

EL PENSAMIENTO DE JUDITH BUTLER Y SU INFLUENCIA EN LA CONFORMACIÓN DEL DELITO DE HOMICIDIO CALIFICADO POR ODIO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO O SU EXPRESIÓN (ART. 80 INCISO 4º DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO).

VICTOR HUGO BENITEZ¹

§1. INTRODUCCIÓN. §2. JUDITH BUTLER Y SU PENSAMIENTO. §2.1. LA TEORÍA "QUEER". §3.- LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO. § 4.- EL TIPO PENAL. § 4. 1.- EL BIEN JURÍDICO PENAL. § 4. 2.- LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL. § 5.- CONCLUSIÓN. § 6.- LECTURAS ADICIONALES. § 7.- BIBLIOGRAFÍA.

§1.- INTRODUCCIÓN.

Judith Butler es una de las exponentes más importantes del pensamiento filosófico, jurídico y político actual, con una importante trascendencia en el siglo XX como en este siglo. El presente ensayo pretende describir brevemente los puntos más salientes del pensamiento de Judith Butler y destacar la influencia de los conceptos desarrollados por la autora en las normas que conforman el plexo jurídico que dan sustento al novedoso delito de *Homicidio Calificado por odio al género, o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión* (art. 80 inciso 4º del Código Penal Argentino). La idea central del trabajo consiste en exponer de manera breve los conceptos elaborados a partir del pensamiento de Judith Butler y cotejar su incidencia y correlación con la opinión que la doctrina ha desarrollado luego de la incorporación de dicho delito al catálogo punitivo argentino. Dicho tipo penal se compone de conceptos extra penales que surgen de la ley 26.743 de Identidad de Género. Esta ley nutre y completa el tipo penal del art. 80 inc. 4º del CP, ya que contiene conceptos que poseen una marcada correlación con la tesis *performativa* del género que surgen de las ideas de Butler. Es mi intención trazar una relación entre los conceptos elaborados por la autora con los que componen el tipo penal y a su vez hacer una comparación con la opinión de la doctrina a fin de brindar claridad conceptual y precisión a la hora de aplicar la norma a casos concretos.

El tipo penal ha significado la incorporación a la legislación penal de conductas que reprimen determinados crímenes basados en la causal de *odio* o aversión a determinadas características o condiciones particulares de la víctima, que correctamente el legislador ha reprimido con una pena gravísima. Estas características o condiciones que conforman los elementos normativos del tipo penal son profundamente novedosos e inéditos en la legislación nacional. La irrupción de distintos conceptos extra penales exigen a

¹ Abogado, Docente por concurso e Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, (UNNE), Corrientes, Argentina.

la doctrina una conceptualización precisa y correcta a fin de evitar injustas interpretaciones a la hora de proceder a la aplicación de los tipos penales. Máxime cuando la aplicación de esta norma corresponde a los delitos que revisten la mayor gravedad en el digesto punitivo nacional.

§2.- JUDITH BUTLER Y SU PENSAMIENTO.

Judith Butler es una filósofa, ensayista y pensadora estadounidense, nacida en Cleveland, Ohio en 1956. Es docente en la cátedra de Filosofía en los Departamentos de Retórica y de Literatura Comparada en la Universidad de California, Berkeley (*EE. UU.*), aunque posee una notoriedad que llegó a otros ámbitos académicos y movimientos sociales, siendo sus libros traducidos a varios idiomas. Nació en el seno de una familia judía de clase media acomodada, lo que le permitió iniciar sus estudios universitarios en la prestigiosa Universidad de Yale, logrando graduarse en 1978, para finalmente doctorarse en esa misma universidad en 1984.

A partir de ese año comenzó a trabajar en temas filosóficos ligados al *poder* desde una visión que podría catalogarse como *post estructuralista*. Son numerosos los aportes de Butler al pensamiento feminista más allá que ella no se considera en sí una *feminista*. Resulta innegable el aporte de autores como Freud, Foucault y Lacan a sus ideas y conceptos, formando este último un pilar importante en la estructura de su pensamiento. Sus aportes teóricos a la *teoría del género* fueron decisivos para repensar y acuñar conceptos como las *identidades nómadas* y la *Teoría Queer*.

En sus primeros trabajos se centró en indagar los procesos por los cuales el individuo se convierte en un determinado sujeto cuando éste asume un sexo biológico o el género al cual cree pertenecer. Tal como indican sus aportes teóricos, los movimientos de liberación de las mujeres surgidos en los años sesenta, y tributarios del texto *El segundo sexo* (*Simone de Beauvoir*), generaron una interesante producción intelectual multidisciplinaria que rápidamente comenzó a configurar la denominada *Teoría Feminista*.

Desde allí se dirigieron los intentos de numerosos autores y ensayistas, como así también militantes por los derechos humanos, de visibilizar a las mujeres en la esfera de lo social, explicar su opresión y alcanzar el logro de relaciones más igualitarias entre varones y mujeres en todos los ámbitos. Aunque las formas de explicar la subordinación fueron diversas, todas tomaban como referencia la categoría mujer.

La publicación del libro *Géneros en disputa* (1990) generó una masiva visibilización a nivel global de la autora.

La teoría del género de Butler va más allá de referirse puramente a la constitución del género femenino o masculino. Para esta filósofa, el mismo concepto de sexo se conforma de una serie de actos que lleva a cabo el individuo en su relación con la sociedad².

Según su teoría, el sexo se construye a través de acciones, porque es representativo de una identidad arbitrariamente distinta entre una persona y otra. Para Butler, existen varias palabras y frases que

² Véase BUTLER Judith, *Deshacer el Género*, Ed. Paidós, BsAs, 2006, pp. 45.

construyen de manera arbitraria la percepción que las personas tienen del género. Es decir que el género le es impuesto al sujeto a partir de lineamientos sociales de carácter heterónomo.

Por ejemplo, desde el momento en que una niña nace y el doctor exclama que “¡es una niña!”, se comienza a condicionar la percepción que se tiene de esa persona desde el momento de su nacimiento. La filósofa utilizó esta teoría para lograr explicar por qué existen percepciones tan distintas sobre el género de las personas. El feminismo, según ella misma explica, está estrechamente ligado con este concepto. Cada mujer construye una percepción distinta de sí misma en el transcurso de su vida.

Butler realiza una pomenorizada crítica a la aproximación que tiene la *política feminista* entorno al movimiento feminista como tal. Es por esto, por su crítica, que la propia autora rehusa llamarse a sí misma feminista. Según su tesis, lo que pretenden alcanzar la mayoría de las integrantes de este movimiento - movimiento feminista - es excluyente para un cierto sector social de las mujeres, así su construcción transforma un concepto inclusivo en uno excluyente³.

El concepto del género de “mujer” que el movimiento busca defender, es el concepto tradicional que se tiene acerca del ser femenino en general, es decir que el concepto de mujer, para la filósofa, también es impuesto socialmente. Es decir, el concepto que tienen los grupos feministas acerca de la ideología que defienden gira en torno a un concepto errado, al menos para el pensamiento de esta filósofa.

La base de la teoría feminista solo tiene sentido si se parte desde el punto de vista de que una mujer es heterosexual, blanca e instruida. Según la teoría de Butler, este concepto es muy excluyente para un gran porcentaje de mujeres a nivel mundial. Las ideas tradicionales del feminismo la llevaron a dudar acerca de la verdadera naturaleza de dicho movimiento. Butler afirma que resulta muy complicado de entender cómo puede un movimiento feminista defender los derechos de la mujer si la base teórica en la que se sustenta es incorrecta.

En base a sus críticas al feminismo, Butler entiende que se debería enfocar en lo que denomina *la desestabilización subversiva* (pero consciente) que se hace al término de “mujer”. Esta desestabilización se logra a través de las características de comportamiento que son vistas como aceptables para una mujer. Es decir, lograr la ausencia de todo estereotipo impuesto desde una concepción social falocéntrica y patriarcal, que ha instaurado el género como una problemática binaria.

Butler al elaborar su crítica afirma que existen lo que denomina “*parodias de género*”, por ello el concepto de *género* es erróneo por que estaba basado en las fallas teóricas en lo que se refiere a la relación entre género, sexo y sexualidad. La confusión entre estos conceptos no tiene otra raíz que la afirmación del propio poder al establecerse socialmente la consustancialidad entre género, sexo y sexualidad.

Bajo estos conceptos la autora puede realizar interesantes aportes a distintas realidades que muestra la expresión del género en la sociedad. Los conceptos utilizados por Judith Butler para describir la cultura *travesti* engloban una serie de ideas que marcan el camino hacia a la coherencia o incoherencia de la

³ BUTLER Judith, *Vida Precaria, El poder del duelo y la violencia*. (Trad. Fermín Rodríguez), Ed. Paidós, Bs As, 2006.

heterosexualidad en la sociedad. Para ella, los travestis, como expresión genuina del género, es una unidad fabricada o creada, y por ende no natural, que las personas dentro de una sociedad identifican como una manera de neutralizar el sexo bajo la concepción binaria de éste. En realidad, es una manera que los seres humanos tienen de expresarse y a la vez de revelarse contra los condicionamientos sociales impuestos bajo una forma binaria de apreciación del sexo y la sexualidad.

§ 2.1. LA TEORÍA “QUEER”.

La llamada “Teoría *Queer*” es uno de los aportes más significativos del pensamiento de Judith Butler. Esta teoría engloba una serie de textos referentes al estudio de actitudes y comportamientos de personas pertenecientes a la comunidad LGBTI+, y a los estudios de las mujeres heterosexuales en general. El término *Queer* fue acuñado por la feminista italiana Teresa De Lauretis⁴, a principios de los años noventa. La teoría se enfoca en el estudio entre las diferencias entre sexo, género y deseo.

Si bien el concepto suele usarse para hacer referencia a personas homosexuales, bisexuales, el término no se agota ahí sino que también incluye un sinnúmero de conceptos referentes a la identidad sexual de las personas. De hecho, la teoría *Queer* incluye a las personas que han decidido cambiar de sexo mediante intervenciones quirúrgicas e incluso personas que se visten como si perteneciesen del sexo opuesto. Las bases teóricas de este concepto están estrechamente ligadas a las ideas que Butler ligó al movimiento feminista. Esta teoría afirma que las identidades sexuales, las orientaciones y el género carecen de un componente natural o determinado, sino que responden a una construcción social.

Las investigaciones culturales han puesto en crisis la categoría *sexo* y *género* a partir de las precisas críticas esgrimidas por Butler en contra de la noción de identidad y naturaleza⁵. La tendencia actual de entender las identidades en términos fragmentarios arrastra hacia el debate la clásica distinción *sexo/género*. La diseminación de las ideas post estructuralistas a principios de los años 70 - fruto de las claras influencias de Foucault y Derrida) logró establecer fuertes críticas a las posiciones culturalmente dominantes y de estricto corte binario. Además cabe resaltar que la propia idea de naturaleza comienza a ser cuestionada como una construcción que se ubica por fuera de los discursos sociales.

La idea de naturaleza se encontraría configurada por interpretaciones de un momento histórico particular con fines legitimadores de un estado de cosas. Es decir, la naturaleza carece de univocidad y está profundamente supeditada al contexto cultural, económico y social en el cual se pretenda desarrollar ese concepto. En este sentido, lo natural debe entenderse como lo profundamente arraigado en convencionalismos sociales, en estructuras que responden al conglomerado social.

⁴ De Lauretis, Teresa; *Technologies of Gender: Essays on Theory, Film, and Fiction*, Bloomington: Indiana University Press. 1987. ISBN 9780253358530. OCLC 801874505.

⁵ BUTLER Judith, *Deshacer el Género*, Ed. Paidós, Bs As, 2006.

Desde este punto de vista conceptual, el género se ensancha hasta abarcar la oposición misma de sexo/ género (o naturaleza /cultura), entendida como un efecto discursivo, no podría ubicarse tal conceptualización por fuera del mismo discurso. Por tanto, sexo y género no adquieren su valor *oposicional* por fuera de los significados culturales. Son siempre condicionados por factores socio culturales y por sobre todo, por contextos políticos determinados.

El cuerpo, como única posesión humana legítima, en estos términos se erige como una superficie sobre la cual el género opera como un acto de inscripción cultural, y por que no de rebelión contra lo culturalmente impuesto⁶. Es a partir de la inmutabilidad del sexo que se pone en discusión la construcción social del género. El sexo podrá ser biológicamente inmutable, pero el género, como construcción cultural, es absolutamente modificable.

Judith Butler irrumpe en la escena académica del feminismo norteamericano a mediados de la década de los '80. La filósofa ensaya argumentos muy fuertes que generaron un giro copernicano en la forma de pensar el sexo tal como era conceptualizado por las feministas que la precedieron. Los aportes de Butler hacen pensar que el sexo, contrariamente a lo que suele pensarse, no podría constituir una base sobre la cual el género se deposita. Contrariamente a esto, el género instituía, hasta la aparición de las ideas de Butler, la diferencia sexual anatómica, y lo asimilaba como un hecho natural. Nótese que lo natural jamás podrá constituir un horizonte ético y mucho menos moral. Lo natural, y este es el aporte que hace la autora, no solo es impuesto por una concepción machista binaria, sino que es impuesto bajo la premisa de que lo natural tiene inequívocamente un signo positivo y moralmente destacable. Este discurso es reconstruido por Butler con fuertes influencias de Foucault, analizando la imposición del género binario como un ejercicio de poder. El discurso de la diferencia sexual, como hecho natural, apela a un aspecto particular de la biología: la reproducción sexual. Sin embargo la sexualidad humana no se agota en la reproducción. Así, bajo el signo discursivo de la reproducción sexual, los cromosomas, las hormonas y los genitales, *dimórficamente decodificados*, se constituyen como el soporte sustancial de la esencia del sexo natural.

Butler en línea con los estudios sobre la teoría Queer, ensaya una construcción de la corporeidad en base al concepto de *morfología imaginaria*⁷. Su trabajo teórico denuncia el dimorfismo sexual, es decir la aceptación de una forma binaria de los cuerpos, como principio de inteligibilidad cultural y no natural, a partir del cual los cuerpos son decodificados o reconstruidos en las numerosas formas en las cuales puede manifestarse el género. En este sentido la problemática de la significación cultural de los cuerpos no puede abordarse al margen de la problemática de género y la sexualidad. Son problemas que se presentan como indisolubles.

⁶ LA RESISTENCIA POLÍTICA COMO ACTO CORPORAL, (2015) Entrevista a la filósofa Judith Butler para el programa "Palabra de Mujer", para Canal UCR (Universidad de Costa Rica), fuente: Youtube <https://www.youtube.com/watch?v=3i751-KlpHM&t=323s>

⁷ BUTLER, Judith, *Against Proper Objects*, A Journal of Feminist Cultural Studies, publicado en <http://www.sfu.ca/~decaste/OISE/page2/files/ButlerAgainstProper.pdf>.

Es así que Butler realiza una inteligente vinculación entre la idea de una identidad de género *cosificada* con la categoría de *actos constitutivos*. Son estos actos lo que establecen performativamente la ilusión de una identidad de género naturalizada. De este modo la producción de género se entrama con actos, sutiles estilos corporales que al repetirse en el tiempo generan la firme creencia de, por un lado, la existencia de un núcleo *yoico generizado* de manera permanente y, por otro, la localización de este núcleo en el lugar de agente causal de los actos que se corresponden coherentemente con la especificidad de la identidad que le ha dado origen⁸.

En este sentido, los actos de género permiten a los espectadores sociales, expresar su opción de género en forma de *performance*. Resulta innegable que quienes profesan la primacía de lo natural por lo cultural rechazan cualquier forma de *performance* que no se vincule de manera directa o indirecta a un concepto binario, *hetero hegemónico* y natural.

Antes que una *performance*, el género sería *performativo*. Existe una diferencia sustancial entre pensar al género como una *performance* y pensar en una dimensión *performativa* del género, la distinción no es menor. Decir que el género es una *performance* no es del todo errado, y esto lo aclara la propia Butler, pero solo si entendiéramos que el género no es un atributo natural, sino, un hacer, un actuar conforme esa expresión.

Sin embargo, esta *performance* o actuar el género no consiste en una actuación aislada, “un acto” que podamos separar individualmente. Si concebimos a la *performance* como un acto aislado esta idea puede resultar errónea. Hablar de *performatividad* es hablar de una actuación repetida y obligatoria en función de unas determinadas normas sociales que nos exceden y que nos son impuestas. La actuación que podamos encarnar con va a estar siempre signada por un sistema de recompensas y castigos.

Tampoco puede pensarse a la *performatividad* como un hecho aislado de su contexto social, es una construcción social, no natural, es decir, una reiteración continuada y constante en la que la normativa de género se negocia. En la *performatividad* del género, el sujeto no es el dueño de su género, y no realiza simplemente la “*performance*” que más le satisface, sino que se ve obligado por el contexto cultural opresivo a “actuar” el género en función de una normativa genérica que promueve y legitima, ó, lo sanciona y lo excluye por no conformar los estándares hegemónicos imperantes.

En resumen el pensamiento de Butler ha sido un aporte profundamente significativo para la reivindicación de los colectivos sexuales minoritarios o no hegemónicos. Sus aportes teóricos han permitido discutir concepto que en otros tiempos parecían indiscutibles e indisolubles como el género, el sexo, el cuerpo y el deseo. Butler también ha tocado la línea de flotación en aspectos importantes de la teoría feministas que ha sido, en su versión radical, poco proclive a aceptar dentro de su sujeto social a personas *trans*, homosexuales, bi sexuales, *queer*, etc. Por ello puede extraerse de su obra su profundo compromiso con

⁸ VACAREZZA, Nayla. (2017). Judith Butler en Argentina. Recepción y Polémica en torno a la Teoría Performativa del Género. Revista Estudios Feministas.25.1257-1276. 10.1590/1806-9584.2017v25n3p1257.

la inclusión y la igualdad, como con la aceptación del propio cuerpo y el ejercicio de la sexualidad libre de todo condicionamiento.

En la Argentina su nutrido desarrollo respecto al género y la sexualidad han tenido una importante recepción en la comunidad científica, académica y en el tejido social, mas precisamente en los colectivos de lucha por la reivindicación de los derechos de las mujeres y las minorías sexuales. Su visión sobre el tema ha sido el fundamento de la sanción de una ley trascendental como lo fue la ley de Identidad de Género N° 26.743, la cual constituye el fundamento legal del tipo penal que brevemente desarrollare.

§3.- LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO.

El 9 de mayo de 2012 fue sancionada en la Argentina la Ley 26.743 de *Identidad de Género*, que establece justamente el derecho a la identidad de género de las personas. Constituyó un importante avance en lo que refiere al reconocimiento de un derecho humano básico como es la *identidad*, como correlato del derecho a la Libertad⁹ consagrado en nuestra Constitución Nacional mediante la incorporación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el art. 75 inc. 22, mas precisamente en lo que dispone la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y los numerosos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en su particularidad en lo que refiere a la *identidad de género*.

En la normativa puede evidenciarse un cambio de paradigma en lo que refiere al respeto de la auto determinación individual en la esfera del género como manifestación de la identidad que se pone en contacto con el tejido social. Este paradigma importó que la visión sobre el género, su manifestación o expresión en ámbitos públicos o privados, se correspondiera, no con la realidad biológica del sujeto ni con la apreciación que la sociedad tuviera de esa persona, sino, con el íntimo sentimiento de la misma. Por ello conforme la ley *se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo*¹⁰. Esto implicó un salto de calidad importante en la consagración de la *identidad* de las personas como derecho humano básico, obteniendo un reconocimiento expreso en la sanción de esta ley.

Así a partir de esta ley se instaura expresamente la supremacía de la *autopercepción* del género mas allá de cualquier valoración o aprobación social que pudiera incidir en dicha percepción. Se superó así la exigencia culturalmente dominante de la *heteropercepción* del genero conforme la realidad biológica de la persona o los estándares impuestos por una sociedad eminentemente patriarcal, opresiva y binaria. Ya no será la sociedad la que le dirá a la persona lo que es, como debe verse o como debe comportarse en

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, Opinión Consultiva N°24 (OC-24) del 24 de noviembre de 2017 en la cual se afirmó al respecto que: "*En relación con la identidad de género y sexual, esta Corte reiteró que la misma también se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada*".

¹⁰ B.O.R.A. Ley 26.743, art. 2°, *Definición*. Sancionada el 9/05/2012, Promulgada el 23/05/2012.

base a las imposiciones y prejuicios socio culturales, por el contrario, el sujeto libre obtiene un reconocimiento legal expreso de poder adecuar su aspecto físico a su libre determinación, por mas que esta determinación no coincida con su identidad biológica.

La expresión del *género* se materializa así en un derecho humano básico reconocido por el Estado que importa que éste arbitraré todos los medios administrativos para acompañar la identidad autopercebida del sujeto (Rectificación de DNI conforme la expresión del género, etc.). Esto lo establece expresamente la ley al afirmar que toda persona podrá solicitar al Estado la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida¹¹. Ha sido tan radical el cambio que instauró la ley que se autoriza a las personas a realizarse intervenciones quirúrgicas para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa¹². Lo que antes de la sanción de la ley configuraba una conducta no autorizada a los profesionales médicos por la Lex Artis y la Lex Artis Ad-Hoc, y a su vez una conducta punible bajo el delito de Lesiones Gravísimas por pérdida de la capacidad de engendrar o concebir (Art. 91 del Código Penal), mediante esta ley se autoriza brindando preponderancia a la libertad de autodeterminación del sujeto. Incluso, lo que convierte a esta ley en una de las leyes mas progresistas de las que se tiene registro, es que la norma protege particularmente la identidad de género de los menores de edad y prioriza la autonomía de la voluntad de estos afirmando que: “*Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. Por lo tanto, debe ser respetado tanto en los ámbitos públicos como privados*”.¹³

Es indudable que la ley 27.643 contiene una carga genética que la emparenta a las ideas de Judith Butler. El reconocimiento estatal a la identidad y/o expresión autopercebida del género pudo ser plasmada en una ley en base a los argumentos teóricos aportados por las ideas de Butler. La normativa pretende indudablemente romper con la imposición arbitraria de la *binaridad del género* y la exigencia de coincidencia entre la realidad biológica y la expresión del género, que se imponen desde una visión social dominante y prejuiciosa.

También si analizamos la génesis de la sanción de esta ley podrá observarse que la misma ha sido impulsada y puesta en agenda por las agrupaciones feministas y colectivos LGTBI+ que mediante la militancia y la lucha lograron el reconocimiento de este derecho humano básico como es la identidad de género. Estos colectivos sociales hunden sus raíces ideológicas en los aportes que ha hecho el pensamiento de Judith Butler entre otros ensayistas y pensadores que se han ocupado del tema. No sería

¹¹ B.O.R.A. Ley 26.743, art. 3º, *Ejercicio*. Sancionada el 9/05/2012, Promulgada el 23/05/2012.

¹² B.O.R.A. Ley 26.743, art. 11º, *Derecho al libre desarrollo personal*. Sancionada el 9/05/2012, Promulgada el 23/05/2012.

¹³ B.O.R.A. Ley 26.743, art. 11º, Segundo Párrafo, *Derecho al libre desarrollo personal*. Sancionada el 9/05/2012, Promulgada el 23/05/2012.

posible pensar en la sanción de una ley como la de *Identidad de Género* sin el soporte argumentativo de las ideas post estructuralistas de Judith Butler. La identificación del género como elemento cultural y el rechazo a toda valoración positiva de lo *natural* son innegables aportes de la autora. También la lucha por derribar los hitos culturales relativos a la visión binaria del género como las investigaciones sobre el sexo, el cuerpo o la *Teoría Queer*, que conforman el núcleo ideológico y filosófico de la ley y nutren su espíritu.

Para la ley *identidad de género* importa la *vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo*, coincidentemente con lo que ha pregonado Judith Butler desde sus numerosos aportes académicos. El cuerpo, como vivencia personal se contrapone a la imposición social de determinados cánones arbitrarios, fundados en una visión machista, patriarcal y binaria. Es el cuerpo el que expresará esa vivencia llamada género como manifestación de la libertad absoluta que no ve límites sociales o estatales para configurarse. Estas vivencias del sujeto ya no deben ser ocultadas a la sociedad, sino, que merecen el respeto, el reconocimiento y la protección del Estado. No caben dudas que la visión del *género* auto percibido y el reconocimiento y protección a la expresión de éste coinciden con la visión de Butler en lo que refiere al género como *performance*.

Por ello resulta importante conocer y entender que la sanción de la presente ley ha constituido no solo un reconocimiento necesario de un derecho humano sino el aporte novedoso al contenido normativo de un tipo penal tan importante como el Homicidio Calificado por haberse cometido por odio a la identidad de género o su expresión.

§ 4.- EL TIPO PENAL.

El delito fue incorporado al Código Penal Argentino mediante la ley 26.791 de 2012, la cual introdujo conceptos novedosos al catálogo punitivo. Esta ley, en base a los mismos argumentos, incorpora el delito de *Femicidio* (Art. 80 inciso 11°); el *Homicidio Transversal o Vinculado* (Art. 80 inc. 12°) como también el novedoso conceptos de *pareja* (Art. 80 inciso 1°).

El Art. 80 inc. 4 del Código Penal Argentino reprime con una pena gravísima, que puede consistir en prisión perpetua *al que matare a otro ... "Por [...], odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión ..."*.

Por lo general los delitos se agravan en base a la percepción del legislador que la acción u omisión del sujeto lleva una carga mayor de injusto que el que exige el dolo propio de la figura básica. Es decir, en el caso del homicidio, el delito será agravado cuando el autor utilice un determinado medio o instrumento para ejecutar la acción (agravante objetiva); tenga un vínculo sanguíneo, afectivo o jurídico con la víctima (Ascendiente, descendiente, cónyuge o pareja) o persiga un *fin* (agravante subjetiva) que requiera un aporte mayor de dolo del que requeriría terminar con la vida de la víctima. El que comete un homicidio

calificado (Art. 80 del Código Penal Argentino¹⁴) no solo quiere y conoce que va a matar a una persona, sino que a este dolo le agrega una carga mayor de injusto que puede provenir de diferentes fuentes como señalé anteriormente. Así por ejemplo si el autor utiliza para matar un medio idóneo para producir un peligro común que excede el dolo necesario para suprimir la vida de a víctima, la utilización de ese medio provoca un incremento en el injusto básico de homicidio trasladando la subsunción de dicha conducta al artículo agravado correspondiente (Art. 80 inc. 5º del Código Penal).

En el caso particular del inciso 4º del art. 80 del Código Penal Argentino la motivación del autor que califica la conducta consiste en una motivación subjetiva centrada en el *odio*.

Los antecedente de nuestro código nos remontan al proyecto de Código Penal Villegas-Ugarriza- García, del 1881, el cual en su art. 97 hacia referencia a las circunstancias agravantes en general en el inc.12º, que aludía al *abuso de la superioridad del sexo, edad o fuerza*, termino que pueden encontrarse también en el Código Penal de 1886 (Art. 84 inc. 10º), en el Proyecto Segovia de 1895 (Art. 17 inc. 10º), como en el Código reformado de 1903 (Art. 84 inc. 10º).

Algunos autores nacionales, equivocadamente a mi parecer, ven la fuente del inciso 4º del artículo 80 del Código Penal Argentino en lo que dispone Código Penal español como agravante genérica en su artículo art. 22 inc. 4º al decir : “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”¹⁵. Contrariamente a lo que afirma este sector con referencia a la fuente, entiendo que el Código español regula una agravante por *discriminación* en razón de la religión, la ideología, el sexo, etnia o raza, orientación o identidad sexual de la víctima, y no un delito de *odio*.

La *discriminación* en razón de determinadas condiciones de la víctima (raza, religión, sexo, identidad o expresión del género) constituye una forma de rechazo hacia ésta de menor intensidad que el *odio*. El *odio* es la forma más intensa y profunda de desprecio o aversión hacia determinados características o

¹⁴ **ARTICULO 80.** - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia. (*inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012*). 2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso. 3º Por precio o promesa remuneratoria. 4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (*inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012*). 5º Por un medio idóneo para crear un peligro común. 6º Con el concurso premeditado de dos o más personas. 7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. 8º A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (*Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002*). 9º Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (*Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003*). 10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación). 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género. (*inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012*). 12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º. (*inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012*). Cuando en el caso del inciso 1º de este artículo, mediere circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. (*Párrafo sustituido por art. 3º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012*).

¹⁵ Por ejemplo así lo entiende Rubén E. FIGARI, en Código Penal Comentado, Pensamiento Penal, http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/art_80_inc_4_actualizado.pdf

circunstancias que la víctima posee, ejerce o expresa y que toman esta conducta en una forma calificada del homicidio que justifica la imposición de una pena tan grave. La *discriminación* puede consistir en un mero trato desigual hacia una determinada persona por poseer características objetivas o subjetivas contrarias a las concepciones del autor. Pero el *odio* implica una aversión más profunda que tiende a generar sentimientos como la *ira* que constituye la antesala de un acto violento. Impedir que una persona ingrese a un local comercial en razón de su raza o vestimenta es un acto discriminatorio que puede fundarse en razones de índole comercial o meramente estéticas y no por ello implicará que se profese un *odio* hacia esas condiciones que posee la víctima.

El *odio* requiere una reacción emocional intensa, en el límite con la violencia física, que implica una aversión, desprecio o repulsión por las condiciones que caracterizan a la víctima. El odio por la identidad de género o su expresión de la víctima es algo más que un acto de discriminación. Pero debemos reconocer que no todo acto de discriminación está fundado en el *odio*.

El elemento normativo central que destaca la figura es el concepto de *identidad de género*¹⁶, concepto extra penal que a los efectos importa que la víctima del homicidio haya sufrido el delito en virtud del odio que el autor siente por su cambio de sexo quirúrgico, por su vestimenta (expresión del género), por sus modales o su forma de hablar, y en general todo aspecto que no se corresponda con el concepto con las convicciones del autor¹⁷. El tipo penal es más amplio pudiendo configurarse la agravante fundada en el odio que le provoca al autor que la víctima no profese determinada identidad de género. Es así que el tipo penal habilita calificar el homicidio cuando el autor mata por el odio que le provoca que la víctima exprese una determinada identidad de género, como cuando mata por el odio que le provoca que la víctima no exprese o se niegue a expresar una determinada identidad de género (Ejemplo: El travesti que mata a su pareja por que este no quiere expresar esa identidad de género).

La doctrina nacional es conteste en afirmar que “Entre las diversas categorías de género por las que se identifican las personas podemos mencionar - a solo efecto ejemplificativo - al *travesti*, que es un hombre o una mujer que de forma eventual o en situaciones específicas se viste y comporta como una persona del género contrario (hombre como mujer, mujer como hombre, etc.), el *transgénero*, que es un hombre o mujer que se comporta y viste de manera permanente como una persona del género contrario, y ya es parte de su estilo de vida, aunque esté conforme con su sexo biológico; y el *transexual*, que es un hombre o una mujer que se comporta y viste de manera permanente como una persona del género contrario, siendo esto su estilo de vida, además de no estar de acuerdo con su sexo biológico a diferencia de la persona transgénero”.¹⁸ Mas allá de esta descripción meramente ejemplificativa debemos agradecer a los

¹⁶ Ver nota N° 10.

¹⁷ Aquí también se evidencian los aportes argumentales de Judith Butler que a partir de la construcción del concepto de identidad de género como respuesta a la imposición social del género binario y su correspondencia con el sexo biológico, el autor realiza la acción homicida motivado por la aversión que le provoca que la víctima no ajuste su expresión de género al canon socialmente impuesto.

¹⁸ BUMPADRE, Jorge E., Derecho Penal Parte Especial, 2ª edición actualizada, Ed. ConTexto, 2019, págs. 65/66.

aportes de Judith Butler que el género no este ligado indefectiblemente a un canon social preestablecido, sino que conforma una parte esencial de la libertad del sujeto pudiendo expresarse en innumerables formas. Es indudable que el espíritu de la Ley 26.743 transita por ese camino, el camino que autoras como Judith Butler establecieron al criticar al concepto binario de sexo o género como formas culturales de imposición y opresión.

La figura del Homicidio por *Odio a la Identidad de Género o su Expresión* se diferencia del Femicidio ya que este último constituye una particular forma de Homicidio motivado en circunstancias de carácter social, cultural e histórico que provocan la vulnerabilidad de la víctima mujer en un contexto de violencia machista. La agravante por *odio*, tiene la particularidad de ser puramente subjetiva, individual y personal, involucrando un aspecto psicológico interno del autor y no externo o social como el Femicidio. En la doctrina nacional AROCENA lo explica claramente al decir que: “... existe tal “odio” – de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión – cuando el sujeto activo mata a la víctima por su aversión a esas condiciones y esta aversión es la motivación individual de corte psicológico – no ya cultural o sociológico como sucede en el femicidio - que pone en marcha la acción homicida”.¹⁹

También esta variante tiene una diferencia con la circunstancia en la que el *odio* que profesa el autor se funda o motiva en el género de la víctima (hombre o mujer) lo que incluiría la misoginia (aversión a las mujeres) o la misandria (aversión a los hombres) como móviles o motivaciones para el Homicidio. Aquí se habla de *género*, (en su interpretación binario - biológica) y no de identidad de género en la concepción *autoperceptiva* y *performativa* a la que refiere Judith Butler.

En conclusión podemos afirmar que el odio de género sería el del que mata a un hombre o a mujer por la aversión o encono a su naturaleza, es decir por su condición de hombre o mujer, o sea, el que actúa por misoginia, misandria o androfobia²⁰. En cuanto a la orientación sexual hace referencia a la heterosexualidad, homosexualidad o bisexualidad, por ello se refiere a personas que sienten odio o aversión a las personas que revisten dichas calidades o por que no las revisten. La entidad de género es, por definición de la ley 26.743, la modalidad de una persona que hace cambio de sexo, que se presenta como tal, o que tiene modales, formas de hablar o vestimenta del sexo opuesto²¹.

La denominación incluida en el tipo penal ha recibido críticas de la doctrina, y entre ellas creo conveniente destacar la de BUOMPADRE que afirma que: “... el legislador ha apelado a expresiones, tales como género, identidad de género, etc. que desde la interpretación de la lengua castellana pueden generar equívocos y confusiones al momento de aplicarse el tipo penal. Hubiera sido conveniente la utilización de una expresión como “por odio a una mujer o a una persona que se autoperciba femenina” en consonancia

¹⁹ AROCENA, Gustavo, “*Femicidio y otros delitos de género*” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 46/47.

²⁰ Así lo denomina Rubén E. FIGARI, *Ob. Cit.*, denominación con la cual no concuerdo, el *odio* es algo emocionalmente más intenso que una mera *fobia*.

²¹ BREGLIA ARIAS Omar “Adenda Homicidios agravados. Adenda de actualización. Ley 26.791” Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 6/7, también en BREGLIA ARIAS, GAUNA, Código Penal Comentado, Anotado y Jurisprudencia, Ed Astrea, 2008, Tº 1, pág. 690.

con lo que dice la ley 26.743 y con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos existentes en nuestro país”.²²

§ 4. 1.- EL BIEN JURÍDICO PENAL.

El Bien Jurídico protegido por el delito es la Vida Humana misma, en su faz extra uterina o independiente. El fundamento de la agravante radica en la afectación en sentido amplio de la Libertad de autodeterminarse a la hora de adoptar una expresión de género conforme la auto percepción del sujeto (Identidad de Género), que es en definitiva lo que motiva el *odio* (aversión, repulsión o desprecio) del homicida. Agravar la pena del Homicidio simple encuentra una justificación lógica por estar involucrados en la acción homicida la afectación de otros bien jurídicos de trascendencia, distintos de la Vida Humana, como la Libertad, y la Identidad de Género o su Expresión. La identidad entendida como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad²³ solo puede alcanzarse con el completo goce de la libertad personal, lo cual se acrecienta en el momento que la persona elija expresar esa realidad auto percibida y transformar el género en una *performance*. Todas estas circunstancias conforman el bien jurídico que es afectado por la acción homicida del sujeto que se motivó en el odio o aversión a la *identidad de género o las expresión de éste* por parte de la víctima.

§ 4. 2.- LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL.

Alguna doctrina intento analizar las agravantes del art. 80 como formas autónomas de imputación lo que no es para nada correcto. El art. 80 del Código Penal es una forma derivada de la figura básica del art. 79 que reprime *al que matare a otro*. El Homicidio Simple consiste entonces en *matar a otro*, no especificando el tipo penal ningún medio específico de comisión. Podríamos decir entonces que para *matar a otro* cualquier medio esta admitido ya que la ley al no especificar ninguno deja abierta la textura de la norma para admitir medios materiales, directos e indirectos, o incluso medios morales de comisión. Esta afirmación es parcialmente cierta ya que el legislador a pesar de no haber especificado medios de comisión para el Homicidio del art. 79 reservo alguno especialmente graves para calificar esta figura e imponerle la pena mas grave admitida por el Código Penal. Por ello llegamos a la conclusión que el art. 80 contiene formas agravadas de la figura básica del art. 79 correspondiente al Homicidio Simple. En base a esto toda explicación sobre este delito le es aplicable a las formas agravadas del art. 80.

La norma exige que se mate a *otro*. El Código Penal sistemáticamente utiliza el termino *otro* cuando quiere referirse a un ser humano que nació vivo. La vida humana previa al nacimiento esta protegida por la ley bajo el delito de Aborto (Art. 85 y siguientes del Código Penal). Por ello la vida que se suprime debe ser la de un ser humano que nació y vivió fuera del seno materno.

²² BUOMPADRE, Jorge E., “Violencia de género. Femicidio y Derecho Penal” Ed. Alveroni, Córdoba, 2013, pág.152/153.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122.

La doctrina afirma que "... se debe tener el propósito de matar aunque la parte subjetiva del tipo no se agota en la coincidencia con la voluntad puesta de manifiesto en el tipo objetivo, que exige una especie de ultraintencionalidad"²⁴. El delito es indudablemente *doloso*, y a pesar que la figura básica admite que la conducta se cometa con cualquier clase de dolo (*Directo* o de Primer Grado, *Indirecto* o de Consecuencias Necesarias y *Eventual*) el elemento subjetivo que se agrega al dolo básico del homicidio y que agrava la conducta - *odio* - exige que el delito se cometa cometer exclusivamente con Dolo Directo o de Primer Grado.

§ 5.- CONCLUSION.

A manera de breve epílogo debo esperar que en la presente nota se haya podido destacar la importancia y la influencia que las ideas de Judith Butler han tenido en la legislación penal argentina luego de la reforma introducida por la ley 27.643 de Identidad de Género. El cambio de paradigma en la estructuras del concepto de *género* se debe al importante aporte conceptual de las ideas de esta autora. Este cambio en la forma de pensar el sexo, el género y la expresión de éstos ha provocado un avance cualitativo en lo que refiere al respeto de los Derechos Humanos consagrados por los instrumentos internacionales que conforman el bloque constitucional (Constitución Nacional, art. 75 inc. 22). Y estas ideas no han quedado como una simple declamación sino que se han plasmado en normas que brindan protección y reconocimiento estatal ante estas nuevas formas de expresión del género. La ley 26.743 se nutre de las ideas de Butler y rompe con el estereotipo binario y patriarcal dominante para dar paso a formas libres de expresar la sexualidad y el género. Las ramificaciones que ha tenido esta ley son múltiples siendo el aspecto jurídico penal si se quiere el de menor importancia. La reforma de la ley 26.791 que incluyó dentro de las causales agravantes caracterizadas por el *odio* a la *identidad de género* o su expresión ha sido un medida importante para garantizar una sanción grave ante esta forma delictiva. De esta manera se combinan la protección penal en el artículo reformado con el reconocimiento y protección estatal que garantiza la identidad auto percibida de todas las personas.

§. 6. LECTURAS ADICIONALES.

Recomiendo la lectura de las siguientes obras de Judith Butler, las cuales he seleccionado arbitrariamente en cuanto a la importancia que les he asignado. Empero la enumeración es para nada exhaustiva, sino que solo constituye una selección breve a los efectos de complementar lo escrito en el presente ensayo.

"*El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*" (Ed. Paidós, 1990); texto clave de la autora, con el que se convirtió en una referente del pensamiento feminista y la teoría *queer*, este ensayo comenzó por cuestionar conceptos naturalizados incluso por los movimientos feministas.

²⁴ FIGARI Rubén E. *Ob. Cit.* Pág. 16.

“Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo” “ (Ed. Paidós, 1993); publicado pocos años después de *El género en disputa*, retoma las discusiones generadas por esa obra. El volumen, organizado en dos partes, reúne ensayos de índole teórica, donde la autora revisa sus propias contribuciones a la “teoría de género” y esboza un camino alternativo para pensar la sexualidad por fuera del esencialismo y el constructivismo. *Vida precaria*.

“El poder del duelo y la violencia” (Ed. Espacios del Saber, 2004); un breve y sentido volumen recoge cinco ensayos que Butler escribió luego del atentado a las Torres Gemelas del 11/9/2001, en los que la autora reflexiona sobre el recrudecimiento nacionalista en Estados Unidos y se interroga sobre la función de intelectuales, docentes y periodistas ante el cercenamiento de derechos individuales.

“Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea” (Ed. Paidós, 2015); ensayo político, manual para los activismos globales y breviario de una ética de la “cohabitación”, los ensayos de este libro fueron escritos al calor de protestas sociales masivas, como la de la plaza Tahrir en El Cairo y la del movimiento Occupy Wall Street, en Nueva York, y de fenómenos actuales como la crisis de refugiados en diferentes países. La autora también indaga en la categoría conceptual de “pueblo”.

“Desposesión: lo performativo en lo político” (Ed. Eterna Cadencia, 2017). Por lo reciente de la obra la recomiendo, sobre todo por su diálogo con Athena Athanasiou, como exponente de la filosofía política y la teoría *queer*, la autora profundiza en el concepto de “desposesión” y en los vínculos con la subjetividad, la protesta social, la precariedad y la biopolítica. Para ambas pensadoras, la “posesión” (de bienes, de creencias, de cuerpos) es el sello distintivo del capitalismo y el neoliberalismo.

BIBLIOGRAFÍA

AROCENA, Gustavo, “*Femicidio y otros delitos de género*” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 46/47.

BREGLIA ARIAS Omar “Adenda Homicidios agravados. Adenda de actualización. Ley 26.791” Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 6/7.

BREGLIA ARIAS, GAUNA, Código Penal Comentado, Anotado y Jurisprudencia, Ed Astrea, 2008, Tº 1, pág. 690.

BUOMPADRE, Jorge E., “Violencia de género. Femicidio y Derecho Penal” Ed. Alveroni, Córdoba, 2013, pág.152/153.

BUOMPADRE, Jorge E., Derecho Penal Parte Especial, 2ª edición actualizada, Ed. ConTexto, 2019, págs. 65/66.

BUTLER Judith, *Deshacer el Género*, Ed. Paidós, Bs As, 2006, pp. 45.

BUTLER Judith, *Vida Precaria, El poder del duelo y la violencia*. (Trad. Fermín Rodríguez), Ed. Paidós, Bs As, 2006.

BUTLER Judith, *Deshacer el Género*, Ed. Paidós, Bs As, 2006.

BUTLER, Judith, *Against Proper Objects, A Journal of Feminist Cultural Studies*, publicado en <http://www.sfu.ca/~decaste/OISE/page2/files/ButlerAgainstProper.pdf> .

DE LAURETIS, Teresa; *Technologies of Gender. Essays on Theory, Film, and Fiction*, Bloomington: Indiana University Press. 1987. ISBN 9780253358530. OCLC 801874505.

FIGARI, Rubén E., en Código Penal Comentado, Pensamiento Penal, http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/art_80_inc_4_actualizado.pdf

LA RESISTENCIA POLÍTICA COMO ACTO CORPORAL, (2015) Entrevista a la filósofa Judith Butler para el programa “Palabra de Mujer”, para Canal UCR (Universidad de Costa Rica), fuente Youtube <https://www.youtube.com/watch?v=3i751-KlpHM&t=323s>.

VACAREZZA, Nayla. (2017). Judith Butler en Argentina. Recepción y Polémica en torno a la Teoría Performativa del Género. *Revista Estudios Feministas*.25.1257-1276. 10.1590/1806-9584.2017v25n3p1257.