a la identidad de género, en especial, tal como lo recoge la reforma, cuando se hace referencia a su "expresión". Explicar este supuesto permitirá allanar el camino para explicar luego el resto de los homicidios por odio, incluido el femicidio.

Que el autor se base en la expresión de la identidad de género, que su homicidio se base, por ejemplo, en que la víctima se ha travestido, señala que al sujeto le molesta algo que la víctima *hace*. El autor no tolera que ciertas personas se travistan, que se vistan como mujeres siendo hombres o viceversa. Esta conducta que realiza la víctima es para él razón suficiente para emprender la acción homicida. En un sentido bastante aprehensible, entonces, lo que hace el autor con el homicidio por odio es, además de matar, censurar la acción de la víctima, manifestar que no existe derecho a travestirse o, por lo menos, que esa no es, mientras el autor exista, una opción inteligente.

Ante esta situación, para evitar el ataque, a la víctima le queda como opción prudente no llevar a cabo la conducta en cuestión. Es decir, desenvolverse en ámbitos de su exclusiva competencia (como lo es el ámbito de la elección y manifestación de la identidad sexual) de acuerdo a como aquel quiere. De esta forma, existe heteronomía, i.e. dominio externo, en un ámbito en el que debiera regir la autonomía. Esto puede ser denominado sometimiento, porque puede decirse, sin forzar el lenguaje, que la potencial víctima debe someterse a la voluntad del autor si quiere evitar ser agredida. Si esta es una correcta descripción de lo que ocurre en el homicidio por odio a la expresión de la identidad de género, este podría ser definido como el delito *originado* en el ejercicio de la víctima de su derecho a elegir y manifestar como identificarse sexualmente.³³

Evaluemos ahora si otros casos de homicidios por odio pueden ser explicados del mismo modo. Pensemos en los homicidios por motivos religiosos. ¿Qué significa, exactamente, matar por odio religioso? En la medida en que se asuma que la libertad religiosa significa que cada uno puede elegir qué conjunto de creencias sobre la divinidad abrazar y cómo hacerlo, el homicidio por odio religioso puede definirse como aquel basado en una decisión a este respecto que el autor no acepta. Si la práctica de cierta religión es una elección individual, aquí también a la víctima le queda como opción para no ser víctima no desarrollar esta práctica. Soy consciente de que la reconstrucción liberal de la libertad religiosa como una opción individual no se condice, en la mayoría de los casos, con la manera en la que, en la realidad, alguien termina sosteniendo cierta creencia. Las creencias religiosas son algo normalmente condicionado por la historia familiar y social de los individuos. Pero la reconstrucción liberal no pretende controvertir este *hecho*, sino

³³ Cabe aclarar que esto no debe ser entendido en un sentido psicologista, según el cual el autor tiene en miras el curso de vida de una víctima concreta a la que le advierte sobre las consecuencias de una desobediencia. Se trata, antes bien, de una víctima que no vive conforme a los parámetros que el autor considera válidos, aunque aquella no tenga conciencia de la posible agresión de un autor concreto. La reacción del autor no tiene por qué seguir a ninguna amenaza previa en este sentido.

que su objetivo es garantizar el *derecho* a que el único que pueda disponer sobre este ámbito de la vida de una persona sea el propio titular. Después de todo, no es completamente infrecuente que las personas cambien de religión.

En cualquier caso, si no se pudieran cambiar las creencias, a la potencial víctima siempre le queda como alternativa ocultarlas, es decir, no “expresarlas”, para así evitar ser víctima. Tiene que someter este aspecto de su vida sobre el que debería tener absoluto señorío a la voluntad de otro. En rigor, esto no es demasiado distinto del odio a la “expresión” de la identidad de género. Normalmente, al menos, quien mata por esta razón denosta ya el hecho de que alguien se conciba como mujer siendo biológicamente hombre o viceversa. Poner el acento en la expresión solo tiene en cuenta el dato obvio de que quien manifiesta su identidad sexual se transforma en un objeto de agresión más fácilmente identificable. Así, vemos que tanto el homicidio por odio religioso, como el homicidio por odio a la identidad de género pueden ser explicados de manera similar. *Mutatis mutandis*, este criterio puede ser usado también para otros supuestos análogos como el odio político o el odio fundado en la rivalidad deportiva.

Pero dentro de los homicidios por odio existe otra clase de casos que, en apariencia, no se subsume en la concepción desarrollada hasta aquí. El ejemplo paradigmático es el homicidio por odio racial. A diferencia de lo que sucede con la decisión de travestirse o de, si se quiere, elegir cierta religión, la raza no puede elegirse y, en muchos supuestos, ni siquiera ocultarse. Aquí no parece que el autor esté censurando una conducta de la víctima ni que la víctima pueda hacer algo para evitar ser víctima. Esto parece conducirnos a buscar aquí otra explicación para esta clase de delitos por odio. Sin embargo, si uno se fija bien, no siempre es necesaria la búsqueda de una explicación alternativa. Muchas veces el odio racial responde al mismo esquema que vengo desarrollando³⁴.

Pensemos en las razones por las que surge el *Ku Klux Klan*. Este movimiento racista nace en Estados Unidos después de la Guerra de Secesión, una de cuyas consecuencias más importantes fue la abolición de la esclavitud de los individuos de raza negra. Esa organización no surge con el fin de hacer desaparecer a los afroamericanos (de hecho hasta ese momento su existencia era por demás saludable), sino como una reacción al reconocimiento de sus derechos³⁵. Los miembros del *Ku Klux Klan* no admitían ningún tipo de avance hacia la igualdad entre negros y blancos. Con sus acciones querían poner de manifiesto que los negros no debían desenvolverse en su vida autónomamente cual fueran blancos. En este sentido, aquí también las potenciales víctimas, para evitar ser víctimas, debían renunciar al ejercicio de derechos individuales, a hacer aquello que cualquier individuo con personalidad plena puede hacer, como, por ejemplo, ingresar a ciertos lugares, deambular por ciertas áreas, asistir a ciertas escuelas, tener relaciones sexuales con mujeres blancas, etc. Se puede decir, entonces, que en los supuestos de homicidios por odio racial también estamos ante un delito de sometimiento. Aquí también la potencial víctima, para evitar la agresión, debe procurar llevar adelante su vida no como el orden jurídico se lo permite, sino como el potencial autor quiere.

³⁴ Véase lo dicho aquí mismo en el punto 5.

³⁵ McVEIGH, *The Rise of the Ku Klux Klan, Right-Wing Movements and National Politics*, 2009, pp. 4 y ss., 7 y ss., 36 y ss., 199 y passim.

Y ahora volvamos al femicidio. ¿Qué significa matar a una mujer por ser mujer? Asumir aquí que el femicida es un misógino en extremo, alguien que persigue la desaparición de las mujeres como tales, o su reducción a un número necesario para garantizar la subsistencia de la especie, no podría explicar ni la relación previa del homicida con su víctima ni el profundo deseo de posesión que aquel tiene sobre esta. Se trata, por el contrario, una vez más, de un caso de sometimiento, en donde esta idea, además, se puede apreciar con especial claridad. En los casos de femicidio, el autor se siente provocado frente a ejercicios de derechos por parte de la mujer. El ejemplo paradigmático es el de la mujer que quiere elegir con quién y cómo estar en pareja³⁶. Y en otros casos el homicidio suele ser el punto culminante de una relación de violencia contra la mujer, en donde se persigue prácticamente su reducción a servidumbre³⁷. El autor, de manera más o menos consciente, tiene una concepción machista de las relaciones entre hombre y mujer y concibe a esta última como a un sujeto “carente”[de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión]³⁸. Censura, a través de su hecho, entonces, la autonomía de la mujer frente al hombre³⁹.

En este sentido, cabe resaltar que si bien la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (art. 1), ratificada por las Naciones Unidas en 1993, define a la violencia contra la mujer como “... todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino...”, con lo que pareciera que esto se reduce a un problema de misoginia extrema; el comité creado por esa misma convención señala que se trata de “... una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”⁴⁰.

³⁶ En Argentina, el art. 80 inc. 1 siempre ha agravado el homicidio al ascendiente, descendiente o cónyuge. La reforma también agrega a ese mismo inciso el homicidio al “ex cónyuge” y “a la persona con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja” (el destacado es mío). Lo que la reforma tiene en mente son los innumerables casos en donde se mata a la mujer por haber decidido dejar a su pareja y donde este no puede tolerar esa decisión. Este agregado constituye una redundancia, pues este no es más que otro caso de femicidio.

³⁷ Esta situación es la que busca describir el inc. 11 del art. 80 mencionado al principio y constituye, en parte, otra redundancia, pues no es más que un caso de homicidio por odio de género. Pero de todos modos tiene la virtud de excluir expresamente la posible alegación de una atenuante. El autor podría decir que solo deseaba darle otra paliza a su mujer y que no quería matarla. Que a la postre la muerte en sí fue un accidente. La norma tendría así la virtud no redundante de excluir posibles atenuantes del hecho del autor.

Debido a lo reciente de la reforma, no existen condenas con la calificación legal femicidio ni en base a lo dicho en la nota anterior ni en esta. Pero los casos que se pretenden cubrir tienen que ver con alternativas como las mencionadas. Cfr. por ejemplo, <http://www.lacasadelencontro.org/femicidios.html>, donde se puede consultar documentación previa, no judicial y no oficial, sobre los casos que se denominaban femicidios aun antes de la reforma legal.

³⁸ Exposición de motivos de la Ley Orgánica de España 1/2004, denominada Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En sentido similar, GORJÓN BARRANCO, en “La sustitución de la pena corta privativa de la libertad y la localización permanente. Especial mención a los delitos de género”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ et al., *La reforma penal*, 2011, pp. 67 y s.

³⁹ De un modo sorprendentemente parecido se presenta la discusión alemana sobre los denominados *Ehrenmord* (homicidios por honor): “Una mujer que vive en Alemania, pero que ha crecido en una familia de procedencia turca, con orientación tradicional, prefiere un estilo de vida occidental –por ejemplo, ella se niega a rendir obediencia ilimitada a su marido...- y es asesinada por un familiar masculino por la deshonra de la familia, relacionada con este comportamiento”. Véase GRECO «Asesinatos por honor en el derecho penal alemán», en ITXASO (COORD.) *La neutralidad del estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, 2012, pp. 229 y s. (con referencias ulteriores) y p. 248.

⁴⁰ Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La parte reproducida entre comillas se refiere a la recomendación 19.

En efecto, para evitar ser víctima y provocar al agresor, la mujer, por supuesto, especialmente la que está en pareja, debe llevar adelante un modo de vida sumiso y digitado por el hombre. Se puede ver que, una vez más, donde debe regir la autonomía rige la heteronomía.

4.2 La diferencia con los homicidios comunes: una mirada retrospectiva

Hasta aquí he dado una explicación de lo que puede fundamentar la reforma del Código Penal que tiene la virtud de eludir la objeción moralista. No se agravan los delitos por la inmoralidad del motivo como tal, sino que el motivo indica *otra cosa*, íntimamente vinculada, que sí da cuenta de la mayor gravedad del *hecho*. El motivo, en realidad, señala una idea de sometimiento.

De todas maneras, el lector perspicaz puede estar haciéndose la siguiente pregunta: ¿en qué sentido resulta sometida la víctima de un homicidio por odio cuando ya está muerta?, o, formulada de otra manera, ¿en qué sentido resulta *más* sometida que otras víctimas de homicidio? Si bien el hecho de homicidio puede ser visto en cierta manera como una especie de amenaza a *otros* sujetos de la clase de la víctima⁴¹, la pregunta es qué daño adicional le ha hecho el autor a esta víctima concreta que torna *su* homicidio más grave que el de otras víctimas. Después de todo, las víctimas de homicidio siempre resultan muertas y una vez que esto ocurre parece que el motivo del autor o su relación previa con la víctima no agregan nada.

Nos encargamos también al principio de marginar del concepto de homicidios por odio la modalidad de su comisión. Los hechos por odio y los hechos comunes pueden ser, entonces, externamente idénticos. Esto torna problemática la pretensión de justificación de una pena más intensa para el hecho concreto mirado *retrospectiva e individualmente*. Lo dicho acerca del sometimiento no parece, entonces, más que un juego de palabras, donde algo suena mejor que antes pero no dice algo diferente. Sabemos quizás qué significa "homicidio por odio", pero no sabemos por qué es más grave que otros homicidios.

Sin embargo, si se afina un poco más la argumentación, veremos que la idea de sometimiento puede dar cuenta de la gravedad de estos homicidios. Para percibir su utilidad, es necesario contraponer los supuestos de sometimiento con casos de homicidio que no lo implican (o no lo implican con esta intensidad). Para entender esto, se deben explicar estos delitos contando una historia un poco más larga que la habitual, una historia que no comienza por la conducta homicida del autor, que es como habitualmente se evalúan los homicidios, sino que pone el foco también en la conducta previa de la víctima, o, dicho de otro modo, en la previa interacción entre ambos⁴².

⁴¹ Véase MOORE/HURD, *Standford Law Review* (56), núm. 5, 2004, pp. 1190 y s. Desde un punto de vista conceptual, no es necesaria la presencia de otras personas pertenecientes a la clase de la víctima para poder afirmar que se ha cometido un homicidio por odio. Y desde el punto de vista normativo, la intuición de que es más grave matar por odio que hacerlo por otras razones no desaparece solo porque no haya potenciales terceros que se sientan amenazados para la acción homicida. En este sentido, una justificación de la agravante que se base en la idea de amenaza a terceros o a un grupo de terceros no logra dar con el centro del problema.

⁴² En el mismo sentido, BERGELSON, *Victims' Rights and Victims' Wrongs*, 2009, p. 3.

Esto nos conduce, en primer lugar, a lo que se conoce como “víctimodogmática”, esto es, a aquella parte de la dogmática que se ocupa desde hace ya algún tiempo de evaluar si a la víctima le corresponde alguna responsabilidad por el delito que padece. Este es un tema extenso sobre el que se pueden problematizar varios aspectos⁴³. Aquí solo quiero destacar que si bien el análisis de la responsabilidad de la víctima por el delito ha adquirido el carácter de categoría autónoma en este último tiempo⁴⁴, el tema, como tal, ha estado siempre allí frente al penalista y el penalista siempre le ha concedido relevancia. Detrás de la idea de cuánto cuenta la conducta de la víctima está lo que se conoce como “acuerdo”, que excluye la tipicidad en los delitos de coacción y en los delitos sexuales; el consentimiento, que puede justificar, entre otras cosas, una intervención médica riesgosa; el tratamiento valorativamente diferenciado de la legítima defensa y el estado de necesidad y, en última instancia, algo que aquí nos interesa especialmente: la relevancia de provocación⁴⁵.

La idea de que en los homicidios por odio la conducta de la víctima parece desencadenar la conducta del autor nos lleva directamente a este último punto, pues bien podría decirse, sobre todo desde la perspectiva del autor, que en estos casos la víctima ha provocado la agresión⁴⁶. Sin embargo, este sería un concepto demasiado empírico de provocación, basado en una mera relación causal de acción y reacción, que no puede ser usado en el ámbito jurídico penal. En efecto, hablar en este contexto de provocación trae importantes consecuencias normativas. Tanto en Argentina, como en España y Alemania, la provocación le quita al provocador la posibilidad de ejercer la legítima defensa⁴⁷. Qué es exactamente lo que esto significa, es algo que precisaré enseguida. En todo caso, la modificación va en una sola dirección: excluir la legítima defensa significa restringir las alternativas de autoprotección del provocador. Por ello, el concepto debe ser más normativo y abarcar solo aquellos supuestos de provocación que sean capaces de *justificar* tal restricción de derechos. Esto solo sucede cuando la conducta de la víctima es en sí misma ilícita⁴⁸. Y no solo eso, además debe ser concebida como una especie de ilicitud en contra

⁴³ Véase al respecto, por ejemplo, HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, passim; CANCIO MELIÁ, «Opfer Verhalten und objektive Zurechnung», *ZStW* (111), 1999, pp. 357-387; SCHÜNEMANN, «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», *NStZ*, 1996, pp. 193-200/439-443; EL MISMO «Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell» en EL MISMO/DUBBER (eds.) *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, 2000, pp. 1-13. SILVA SÁNCHEZ, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Víctimodogmática», en AAVV, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Homenaje a Beristain*, 1989, pp. 633-646; BERGELSON, *Victims' Rights and Victims' Wrongs*, 2009, passim.

⁴⁴ Fundamental SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1996, pp. 193-200/439-443; SCHÜNEMANN en EL MISMO/DUBBER (eds.) *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, 2000, pp. 1-13.

⁴⁵ En el mismo sentido, BERGELSON, *Victims' Rights and Victims' Wrongs*, 2009, pp. 27 y 61 y ss.

⁴⁶ ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 4a. ed., 2003, p. 273, cita un excelente ejemplo mencionado por HORDER de la relación entre ejercicio de derechos y provocación. Se trata del racista que considera que “el peor insulto de una persona de color consiste en dirigirle la palabra a un blanco sin que este le haya dirigido la palabra previamente”.

⁴⁷ CP argentino, art. 34 inc. 6 supuesto c); CP español, art. 20 inc. 4 supuesto tercero. En Alemania la restricción no está prevista expresamente en el código. Véase al respecto, por todos, ROXIN, *AT*, t. I, 4a. ed., 2006, § 15 H, nm. 69.

⁴⁸ Véase ROXIN, *AT*, t. I, 4a. ed., 2006, § 15 nm 72 y s.; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed., 1991, § 12 nm. 55; LECKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 17ma. ed., § 32 nm 59.

del agresor. De otro modo, el ordenamiento sería contradictorio y coartaría, indirectamente, “la realización de acciones jurídicamente permitidas”⁴⁹.

Si se concibe a la provocación como una ilicitud en contra del autor, nos encontramos muy cerca de la idea de agresión ilegítima, que permite el ejercicio de la legítima defensa. La diferencia entre los casos de agresión propiamente dicha y los de provocación es solo temporal. En esta última, la conducta de la víctima cesa antes de que el agredido haya tenido la posibilidad de defenderse. Por ello es que el clásico ejemplo de la provocación es el de las injurias. Estas comienzan y terminan, normalmente, antes de que se pueda hacer algo al respecto. La pregunta es por qué y en qué medida puede contar la provocación de la víctima como algo que juegue en su contra si ella, en rigor, al momento de la reacción, no está ya haciendo nada en contra del autor. Si se logra dar con esta respuesta, habremos encontrado un supuesto, valioso para nuestros intereses, en el que la conducta de la víctima repercute sobre su protección penal más allá de los clásicos supuestos de acuerdo, consentimiento o agresión ilegítima.

Y la respuesta es sencilla. En los casos de provocación, la víctima pierde algo de protección estatal por haber generado ella misma, de modo responsable, la situación riesgosa en la que se encuentra. Se trata de un problema de imputación objetiva, de un caso de autopuesta en peligro, por haber sido la propia víctima la que ha generado el peligro de ser atacada.⁵⁰ Este peligro no es el correlato de un derecho a dañar del provocado, pues no existe tal derecho. Y tampoco está vinculado a que el otro pierda, necesariamente, su capacidad de dominio y por ello no pueda obrar de otro modo o le resulte dificultoso hacerlo, pues una pérdida tal tampoco está implicada. Se trata, antes bien, de que es parte de la experiencia común que los destinatarios de conductas provocadoras reaccionen agresivamente, muchas veces incluso porque simplemente les parece correcto. Y ese es el riesgo con el que el provocador debe cargar, por haberlo generado él de un modo responsable. Aquí también puede verse por qué no cualquier acción que implique un riesgo de reacción de otro puede contar como provocación, sino que tiene que ser un riesgo socialmente indeseado. Solo tiene sentido reducir la protección jurídica de uno si uno hace cosas que están mal. Por ello tiene que tratarse de un riesgo *no permitido*, i.e. generado por una conducta ilícita.⁵¹ Esta fundamentación también puede vincularse a la idea de consentimiento y de *ultima ratio* del Derecho penal.⁵² Quien se expone libremente a un riesgo lo está consintiendo⁵³ y el derecho penal no está para destinar todos sus recursos protectores a quien consiente riesgos. Por el contrario, solo debe procurar una protección completa de aquellos que nada han podido hacer para evitar el conflicto⁵⁴.

⁴⁹ NINO, *Legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico*, 1982, p. 136.

⁵⁰ CANCIO MELIÁ, *ZStW* (111), 1999, pp. 375 y ss.; MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 311 y ss.

⁵¹ MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 279, 373 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2a. ed., 1991, § 12 nm 49. Existe una intuición similar en KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 360.

⁵² SCHÜNEMANN, *NStZ*, 1996, p. 439.

⁵³ MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 343 y ss.; HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, p. 12, habla también de circunstancias cercanas a la participación en la lesión propia.

⁵⁴ Véase al respecto, CANCIO MELIÁ, *ZStW* (111), 1999, pp. 375 y ss. En todo caso, si este es el fundamento, también debe ser parte del requisito de la existencia de provocación que el autor sea un autor *culpable*. Solo alguien completamente responsable puede ser visto como un genuino generador de la agresión. Por el contrario,

Volvamos ahora sobre las consecuencias normativas de la provocación, sobre qué significa que la provocación excluya la legítima defensa. Sería demasiado, por lo menos en los casos normales de provocación⁵⁵, suponer que el provocador no puede hacer *nada* en contra del autor. Esto lo colocaría en la misma situación del agresor ilegítimo *actual*, quien incluso puede tener que llegar a aceptar su propia muerte. Lo correcto es considerar que al provocador le quedan medidas de autoprotección, pero que son menores que las que asegura el derecho de legítima defensa, en concreto, que son aquellas que le otorga el estado de necesidad defensivo. La consecuencia de este cambio de derechos es que, a diferencia de quien tiene legítima defensa, el que se encuentra en un estado de necesidad defensivo debe tratar de eludir el conflicto desencadenado e incluso tolerar ciertas injerencias en sus derechos. Dicho de otro modo, el provocador no cae en el ostracismo jurídico, sino que desciende un escalón en los niveles de protección.

Hasta aquí ha quedado claro, espero, cómo es que la conducta de la víctima puede fundamentar parte de su desprotección penal. Ahora es necesario considerar cómo repercute esto en la responsabilidad del provocado. Si el provocador no tuviera ninguna defensa en contra del provocado, este se encontraría prácticamente en la situación de quien tiene permitido dañar, i.e. como si tuviera legítima defensa. Pero esto no es así. Al provocador le queda una defensa. De ello se sigue que el provocado tiene prohibido reaccionar. Es solo que si lo hace no debe responder como cualquier otro autor, i.e. como si su acción fuera completamente obra suya⁵⁶. Esto no se debe a que haya perdido su capacidad de dominio, sino, fundamentalmente, a que está cometiendo un ilícito menos grave. Y el ilícito es menos grave porque la víctima es, en parte, responsable de lo que le sucede. Dicho con otras palabras, la mera pérdida de control no afecta la gravedad del ilícito, sino que este resulta afectado, fundamentalmente, por el hecho de que la víctima haya dado ocasión a eso imputablemente. Esto no es distinto de lo que sucede en todos los casos en los que la víctima ha generado un peligro sobre sí que finalmente se realiza en el resultado. El autor solo responde por *su* parte de la responsabilidad.

Ahora bien, ¿cómo es que esto explica la diferencia entre el homicidio simple y el calificado? ¿Pasa la diferencia entre ambos delitos por el problema de la provocación? La tesis, desarrollada inicialmente por MÜSSIG en su obra *Mord und Totschlag*, es que en todo homicidio simple existe alguna especie de provocación penalmente relevante y eso es lo que lo diferencia del homicidio calificado o asesinato donde no existe provocación alguna o no existe provocación relevante⁵⁷. No se trata, siempre, de los clásicos casos de provocación, que quizás deberían impactar más

quien genera la misma situación de un modo inculpable, puede ser visto él mismo como una especie de víctima de la situación, como alguien que está, sin querer, frente a un conflicto y que, por ende, no debe ser desprotegido por el derecho. Véase JAKOBS, *AT*, 2a. ed., 1991, § 12 nms. 14 y ss. y 17; PALERMO, *La legítima defensa*, 2007, pp. 372 y ss.

⁵⁵ Existe una discusión sobre qué sucede en los casos de provocación en donde el autor busca ser atacado para así tener una coartada para matar. Véase al respecto, PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 220 y ss.

⁵⁶ PALERMO, *La legítima defensa*, 2007, p. 382; en el mismo sentido JAKOBS, *AT*, 2a. ed., 1991, § 12 nm 49; también ROBINSON, «Causing the Conditions of One's Own Defense», *Virginia Law Review* (71), núm. 1, 1985, p. 21.

⁵⁷ MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 129 y ss. y 243 y ss. Si bien este autor no habla de provocación (ver especialmente p. 317), admite que existe una relación entre estos supuestos y la provocación. En el mismo sentido, en EEUU, la provocación transforma un asesinato (*murder*) en un homicidio atenuado (*manslaughter*). Véase Model Penal Code, § 24.02 y 24.05 A 1); véase también BERGELSON, *Victims' Rights and Victims' Wrongs*, 2009, p. 80 y ss.

intensamente en beneficio del autor⁵⁸, pero sí, al fin, de ilícitos pasados de los que el autor ha sido víctima previamente y que han desencadenado su acción homicida. Los homicidios no ocurren sin motivos, sino que suelen ser la consecuencia de un conflicto. Veamos algunos ejemplos que muestran esto:

- a) A mata a B, porque B lo amenazaba constantemente con revelar públicamente su condición de homosexualidad. A no actúa por miedo a que se revele su supuesta condición, sino porque le molestaban las amenazas⁵⁹.
- b) A mata a B, porque B, luego de enterarse de que A había tenido algo que ver con su novia C, había golpeado e insultado públicamente a A⁶⁰.
- c) A mata a B, porque B se oponía, violentamente, a la relación lícita entre A y C⁶¹.
- d) A mata a B, porque B, luego de que A criticara su forma de manejo, agredió físicamente a A⁶².

Y así se pueden seguir enumerando circunstancias que dan origen a homicidios que se califican, correctamente, de homicidios simples o comunes⁶³. En numerosos supuestos estos son casos que se denominan de “escalada” en donde existen varias agresiones recíprocas previas. Pero puesto que todas estas agresiones son injustificadas, cualquiera que finalmente resulte víctima del homicidio habrá sido en parte responsable de lo sucedido. Me detengo en esto brevemente. En los casos de escalada, la primera agresión está injustificada, pero ella no justifica una reacción agresiva. Solo atenúa su gravedad. Esta segunda agresión, por ende, injustificada también, puede ser vista como una provocación ulterior al primer provocador, quien, si reacciona, también lo hará injustificadamente, pero en parte a causa de una acción ilícita del ahora otra vez víctima. Esto continúa hasta que finalmente alguien muere. El homicida habrá sido provocado aunque él mismo haya sido provocador de las acciones de provocación de su víctima. Ninguno obró, en ninguno de los casos, justificadamente. Pero esto no hace mella en que la víctima, incluso en casos de escalada, tiene algo de responsabilidad por lo que le sucede. Claro está, esta responsabilidad puede ser mayor o menor, lo que deberá considerarse en la graduación de la pena, pero siempre habrá *algo* de responsabilidad. Es en estas situaciones conflictivas en las que el motivo se transforma en comprensible⁶⁴ y donde el homicidio deja de ser explicable a partir del “odio”.

Esto es lo que diferencia, también, incluso desde una mirada retrospectiva, los homicidios por odio de los homicidios comunes. En los primeros existe una conducta *lícita* que resulta

⁵⁸ Véase al respecto PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 212 y 219 y s.

⁵⁹ TSJ Córdoba, sentencia número doscientos, año 2012.

⁶⁰ Cámara en lo Criminal nro. 7 de Córdoba, Expte. n° 133725, año 2006

⁶¹ TSJ Córdoba, sentencia número trescientos diecisiete, año 2009.

⁶² Cámara en lo Criminal nro. 6, Expte. n° 279822, año 2012.

⁶³ Véase BERGELSON, *Victims' Rights and Victims' Wrongs*, 2009, pp. 2 y 11 donde en base a estadísticas destaca que, con frecuencia, “yesterday's offenders become today's victims”.

⁶⁴ MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 245 y ss., pp. 252 y ss.

provocadora⁶⁵, una conducta que tiene que ver, además, normalmente, con el ejercicio de derechos individuales⁶⁶. En estos supuestos, entonces, todo el injusto es incumbencia de un autor intolerante, que se siente provocado por acciones que no pueden considerarse provocación en un sentido relevante (i.e. en sentido normativo). Y esta es la diferencia que está supuesta en las agravantes de los ordenamientos jurídicos. Los motivos allí expuestos responden a la pregunta de por qué obró el autor y la respuesta es que lo ha hecho por una razón que de ninguna manera puede atenuar el ilícito. Pero al final lo relevante es si el ilícito está atenuado o no y ello no depende, en rigor, de la razón para actuar del autor, sino de si la víctima es corresponsable o no del hecho⁶⁷.

Resumiendo, los homicidios por odio son una reacción del autor ante una víctima que no vive, en su esfera de privacidad, conforme a los parámetros que aquel considera correctos. La víctima rechaza con su conducta la heteronomía implícitamente pretendida en la agresión justamente allí donde la heteronomía no debe regir. En los casos de homicidios comunes, por el contrario, si bien la víctima también hace algo que el autor desapueba, su conducta es vista como algo incorrecto (en concreto, como una agresión al autor) también según legítimas normas de convivencia social. En este último caso, entonces, la víctima ha rechazado la heteronomía allí donde esta debe imponerse. Esto es lo que permite que en el primer caso se hable de sometimiento como medio de impedir la agresión, mientras que en el segundo no y es lo que permite afirmar que en el primer caso no hay responsabilidad alguna por parte de la víctima en lo que le sucede, mientras que en el segundo sí.

5. Conclusión, amplitud de la teoría y cambios culturales

La reciente reforma legislativa argentina ha servido para hacer un replanteo del fundamento de las agravantes de los homicidios por odio, liberando al problema central de epifenómenos y evaluándolo así en su justa medida. Con el problema aislado, quedó demostrado que, efectivamente, es legítimo, por lo menos bajo el aspecto del merecimiento individual (i.e. con independencia de razones preventivas), considerar a los homicidios por odio más graves que los homicidios comunes.

Uno todavía puede decir que la norma es infrainclusiva, que existen otros casos que también deberían estar agravados, como la xenofobia o el odio político. Esto puede ser cierto. De hecho, en Estados Unidos y España, por ejemplo, el concepto de homicidios por odio abarca una muy variada cantidad de supuestos⁶⁸, donde todos responden al mismo fundamento. De todas maneras, siempre es preferible un *numerus clausus*, incompleto por definición, que una cláusula

⁶⁵ MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 263 y ss.; pp. 266 y ss.

⁶⁶ GRECO, en ITXASO (coord.) *La neutralidad del estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, 2012, p. 249, afirma que solo la censura del ejercicio de derechos "altamente personales" puede justificar el incremento de pena que, tanto en Alemania como en Argentina, marcan la diferencia entre el homicidio simple y el calificado.

⁶⁷ Véase al respecto, PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 262 y ss.

⁶⁸ Véase MOORE/HURD, *Stanford Law Review* (56), núm. 5, 2004, p. 1082 y Código Penal español, art. 22 inc. 4.

general abierta como la que existe en Alemania. El *numerus clausus* es siempre más seguro. El alcance de la enumeración es algo que se puede ir perfeccionando. Quizás alguien también podría objetar que mi análisis del texto legal ha sido sesgado, pues se ha centrado, en lo que a la violencia de género se refiere, en el femicidio, cuando, en rigor, nada indica que bajo aquella expresión no pueda incluirse lo que se podría haber denominado “masculinicidio”. Este, dado el caso, merecería el mismo trato penal que cualquier homicidio que responda a la idea de sometimiento. Quienes digan esto probablemente tengan razón⁶⁹. De todos modos, la reforma ha tenido como objetivo central, al hablar del odio y la violencia de género, los casos de víctimas mujeres⁷⁰. La selección de supuestos que ha hecho legislador y su pretensión implícita invitan a reflexionar sobre el por qué de la consideración *hoy* de estos casos y no de otros.

Si la diferencia entre los homicidios comunes y los homicidios por odio es que la víctima ha violado algún derecho, la reforma refleja un cambio cultural y jurídico en plena vigencia. Tomemos, una vez más, los ejemplos del femicidio y los casos de odio a la orientación sexual. En un mundo donde la mujer hasta no hace tanto era propiedad del marido y donde hasta hace menos tiempo aún carecía de derecho al voto y su deber de fidelidad era más amplio que el del hombre, perfectamente podía considerarse un ilícito en contra del marido o pareja la falta de obediencia⁷¹. Por lo menos no hubiera sido inconcebible que alguien adujera algo así. Esto no habría podido, por suerte, justificar un homicidio, pero cuanto menos lo hubiera tornado

⁶⁹ En un sentido amplio, el odio de género podría abarcar cualquier odio originado en la falta de adecuación de la víctima a las expectativas que se tienen de ella según su género biológico. Así, el odio a la orientación sexual o la identidad de género podrían ser parte de este concepto amplio de odio de género. La violencia que este odio desencadenaría podría ser considerada también violencia de género. En este sentido, por ejemplo, el *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género*, del 17 de noviembre de 2011, en el punto 20 adscribe a la violencia de género este último sentido. Según una concepción más estricta, el odio de género es el odio a alguien solo por pertenecer a un género específico (con las salvedades hechas en este texto), sin que importe cuál género sea. Esta clase de odio de género se suele definir, en el caso en que está dirigido a las mujeres, como el odio a la mujer por ser mujer y, podría definirse, en el caso de un destinatario masculino, como el odio al hombre por ser hombre. Si bien en este trabajo no pretendo hacer una interpretación del texto de la ley, sino un análisis de la justificación de su trasfondo, privilegiar el primer sentido parece implausible en Argentina, pues la ley habla de odio “de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”. Considerar que los tres últimos términos son solo un ejemplo del primero parece forzado. Pero aun privilegiando la segunda interpretación, esto es, la restrictiva, nada excluye que la víctima pueda ser un hombre. La situación es deferente en España donde la Ley Orgánica 1/2004 en su art. 1.1 define a la violencia de género exclusivamente en términos de violencia de hombres sobre mujeres. Frente a una normativa como esta podrían oponerse planteos de discriminación. En Argentina no existe una ley con este tenor.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belem do Para”, ratificada por Argentina, no define lo que es la “violencia de género” sino lo que es la “violencia contra la mujer”.

⁷⁰ Véase <http://senadorfilmus.com.ar/femicidio-proyecto-de-ley-con-media-sancion-de-diputados/>, donde un representante del congreso argentino denomina a la ley de reforma que estoy analizando de femicidio.

⁷¹ Hasta 1995 figuraba en el Código Penal argentino el delito de adulterio (art. 118). Para determinar su consumación, en primer lugar, se debía establecer si el autor había sido mujer u hombre. En el caso de la mujer alcanzaba para la consumación con “cometer adulterio”, lo que significaba, según la doctrina, “tener trato sexual con el varón”, lo que incluía, por supuesto, cualquier encuentro ocasional. Para el hombre, por el contrario, era requisito “tener una manceba”, para lo que se requería una “relación más o menos firme –externamente semejante al matrimonio- entre hombre y mujer”. Con estos requisitos quedaba fuera del adulterio punible la concurrencia a las casas de tolerancia, como así también cualquier violación a la “fe conyugal” cometida accidentalmente. Véase SOLER, *Derecho penal Argentino*, t.III, 3a. ed., 1970, pp. 277 y ss.

“comprensible”. Hoy esto no puede sostenerse de ninguna manera y esto es básicamente lo que el legislador quiere dejar en claro con la reforma⁷². La falta de sumisión es completamente lícita. El que tiene que entender esto es el hombre y es él el que debe aprender a procesarlo⁷³.

Y lo mismo puede decirse de los casos de odio a la orientación sexual. En un occidente donde hace no tanto la homosexualidad era un delito⁷⁴ y donde, seguro, hasta ayer, los homosexuales tenían prohibido casarse, perfectamente podía concebirse como una provocación el desarrollo de una actividad homosexual, pues se la consideraba una especie de afrenta pública. Pero esto tampoco se compadece, en Argentina al menos, con la concepción actual de la homosexualidad, cuanto menos no desde un punto de vista jurídico. Es el propio ordenamiento legal el que ha estructurado hoy lo que se conoce como “matrimonio igualitario”, según el cual es irrelevante el género biológico de los contrayentes⁷⁵. La elección de la orientación sexual es, entonces, un derecho individual que no puede ser cercenado. Esto también quiere ser captado por la reforma y creo que lo ha hecho de modo plausible.

Ahora solo una última aclaración. La justificación desarrollada aquí se ha centrado en los casos de homicidios por odio que denominé de sometimiento. Ello se debe a que este artículo surge a raíz de una reforma que se ha focalizado en algunas instancias genéricas de aquellos delitos que pueden encontrar luz a través de esa idea. Creo que esto sucede especialmente con el concepto de femicidio, aunque, como vimos, también ocurre con otros supuestos. Pero la justificación base de la agravante tiene consecuencias aún más amplias. Si la diferencia entre el homicidio simple y el calificado depende de si la víctima es en parte responsable de lo que le sucede, otras constelaciones de casos también quedan abarcadas. Para empezar, podría aplicarse a posibles supuestos de homicidios por odio que, en rigor, no responden a la idea de sometimiento. Quien realmente pretenda la desaparición de una raza como tal (y no su mera sumisión) o quien mate realmente por deseos misóginos extremos (y no para dominar) habrá cometido también un homicidio especialmente grave. En estos casos la víctima tampoco hace algo relevante para

⁷² Para una interesante descripción de la evolución, por ejemplo, de la calificación normativa del adulterio femenino en los países angloparlantes ver BERGELSON, *Victims' Rights and Victims' Wrongs*, 2009, p. 81 y ss. Allí se puede ver como la evolución transforma al adulterio de un delito con pena capital a un hecho sin siquiera consecuencias civiles. Esto va de la mano de la evolución de la concepción de la mujer como propiedad del marido a su reconocimiento como individuo absolutamente soberano.

⁷³ Normalmente se entiende que la fuerza del impulso que restringe la capacidad de autocontrol siempre debe jugar a favor del imputado (por ejemplo, PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 78 y ss.). Bajo esta afirmación subyace la idea de que la culpabilidad es una función de la capacidad de autocontrol del sujeto. La norma que propone la reforma, y en general la regulación argentina para los homicidios por odio, no otorga lugar alguno para considerar reducciones de la culpabilidad cuando un impulso tiene un origen reprochable (racismo, misoginia, odio a la identidad de género, etc.). Para los casos de homicidios por odio se establece una pena fija. La razón de la norma podría radicar en que se entiende que este tipo de pérdidas de control no pueden excusarse en ninguna medida. El autor debe ejercitar en estos casos un dominio de sí mismo mayor que en otros supuestos en donde un impulso, quizás de la misma fuerza, tiene un origen menos reprochable (por ejemplo, la provocación de la víctima).

⁷⁴ Véase Para una defensa medianamente reciente en occidente de la prohibición penal de la homosexualidad, DEVLIN, «Morals and the Criminal Law», en EL MISMO *The enforcement of Morals*, 1965, pp. 1-25 (también en R.M DWORKIN (comp.), *The Philosophy of Law*, 1997, pp. 65-82.)

⁷⁵ Ley argentina 26618.

provocar su propia muerte. De hecho no hace nada. Simplemente tiene una constitución que, a los ojos del autor, la torna merecedora de una agresión.

Y también se aplica a los homicidios que no son de odio, pero que merecen una calificación normativa similar. Pensemos en las víctimas elegidas al azar, como un posible supuesto de un homicidio motivado por placer (art. 80 inc. 4, 1er. supuesto del Código Penal argentino), o en las víctimas elegidas por el deseo desmedido de ganar dinero, como cuando el autor obra por codicia (art. 80 inc. 4, 2do. supuesto). Estos son casos en los que la víctima en ningún sentido ha hecho algo para que le suceda lo que le sucede. Allí también el hecho es obra exclusivamente del autor y puede oponerse a los casos donde la víctima ha cometido previamente un injusto en contra de su victimario.

Lo propio puede decirse de los homicidios agravados *criminis causae*. Tomemos, otra vez, dos ejemplos del Código Penal argentino: el homicidio para “preparar” y el homicidio para “ocultar” otro delito (ambos en el art. 80 inc. 7). Víctima de un homicidio por estos motivos puede ser cualquiera que circunstancialmente signifique un escollo para los designios del autor o, en el caso de personas que ejercen funciones de protección de bienes jurídicos, el ejercicio de una actividad lícita. Para ser víctima de un homicidio para ocultar otro delito es suficiente con haber sido víctima del primer delito o un testigo ocasional. En ningún caso, es la violación de un derecho del autor lo que desencadena el hecho.

Y aquí también cabe incluir, sin dificultades, otras de las novedades de la reforma, en concreto, la incorporación de un inciso 12 al artículo 80 según el cual se agravará el homicidio que se cometa “con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación” de pareja. La reforma piensa en los terribles casos en que el padre mata al hijo para hacer sufrir a la madre. Es evidente que a esta víctima no le cabe responsabilidad alguna por su desgracia⁷⁶.

A todos los supuestos aquí enumerados el Código Penal argentino y, en gran medida, tanto el StGB alemán en su § 211 y el Código Penal Español en artículo 22 inc. 4 le otorgan la misma calificación normativa. Así, un fundamento en común da lugar a consecuencias penales también en común. Esto no significa que todos estos sean supuestos específicos de una categoría genérica llamada homicidios por odio. La lógica es a la inversa. Los homicidios por odio son subsumibles en una categoría más extensa de homicidios calificados, cuyo denominador común es una víctima no co-responsable de su desventura.

La diferencia entre los homicidios por odio por sometimiento y el resto de los homicidios calificados por ausencia de responsabilidad de la víctima, pasa porque en los últimos no existe adjudicación de rol alguno por parte del autor. Él no pretende que la víctima viva de determinada manera. De hecho, no pretende nada de ella. Esto se traduce en que, a diferencia de los casos de sometimiento, donde está claro qué es lo que se debe hacer para evitar la agresión, en

⁷⁶ En detalle sobre la amplitud de esta justificación de la relevancia de los motivos, PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 199 y ss.

el resto de estos homicidios de este tipo las medidas autoprotectoras son notablemente indeterminadas. ¿Cómo evitar ser una víctima elegida al azar? A la potencial víctima solo le queda hacer lo que pueda: recluirse en su casa, deambular con guardaespaldas, portar permanentemente un arma de fuego, etc. Del caso de homicidios por codicia puede predicarse algo similar. Qué es exactamente lo que, en general, debe hacerse para no ser víctima de un autor motivado de ese modo, no puede especificarse de antemano⁷⁷. Y esto puede predicarse del resto de los homicidios calificados por falta de responsabilidad de la víctima que no responden a la idea de sometimiento. De todas maneras, en todos los casos la contracara de no hacer aquello que hubiera evitado la agresión es una conducta lícita. Por ello, todos ellos deben ser tratados del mismo modo.

⁷⁷ Sobre la agravante por codicia, PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 249, 300 ss. y passim. En todo caso, esta es siempre una cuestión conceptual. Nada excluye que en caso concreto la víctima pueda saber, debido a alguna contingencia, cómo salvar su vida.

6. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal</i>	<i>Referencia</i>	<i>Fecha</i>
Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba	Sentencia 317	9.12.2009
Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba	Sentencia 200	10.08.2012
Cámara en lo Criminal Número Siete de la Provincia de Córdoba	Expte. Nro. 133725	26.05.2006
Cámara en lo Criminal Número Seis de la Provincia de Córdoba	Expte. Nro. 279822	21.06.2012

7. Bibliografía

Andrew ASHWORTH (2003), *Principles of Criminal Law*, 4a. ed., Oxford University Press, Oxford.

Vera BERGELSON (2009), *Victims' Rights and Victims' Wrongs*, Stanford University Press, Stanford.

Manuel CANCIO MELIÁ (1999), «Opfer Verhalten und objektive Zurechnung», *ZStW* (111), pp. 357-387.

Patrick DEVLIN (1965), «Morals and the Criminal Law», en EL MISMO *The enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford-New York, pp. 01-25 (también [1997] en R.M DWORKIN [comp.] *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 65-82.)

Albin ESER (2006), en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. ed., § 211, C.H. Beck, München.

María Concepción GORJÓN BARRANCO (2011), en «La sustitución de la pena corta privativa de la libertad y la localización permanente. Especial mención a los delitos de género», en Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ et. al., *La reforma penal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 67-91.

Luís GRECO (2012), «Asesinatos por honor en el derecho penal alemán», en María ELÓSEGUI ITXASO (coord.), *La neutralidad del estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 227-251.

Herbert HART (1963), *Law, Liberty, and Morality*, Oxford University Press, Oxford.

Thomas HILLENKAMP (1981), *Vorsatztat und Opferverhalten*, Otto Schwartz & Co, Göttingen.

John HOSPERS (1976), *Introducción al análisis filosófico*, Ediciones Alianza, Madrid.

Douglas HUSAK (2008), *Overcriminalization, The Limits of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.

Günther JAKOBS (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed., De Gruyter, Berlin.

Hans Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND (1995), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5a ed., Duncker und Humblot, Berlin.

Brigitte KELKER (2007), *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Klostermann, Frankfurt am Main.

Urs KINDHÄUSER (2010), «Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho», en AAVV, *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 139-163.

Michael KÖHLER (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin.

- EL MISMO (1994) «Zur Strafbarkeit des Mordes bei „aussergewöhnlichen Umständen“ - BGHSt 30, 105», *JuS*, cuaderno 10, pp. 762-770.

Christine KORSGAARD (1986), «Skepticism about Practical Reason», en *The Journal of Philosophy*, t. LXXXIII, núm. 1, pp. 5-25.

Kristian KÜHL (1991), «Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht - ein Problemaufriß», en Heike JUNG/Heinz MÜLLER-DIETZ/Ulfrid NEUMANN (Comp.), *Recht und Moral*, Nomos, Baden-Baden, pp. 139-176.

Richard LANGE (1978), «Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes», en Walter STREE et. al. (comps), *Gedächtnisschrift für Schröder*, pp. 217-234.

Frederick M. LAWRENCE (1994), «The Punishment of Hate», *Michigan Law Review* (93), pp. 1-81.

Theodor LENCKNER/Walter PERRON (2006), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ma. ed., § 32, C.H. Beck, München.

Franz Von LISZT (1905), «Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik», en EL MISMO, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlin, pp. 170-213.

Rory MCVEIGH (2009), *The Rise of the Ku Klux Klan, Right-Wing Movements and National Politics*. Universidad of Minnesota Press, Minnesota.

Michael MOORE/Heidi HURD (2004), «Punishing Hatred and Prejudice», *Stanford Law Review* (56), núm. 5, pp. 1081-1146.

Bernd MÜSSIG (2005), *Mord und Totschlag*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München.

Carlos Santiago NINO (1980), *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires.

- EL MISMO (1982) *Legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires.

- EL MISMO (1984) *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires.

Peter NOLL (1965), «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en Friedrich GEERDS/Wolfgang NAUCKE (comps), *Beiträge zur gesamte Strafrechtswissenschaft; Festschrift für Mayer*, Berlin.

Harro OTTO (1975), «Personales Unrecht, Schuld und Strafe», *ZStW* (87), pp. 539-597.

Omar PALERMO (2007) *La legítima defensa*, Hammurabi, Buenos Aires.

José Milton PERALTA (2012), *Motivos reprochables*, Marcial Pons, Madrid.

Paul ROBINSON (1985), «Causing the Conditions of One's Own Defense», *Virginia Law Review* (71), num. 1, pp. 1-63.

Claus ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4a. ed., C.H. Beck, München.

- EL MISMO (2003) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck, München.

Marcelo SANCINETTI (1990), *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires.

Eberhard SCHMIDHÄUSER (1958), *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, sin editorial, Tübingen.

- EL MISMO (1975) *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2a. ed., J.C.B. Mohr, Tübingen.

Bernd SCHÜNEMANN (1984), «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en EL MISMO, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, de Gruyter, Berlin-NewYork, pp. 153-195.

- EL MISMO (1996) «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», *NStZ*, pp. 193-200/439-443.

- EL MISMO (2000) «Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell» en EL MISMO/DUBBER (eds.) *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, pp. 1-13

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1989), «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática», en AAVV, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Homenaje a Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia/San Sebastián, pp. 633-646.

Sebastian SOLER (1970), *Derecho penal Argentino*, T III, 3a. ed, Tea, Buenos Aires.

Franz STRENG (2005), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2a ed., § 46., Nomos, Baden-Baden.

Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/ Alejandro W. SLOKAR (2002), *Derecho penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires.