

GÉNERO Y
DERECHO PENAL



I N S T I T U T O P A C Í F I C O

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Elvira Álvarez Olazabal • Karen Anaya • Gustavo A. Arocena
• Daniel Andrés Benavides Ortiz • Coline Cardi • Ana Isabel Cerezo
Domínguez • Liliana Rocío Chaparro Moreno • Julieta Di Corleto
• Joseph Dupuit • Hans Fernández Obregón • Olga Fuentes
Soriano • José Hurtado Pozo • Patricia Laurenzo Copello •
Julissa Mantilla Falcón • Elena Martínez García • Luis Navas
Taylor • Lirka Otsuka • María L. Piqué • Diana Carolina
Portal Farfán • Beatriz Ramírez Huaroto • Luz Cynthia
Silva Ticllacuri • Joan W. Scott

JOSÉ HURTADO POZO

Director

LUZ CYNTHIA SILVA TICLLACURI

Coordinadora



BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

346.34

G

Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne / Elvira Álvarez Olazabal, Karen Anaya, Gustavo A. Arocena... [et al.]; director, José Hurtado Pozo; coordinadora, Luz Cynthia Silva Ticllacuri.-- 1a ed.-- Lima: Instituto Pacífico, 2017 (Lima: Pacífico Editores).

591 p.; 25 cm.

Bibliografía: p. 531-591.

D.L. 2016-16667

ISBN 978-612-4328-58-9

1. Schöne, Wolfgang - Aniversarios, etc. 2. Derechos de la mujer - Aspectos legales 3. Mujeres maltratadas - Aspectos legales 4. Mujeres - Crímenes contra 5. Delitos sexuales - Aspectos legales 6. Derechos de los homosexuales 7. Derecho comparado I. Álvarez Olazabal, Elvira, 1959- II. Anaya Cortez, Karen, 1992- III. Arocena, Gustavo A. IV. Hurtado Pozo, José, 1942-, director V. Silva Ticllacuri, Cynthia, 1985-, coordinadora VI. Instituto Pacífico (Lima

BNP: 2016-1899

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Autor:

© José Hurtado Pozo, 2017

Director:

© José Hurtado Pozo, 2017

Coordinadora:

© Luz Cynthia Silva Ticllacuri, 2017

Primera edición Enero 2017

Copyright 2017

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 2000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 31501051601382

ISBN: 978-612-4328-58-9

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2016-16667

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

FEMINICIDIO: CRITERIOS IDEOLÓGICOS Y RECURSO AL DERECHO PENAL

Joseph Dupuit*

Sumario: I. Introducción. II. Evolución legislativa. III. Perspectiva sociológica. IV. Técnica legislativa. V. Delito de feminicidio. VI. Dificultades de aplicación. VII. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

En nuestros códigos penales, el delito de homicidio ha sido siempre descrito como el hecho de “matar a otro”. Solo en el de 1924, se indicó expresamente que el delincuente debía actuar con dolo (“intencionalmente”). De modo que la víctima era indicada de manera a comprender sin dificultad hombres y mujeres, debido a que gramaticalmente se debía entender sin referencia al sexo y comprendía a “otro” y a “otra”. Mientras que en el Código Penal italiano, art. 575, se dice “*chiunque cagiona la morte di un uomo...*”. Por lo que este último término (hombre) debía ser comprendido en el sentido en que se le utilizó, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Es decir, como refiriéndose a todos ser humano vivo, sea hombre o mujer. Sentido que se manifiesta en el Código Penal alemán, § 212: “*wer einen Menschen vorsätzlich tötet...*”, ya que “*Menschen*” significa sobre todo ser humano. Estas cuestiones lingüísticas ponen en evidencia la índole sobre todo masculina o machista del lenguaje, lo que hace indispensable la interpretación del texto para develar que también se refiere a las mujeres o personas de otros géneros.

* Agradezco al prof. José Hurtado Pozo por permitirme utilizar algunas de sus publicaciones para estructurar y completar este trabajo.

Como una forma especial de homicidio y hasta donde llegan nuestros conocimientos, ha sido previsto siempre el denominado parricidio. Comprendido en sus orígenes como el acto de matar al padre y valorado como la transgresión radical de la más natural de leyes, pero también como un regicidio. Este caso agravado de homicidio, fue sin embargo también apreciado como atenuado considerando que era una reacción contra la tiranía doméstica del padre¹.

Con la misma calificación, se previó el hecho de dar muerte al concubino (o concubina). Es decir, a una de las personas de distinto sexo, libres de impedimento matrimonial, que se unen de manera estable y forman un hogar de hecho (art. 5 Const.). El fundamento es la similitud de las relaciones establecidas por esta unión de hecho con las relaciones matrimoniales.

De esta manera, el art. 107, en su versión original reprimía de forma agravada a quien “a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino”. Texto en el que se ponen de manifiesto también la masculinidad del lenguaje utilizado, del que debía develarse, mediante la interpretación, que no solo se trataba del hecho de matar a una “persona de sexo masculino”.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Esta disposición legal ha sido modificada gracias a la influencia de los movimientos feministas, quienes tenían la finalidad de que se reprima con mayor severidad el homicidio en el caso que la víctima fuera una mujer. Entre los diversos proyectos y propuestas planteadas, es de destacar, dos reformas dirigidas con éxito a prever en el Código Penal el delito de feminicidio.

Mediante la Ley N.º 29819, se modificó el art. 107 en el sentido de que si la víctima del delito de parricidio descrito en el primer párrafo de este art. “es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga, el delito tendrá” el nombre de feminicidio” (art. 107, párr. 3). De esta manera, se consideró solo el llamado feminicidio íntimo. La descripción era relativamente satisfactoria en la medida en que se entroncaba con la correspondiente al parricidio (explicada por la jurisprudencia y la doctrina) y que la expresión “relación análoga”

1 Consultar Dubec / Cherki-Nickles, 1992.

es utilizada en la misma ley penal para prever otras circunstancias. Sin embargo, la modificación era insatisfactoria o superflua debido a que solo era de orden simbólica, ya que la pena no era agravada por el hecho de calificarse el parricidio como feminicidio. Dicho de otra manera, la reforma era solo de orden simbólico porque su única finalidad era la de mencionar expresamente que se reconocía la frecuencia con que la víctima era una mujer.

La orientación de la Ley N.º 30068, al incorporar el nuevo art. 108-B, es sustancialmente diferente por cuanto revela una marcada influencia de los criterios feministas favorables a la represión del feminicidio como delito autónomo, por considerarla como medio no solo para mejor proteger la vida de las mujeres, sino también y de manera significativa dar un paso en adelante contra la situación injusta de dominación y discriminación de las mujeres.

La fuente teórica de inspiración de esta última modificación legal son las diversas concepciones sobre género de origen sobre todo anglosajón. Sus antecedentes legislativos son el derecho positivo de algunos países latinoamericanos (Costa Rica, Guatemala, Chile, México). Influencia decisiva ha sido también la de los convenios internacionales en los que se delimitaron y establecieron directivas destinadas a promover, proteger y consolidar los derechos en la perspectiva de género.

III. PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

El contexto social general está marcado por la constatación y toma de conciencia de que las mujeres son víctimas de homicidio debido a la violencia que se ejerce contra ellas, resultante de las relaciones de desigualdad, dominación y discriminación respecto a los hombres. De diversas maneras, según la perspectiva intelectual adoptada, se ha descrito este fenómeno delictuoso violento en agravio de las mujeres.

Al respecto, se describió el “feminicidio” (del inglés “femicide”) como “la muerte de mujeres a manos de hombres motivada por el odio, desprecio, placer o sentido de propiedad sobre la mujer, es decir, sexismo”². De manera resumida, explotando el alcance ideológico de la expresión, se dijo que consistía en “la muerte de mujeres por el hecho de serlo”. De

2 Ver trabajos de Russell / Caputi citados por Atencio en notas 6 siguientes: <http://bit.ly/2efKmP0>

esta manera, se buscaba determinar ciertos casos caracterizados por su sustrato misógino o sexista, para distinguirlos de las formas tradicionales de homicidio o asesinato, categorías presentadas como neutras y generales por la dogmática penal tradicional.

Ante la compleja connotación significativa del término y la pluralidad de comportamientos que se pretender comprender, se han distinguido diversos casos de feminicidio en consideración a las circunstancias en que se mata a la víctima. Así, se han establecido categorías considerando ciertas circunstancias particulares al hecho cometido. Se diferencia el feminicidio íntimo (la mujer y el victimario tienen una relación de pareja o de orden familiar) del feminicidio no íntimo (falta dicha relación) y del feminicidio por conexión (la muerte de la víctima mujer se produce a la ocasión en que otra mujer es agredida violentamente contra su vida o integridad corporal). Además, se habla de feminicidio infantil, feminicidio sexual sistémico, feminicidio por ocupaciones estigmatizadas (en razón de la ocupación o el trabajo que desempeñan: trabajadoras del sexo, recepcionistas, acompañantes en locales de encuentro o clubs nocturnos).

Mediante estos criterios sociológicos se trata de caracterizar los hechos designados con el término “feminicidio” como comportamientos que constituyen agresiones violentas contra las mujeres por el hecho de ser tales, en un contexto social y cultural que origina y consolida la dominación y discriminación a la que están sometidas. De modo que la violencia a que se alude no es la violencia del acto concreto, sino una violencia estructural contra las mujeres.

IV. TÉCNICA LEGISLATIVA

Esta manera de aprehender los hechos, conforme a las disciplinas sociales, ha sido utilizada para construir la categoría jurídico penal denominada “delito de feminicidio” y clasificarla, diferenciándola de los delitos de homicidio (matar a una persona). Esta tarea es desnaturalizada cuando se afirma, por ejemplo, por un lado, que el “feminicidio representa el extremo de un continuum de terror antifemenino que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos” y, por otro, que de “estas formas de terrorismo resultan en muerte, ellas se transforman en femicidios”³.

3 Ver en este libro, Benavides, p. 299, así como las referencias contenidas en la nota 12.

Esto recuerda a lo acontecido con el fenómeno “terrorismo”, denominado de esta manera y popularizado primeramente por el periodismo y, luego, retomado y analizado, desde diversas perspectivas, por estudiosos de las ciencias sociales, políticos y juristas. Entonces, como en el caso del feminicidio, se enfrentaron dos concepciones respecto a la necesidad o no de incriminar el “terrorismo” como delito autónomo. Contra quienes afirmaban que los actos terroristas constituían comportamientos ya previstos en la ley penal (como delitos contra la vida, contra la integridad corporal, contra la seguridad pública, etc.) y que bastaba con agravar las penas teniendo en cuenta la finalidad terrorista, otros sostenían que era indispensable prever una nueva figura delictiva para, además de combatir con mayor eficacia esos comportamientos delictuosos, poner claramente en evidencia los alcances políticos y sociales de la reacción social y estatal.

Primó el segundo criterio, lo que determinó que se tipificara “el terrorismo”. Labor que resultó ardua por la complejidad del fenómeno social, ya que no era un simple comportamiento sino una diversidad de hechos que tenían la finalidad política de desestabilizar el sistema social mediante actos violentos. Los resultados negativos, sobre todo, respecto al principio de la legalidad, fueron debidos a la deficiente manera de regular legislativamente las diferentes variantes de los actos terroristas, lo que significó un aumento de la gravedad de las penas y el recurso a procedimientos de represión contrarios a los principios del debido proceso. Si bien la incorporación del delito de feminicidio en el arsenal punitivo nacional es, sustancialmente, distinta al caso del terrorismo, lo que queremos señalar es que se incurre nuevamente en defectos de técnica legislativa. De modo que la aplicación del art. 108-B puede dar lugar a las mismas críticas y dificultades que se presentaron respecto al “delito de terrorismo”.

V. DELITO DE FEMINICIDIO

Según el nuevo art. 108-B, comete feminicidio quien “mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. violencia familiar; 2. coacción, hostigamiento o acoso sexual; 3. abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; 4. cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente”.

Texto que recuerda, en cierta manera, al art. 6 de la ley de Guatemala “contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer”, Decreto N.º 22-2008, en el que se dispone que quien valiéndose de cualquiera de las circunstancias que enumera expresamente (como se hace en nuestro art. 108-B), “(c)omete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer”. Mientras que en el Código Penal argentino, art. 80.11, se dice que lo comete el hombre que mata a una mujer mediando “violencia de género”. Todas estas formas de incriminar el feminicidio no han permitido superar las dificultades que presenta su aplicación efectiva⁴.

A pesar de la buenas intenciones, con el art. 108-B, el legislador no ha logrado establecer una figura delictiva autónoma, en el sentido que nuestro Código Penal prevería, por un lado, el homicidio (matar a un hombre) y, por otro, el feminicidio (matar a una mujer). Este es una forma agravada de homicidio, por lo que si no se dan las circunstancias prescritas en el art. 108-B, matar a una mujer, es decir a una persona, constituye un homicidio según el art. 106. Si la mujer es una persona con la que el victimario sostenía o había “sostenido una relación conyugal o de convivencia”, este último será reprimido por feminicidio por tratarse de una caso de concurso aparente de leyes (el art. 108-B es parcialmente una ley especial en relación con el art. 107).

Además para aplicar el art. 108-B, es de comprobar, fuera de constatar si se da alguna de las circunstancias enumeradas, que el homicida ha matado a la víctima por su “condición de tal”, es decir por su “condición de mujer”. Expresiones que se refieren a algo más que al simple hecho de que se trata de una persona de sexo femenino. Implícitamente, implican que se tengan en cuenta los criterios de género expuestos por las partidaria(o)s del feminismo para caracterizar la condición social de las mujeres.

La deficiente manera de redactar el tipo legal se pone en evidencia en el hecho que al exigir que el homicida haya matado a la víctima “por su condición de mujer” comporta estatuir un elemento subjetivo. Ya que no es suficiente que actúe con el dolo, intencionalidad, de matar

4 Dichas dificultades comienzan con la interpretación de los textos legales como se constata consultando los análisis de la mayoría de especialistas que se han ocupado del tema. Es ilustrativo, el caso de Buompadre, 2013, p. 156 y ss., referente a la legislación argentina.

una persona (hombre o mujer), sino que además debe estar motivado por la circunstancia especial expresada con la fórmula “por su condición de mujer”. De modo que el delincuente no solamente debe saber que mata a una persona de sexo femenino, sino que lo hace motivado por considerarla inferior, dominada, discriminada. De lo contrario, habría que admitir que dicha fórmula es superflua, redundante, y que pudo muy bien suprimirse. Sin superar del todo estas dificultades de redacción, la ley guatemalteca es relativamente mejor al decir que “(c)omete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer” (Decreto N.º 22-2008).

Por último, señalemos que los objetivos de los defensores de la reforma del código quedan igualmente trancos en la medida que reprimir el feminicidio, conforme al art. 108-B, no implica la protección de personas que, como los homosexuales, lesbianas, también se encuentran en una situación similar de dominación, discriminación y violencia estructural en la que se encuentran las mujeres.

VI. DIFICULTADES DE APLICACIÓN

Las deficiencias de técnica legislativa señaladas en relación con el tipo legal implican el riesgo de que el art. 108-B quede en letra muerta. Esto debido a que las dificultades procesales que se presentaran para probar el elemento subjetivo del tipo pueden conducir a su inaplicabilidad. Lo que puede ser favorecido por la tendencia de ciertos jueces a no imponer las severas penas previstas por el legislador para el feminicidio y preferir tratar el caso como una figura menos grave de homicidio.

La alternativa a la hipótesis señalada es que para aplicar el art. 108-B se considere suficiente que el homicida sea consciente de que sus relaciones con la víctima están necesariamente condicionadas por la “violencia estructural contra las mujeres” ínsita a nuestro sistema social injusto y discriminador impuesto por los hombres. Con lo que se produciría una amputación ideológica del tipo legal por la eliminación de uno de sus elementos, lo que comportaría un desconocimiento del principio de legalidad en detrimento del procesado.

Por último, también podría sostenerse que el simple hecho de que se dé una de las circunstancias enumeradas en la misma disposición comporta que el agente ha matado la mujer “por su condición de tal”. Es decir que

sería suficiente comprobar, por ejemplo, que el victimario maltrataba con violencia (art. 108-B.1) a su cónyuge para admitir que cometió feminicidio; pero, ¿qué tipo de maltrato: excepcional o continuado?

Además, cabe preguntarse si la circunstancia “abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente” (art. 108-B.3), constituye en buena cuenta una descripción o ejemplificación de la “violencia estructural contra las mujeres”. Lo que significaría que comprendería las otras circunstancias mencionadas en la misma disposición y que, por tanto, deberían ser consideradas como ejemplos de la dominación de la víctima por parte del homicida. Este defecto de técnica legislativa revelaría, por un lado, la confusión conceptual de los redactores del tipo legal y, por otro, la inutilidad de haber estatuido como elemento de la incriminación la circunstancia de “por su condición de tal”. Si el objetivo era simplificar la comprensión de la disposición y, por tanto, su aplicación efectiva, el resultado no ha sido obtenido. Preconizar lo contrario implica ampliar y acentuar con exceso la represión penal.

VII. CONCLUSIONES

La manera como se ha desarrollado el largo proceso social y político a favor de la inserción en la legislación penal de la figura delictiva del feminicidio y los resultados logrados ponen en evidencia las limitaciones del recurso a los esquemas, categorías y estrategias propias al mismo sistema de dominación androcéntrica. El cambio legislativo, sustantivo y procesal, no comporta la modificación de las estructuras simbólicas (en el sentido de estereotipos objetivos creados e impuestos por el sistema de dominación masculino) que siguen condicionando el tratamiento discriminatorio de las mujeres, comprendido el practicado en el ámbito del control social tanto primario como secundario.

Así, resulta difícil imaginar que, por ejemplo, se deje de apreciar los hechos, la condición de la víctima, interpretar tanto las disposiciones legales como los elementos probatorios sin que entren en juego prejuicios o estereotipos “con base en el género que suponga[n] un atentado contra la dignidad de la víctima femenina”. La explicación se encuentra en la permanencia, a pesar de los cambios sociales de cada época, del sistema de relaciones de género que mantienen e imponen las instituciones sociales orientadas a mantener y consolidar el sistema social vigente⁵. En este

5 Bourdieu, 2002, pp. 115 y ss.

sentido, es claro que la familia es el contexto primario y sustancial en el que se impone tempranamente la división sexual del trabajo y se forja la legitimidad de esta distribución de papeles. Junto a ella y en estrecha relación, las Iglesias difunden e interiorizan criterios morales favorables al sistema familiar en base de esquemas predominantemente patriarcales. Así mismo, la organización escolar refuerza dicha orientación patriarcal por la manera como forma a los jóvenes, favoreciendo los esquemas androcéntricos. Todo este sistema es completado por la influencia del Estado, quien, por ejemplo, al regular las relaciones de las personas entre ellas y de estas con el mismo Estado establece reglas que consagran la discriminación de la mujer. En esta perspectiva, es esencial analizar cómo se han normativizado las relaciones familiares y el estado civil de las personas en el derecho privado.

Para terminar, en la perspectiva del derecho positivo, volvemos a reiterar que, en nuestra modesta opinión, tal como está redactado el art. 108-B, la solución de suprimir —mediante la interpretación— la frase “por su condición de tal” no es conforme al principio de la legalidad porque amputa al texto legal de uno de sus elementos e, indebidamente, amplía el ámbito de la represión. La ley penal no es el campo apropiado para imponer o decidir sobre conflictos ideológicos de orden político, moral o intelectual. Estos seguirán y se resolverán en el debate que exija la comprensión y la aplicación de la ley. En este ámbito, la formación y concientización de los jueces, fiscales, policías y abogados, constituyen factores decisivos.

Sin pretender que la elaboración y establecimiento de un texto legal sean labores neutras, hay que subrayar la necesidad de redactar leyes suficientemente claras para evitar que su previsión y aplicación no tenga efectos perversos y contrarios a los buscados con buenas intenciones por quienes las elaboran y las aprueban. Finalmente, hay que tener en cuenta los riesgos que se dan cuando se busca, con fines en gran parte ideológicos, enfrentar y resolver problemas sociales recurriendo al derecho penal en detrimento de medios políticos, sociales, educativos, económicos. Olviéndose, así que la mejor política criminal es una eficiente política social.