

PRÓLOGO

Debo comenzar agradeciendo a Gustavo A. Arocena haberme encargado la redacción del prólogo de su más reciente trabajo, dedicado al delito de femicidio y a otros delitos de género. Este agradecimiento es doble. Por un lado, porque me honra poder prologar esta obra. Por otro lado, porque me permite retomar la problemática de los delitos contra la vida humana, a los que desde hace tiempo no había dedicado mi atención¹.

Actualmente estos delitos tienen una significación especial en el ámbito de la sociología criminal, por la toma de conciencia del fenómeno de la violencia de género, que probablemente va más allá de los delitos de homicidio y de lesiones. El primer mérito de este trabajo es precisamente el de presentar un estudio dogmático y, en cierto sentido también político criminal, de los delitos de homicidio en el contexto de la problemática de los delitos de género. "Un fenómeno—como dice el autor— de reconocimiento relativamente reciente y de dolorosa vigencia y actualidad". Esta circunstancia da una nueva perspectiva a los tipos clásicos de los delitos contra la vida humana.

La violencia de género contra las mujeres parece ser una reacción contra su ya centenaria lucha por la igualdad. Hay sujetos de rasgos culturales atávicos que son incapaces de admitir el cambio de modelo social que las mujeres merecen y reclaman. Son la expresión de una actitud irracional que se manifiesta en el uso de la fuerza para impedir el progreso de la dignidad de la mujer.

Desde las luchas de las sufragistas, vestidas de blanco, verde y púrpura, en la imponente manifestación por el derecho al voto, organizada en 1908 por la *Women's Social and Political Union*, que tuvo lugar en el Hyde Park de Londres, hasta hoy el modelo social en el que las mujeres ocupaban un lugar subordinado

¹ Confr. Bacigalupo, *Los delitos de homicidio*, 1989, y *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, 1ª ed., 1991, 2ª ed., 1994, ps.13 a 91.

y secundario ha sufrido ciertamente variaciones. Su reemplazo por el modelo igualitario, sin embargo, no se ha completado. Quedan todavía, entre otras, las inexplicables diferencias salariales que actualmente todavía las perjudican.

El fenómeno de la violencia de género contra las mujeres aparece, por lo tanto, como la manifestación brutal de una reacción contra el modelo igualitario y ello requiere una adecuación de los puntos de vista con los que encaramos la legislación y la dogmática de los delitos contra la vida, la integridad corporal y otras lesiones y de tratos degradantes de las personas.

En España hasta el final de la dictadura franquista el estatus jurídico de la mujer la subordinaba al hombre (el marido o, en su caso, el padre) de una manera tan fuerte, que su posición era más parecida a la de una cosa que a la de una persona. Es de suponer que esta subordinación haya generado en ciertos hombres la idea de "propiedad" sobre la mujer, que probablemente es el trasfondo de la inercia machista de nuestros días. Es posible que, en otros países, en los que la discriminación de la mujer no haya sido tan denigrante, como en la Argentina, esta explicación no tenga la misma fuerza explicativa, pero, de una u otra manera, esta idea de propiedad sobre la mujer está presente en muchos de los casos de violencia que hoy nos conmueven.

Estas reacciones contra una sociedad igualitaria de mujeres y hombres se manifiestan básicamente en forma de delitos de homicidio y de lesiones, es decir: en delitos que exteriorizan claramente esa perniciosa idea de "propiedad sobre la mujer".

Sin embargo, es conveniente no extender el concepto de violencia de género, tal como lo acabo de describir, a todos los casos en los que un hombre mata a una mujer. Me parece erróneo, por ejemplo, considerar como violencia de género el caso del homicidio-suicidio de una pareja. Detrás de estos casos es posible que exista un drama de otra índole.

Por estas razones el fenómeno de la violencia de género del que hemos tomado conciencia en las últimas décadas no podía ser ajeno al Derecho penal y a la criminología. Sin embargo, hay una tendencia, carente de base científica, a pensar que la prevención de los delitos puede ser garantizada solo por medio de la amenaza de una pena del Derecho criminal. Incluso cuando las estadísticas demuestran la ineficacia del Derecho penal para esos cometidos, como lamentablemente está ocurriendo, por ejemplo en España, con la violencia de género. Se trata, al menos en parte, de una actitud que no tiene en cuenta el esfuerzo de la ciencia del Derecho penal desde Hugo Grotius en 1625².

² Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625, véase en Th. Vormbaum (ed.), *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, 1, 1993, p. 16 y s., por dar al derecho penal un sentido racional que diferencie la pena de la venganza.

En España la modificación de las leyes penales mediante el agravamiento de las penas no ha tenido todo el efecto preventivo que se esperaba respecto de la violencia de género. No obstante, se sigue pensando por muchos que la violencia de género es predominantemente una cuestión penal. Y sin duda lo es. Pero, el Derecho penal no es la única medicina. Con razón declara ya inicialmente Arocena que “la legislación penal tiene su importante papel en la lucha contra la violencia de género, que deberá ser cumplido sin olvidar que la intervención punitiva es la *ultima ratio* entre las distintas herramientas con las que cuenta el Estado para garantizar la pacífica convivencia entre los ciudadanos y ello impone que el Derecho penal se emplee, incluso en el ámbito de estas repudiables conductas, con especial prudencia y razonable economía”.

El problema, de todos modos, no es de fácil solución. Cuando decimos los penalistas que no se resolverá con el Derecho penal, surge claramente una pregunta inevitable: ¿qué debemos entonces hacer, además del Derecho penal? En verdad: desde el Derecho penal no tenemos respuesta.

Ahora se ha recurrido a la palabra “feminicidio” o “femicidio”, o sea al nombre del delito. De esta manera se quiere caracterizar el homicidio de una mujer por un hombre cuando “*mediare violencia de género*”. Pero, en el estado actual de nuestros conocimientos, no parece que el nombre dado a un delito aumente el efecto preventivo del Derecho penal. Hoy se reconoce de manera probablemente unánime que el efecto preventivo general de la pena no es demostrable empíricamente y que, en todo caso, solo es posible *suponer* que el mantenimiento del orden social no puede prescindir del Derecho penal³.

Por lo tanto, si la amenaza de la pena o el aumento de su gravedad no garantizan la reducción de los delitos, es difícil que un nombre específico del delito aumente el efecto preventivo de la pena. ¿Se cometerían menos estafas, habría menos estafadores, si este delito se denominara “engaño patrimonial”? La respuesta negativa es obvia.

La problemática dogmática del feminicidio es compleja; sobre todo porque requiere precisar cuándo media violencia de género y porque es necesario diferenciar este delito del homicidio. El legislador argentino ha entendido que el elemento diferenciador es la manifestación de “violencia de género” por parte del autor. Precisar este concepto de manera que su aplicación sea adecuada no es fácil. ¿Qué significa “*mediare violencia de género*”?

El profesor Arocena da una respuesta dogmáticamente clara: se trata de un “elemento normativo jurídico” que se dará cuando el autor “muestre una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y la

³ Véase Stratenwerth - Kuhlen, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2004, p. 9 y ss.; Roxin, *Strafrecht AT*, I, 3ª ed., 1997, p. 50 y siguientes.

mujer". No se trata de una noción biológica, agrega, sino del "aspecto cultural de la construcción de roles derivada de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades sensibles entre la 'identidad masculina' y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a 'lo femenino'".

En esta caracterización se percibe la saludable tendencia a objetivar el concepto. Sin embargo, pienso que, no obstante, el acierto sociológico de la definición, que tiene un sólido consenso en la teoría, deberíamos aprovechar la ocasión para profundizar una clase de elementos del tipo a los que nuestra dogmática ha prestado poca atención: los *elementos de la actitud del autor* (*Gesinnungsmerkmale*), cuya relevancia para la autoría ha sido subrayada⁴, entre otros, por Roxin. Estos elementos generan una interesante discusión en el campo de la accesoriedad de la participación, que requiere ser profundizado en la mayoría los elementos de los tipos del art. 80 del CP argentino. La pregunta que formula Roxin no tardará en ser planteada en la práctica: "¿Estos elementos de la actitud tiene que concurrir en todos los partícipes o solo en el autor?"⁵.

La cuestión tiene que ver con la autonomía o no de los tipos de homicidio respecto del asesinato u homicidio calificado. La cuestión es delicada, porque estamos en los límites del Derecho penal de acto frente al derecho penal de autor.

En suma: la investigación de Arocena pone de manifiesto, acertadamente, que el delito de feminicidio es un nuevo supuesto de homicidio calificado por la actitud del autor. El legislador ha considerado, con acierto político criminal, que la imposición de un modelo social reprobable respecto de las relaciones mujer-hombre ataca de manera esencial a los fundamentos de la convivencia y, por ello, debe ser objeto de una grave sanción criminal. Desde el punto de vista de la técnica legislativa probablemente podría haber recurrido al modelo del § 111 del CP alemán, que incrimina todos los casos de la muerte de otro cometida por "motivos abyectos". Pero, sin duda, ha querido señalar y puntualizar un caso especialmente conmovedor de nuestra cultura social, evitando toda discusión al respecto.

La reforma de los delitos de género no se limita a la introducción del delito de feminicidio; tiene un alcance mayor. No es posible en las páginas de este prólogo referirse a todos los delitos que son objeto de la investigación del profesor Arocena. Desde mi punto de vista es especialmente interesante la extensión de la calificación del homicidio, es decir, lo que en España y Alemania llamamos "asesinato", a los casos de la muerte dolosa del excónyuge o de la persona con quien el autor mantenga o haya mantenido una relación de pareja, haya mediado o no convivencia, con el propósito de causarle sufrimiento a su pareja o expareja.

⁴ *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª ed., 1994, p. 434 y siguientes.

⁵ *Ibidem*, p. 435.

También aquí sobresalen los aciertos de las tesis dogmáticas propuestas. Solo una breve referencia a este punto. La conclusión de Arocena sobre los sujetos del delito es acertada. No es un delito de protección de la mujer, sino que pueden ser autores cualesquiera de los componentes de la pareja. En la definición de pareja no se hace referencia, como es claro, a que la pareja sea de una mujer y un hombre y, por lo tanto, el delito se refiere también a las parejas del mismo sexo. La caracterización del sujeto pasivo es también muy acertada. No es la mujer, sino "un ser humano cuya muerte cause sufrimiento a la pareja o expareja". De esta manera, el legislador se ha hecho cargo de una dolorosa y aberrante modalidad de estos delitos, en los que con frecuencia las víctimas han sido los hijos de la pareja.

Solo me resta desear al autor el mayor de los éxitos con esta obra, con la que nuevamente enriquece la dogmática penal argentina.

Madrid, 17 de junio de 2017.

ENRIQUE BACIGALUPO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE, MADRID

