

En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación (1)

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo analiza las definiciones y caracterizaciones del feminicidio de la pareja o expareja concluyendo que, si bien, tiene alguna relación con los delitos de odio discriminatorio, no reúne el elemento identitario típico de estos. En el texto se profundiza en la fundamentación del desvalor de esta clase de delitos a partir de su caracterización como violencia discriminatoria así como en los contextos que la representan. Finalmente, se desarrollan las pautas de una legislación dogmáticamente consistente.

Palabras clave: *feminicidio, femicidio, delitos de odio, violencia de género, violencia discriminatoria, violencia contra las mujeres.*

ABSTRACT

This papers aims to analyze the different definitions and characterizations of femicide committed by her partner or former partner. The text discusses considering partner or former partner femicide as a hate crime and defends that this kind of femicide is an instrument of discriminatory domination. From this point on the author goes into detail about the contexts of the discriminatory violence and develops some

(1) Este texto constituye una versión ampliada y corregida del trabajo «Odio y discriminación en el feminicidio de la pareja o expareja» que verá la luz en el Libro Homenaje a Agustín Jorge Barreiro.

guidelines for a dogmatically consistent legislation, stating some criticisms against some of the Latin America criminal regulations.

Key-words: *femicide, hate crime, gender violence, discriminatory violence, violence against women.*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Femicidio *versus* Femicidio: algo más que una cuestión terminológica.—3. La caracterización del femicidio de la pareja o expareja cometido por el hombre: la violencia discriminatoria patriarcal. 3.1 ¿Es el odio a «la mujer» elemento identitario del femicidio? 3.2 El carácter instrumental de la violencia machista: el componente discriminatorio. 3.3 Violencia, ¿por ser mujer? o ¿por dejar de serlo? 3.4 La violencia machista como odio a una determinada manera de ejercer los roles femeninos.—4. Alguna conclusión. 4.1 Autonomía del femicidio de la pareja o expareja. 4.2 La discriminación patriarcal y sus contextos.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de una década la mayoría de los países de América Latina han procedido a la tipificación autónoma de la muerte de las mujeres en ciertos contextos en los que se entiende que existe violencia por razón de género (2), intentando con ello contribuir a erradicar y sancionar un fenómeno criminal muy extendido en el planeta y de potenciales efectos devastadores para la libertad y la seguridad de la mitad de la población mundial. De esta tendencia se separa España cuyo legislador ha optado por no individualizar el femicidio como delito específico (3). Pareciera, entonces, que el legislador español parte de que la aplicación de los tradicionales delitos contra las personas junto con las circunstancias de agravación también tradicionales,

(2) El primer país en configurar de forma autónoma el femicidio fue Costa Rica, que lo introdujo mediante la Ley 8.589 de 2007, de Penalización de la Violencia sobre las Mujeres.

(3) El Código penal español individualiza el inicio del ciclo de la violencia, los malos tratos, amenazas o coacciones leves y el atentado contra la integridad moral habitual (arts. 153.1, 171, 172, 173.2 CP), así como las lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico (art. 148.4 CP), previendo, además, una agravante genérica en el art. 22.4 CP, si se obra por motivos discriminatorios por razón de género.

como el parentesco (4) o el abuso de superioridad (5), o con otras específicas más novedosas, como el actuar por motivos discriminatorios por razón de género (6), ofrece un tratamiento punitivo adecuado de este grupo de delitos (7).

Aunque, como acabo de señalar, la opción político-criminal mayoritaria en América Latina ha sido la inclusión del feminicidio en los códigos penales, estas tipificaciones no responden a un modelo unitario, sino que obedecen a opciones político-criminales diversas y al intento de abarcar las singularidades con las que se manifiesta esta tipología delictiva en cada país. Esta diversidad choca con el propio carácter universal del fenómeno (8) y refleja la falta de consenso sobre su fundamento. En primer término, se constata que ni siquiera hay acuerdo sobre los efectos que debe tener la introducción del feminicidio en los códigos penales, pues dicha inclusión no siempre va acompañada de una penalidad mayor. Así, países como Costa Rica o Chile han incorporado sólo la denominación –feminicidio– y de forma restrictiva –para denominar la muerte de quien es o ha sido la cónyuge o conviviente del autor–, asignándose a este delito la misma pena que corresponde a otros delitos consistentes en dar muerte a parientes, constitutivos de parricidio (9). No obstante, la opción político-crimi-

(4) Art. 23 CP: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

(5) Art. 22.2 CP: «Ejecutar el hecho... con abuso de superioridad».

(6) Art. 22.4 CP: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

(7) En la doctrina defiende esta postura LAURENZO COPELLO, P., «Apuntes sobre el feminicidio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 8, 2012, pp. 119 y ss.

(8) PÉREZ MANZANO, M., «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción» en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (en adelante *RJUAM*), n.º 34, 2016-II, pp. 17 y ss., 24.

(9) La ley 8.589 de 2007, de Penalización de la Violencia sobre las Mujeres, estableció en su art. 21 la nueva redacción del art. 112 CP incorporando el femicidio: «Femicidio: Se impondrá la pena de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión declarada o no». Esta es la pena que corresponde según el art. 112 CP de Costa Rica a otros casos de parricidio, asesinato, muerte de un menor de doce años, o de una autoridad o persona especialmente protegida por convenios internacionales. Cfr. art. 390 CP Chile: «El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su

nal más seguida en la tipificación del feminicidio es la que podríamos denominar *punitivista*, esto es, la que implica no sólo una denominación o tipificación individualizada, sino la previsión de una pena más grave que la establecida para similares delitos contra la vida (10).

En segundo término, las discrepancias afectan a la definición del fenómeno de la violencia mortal contra las mujeres por razón de género. De un lado, hay menciones a la muerte de «una mujer por su condición de tal» (11), a la cometida por un hombre «en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres» (12), a la realizada mediando «motivos de odio o menosprecio por su condición

grado máximo a presidio perpetuo calificado. / Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de feminicidio».

(10) En Guatemala la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, de 2008 (Decreto 22-2008), regula en su art. 6 el feminicidio con una pena de veinticinco a cincuenta años; en El Salvador, el art. 45 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres de 2011, prevé una pena de veinte a treinta y cinco años, que puede ser agravada en ciertos casos en un marco de treinta a cincuenta años (art. 46); Méjico incorporó en el Código penal del Distrito Federal en 2011 el feminicidio en el art. 148 bis con una pena de veinte a cincuenta años (aunque otros 10 estados han incorporado legislaciones similares, con diferencias, me referiré solo a la legislación del Distrito Federal); en Nicaragua, la Ley (n.º 779) de 2012, Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reforma a la Ley n.º 641 «Código penal», sanciona en su art. 9 el feminicidio con penas de quince a treinta años, que a pesar de ser moderadas, son las previstas para parricidio o asesinato; Ley 26.791 de 14 de diciembre de 2012, de reforma del Código penal argentino modificó el art. 80 del Código penal incorporando el odio de género (n.º 4) y la muerte de una mujer por un hombre mediando violencia de género (n.º 11), estableciendo la misma sanción en estos casos prevista para el resto de los homicidios agravados, esto es, reclusión o prisión perpetua; en Bolivia, la Ley 348 (9-3-2013), Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, que en su art. 83 modificó ciertos artículos del Código penal, y en el 84 incorpora el art. 252 bis al mismo, sobre el feminicidio, previendo la misma pena para este que para el parricidio y asesinato aunque no concurren sus condiciones; en Perú, la Ley 30.068, 18 de julio de 2013, que Incorpora el Artículo 108A al Código Penal y Modifica los Artículos 107, 46-B y 46-C del Código penal y el Artículo 46 del Código de Ejecución penal, con la Finalidad de Prevenir, Sancionar y Erradicar el Feminicidio, prevé una pena no menor de quince años que puede llegar a ser perpetua en caso de concurrencia de dos o más agravaciones para el feminicidio; en Colombia, la Ley 1761, de 6 de julio de 2015, por la cual Se Crea el Tipo Penal de Feminicidio como Delito Autónomo y Se Dictan otras Disposiciones, introdujo el art. 104 A en el Código penal con penas de doscientos cincuenta a quinientos meses –superiores a las del homicidio–, y de quinientos a seiscientos meses en el tipo agravado (art. 104 B), también superiores en su límite mínimo a las de los homicidios agravados del art. 104.

(11) Art. 108A del Código penal de Perú.

(12) Cfr. en nota 8, Decreto 22-2008 de Guatemala y Ley 779 de 2012 de Nicaragua.

de mujer» (13), o, simplemente, se alude a que la muerte se ha cometido por «violencia de género» (14). Pero, más allá de las diferencias en dicha conceptualización, resulta especialmente relevante señalar, de otro lado, que tampoco estas definiciones cumplen la misma función en el seno de dichas tipificaciones, pues aunque en algún caso se constituyen en requisito suficiente para la calificación de la muerte como feminicidio (15), en la mayoría de las ocasiones los legisladores han optado por precisar la propia definición genérica, señalando, mediante un elenco de contextos, cuándo se considera producida la muerte de una mujer «por violencia de género». Si en el primer caso serán los jueces quienes deberán concretar en qué contextos y situaciones precisas se considerará que, por ejemplo, se ha producido la muerte «de una mujer por su condición de tal», en el segundo caso, se han generado elencos típicos de contextos o subtipos de feminicidio (16), de tal forma que el marco interpretativo de los jueces es menor, porque es el legislador el que ha asumido dicha tarea al menos parcialmente.

En tercer lugar, las particularidades afectan también de forma notable a las descripciones de los contextos o subtipos de feminicidio (17). No obstante, hay tres casos que se incluyen de forma mayoritaria en las legislaciones como prototípicos de la violencia de género contra la mujer: la misoginia, el atentado previo a la libertad sexual de la víctima y la existencia, actual o previa, de una relación de pareja. A este último caso, al feminicidio cometido por el hombre que es o ha sido pareja de la víctima (18) me voy a referir en lo que sigue, pues no

(13) Cfr. en nota 8, Ley Especial Integral de El Salvador.

(14) Cfr. en nota, Código penal de Argentina; Código penal de Méjico, Distrito Federal.

(15) Por ejemplo, el Código penal argentino. Cfr. nota 8.

(16) Cfr. nota 8 legislaciones de El Salvador, Guatemala, Méjico DF, Nicaragua, Perú, Bolivia o Colombia.

(17) Como los contextos de brutalidad sobre el cuerpo de la víctima que aparecen en las legislaciones de Guatemala y Méjico DF, por ejemplo.

(18) Se trata del concepto restrictivo de violencia de género que contempla la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Concepto que, no obstante, no coincide con el del Convenio de Estambul de 2011, que en su art. 3 a) establece que «[p]or «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada»; y, en su párrafo d) establece que «[p]or «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada». En este trabajo no voy a problematizar sobre el concepto de mujer que se ha tomado en cuenta, sino que voy a partir

sólo es el caso que de una forma casi unánime se incluye en los códigos penales, sino el tipo de feminicidio más universalizado (19). Intentaré analizar cuáles son sus rasgos característicos, para, de este modo, extraer alguna conclusión sobre una tipificación adecuada. Para ello iniciaré el estudio con el análisis de las definiciones generales del feminicidio como muerte de la mujer «por ser mujer» o «por su condición de tal» y la eventual catalogación del feminicidio como subtipo de los delitos de odio. Con ello pretendo indagar en los elementos caracterizadores del feminicidio, y, en particular, del feminicidio de la pareja o expareja.

2. Femicidio versus feminicidio: algo más que una cuestión terminológica

Mi punto de partida se asienta en dos ideas básicas, que son comúnmente compartidas. En primer lugar, parto de que la violencia sobre las mujeres tiene carácter estructural (20) y es la forma más grave de discriminación de las mujeres y de mantenimiento de dicha discriminación, como apuntan los textos internacionales en la materia (21). Y, en segundo lugar, entiendo que la asignación de una denominación singular a las muertes de las mujeres que son producto de tal discriminación estructural y reflejo último y más grave del sistema patriarcal, tiene efectos positivos, sin duda, de cara a la visibilización del problema y de cara a su cuantificación. Y tanto su visibilización como su cuantificación son presupuestos de un adecuado tratamiento jurídico de este fenómeno delictivo. Por tanto, tenga o no efectos agravatorios de la responsabilidad penal, soy partidaria de utilizar un tér-

del caso prototípico de la mujer que consta como tal desde su nacimiento en la documentación oficial y ha ejercido siempre los roles femeninos; no me voy a ocupar, por tanto, de la violencia que puedan sufrir mujeres transexuales por sus parejas o exparejas. Tiendo a pensar, no obstante, que si la pareja conoce su condición será difícil sostener que la violencia es manifestación de la discriminación estructural patriarcal pues el propio establecimiento de la relación es un indicio contrario a dicho contexto; si no conoce tal condición si será posible la catalogación en este marco, aunque también es posible que la violencia se produzca por odio a la identidad de género si ésta se realiza, por ejemplo, al descubrir la condición de la víctima.

(19) Cfr. PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, nota 8, pp. 22 y ss.

(20) Sobre el sentido de este rasgo, su incidencia en el derecho antidiscriminatorio y en el juicio sobre la legitimidad de normas antidiscriminatorias, cfr. AÑÓN ROIG, M. J., «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, n.º 39, 2013, Méjico D. F., pp. 125 y ss., 146 y ss.

(21) Art. 3. A) Convenio de Estambul, 2011.

mino específico para denominar la muerte de las mujeres. Como se ha señalado (22), la potencia discursiva de la ley, su eficacia simbólica y sus efectos performativos contribuyen, sin duda, a las transformaciones sociales tan necesarias en este ámbito.

Pero para nombrar el fenómeno resulta necesario alcanzar un consenso sobre el término a utilizar, y este no se ha conseguido. Como es sabido, dos son los términos utilizados tanto por la doctrina como por los códigos penales para denominar la muerte de las mujeres: femicidio y feminicidio. Ambos proceden de la traducción al castellano del término inglés *femicide* (23), que fue utilizado por primera vez por Diana Russel en el simbólico tribunal de crímenes contra la mujer celebrado en Bruselas en 1976. En aquel momento Russel lo definió como «*the killing of women because they are women*», y afirmó que se trataba de una clase de muertes de mujeres debidas al sexismo (24).

(22) MUNEVAR MUNEVAR, D. I., «Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14 (1), pp. 135-175, 151.

(23) Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., *Feminicidio*, Oficina en Méjico del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Méjico, 1.^a ed., 2009, pp. 25 y ss.

(24) Cfr. «Femicide: the murder of wives», en RUSSELL, D., *Rape in Marriage*, Bloomington, Indiana University Press, 1990, pp. 286-299; posteriormente, Russel, en el libro que publicó junto a Caputi lo definió como «*the murder of women by men motivated by hatred, contempt, pleasure, or a sense of ownership of women.*» (CAPUTI, J., RUSSELL, D., *Femicide: speaking the unspeakable*, 1990, pp. 34-37); mantiene la definición en el libro que publica con Jill RADFORD en 1992 (*Femicide: The politics of Woman Killing*), pero en 2001 cambia la definición en un texto publicado con Roberta HARMES, sustituyendo el término *women* por *female* (para incluir adolescentes y niñas) y el de *men* por *male* [«AIDS as mass femicide: focus on South Africa», en RUSSELL, D., HAMES, R. (eds.), *Femicide in Global Perspective*, New York, Teacher's College Press, 2001, pp. 100-114].

Con independencia del debate lingüístico (25) y de fondo (26), es lo cierto que el término feminicidio tiene resonancias cercanas al genocidio, es decir, a las muertes masivas de un colectivo vinculadas por el objetivo de acabar con el propio colectivo. Pero no sólo el eco que genera el término feminicidio es relevante. Lo es también que suele afirmarse, con razón, que lo que hace de este fenómeno criminal un fenómeno singular y masivo es la propia inactividad del Estado, su complicidad estructural en la impunidad de las muertes de las mujeres. El potencial efecto expansivo del fenómeno deriva de una forma muy sustancial de dicha complicidad omisiva del Estado. Este es un rasgo que podría servir para fundamentar un uso diferenciado de ambos términos, como ya ha sido propuesto (27), de modo que el término *femicidio* podría utilizarse para referirnos a un delito con-

(25) Se sostiene que el término feminicidio es incorrecto porque es una mera feminización del término homicidio (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, M., «Presentación a la edición en español» de RUSSELL/RADFORD, *Feminicidio. La política del asesinato de mujeres*, UNAM, Méjico, 2006, p. 17), dado que si la raíz latina es femina, el término correcto sería feminicidio (MONÁRREZ FRAGOSO, J., «Fortaleciendo el entendimiento del Femicidio/Feminicidio», Ponencia, Washington, DC, 2008, disponible en <http://www.igwg.org/eventstrain/femicide.htm>). El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha incorporado el término Feminicidio en 2014 y la definición que aparece es «la muerte de una mujer por razón de su sexo», que no responde a las caracterizaciones teóricas y sociales del mismo. El debate sobre los términos y la beligerancia de la Real academia sobre los mismos se remonta a la Ley 1/2004 española cuando la Academia realizó un informe sosteniendo la improcedencia de hablar de violencia de género (Cfr. ATENCIO, G., «Cuando lo que no se nombra no existe», en *Feminicidio. El asesinato de mujeres por ser mujeres*, Catarata, Madrid, 2015, pp. 17 y ss., 23). Rita SEGATO («Femicidio y feminicidio: conceptualización y apropiación», en JIMÉNEZ, P. & RONDEROS, K. (eds.), *Feminicidio: un fenómeno global de Lima a Madrid*, Heinrich Böll Stiftung, Unión Europea, Bruselas, pp. 5 y ss) propone el término *femigenocidio* para las muertes de mujeres en condiciones de impersonalidad y por razón sólo de su género, mientras que defiende el término feminicidio para los casos de muertes con motivaciones de tipo interpersonal, es decir, los casos de muertes individuales. Y en el ámbito anglosajón algunas autoras han introducido el término *gynocide* para referirse a los supuestos de asesinatos con la intención de destruir un grupo específico de mujeres, así, por ejemplo, Mary Daly, Jane Caputi, o Andrea Dworking, cfr. RUSSELL, D., «Defining Femicide and Related Concepts», en RUSSELL Y HARMES (comps.), *Femicide in global perspective*, Athene Series, Teachers College Press, Nueva York, pp. 21, 22.

(26) No sólo se discute su caracterización sino si deben incluirse muertes de mujeres debidas a abortos inseguros o falta de atención en el parto, suicidios, o muertes por desnutrición selectiva, que no responden al patrón de muertes violentas constitutivas de delitos, Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., *Feminicidio*, como en nota 23, pp. 26 y ss.

(27) CARCEDO CABAÑAS, A., *No olvidamos ni aceptamos. Femicidio en Centroamérica, 2000-2006*, Cefemina 2010, disponible en <http://mujeresdeguatemala.org/wp-content/uploads/2014/06/Feminicidio-en-Centro-Ame%CC%81rica.pdf>, visitada el 24 de junio de 2018, pp. 481 y ss.

creto (28), mientras que el de *feminicidio* podría ser utilizado al aludir al fenómeno colectivo y masivo, en todo caso cuando nos referimos al crimen de Estado (29), y como término genérico que incluya tanto el femicidio individual como los feminicidios masivos (30).

3. LA CARACTERIZACIÓN DEL FEMINICIDIO DE LA PAREJA O EXPAREJA COMETIDA POR EL HOMBRE: LA VIOLENCIA DISCRIMINATORIA PATRIARCAL

Más allá de los problemas terminológicos, la cuestión fundamental es la determinación de cuáles son las características de este tipo de muertes y si obedecen a un patrón general (31). Tres son las caracterizaciones más habituales: el feminicidio como genocidio de mujeres, la muerte de la mujer por el mero hecho de ser mujer, la muerte de la mujer como delito de odio discriminatorio. Ninguna de las tres opciones me resulta convincente.

La primera posibilidad es la caracterización de la muerte de las mujeres por su pareja o expareja como un fenómeno masivo encuadrable en el «genocidio de mujeres». Esta caracterización ha sido descartada ampliamente, pues no parece que se asiente en bases sólidas. De un lado, desde una perspectiva práctica, la opción del «genocidio de mujeres» no parece encajar con la fenomenología de este delito en muchos países, incluido España, ya que no se observa ya la pasividad generalizada del Estado en su persecución requerida para atribuirle –aunque sea parcialmente como complicidad omisiva– corresponsabilidad en el propio fenómeno. De otro, desde una perspectiva dogmática, su catalogación en el marco de los crímenes de genocidio presenta el problema de la configuración y prueba del propio elemento subjetivo característico de esta clase de delitos, la intención o al menos cons-

(28) Así se está utilizando en España en las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial, referido a las muertes de la pareja o expareja. Cfr. los Informe de los expertos del Observatorio disponibles en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica/>

(29) LAGARDE Y DE LOS RIOS, M., «Del femicidio al feminicidio», en *Desde el jardín de Freud*, n.º 6, 2006, Bogotá, p. 221, disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343>.

(30) Los Códigos penales en América Latina han incorporado ambos términos. *Vid. supra* notas 7 y 8.

(31) Sobre las distintas opciones y argumentaciones en la literatura sobre el tema, cfr. LAPORTA HERNÁNDEZ, E., «Evolución del concepto. Un anglicismo que se desarrolló en América Latina», en ATENCIO, G., *Feminicidio*, como en nota 25, pp. 63 y ss.

ciencia de acabar total o parcialmente con el colectivo al que se refiere. En este caso ello implicaría probar que el objetivo es el exterminio de las «mujeres». Y la constatación de este objetivo en el caso concreto resulta harto improbable (32).

Al margen de la anterior caracterización, la definición más extendida del feminicidio es la que se refiere a la muerte de una mujer *por el mero hecho de ser mujer*. Esta es la definición de Diana Russel, la que el propio Convenio de Estambul ha adoptado en la definición de la violencia sobre las mujeres por razones de género en su art. 3.d) y la que muchas legislaciones de América Latina han incorporado a sus códigos penales (33). Pero también es bastante habitual identificar el feminicidio como delito de odio o al menos como un fenómeno muy vinculado o cercano al mismo. En las primeras aproximaciones al tema, la socióloga americana sostuvo que el feminicidio era la muerte de una mujer motivada por el odio, menosprecio, placer o sentido de propiedad sobre las mujeres, incorporando la muerte de las mujeres a la categoría más amplia de *delitos de odio discriminatorios*. En este marco sostenía que, en este caso, tales muertes se fundarían específicamente en el *sexismo* del autor (34). Esta concepción es la que permitiría la aplicación de la agravante contemplada en el art. 22.4 CP español de actuar por motivos discriminatorios por razón de género en los casos de feminicidio de la pareja o expareja realizada en un contexto de violencia de género. En mi criterio, también estas caracterizaciones del feminicidio están necesitadas de una mayor profundización, pues no terminan de abarcar la esencia del fenómeno.

Mi posición en este tema se construye a partir de las siguientes ideas, que, desarrollaré a continuación: la violencia del hombre sobre la mujer pareja o expareja no reúne los rasgos habituales de un delito

(32) Como subtipo de genocidio debería requerir la intención de destruir total o parcialmente al grupo con identidad propia –las mujeres–. Sobre el feminicidio masivo, cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., *Feminicidio*, como en nota 23, p. 54; MUNEVAR MUNEVAR, D. I., como en nota 22, pp. 152 y ss; SEGATO, R., «Femicidio y feminicidio: conceptualización y apropiación», en Jiménez, P. & Ronderos, K. (eds.), *Feminicidio*, como en nota 25, pp. 5 y ss. La sistematicidad, el carácter genérico del hecho permiten su identificación como subtipo de genocidio, aunque puede presentar problemas de apreciación en la práctica el elemento subjetivo con el que se tipifica el genocidio, por ello, se aboga por una tipificación independiente. En mi criterio, no hay dudas de la necesidad de tipificación del feminicidio masivo y de que tiene un desvalor de injusto propio plasmado en la amenaza al colectivo como tal.

(33) Han recogido esta definición el art. 108 B del CP de Perú tras la reforma de 2013 y el art. 104 A del CP de Colombia tras la reforma de 2015, y también lo menciona el art. 6 de la Ley de Guatemala junto a las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.

(34) Cfr. nota 24.

de odio en sentido estricto; tampoco se puede decir con propiedad que la violencia que se ejerce en este ámbito «sea por el mero hecho de ser mujer»; el elemento que define esta clase de violencia es el constituir un instrumento de dominación discriminatoria, es decir, de mantenimiento o expresión de una posición social de subordinación de las mujeres; por último, si estoy en lo cierto, la violencia del hombre sobre la mujer pareja o expareja no refleja el odio al colectivo de mujeres, sino, en su caso, el odio a una determinada manera de ejercer los roles femeninos: una manera que no encaja en el modelo tradicional patriarcal discriminatorio. Lo que odia el autor no es a la mujer sino sus *creencias* y su *actuación conforme a dichas creencias*; por tanto, lo que podríamos denominar la *propia ideología de género o ideología antidiscriminatoria*. En este marco, el objetivo no es la muerte del colectivo femenino, de todo el género femenino, no pretende erradicarse a la «mujer», sino un modelo de comportamiento femenino igualitario.

3.1 ¿Es el odio a «la mujer» elemento identitario del feminicidio?

La relación entre el feminicidio y los delitos de odio ha sido problemática desde su origen (35). Como sabemos, las primeras construcciones del feminicidio lo incluyeron dentro de esta categoría como uno más de los delitos de odio discriminatorio. Sin embargo, esta catalogación generó muchas críticas y no consiguió prosperar. Varios tipos de razones se alegaron entonces y continúan alegándose contra la ubicación de las muertes de las mujeres entre los delitos de odio. De un lado, se alude a razones prácticas, ya que la elevada cifra de muertes de mujeres colapsaría y distorsionaría los registros de los delitos de odio e impediría, en consecuencia, una adecuada identificación estadística de los mismos de cara a su tratamiento penal (36). Paralelamente, ello diluiría el efecto simbólico especial que tiene la catalo-

(35) Sobre ello cfr. LAURENZO COPELLO, P., «Apuntes», como en nota 7, pp. 119 y ss., 121.

(36) Cfr. CENTER FOR WOMEN POLICY STUDIES, «Violence Against Women as Bias Motivated Hate Crimes [Part. 2]». *Contemporary Womens' Issues Database*, 1 de mayo de 1991, eLibrary, Proquest 29 Jan 2009, disponible en <http://elibrary.bigchalk.com>; Sobre ello y lo que sigue en el texto, cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., como en nota 23, pp. 67 y ss. Este debate es el mismo que se tuvo en relación a la inclusión del género en la categoría de los delitos de odio, de un lado, en la primera Hate Crimes Statistics Act (HCSA) de 1990 y, de otro, en la Hate Crime Sentencing Enhancement Act (HCEA) de 1994, cfr. HODGE, J., *Gendered hate. Exploring gender in hate crime law*, Northeastern University Press, Boston, 2011, pp. 21 y ss. Cfr. GORDÓN BENITO, I., «'Gendered hate'. Un etiquetado en discordia», en ETXEBARRIA, KATIXA, ORDE-

gación de un hecho como delito de odio. De otro, se afirma que estas cláusulas y esta clase de delitos –los delitos de odio discriminatorio– están pensados para la protección de grupos históricamente discriminados que componen minorías, no pudiendo catalogarse a «las mujeres» como grupo minoritario. Además, la caracterización de este fenómeno criminal como delito de odio no encajaría tampoco con la idea de que la discriminación sobre las mujeres tiene carácter estructural, pues este rasgo no sería común a la violencia que se ejerce con tal carácter contra las minorías incluidas en los delitos de odio (37).

Más allá de la consistencia de estas razones (38), algunas de ellas meramente pragmáticas, para dilucidar si todo feminicidio es un delito de odio, el correcto enfoque del tema requiere analizar si los feminicidios reúnen los rasgos identitarios de los delitos de denominados delitos de odio (39), y, en particular, en lo que aquí interesa, si el feminicidio de la pareja o expareja presenta dichos rasgos.

Desde la perspectiva fenomenológica, el rasgo esencial con el que se caracterizan los denominados «delitos de odio» reside en que el hecho se realiza debido al odio a la categoría –afroamericanos, judíos, homosexuales...–, por ello la víctima concreta sobre la que recae el delito es aleatoria y fungible. Se trata de que la selección de la víctima de la violencia en los delitos de odio por parte de su autor se hace con abstracción de las singularidades de la misma y por la única razón de reunir el rasgo, la condición de pertenencia al colectivo al que genéricamente se odia (40). De modo que por esta misma razón, por el

ÑANA, IXUSKO, OTAZUA, GOIZEDER (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 647-668, 655 y ss.

(37) Este debate está teniendo notable intensidad en el Reino Unido, cfr. GORDON BENITO, I., *idem* nota anterior, pp. 647 y ss., 658 y ss.

(38) Por ejemplo, sería posible sostener que las mujeres componemos una minoría, dado que con independencia de nuestro número, nuestra representación en posiciones de poder social o político es minoritaria.

(39) Interpreta con carácter general la «violencia de género» a la que se refiere el art. 80.11 del CP argentino con el «odio de género», AROCENA, G. A. y CESANO, J., *El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico*, IBdef, Montevideo, Buenos Aires, 2013, p. 89. Sobre las posturas y argumentos a favor y en contra de considerar la violencia contra las mujeres en el marco de la categoría de los delitos de odio, cfr. GORDÓN BENITO, I., como en nota 36, pp. 655 y ss.

(40) Sobre los delitos de odio cfr. DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22.4.º CP*, Civitas, Madrid, 2013. La definición de la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) los define como cualquier infracción penal en la que «la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o men-

carácter fungible de la víctima de los delitos de odio, éstos tienen siempre una *dimensión colectiva* que va más allá del acto singular. Esta dimensión puede identificarse en que todo hecho individual de delito de odio supone una amenaza implícita a cualquier persona que forma parte del colectivo. Se trata tanto de que cualquier persona que forma parte del colectivo odiado siente dicha amenaza implícita y sabe que puede ser la siguiente víctima dado que reúne las características que identifican el colectivo, como de que el hecho, cada acto violento sobre un integrante del colectivo odiado, es reflejo y materialización de una pauta de comportamiento amenazante pasada hacia el colectivo a la que contribuye a dotar de sentido presente y futuro (41). En el plano simbólico, por tanto, cada delito de odio fortalece y expande el mensaje amenazante y discriminatorio hacia todo integrante del colectivo odiado.

En la violencia ejercida por el hombre sobre la pareja o expareja mujer este rasgo está ausente; para cada autor no es indiferente la víctima de la violencia –no es fungible– (42), porque específicamente a quien se quiere someter mediante la violencia no es a «la mujer», sino a la pareja o expareja propias. En realidad, esta clase de autor no estaría dispuesto a cometer un delito violento contra cualquier mujer, como sí estaría dispuesto a cometer un delito contra cualquiera que integre la categoría respectiva el autor de un delito de odio, sino que

tal, la orientación sexual u otros» (*Combating Hate Crimes in the OSCE region*, ODIHR/OSCE p. 12, disponible online en <http://www-osce.org/odihhr>). Sobre los delitos de odio y sus datos en España, con una definición inicial, cfr. GIMÉNEZ SALINAS, A., PÉREZ MANZANO, M., CANCIO MELIÁ, M., DÍAZ LÓPEZ, J. A., JORDÁ SANZ, C., DÍAZ IZQUIERDO, P., GALLEGU ARRIBAS, D. *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia 2014-2016*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018, pp. 15 y ss. disponible en http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/analisis_casos_sentencias.pdf.

(41) Cfr. LANDA GOROSTIZA, J. M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, 2001, Comares, Granada, pp. 185 y ss., 189; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADP)*, 2004, pp. 143 y ss., 165 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., ¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?, en García/Docal (Dir.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, 2012, p. 23 y ss. En el mundo anglosajón se parte de que los delitos de odio generan un daño mayor que un delito realizado por otros motivos. Este mayor daño se concreta en el daño emocional a la víctima individual y el daño emocional que todo integrante del colectivo padece. Sobre ello y los datos empíricos sobre el mayor daño emocional individual y sus variables, cfr. IGANSKI, P., «Hate Crimes Hurt More», *American Behavior Scientist*, Vol. 45/2001, pp. 625 y ss., 629.

(42) PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, pp. 17 y ss., 21.

sólo quiere ejercer violencia contra una persona en particular, contra su pareja o expareja. Por ello no parece que a la muerte de la pareja o expareja sea inherente la dimensión colectiva propia del delito de odio, la amenaza implícita a todo el colectivo de mujeres (43). Con las cautelas que hay que adoptar en estos temas, diría que la violencia del hombre sobre la pareja o expareja se sustenta en el *machismo* y no en la *misoginia*, siendo la misoginia lo que puede servir para identificar un delito de odio contra las mujeres. Si según el Diccionario de la Real Academia la misoginia implica la *aversión a las mujeres* (44) y el machismo la actitud de *prepotencia de los varones respecto de las mujeres*, la muerte de la mujer pareja o expareja no parece que se caracterice por la misoginia, esto es, por el odio al colectivo de mujeres, sino por el machismo, es decir, por la propia creencia en la superioridad del hombre sobre la mujer y por la creencia en la preeminencia de los roles sociales asignados al varón, que, en el caso concreto se plasman en las relaciones de pareja (45).

Esto no quiere decir que niegue la posibilidad de que existan delitos de odio cometidos por motivos discriminatorios por razón de género contra las mujeres, que creo que existen y deben ser castigados como tales (46). Tan sólo afirmo que no todo feminicidio es un delito de odio y que el feminicidio de la pareja o expareja no es un delito de odio en sentido estricto, entendiendo por tal el «odio a las

(43) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., como en nota 41, p. 176, sostiene también que en estos casos solo existe una coerción individual y no colectiva. Por el contrario, afirman que el feminicidio tiene una dimensión que trasciende lo individual VÁSQUEZ, J. Y VALEGA, C., «Apuntes críticos al reciente Acuerdo Plenario sobre el delito de feminicidio», en *Enfoque-Derecho*, disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2017/10/19/apuntes-criticos-al-reciente-acuerdo-plenario-sobre-el-delito-de-feminicidio/>. Sostienen «El feminicidio envía un mensaje a todas las mujeres, indicándoles que, si no actúan conforme a determinados roles de género, serán víctimas de violencia. En tal sentido, este crimen retroalimenta un conjunto de roles de género que subordinan a las mujeres y que, por lo tanto, afianzan y mantienen vigente una estructura discriminatoria de la sociedad».

(44) Viene del griego *miso* (odio) y *gyné* (mujer).

(45) También parte de la diferenciación entre misoginia y machismo DÍAZ LÓPEZ, J. A., como en nota 40, pp. 300, 301), extrayendo como consecuencia que los delitos machistas se asocian al género, mientras que la misoginia «entendida como un actuar motivado por el deseo de causar un mal a la víctima debido a su condición biológica de mujer, se asocia a la categoría sexo». Con ello pretende dotar de un ámbito propio a la agravación actuar por motivos discriminatorios por razón de sexo y de género, ciertamente difícil.

(46) En el mismo sentido incluyendo solo como delito de odio las muertes de mujeres en las que la víctima tiene carácter aleatorio, LEVIN, J., & MCDEVITT, J., *Hate crimes. The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed*, Springer, Nueva York, 1993, pp. 15 y ss.

mujeres» (47), como colectivo: el feminicidio de la pareja o expareja carece de la dimensión colectiva propia de los delitos de odio, tanto desde una perspectiva fenomenológica –debido al carácter no fungible de la víctima–, como expresiva –no comunica el sentido de advertencia genérica a todo el colectivo de mujeres–.

3.2 El carácter instrumental de la violencia machista: el componente discriminatorio

Ahora bien, aunque no reúna los rasgos esenciales de un delito de odio, no puede negarse que la violencia sobre la mujer pareja o expareja tiene una relación estrecha con ellos en la medida en que comparten un cierto componente discriminatorio. En efecto, la violencia sobre las mujeres está estrechamente vinculada con la situación de discriminación que padecemos, que tiene un carácter estructural (48): es la forma más grave de discriminación de las mujeres y de mantenimiento de dicha discriminación, como apuntan los textos internacionales en la materia (49).

Referido a la violencia que ejerce el hombre sobre la pareja o expareja mujer, que es constitutiva de violencia de género, ello significa que es una violencia *instrumental*, pues se trata de una violencia que se ejerce para mantener o restablecer las desiguales relaciones de poder en el marco de la familia. Ahora bien esta violencia en la pareja o expareja tiene tan sólo una dimensión individual, pues el efecto se pretende y consigue respecto de la víctima individual. Incluso en los casos más extremos de violencia ejercida ante el «buen comportamiento» de la víctima (50), ésta tiene carácter instrumental, pues se ejerce igualmente para mantener vivo el modelo de sumisión de la mujer y recordar quien tiene el poder en la familia: es una violencia amenazante, que contribuye a mantener el estatus de poder del hombre y de subordinación de la mujer. Además, no puede dejar de señar

(47) DÍAZ LÓPEZ, J. A. (como en nota 40, pp. 96 y ss.) exige tres requisitos para el delito de odio que se conectan con el prejuicio discriminatorio: la materialización externa del prejuicio, la visión estereotipada hacia una condición personal que afecta al núcleo de identidad de la víctima y la deshumanización producida por la estereotipación. Ciertamente esta categorización permite un acercamiento más certero a la violencia sobre la mujer, pero sigue sin precisar el carácter instrumental y de dominación que la violencia sobre la pareja o expareja tiene.

(48) Sobre el sentido de este rasgo, su incidencia en el derecho antidiscriminatorio y en el juicio sobre la legitimidad de normas antidiscriminatorias, cfr. AÑÓN ROIG, M. J., como en nota 20, pp. 125 y ss., 146 y ss.

(49) Art. 3. A) Convenio de Estambul, 2011.

(50) Esto es, el comportamiento que se ajusta a las pretensiones del hombre.

larse que también en este caso extremo la violencia es expresión simbólica de la reducción de la víctima a mero cuerpo, a mera entidad biológica, que es propiedad del hombre; el hombre puede usar y dañar a la mujer –reducida a mero ente físico– como puede usar y dañar, en principio, cualquier objeto de su propiedad. Con este ejercicio de la violencia se envía el mensaje de la superioridad masculina, el único que detenta derechos de propiedad sobre cuerpos ajenos.

En mi opinión, se debe incorporar a la definición de la violencia sobre las mujeres ejercida por razones de género su condición de *instrumento de dominación discriminatoria, de instrumento para el mantenimiento de la mujer en una posición social de subordinación y para exteriorizar, paralelamente, la posición de preeminencia del hombre en las relaciones individuales*. Esto puede parecer una obviedad; sin embargo, no lo es tanto si advertimos que no aparece en todas las tipificaciones penales del feminicidio y que cuando aparece, en múltiples ocasiones, sirve para identificar una clase de feminicidio y no la propia categoría. Es más, en las legislaciones en las que se menciona la discriminación, tal mención se hace de forma separada a la alusión al contexto de la relación de pareja, no estableciéndose una vinculación entre ambos elementos (51), lo que permite una interpretación del contexto de relación de pareja como suficiente para catalogar el hecho como feminicidio.

Sí se refirió a este elemento el Tribunal Constitucional español en la STC 59/2008 al fundamentar la constitucionalidad de la mayor pena asignada al maltrato del varón sobre su pareja o expareja mujer prevista en el art. 153.1 CP español. Como es ya conocido el Tribunal Constitucional sostuvo que se trata de una norma legítima que sanciona más gravemente el maltrato sobre la mujer porque constituye una clase de violencia expresiva de la discriminación, la que se ejerce sobre las mujeres, que, por ello mismo, es un hecho delictivo que refleja un mayor desvalor de injusto (52). En el plano expresivo, en su dimensión comunicativa, esta clase de violencia representa siempre un ataque a la igualdad de la víctima, una negación de sus derechos iguales; en segundo lugar, comporta el menosprecio (53), la minusvaloración de las diferencias identitarias de la víctima –de las mujeres– o de sus funciones familiares y sociales a las que asigna menor rango;

(51) Cfr. nota 8, legislación de Bolivia o Colombia.

(52) Sobre ello, PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, pp. 36 y ss. También TOLEDO VÁSQUEZ, P., «Femicidio», en *Sistema penal & Violência, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito* (pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), Volume 8, N.º 1, 2016, pp. 77-92, 82.

(53) Pone el acento en este elemento, LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XIX, 1996, pp. 219 y ss., 281-2.

en tercer lugar, supone una limitación, y en los casos más extremos, la negación de la autonomía, de la propia capacidad de decisión de la víctima; en cuarto lugar, supone siempre una amenaza permanente (recordatorio) de que se usará la violencia en el futuro si la mujer no se aviene a los deseos del hombre y a cumplir el patrón patriarcal; y, por último, puede llegar hasta la absoluta negación de la condición de persona a la víctima, convirtiéndola en mero ente biológico, propiedad del varón. En términos de dogmática penal esto significa que el delito de maltrato a la pareja mujer contiene un mayor desvalor de injusto dado que el desvalor de resultado –el daño– es más grave en atención a la pluralidad de bienes jurídicos afectados por la conducta: más allá de la vida y la integridad física, la libertad, la igualdad y dignidad de la víctima (54).

Ahora bien, de estos elementos de desvalor, que son perfectamente identificables en los actos de violencia sobre la mujer realizada en contextos de violencia de género, no todos se manifiestan cuando nos encontramos ante la violencia máxima que produce la muerte (55). En este caso la muerte no puede ser instrumento de amenaza para la propia víctima, para conseguir su propio sometimiento, dado que no hay persona superviviente que pueda actuar en el futuro y a la que constreñir su libertad. Y tampoco puede verse como una amenaza real al colectivo genérico de mujeres, pues, como he sostenido, la víctima no tiene carácter fungible como en los delitos de odio. Por tanto, en estos casos, los elementos de desvalor que subsisten están todos y solo vinculados a la discriminación misma y a su significado expresivo: negación de los derechos de la mujer, negación de la igualdad, menosprecio y minusvaloración de las diferencias identitarias de la mujer.

Caracterizar la violencia sobre la pareja o expareja mujer como violencia que se ejerce como instrumento de dominación discriminatoria supone la necesidad de indagar en el contexto y en los comportamientos en la relación de pareja para identificar los elementos específicos de desvalor de la violencia ejercida por esta razón. Se trata de elementos de la configuración objetiva del hecho que pueden ser identificados con independencia de cuál sea la actitud interna del autor al realizar el hecho. Y, por tanto, se trata de indagar en el significado objetivo de los hechos, en su dimensión expresiva, comunicativa o de

(54) PÉREZ MANZANO, M., *RJUAM* 2016, ob. cit., como en nota 8, p. 37. Eso sí, se trata de bienes individuales de la víctima individual, sobre ello DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *ADP* 2004, pp. 175 y 176.

(55) PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, pp. 43 y ss., 47.

sentido, con independencia de la concreta intencionalidad o motivación del autor (56).

Para que podamos calificar la muerte de una mujer por su pareja o expareja como violencia discriminatoria por razón de género es necesario, de un lado, que se ejerza la violencia en un contexto que refleje dicha discriminación, es decir, que refleje estereotipos patriarcales de subordinación de la conducta de la mujer, y, de otro, que la violencia tenga carácter instrumental respecto de dicha discriminación. La violencia de género, como conducta discriminatoria, es instrumento de dominación del hombre sobre la mujer por lo que refleja el sometimiento, menosprecio y el control de la mujer por el hombre. Sin ánimo de exhaustividad y a los solos efectos de ejemplificar a qué me refiero cuando exijo un contexto de discriminación patriarcal, precisaré que, de acuerdo con estos patrones patriarcales, de la mujer se espera: sumisión al hombre en todas las decisiones familiares –especialmente en las de carácter económico–, disponibilidad sexual, que asuma el cuidado de la casa y familia, que no se relacione con varones ajenos a la familia, o que no supere al hombre en conocimientos o situación profesional. De modo que cuando la violencia se vincule con dichos patrones, podrá calificarse como violencia discriminatoria, o violencia de por razón de género (57).

Así, no cabe ninguna duda de que existe un contexto de violencia de género cuando la violencia se produce en una situación de asignación desigual de roles patriarcales a la mujer en el seno de las relaciones de pareja, esto es, los que se relacionan con las funciones del cuidado de la casa y familia, y la «causa» del conflicto del que emerge la violencia se vincula con dicha asignación de roles patriarcales y su incumplimiento por la mujer (58). En segundo lugar, tampoco puede dudarse de que existe un contexto de discriminación patriarcal cuando la violencia se vincula al incumplimiento del papel de sumisión de la mujer (59). En tercer lugar, tampoco hay dudas cuando se humilla y menosprecia a la víctima, negando sus capacidades o despreciando su

(56) Sobre ello DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., como en nota 41, pp. 143 y ss., 165 y ss.

(57) En estos casos de muerte, no obstante, el elemento relativo a la intimidación futura de la víctima no se da. Cfr. PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, pp. 46 y ss.

(58) Cuando se leen resoluciones sobre este tema, se observa que se repiten los motivos de las disputas, vinculados a la asignación de los roles patriarcales en el seno de la familia –el cuidado de hijos, de la casa, del marido–: no me has lavado la camisa; la casa está sucia; eres una vaga, mira cómo está la casa; ponme la cena; deberías ocuparte de tus hijos en lugar de salir con tus amigas, etc.

(59) Por ejemplo, pueden ser indicios de ello cuando el hombre sostiene que la mujer le ha ofendido porque ha manifestado una opinión diferente en público a la suya, o ha evidenciado su falta de conocimientos sobre un tema...

valor o entidad (60), pues dicho menosprecio refleja su propia consideración como inferior. En cuarto lugar, también se constata dicha clase de violencia cuando el hombre ejerce control sobre la actuación y el propio cuerpo de la mujer, negando, por tanto, la autonomía de ésta (61) y su condición de persona.

Que la violencia que se ejerce contra la pareja o expareja sea instrumental a la propia discriminación de la mujer explica que en las sociedades que más han avanzado en la igualdad las cifras de violencia sigan siendo elevadas y que dichas cifras sean más elevadas en entornos urbanos que en entornos rurales. Y esto es así, porque una parte de la violencia que se ejerce hoy sobre las mujeres es una violencia reactiva; mientras la mujer acepta el rol subordinado y sumiso no es necesario el uso de la violencia física; mientras basta una mirada amenazante, no hace falta la agresión física; cuando pese a todo la mujer actúa de manera independiente, el ejercicio de la violencia física se hace necesario para imponer el modelo patriarcal (62). Es por tanto el desafío al modelo patriarcal emprendido por las mujeres un factor que ha elevado el riesgo de sufrir violencia de género en su forma más extrema.

3.3 Violencia, ¿por ser mujer? o ¿por dejar de serlo?

Si la conexión entre los delitos de odio y la violencia sobre las mujeres ha planteado siempre problemas, la definición de la misma acuñada por Diana Russel como la que se ejerce contra las mujeres «por el mero hecho de serlo» ha conseguido un amplio consenso doctrinal y legal, hasta el punto de que forma parte de las definiciones de feminicidio adoptadas por los códigos penales (63). En mi criterio, sin

(60) «No sirves para nada», «tú no sabes de esto», «cállate cuando yo hablo», etc...

(61) El varón toma las decisiones sobre ella, diciéndole cómo tiene que vestirse o comportarse, negándole la posibilidad de salir, estudiar, trabajar, visitar a sus amigos o parientes, negando su capacidad de decisión en ámbitos económicos, y, por supuesto, decidiendo cuándo y cómo se mantienen las relaciones sexuales.

(62) Cfr. RODRÍGUEZ-MENÉS, J. AND SAFRANOFF, A., «Violence Against Women in Intimate Relations: A Contrast of Five Theories», en *9 European Journal of Criminology*, 2012, pp. 584-602, 597, 599. Este estudio confirma otros previos que habían evidenciado que desequilibrios económicos en la pareja a favor de la mujer, mayor edad de la mujer, son elementos que aumentan las probabilidades de la mujer de sufrir violencia en la pareja. Se trata siempre de circunstancias que desafían el modelo patriarcal. Pero este estudio llega a la conclusión de que la subordinación de la mujer reduce las probabilidades de sufrir violencia, de modo que la violencia tiene un componente reactivo del desafío de las mujeres al modelo patriarcal.

(63) Cfr. por ejemplo, el art. 108.^o Código penal de Perú; el Convenio de Estambul de 2011, en su art. 3 d) establece que «[p]or «violencia contra la mujer por

embargo, esta definición no es tampoco suficientemente precisa y expresiva del fenómeno.

Cuando se afirma que la muerte de una mujer se ha realizado «por el mero hecho de ser mujer» se envía un doble mensaje: de un lado, se pretende advertir que la muerte de la concreta víctima no responde a un motivo individual conectado con dicha concreta persona, sino que la muerte se produce porque la persona pertenece a la categoría «mujer» (64); de otro, la expresión alude a que la violencia que se ejerce sobre la mujer carece de un motivo que se relacione con lo que la mujer *hace*, sino con lo que la víctima *es*. Parece entonces que se trata de una violencia «gratuita», sin un motivo específico que explique la actuación del autor y sin un propósito concreto de este que se relacione con la concreta víctima. Creo, sin embargo, que la violencia sobre la pareja o expareja no encuentra una definición certera en esta expresión, pues no es violencia *gratuita*. Como acabo de exponer, creo, más bien, que la violencia del hombre sobre la pareja o expareja mujer, que es constitutiva de violencia de género, es una violencia *instrumental*, pues se trata de una violencia que se ejerce para mantener o restablecer las desiguales relaciones de poder en el marco de la pareja.

Por esta razón, porque la violencia del hombre sobre su pareja o expareja mujer tiene siempre carácter instrumental, no me parece adecuado sostener que esta clase de violencia de género es violencia sobre la mujer por el mero hecho de serlo. La violencia contra la mujer por razón de género tiene una relación estrecha con el comportamiento de la mujer, con los patrones sociales de actuación cuyo cumplimiento se reclama de las mujeres (65). En realidad, si partimos de la idea manifestada por Simone de Beauvoir de que no se nace mujer sino que se llega a serlo, sostener que el feminicidio es la muerte de las mujeres por el hecho de serlo no es suficientemente expresiva; si «ser mujer» es comportarse conforme a ciertos patrones sociales que se aprenden, la violencia sobre la mujer no se produciría *por ser mujer*,

razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

(64) Por ejemplo, SEGATO, L., *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, Serie Antropología, Universidad de Brasilia, Brasilia, 2004, p. 13.

(65) La propia Diana Russell parece advertir esta idea, pues su definición presenta una cierta evolución, pasando a apelar al sexismo, en tanto sentido de superioridad de los hombres, como el motivo de los asesinatos de mujeres, y separándose de la caracterización de Caputi de la violencia sobre las mujeres como delito de odio. Cfr. Russell, D., como en nota 25, p. 14; LAPORTA HERNÁNDEZ, E., «Evolución del concepto. Un anglicismo que se desarrolló en América Latina», en ATENCIO, G., *Feminicidio*, como en nota 25, pp. 63 y ss., 65-69.

sino por dejar de serlo, o para que se sea: esto es, por no comportarse conforme a los patrones sociales exigidos que identifican al género femenino y para alcanzar el objetivo de un comportamiento de la mujer ajustado a dichos patrones (66). La violencia de género, de un lado, tiene el sentido del castigo que impone el hombre a la mujer por desviarse del comportamiento considerado adecuado, y/o, de otro, tiene la finalidad de dirigir el comportamiento futuro de la mujer. En atención a ello creo que definir la violencia sobre la mujer por razones de género como la violencia que se ejerce «por el mero hecho de ser mujer», sin perjuicio de haber conseguido llamar la atención sobre la dimensión política del fenómeno como negación de los derechos humanos precisamente de las mujeres y de constituir una categoría analítica de primer orden para desvelar los factores discriminatorios que están en la causa de estas muertes, no es la manera más precisa de expresar la esencia de esta clase de violencia, y, en consecuencia, tampoco lo es para definir el feminicidio de la pareja o expareja (67).

3.4 La violencia machista como odio a una determinada manera de ejercer los roles femeninos

Los delitos de odio racial o por razón de nacionalidad, religión u orientación o identidad sexual o de género, tienen en común con la violencia sobre la pareja o expareja mujer que se trata también de delitos en los cuales el elemento discriminatorio es un rasgo constitutivo: la creencia en la propia superioridad del autor y del colectivo al que pertenece, el menosprecio de los rasgos identitarios del colectivo al que pertenece la víctima (68), la pretensión de limitar la capacidad de decisión y actuación de la propia de la víctima. Todos son delitos que se nutren de prejuicios discriminatorios y que se realizan con el objetivo, manifiesto o implícito, de mantener un determinado modelo

(66) Todo ello, además, descontando que no hay una manera única de ser mujer. Cfr. De BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, 1.ª ed., 1949; reimpresión, Siglo XXI, Buenos Aires, 1999, p. 13. Sólo en este sentido es cierto que el feminicidio es un hecho en el que no es indiferente la víctima, sino que se produce precisamente porque es mujer y ser mujer significa padecer la discriminación estructural que, como pauta de comportamiento social, es la causa de los propios feminicidios. Cfr. LAURENZO COPELLO, P., como en nota 7, pp. 122 y ss.

(67) Como afirma LAURENZO COPELLO, feminicidio es toda muerte de una mujer derivada de la discriminación por razón de género. *Idem* nota anterior.

(68) Como afirma AÑÓN ROIG (como en nota 20, pp. 125 y ss., 134), el comportamiento discriminatorio como tratamiento desfavorable tiene «carácter grupal o colectivo» pues la discriminación se experimenta desde características que se comparten con el colectivo, con el grupo, a pesar de la heterogeneidad interna del mismo.

de relaciones sociales que asigna un comportamiento subordinado, inferior a los integrantes de los colectivos discriminados (69) a los que se les niegan iguales derechos y autonomía para desarrollar libremente su personalidad (70), o, incluso, el derecho a su propia existencia. Todos expresan un mensaje de menosprecio a las víctimas. Sin embargo, como acabo de sostener, no creo que ello convierta a todos los delitos con componente discriminatorio en delitos de odio (71). Es más, creo que es distorsionador y políticamente negativo encuadrar el feminicidio de la pareja o expareja entre los delitos de odio. Como acabo de razonar, la violencia del hombre sobre su pareja o expareja mujer no contiene el elemento de odio genérico al colectivo «mujer», ni la dimensión de sentido de delito colectivo de amenaza a toda mujer que caracteriza el resto de los delitos de odio. Tampoco puede afirmarse con propiedad que la víctima sea fungible. Finalmente, sus elevadas cifras constituyen un indicio de su propia especificidad.

Ahora bien, ello no significa que no sea posible identificar un cierto elemento de «odio» en los delitos de violencia sobre la mujer por razones de género, también en el feminicidio de la pareja o expareja. En mi criterio, el odio no se proyecta sobre lo que las mujeres somos, sino sobre la forma en la que nos comportamos de acuerdo con nuestras creencias, valores e ideas; la aversión se dirige hacia un tipo especial de creencias o ideología que viene constituida por la propia ideología de la igualdad de género o igualdad entre los géneros, que asigna a la mujer una posición de igualdad respecto de los hombres.

(69) Cfr. MILTON PERALTA, J., «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)», *Indret* 4/2013.

(70) Que las personas de raza negra no voten o acudan a las mismas escuelas que los blancos, que los judíos no puedan tener propiedades, que los migrantes no puedan viajar libremente o acceder a servicios médicos, todos son muestra de que se pretende un comportamiento distinto del discriminado. Incluso en relación con la orientación sexual y el comportamiento de género, lo que se pretende es un comportamiento heterosexual tradicional de todas las personas. Por tanto, tras todo delito de odio, hay una pretensión de modificar el comportamiento de la víctima y de imponerle un modelo de comportamiento distinto. Son delitos que se nutren de un prejuicio discriminatorio y que tienen un carácter finalista-instrumental.

(71) Todo ello con independencia de si en la configuración dogmática de los delitos o agravación, el odio debe ser interpretado como un elemento subjetivo que añade desvalor por el carácter del motivo o no. En criterio, como ha señalado un sector relevante de la doctrina, lo que caracteriza estos casos es un mayor desvalor del injusto. Cfr. LAURENZO COPELLO, P., como en nota 53, pp. 219 y ss., p. 281; LANDA GOROSTIZA, J. M., como en nota 41, pp. 185 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., como en nota 41, pp. 143 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., como en nota 41, pp. 24 y ss., 32.

La violencia contra la pareja o expareja evidencia el odio a esta *ideología*, a la manera de concebirnos a nosotras mismas –como iguales– y el odio a la manera de presentarnos en el mundo y actuar en sociedad –libres, dignas–. Una ideología, una manera de actuar que no encaja con el modelo tradicional patriarcal discriminatorio.

Ello implica que, en realidad, el odio del machista no se dirige a todas las mujeres como colectivo, sino a una *determinada manera de concebir y ejercer los roles femeninos*. Y ese odio le conduce a odiar a un grupo de mujeres, las que actúan y se comportan conforme a ese parámetro de igualdad que se odia. Es también cierto que ese odio alcanza, sobre todo, a la mujer que es o ha sido su pareja, porque, en el imaginario machista, es precisamente ese comportamiento igualitario de su pareja el que le niega el papel de superioridad que cree le pertenece por derecho natural, y le sustrae una parte de la que considera su identidad fundamental masculina. Es más, ese comportamiento igualitario de su pareja o expareja daña, según sus creencias, su propia identidad masculina: el comportamiento igualitario de la mujer se le hace más insoportable al hombre si se manifiesta en sus relaciones con su pareja que si se manifiesta en otro contexto social.

Como he expuesto en otro lugar (72), la violencia de género más significativa es la *violencia de género doméstica, y, dentro de ella, la que se ejerce contra la pareja*. Y ello se debe a que el *contexto familiar es especialmente apto* para generar violencia de género: primero porque se trata de un espacio *privado* en el que existen relaciones de dependencia y en el que las personas se manifiestan de forma más desinhibida. Pero también porque las relaciones de pareja son el *espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más tradicionales y discriminatorios*: aquéllos que pretenden reducir el papel de la mujer y la identidad femenina a funciones de cuidado de la pareja y los hijos y de subordinación a la autoridad masculina; por ello, paralelamente, para el hombre, la familia, y más en concreto la pareja, es el último reducto donde ejercer el rol masculino dominante sin el cual, el hombre que se manifiesta anclado en el modelo patriarcal, se considera a sí mismo carente de identidad.

Dicho de otro modo, la familia –y en su marco, la pareja– es el espacio respecto del que se han construido socialmente en el género masculino mayores expectativas acerca de su superioridad sobre la mujer y acerca del rol femenino patriarcal sumiso que ésta debe asumir, de modo que las posibilidades de que un varón vea frustradas sus

(72) PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, p. 22.

expectativas de género (masculinas) son mayores. En otros contextos, por el contrario, las expectativas del hombre son menores o este gestiona su frustración de un modo distinto (73), siendo incluso controladas socialmente –como no están bien vistas pueden ser reprochadas–. En otras ocasiones, el hombre ni siquiera manifiesta socialmente la frustración de su expectativa porque la asume individualmente, y en silencio, a condición de tener otro espacio en el que poder seguir desarrollando la que considera su identidad masculina –su rol superior y de dominación sobre la mujer–: acepta el rol igualitario femenino en sociedad mientras pueda seguir ejerciendo su rol dominante en privado. Por ambas razones, la igualdad en la pareja se le hace más insostenible que en otros contextos sociales: porque es la que incide de forma más directa en el núcleo de sus creencias identitarias masculinas–machistas–; porque sin el reducto privado de dominación sobre la mujer carece de entorno en el que desarrollar su propia identidad masculina –machista– (74).

4. ALGUNA CONCLUSIÓN

La identificación en estos casos de un rasgo expresivo de «odio» y la explicación de las razones del mayor riesgo de sufrir violencia en el seno de la pareja, no implican que el feminicidio de la pareja o expareja contenga siempre una dimensión colectiva fundamental de amenaza genérica al colectivo de las mujeres ni desde una perspectiva fenomenológica, ni desde una óptica comunicativa. La muerte en estos casos sigue teniendo sustancialmente una dimensión individual: aunque comporte un daño mayor, este se ciñe a los efectos

(73) Cfr. LARRAURI PIJOAN, E., *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*, Buenos Aires (B de f), 2008, pp. 4, 5 y ss.

(74) Ello no quiere decir que el «odio» del machista se proyecte sólo sobre la mujer, y, en particular, sobre su mujer; en realidad si lo que se odia es la ideología de la igualdad entre géneros, el odio se proyectará también sobre todo comportamiento realizado por los hombres que cuestione el modelo discriminatorio patriarcal y los roles asignados: hacia el hombre que no se comporta de acuerdo con los roles patriarcales asignados. En primer lugar, sin duda, se proyecta contra el hombre que evidencia una preferencia sexual o una identidad de género que no se corresponde con el patrón (homosexuales, transexuales, intersexuales); en segundo lugar, se proyecta contra el hombre que asume roles tradicionalmente «femeninos» en el modelo patriarcal (se ocupa de la casa, los hijos, etc.). Y también se proyectará sobre otras mujeres por razón de su orientación sexual o identidad de género, porque también las mujeres lesbianas o trans-género cuestionan el modelo de comportamiento patriarcal.

producidos en los bienes de la víctima individual, en su vida, en su dignidad, en su derecho a no padecer discriminación. Podría sostenerse que debido a que esta clase de muertes se insertan en una pauta discriminatoria estructural tienen una dimensión colectiva, pues envían un significado global al colectivo «*mujer*», emancipada o no (75). Siendo ello cierto, no creo que este efecto comunicativo sea mayor al que tiene cualquier comisión de un delito; pues también todo delito tiene siempre una dimensión comunicativa a la que se reacciona con la pena.

En suma, aunque en el feminicidio de la mujer por parte de su pareja o expareja se pueda identificar un objeto «odiado» –la propia igualdad de género en las relaciones de pareja como creencia o ideología–, y un colectivo sobre el que se proyecta –las mujeres que pretenden dicha igualdad en el seno de las relaciones familiares–, no es este el elemento que dota de identidad al hecho. Es el carácter instrumental de la violencia respecto de la discriminación patriarcal el elemento que aporta sentido y desvalor específico al hecho. Por tanto, es el elemento que puede ser tomado en consideración bien para la tipificación penal autónoma de esta clase de muertes, bien para su sanción a través de una circunstancia de agravación.

Varias son las consecuencias preliminares que se extraen de lo expuesto de cara a la tipificación penal del feminicidio de la pareja o expareja por el hombre: tanto si se opta por la tipificación autónoma del feminicidio como por su tratamiento punitivo en el marco de los delitos comunes contra la vida con aplicación de una agravación específica, debe individualizarse el tratamiento penal del feminicidio de la pareja o expareja del que se otorgue a los delitos de odio y no debe caracterizarse como un tipo de violencia de odio sobre las mujeres, o

(75) Frente a las mujeres no emancipadas, el mensaje es «no intentes emanciparte o atente a las consecuencias». En efecto, si la aversión se proyecta sobre la forma en que se ejercen los roles femeninos, pareciera que el colectivo odiado y en riesgo de ser víctimas de violencia de género sería sólo el de las mujeres emancipadas. Pero esta conclusión es errónea. A estos efectos resulta pertinente recordar varias ideas fundamentales. La primera es que hay un amplio elenco de conductas violentas cuyo sentido es simplemente expresivo de la superioridad y el poder masculino. Estas solo tienen la finalidad de dejar clara la diferente posición de autor y víctima, y, por tanto, en estos casos la violencia no se ejerce en reacción a una conducta que trasgrede los roles patriarcales, sino que se produce también ante conductas sumisas de la víctima. Y la segunda es que una parte de la violencia machista ejercida tiene también su causa en hechos imaginarios u ofensas irreales, es decir, en creencias erróneas del hombre sobre el comportamiento real de la víctima concreta; creencias que son reflejo del conjunto de tópicos o imaginario machista. Desde esta perspectiva, toda mujer, sumisa o emancipada, que tenga una relación de pareja con un machista violento está expuesta al riesgo de ser víctima de violencia con independencia de su comportamiento.

por razón de misoginia (autonomía de feminicidio); en todo caso ha de dejarse claro que esta agravación tiene un fundamento objetivo específico, parcialmente distinto al que justifica los delitos de odio discriminatorio, aunque compartan un núcleo común; en la tipificación del feminicidio de la pareja cometido por el hombre no basta con la mención del contexto relacional –la pareja o expareja– pues este no identifica el núcleo específico del supuesto ni su fundamento agravatorio; el mandato de taxatividad exige que el tipo penal incorpore el elemento que fundamenta la agravación, esto es, el carácter de la violencia ejercida para alcanzar, mantener, restablecer o simplemente evidenciar una posición dominante del hombre y discriminatoria de la mujer (los contextos de la discriminación).

4.1 Autonomía del feminicidio de la pareja o expareja

Si, como he sostenido, hay una diferencia esencial entre la muerte que el hombre realiza de su pareja o expareja mujer y la muerte de otras mujeres por odio a las mujeres –por misoginia–, la definición del feminicidio de la pareja como violencia por odio contra las mujeres no es suficientemente precisa, y la tipificación conjunta de ambas clases de muerte de las mujeres es distorsionadora. La muerte por misoginia si contiene el elemento de amenaza al colectivo típico de los delitos de odio. Un componente de desvalor del injusto que puede conducir a un marco de pena distinto al de otras muertes de las mujeres.

En este contexto, creo que ha acertado el legislador argentino al tipificar de forma separada las dos clases de muerte, la que se fundamenta en la misoginia y la que se conecta con la violencia de género. De un lado, la muerte «*por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión*» (art. 80.4 CP argentino) que incluirá todo caso de delito de odio, también contra las mujeres, en el que la identidad concreta de la víctima sea irrelevante. Y, de otro, la muerte «*a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género*» (art. 80.11 CP argentino), dejando claro que no basta con la condición de hombre del autor y de mujer de la víctima, sino que la aplicación de la pena agravada exige que, además, haya mediado *violencia de género*, excluyendo, por tanto, la posibilidad de una calificación automática como feminicidio de cualquier muerte de mujer perpetrada por un

hombre (76). Por el contrario, yerran las legislaciones que regulan de forma conjunta ambos tipos de muerte y las que identifican el contexto relacional de pareja como de por sí suficiente para entender producida la violencia de género (77).

4.2 La discriminación patriarcal y sus contextos

Como he sostenido (78), no es buena política criminal la que se concreta en legislaciones penales que establecen que todo caso de violencia o muerte por el hombre de su pareja o expareja mujer es constitutiva de violencia de género, porque desconoce que existen algunos casos (79) en los que, a pesar de existir el contexto relacional de la

(76) La legislación argentina ha generado no poca polémica y problemas interpretativos, de un lado, porque junto a ambos casos, en el número 1 se incluyen los tradicionales casos de parricidio, y, de otro, porque hay que precisar qué es la violencia de género. Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., como en nota 23, pp. 86 y ss.

(77) Ejemplo de lo primero es el art. 45 de la Ley especial de El Salvador que sanciona como feminicida con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien causare «la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer», señalándose que «se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias: .../ ... Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género». Y de lo segundo, el art. 252 bis del CP de Bolivia tras la reforma de 2013 («Se sancionará con la pena de presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto, a quien mate a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. El autor sea o haya sido cónyuge o conviviente de la víctima, esté o haya estado ligada a esta por una análoga relación de afectividad o intimidad, aun sin convivencia»). No está muy clara la redacción del art. 104 A del Código penal de Colombia tras la reforma de 2015 («quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses»); en una primera lectura, parece comprender distintas modalidades alternativas, en cuyo caso sería una legislación errónea; ni tampoco es clara la interpretación del art. 108 b del Código penal de Chile tras la reforma de 2013 («Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. Violencia familiar;.../... 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente»), pues aunque el enunciado comprende una definición genérica (matar a la mujer por su condición de tal), que permitiría considerar que exige un elemento añadido a los contextos o situaciones específicas que menciona, carece de sentido dicha interpretación en relación con el punto 4, dado que este incorpora por sí mismo el elemento discriminatorio; de modo que parece que la muerte en un contexto de violencia familiar siempre se calificaría de femicidio.

(78) Como en nota 8, pp. 41 y ss.

(79) Sin duda constituyen la minoría de los casos.

pareja, sin embargo, la violencia no es manifestación de la discriminación patriarcal de la mujer (80). Tampoco es buena técnica de tipificación penal la que introduce cláusulas absolutamente vagas y abiertas que no permiten al ciudadano prever las consecuencias de sus acciones y dejan al juez en una situación incómoda de concreción de la ley en ámbitos, como al que me refiero, en los que los prejuicios latentes juegan un papel esencial. Hay que convenir que las legislaciones penales de América Latina que han incorporado el feminicidio no son óptimas pues contienen imprecisiones y duplicidades y son expresión, en muchos casos, de un exacerbado punitivismo. Pero, sobre todo, no lo son porque carecen de un modelo que identifique con suficiente precisión el fenómeno delictivo y el fundamento del específico y mayor desvalor que pretenden incorporar los delitos. Solo a partir de una posición clara sobre ambos extremos se pueden construir los tipos penales de forma político-criminalmente adecuada y con respeto del mandato de determinación.

Como ya he expuesto, lo que fundamenta la singularidad de esta clase de violencia ejercida por el hombre sobre la mujer es que se realiza para alcanzar, mantener o restablecer una posición dominante del hombre y discriminatoria de la mujer. Este rasgo permite identificar elementos específicos de desvalor que pueden ser objetivados con independencia de la actitud interna del hombre (81) y que, como ya he señalado, pueden concretarse en el ataque a la igualdad de la víctima, al negarle sus derechos iguales; el menosprecio y minusvaloración de las diferencias identitarias de la víctima –de las mujeres– o de sus funciones familiares y sociales; en la limitación y negación de la autonomía de la víctima; en la amenaza permanente a su libertad y derechos; y, en su caso, en la absoluta negación de la condición de persona a la víctima, convirtiéndola en mero ente biológico, propiedad del varón. Ahora bien, como ya he advertido, de los elementos de desvalor que hemos identificado en el maltrato realizado por el varón sobre su pareja o expareja mujer solo subsisten en el feminicidio de la pareja o expareja los que están vinculados a la discriminación misma y a su significado expresivo: negación de los derechos de la mujer, negación

(80) Lo mismo puede decirse de las legislaciones que establecen la mera existencia de una relación laboral, de compañerismo o amistad como suficiente para considerar feminicidio la muerte de la mujer por el hombre. Así el art. 252 bis del CP de Bolivia, o el art. 104 A CP de Colombia.

(81) En este sentido estoy de acuerdo con MILTON PERALTA, J., como en nota 69, pp. 10 y ss., en que el elemento relevante de desvalor no tiene carácter subjetivo, no se centra en los motivos del autor.

de la igualdad, menosprecio y minusvaloración de las diferencias identitarias de la mujer.

A partir de esta identificación del fundamento y desvalor del feminicidio, los legisladores deben hacer un esfuerzo en su tipificación de cara a describir de la forma más precisa posible los contextos que pueden constituir expresiones de dicha discriminación, distinguiendo aquellos en los que siempre y en todo caso se entenderá que la violencia es manifestación de la discriminación patriarcal, y aquellos que pueden representarla y en los que, por tanto, habrá que indagar de forma complementaria. Así, en primer lugar, pueden identificarse algunos contextos en los que *siempre y en todo caso*, sin necesidad de mayor comprobación de las circunstancias particulares del caso, podemos afirmar que concurre esta clase de violencia. En mi criterio, ello se produce, sin duda, cuando existe una violencia habitual previa, cuando la muerte se conecta con la negativa de la mujer a establecer, mantener o reanudar una relación de pareja y cuando se vincula con la comisión de atentados a la libertad sexual de la mujer (82). Los tres son ejemplos no solo de negación de la autonomía de la víctima, sino específicamente, de la asignación de roles sociales subordinados a la mujer en las relaciones hombre-mujer que, por tanto, son expresión de la discriminación patriarcal de la mujer. Todos son expresión simbólica de una pretensión de posición dominante del hombre en sus relaciones con la mujer.

Más allá de estos casos (83), será necesario, en segundo lugar, analizar el *caso concreto* indagando sobre su contexto para determinar si la muerte se ha producido en un contexto de discriminación patriarcal, como instrumento para asegurar, establecer o restablecer dicha discriminación. A tal efecto puede ser de gran utilidad partir de los supuestos que ya he mencionado, de *predominio, menosprecio y control*, que pueden servir de parámetro general interpretativo. Habrá que analizar cada caso concreto siempre para examinar en qué medida las circunstancias concurrentes previas, coetáneas o posteriores a la muerte habilitan para interpretarlas como un contexto de violencia discriminatoria patriarcal. Y esto afecta también al feminicidio de la pareja o expareja, pues, como he sostenido, la existencia de este con-

(82) El primero se incluye por ejemplo, en el art. 6 de la Ley del feminicidio de Guatemala de 2008; la violencia sexual en el art. 148 bis del CP federal de México; y los tres se contemplan en el art. 9 de la Ley Integral contra la Violencia contra las Mujeres de Nicaragua de 2012.

(83) Es posible que haya algún otro contexto en el que si se ejerce violencia siempre y en todo caso se considerará expresiva de violencia discriminatoria. De momento, creo que sólo hay consenso sobre los tres mencionados en el texto.

texto relacional no es requisito por sí mismo suficiente para la catalogación del hecho como violencia discriminatoria. Esta exigencia añadida –el contexto de discriminación patriarcal individualizado– no tiene porqué dificultar la persecución penal de estos delitos si se procede a una adecuada formación de la policía, fiscales y jueces, para señalar la importancia de que, desde la denuncia misma, se indague sobre el contexto y sobre el modelo de relaciones entre autor y víctima; de él va a depender la afirmación de la concurrencia de los elementos fácticos que permitirán la subsunción de la muerte de la pareja o expareja en el feminicidio, o la aplicación de la agravante de haber obrado por motivos discriminatorios por razón de género, si esta es la opción legislativa de referencia.