

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.

EL FEMICIDIO O FEMINICIDIO EN EL DERECHO ARGENTINO

Gustavo A. Arocena

“Hay razones para mirar al sesgo el problema de la violencia. Mi premisa subyacente es que hay algo inherentemente desconcertante en una confrontación directa con él: el horror sobrecogedor de los actos violentos y la empatía con las víctimas funcionan sin excepción como un señuelo que nos impide pensar. Un análisis conceptual desapasionado de la tipología de la violencia debe por definición ignorar su impacto traumático. Aun así hay un sentido en el que un análisis frío de la violencia de algún modo reproduce y participa de su horror”¹

Sumario: **I.** Aproximaciones generales. **A.** Violencia de género y recurso al derecho penal. **B.** Bien jurídico tutelado. **C.** Regulación legal. **II.** El femicidio o feminicidio. **A.** Cuestión terminológica. **B.** Fundamento político. **C.** Tipo legal objetivo: elemento normativo “violencia de género”. **D.** Tipo legal subjetivo. **E.** Sujetos del delito. **F.** Proceso ejecutivo del delito. **III.** Reflexión final

I. APROXIMACIONES GENERALES

A. Violencia de género y recurso al derecho penal

Pensamos que resulta conveniente llevar a cabo algunas reflexiones generales, de tipo introductorio, en relación con el problema de la llamada “violencia de género” y la utilización del derecho penal como mecanismo para hacer frente a este flagelo.

1 Žižek, 2009, p. 12.

En la República Argentina, la Ley N.º 26.791² introdujo diversas modificaciones en el ordenamiento jurídico-penal, varias de las cuales se inspiran en la finalidad de hacer frente al fenómeno de la “violencia de género”, entendida como la violencia que se despliega contra una mujer y que, además, se muestra como una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y las personas de sexo femenino³.

Entre ellas se encuentra, sin lugar a dudas, la tipificación autónoma del delito de *femicidio* o *feminicidio* —según el neologismo que se prefiera utilizar—, del cual nos ocuparemos en el presente texto.

Sentado esto, nos parece necesario enfatizar, con Villacampa Estiar-te, que **no cualquier atentado de un hombre contra una mujer debe considerarse manifestación de la violencia de género**, sin perjuicio de lo cual es necesario que se tome conciencia de que **la violencia de género constituye un fenómeno suficientemente caracterizado**, que tiene una serie de elementos que la distinguen de cualquier otro tipo de violencia —incluso de la que tiene lugar en el ámbito familiar—, y que puede **hacerse merecedora de una reacción penal más intensa que otras manifestaciones del comportamiento violento**⁴.

2 Sancionada el 14.11.2012, promulgada el 11.12.2012 y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el día 14.12.2012.

3 No debe confundirse la noción de “violencia de género” con la de “violencia doméstica”, en la que la violencia sobreviene como consecuencia de una “posición de partida” necesariamente subordinada que —por sus propias condiciones— ocupan los niños, los ancianos y los incapaces en el ámbito de la familia. Como asevera Lorenzo Copello, estos miembros del grupo doméstico son naturalmente vulnerables, mientras que, en la violencia de género, a la mujer, es el agresor quien las hace vulnerable a través del ejercicio de la violencia. En otros términos, la vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón —al amparo de las pautas culturales dominantes— para mantenerla bajo su control absoluto (cfr. Lorenzo, 2005, p. 4). Se trata, en definitiva, de fenómenos diferentes —no obstante que emparentados—, derivados de causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas. De allí que acierte Lorenzo, cuando asegura que la equiparación de ambos conceptos “...ha conducido a que la violencia contra las mujeres quede diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas en causas ajenas al sexo de la víctima, dando lugar a una respuesta desenfocada del Derecho penal no carente de peligrosos efectos prácticos” (*vid.* Lorenzo, 2005, p. 4).

4 Cfr. Villacampa, 2007, p. 17.

Con todo, lo que acaba de anotarse no debe hacernos incurrir en un yerro de política criminal nada infrecuente en los ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito, a saber: que la protección “cualificada” del sujeto pasivo de un entuerto concreto no encubra la incompetencia de las distintas agencias estatales para enfrentar al conflicto en el que se emplaza la situación de aquella víctima específica. En términos concretos, la tipificación, por ejemplo, del *femicidio*, no ha de esconder la **imposibilidad de combatir el fenómeno de la violencia de género por medio de políticas sociales adecuadas**⁵. En este sentido, la legislación penal “de género”, según nuestra opinión, debe **evitar partir de la idea general de que la mujer se halla siempre en una relación de dominación y subordinación respecto del hombre**. Es que, no se verifica *necesariamente* tal situación en *todos los casos* de violencias que involucran a un hombre y a una mujer, y por ello puede tornarse de dudosa legitimidad una punición agravada asentada en una presunción que se basa exclusivamente en el género femenino de la víctima, sin que deba probarse que ella es una víctima especialmente vulnerable, como también puede serlo, *verbi gratia*, un anciano o un niño.

Además, hay que resaltar que ciertos discursos feministas que impulsan o subyacen a determinada configuración expansionista de un “derecho penal de género” se apoyan en el convencimiento de la *incapacidad del sistema penal para ofrecer una respuesta satisfactoria a los atentados de género*. Así como que esta perspectiva puede hacer perder de vista que un tal punto de partida acarrea el riesgo de **privar de significado político y alejar al problema de la violencia de género, del complejo contexto en que debe ser planteado y resuelto**.

Si se admite que la violencia contra la mujer evidencia las relaciones de poder históricamente desiguales entre esta y el varón y que se decantan en una suerte de “daño colectivo” que es “apuntalado” por la ineficiencia de la administración de justicia criminal, debe reflexionarse si el hecho de buscar la solución exclusiva o principal en este ámbito institucional no conduce a un “nocivo reduccionismo” que, en el marco de un proceso

5 En esta dirección, *vid.* Bolea, 2007, p. 22, donde la jurista española agrega: “... hay que tener en cuenta que un exceso de proteccionismo puede fomentar actitudes contrarias al reconocimiento de la mujer como ser autónomo y responsable, pudiendo incluso atentar contra la dignidad de la mujer, que se ve cuestionada cuando se le presume una especial vulnerabilidad en el marco de las relaciones de pareja”.

penal, tiende a individualizar el conflicto traduciéndolo en términos de violencia interpersonal. Paradigmas de opresión de la mujer pueden convertirse, así, en casos individuales —aun numerosos, pero siempre singulares— de “victimización” de víctimas concretas. De modo que de una situación estructural que involucra a todo el género femenino puede pasarse a reducir el problema a un daño individual.

Para resumir estos pensamientos, diremos que, indudablemente, la violencia de género es un **fenómeno de reconocimiento relativamente reciente⁶ y de dolorosa vigencia y actualidad, que debe ser afrontado desde múltiples perspectivas**, que aporten soluciones tanto preventivas, asistenciales, educativas y de intervención social, como científicas, económicas y legislativas. Estas últimas, materializadas en disposiciones legales de naturaleza sustantiva o adjetiva, *no deben, sin embargo, opacar la preponderancia que tienen en este terreno las políticas sociales previas, las acciones educativas y las inversiones estatales destinadas a mitigar los efectos de estas conductas* en relación con las víctimas. Pero la legislación penal **tiene un importante papel en la lucha contra el problema de 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, lo que impone que se recurra al derecho penal, incluso en el ámbito de estas repudiables conducta, con especial prudencia y razonable economía⁷.

6 Ilustra Maqueda: “El uso de la expresión “violencia de género” es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. Es significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979. Solo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del mismo año, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995). Es una manifestación más de la resistencia que existe a reconocer que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género” (cfr. Maqueda, 2006, p. 2).

7 Recuérdese que la intervención del derecho penal solo está legitimada en la medida en que existe un bien jurídico digno de protección cuya indemnidad, además, no puede tutelarse a través de la utilización de otras ramas del ordenamiento jurídico menos incisivas de los derechos de la persona.

La mejor doctrina jurídica resume la idea en los siguientes términos: “El derecho penal, en la tarea de prevención de la violencia en la relación de pareja, constituye el último recurso en manos del poder público, dada la exigencia, inexcusable en un Estado social y democrático de derecho, de ubicar al sistema punitivo en el lugar postrero a la hora de pergeñar las diversas estructuras de tutela de los proyectos vitales de los seres humanos. Su presencia, consecuentemente, se ciñe a ser el colofón de una estrategia preventiva, de contenido educativo y finalidad comunitaria, centrada en fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en el entramado social y acuñar los valores de libertad y diversidad en las relaciones personales. La colocación de la función penal del Estado en la línea de cierre del sistema institucional de tutela no cohonesta con propuestas públicas, de fértil presencia en la agenda política por su rápida acogida mediática e inmediata percepción ciudadana, que, desatendiendo las causas, ponen el acento en los efectos, propugnando, como una excelsa receta, una estrategia de criminalización guiada por una sincrónica hipertrofia del Estado penal y atrofia del Estado social. El derecho penal, en un Estado social y democrático de derecho, no debiera constituir la tarjeta de presentación de las políticas públicas para afrontar las conductas violentas; más bien, procedería su articulación como la última receta para enervar o, cuanto menos, contener el riesgo de victimación de las personas. De esta manera, su tarea, en la función de prevención limitada de los delitos, es residual, por su localización dentro de las estrategias públicas de un Estado democrático, y esencial, por la aportación que se espera de él cuando se requiere su intervención”⁸.

B. Bien jurídico tutelado

El ordenamiento jurídico-penal argentino tutela la “vida humana” —desde la concepción hasta la muerte de las personas— por medio de las figuras delictivas del homicidio (arts. 79, 80, 81, 82 y 84 del CP de la Nación Argentina), la instigación o ayuda al suicidio (art. 83) y el aborto (arts. 85-88).

Las dos primeras especies delictivas protegen la vida humana independiente; la segunda, la vida de la persona por nacer.

⁸ Cfr. Subijana, 2010, pp. 19 y 20.

Ahora bien, los delitos contra la vida humana independiente cuya acción típica consiste en *matar a otro* (homicidios) pueden clasificarse con arreglo al criterio de la tipicidad subjetiva.

Conforme esta pauta, el homicidio puede ser *doloso* (arts. 79-82 del CP de la Nación Argentina, con excepción de la figura del art. 81.1, letra b), *preterintencional* (art. 81.1, letra b, que —en rigor de verdad— tipifica una figura dolosa de lesión cualificada por un resultado mortal causado imprudentemente por el autor) o *imprudente* (art. 84).

C. Regulación legal

Entre los homicidios dolosos, el CP de la Nación Argentina prevé un tipo penal básico (art. 79) y derivaciones típicas de este (arts. 80 y el 81.1, letra a).

Conviene anotar, en vinculación con los tipos penales derivados de homicidio, que ellos están contruidos a partir del procedimiento de adicionar al delito base diferentes elementos que agravan o atenúan el reproche penal. Son modalidades especiales de la acción homicida, que deben ser abarcadas por el dolo del agente, y que dan lugar a las particulares situaciones típicas reguladas en dichas normas.

En el art. 80 de nuestra ley se prevén las “formas agravadas del homicidio doloso”, y pueden ser clasificadas atendiendo el fundamento del mayor contenido de injusto —y, con ello, del mayor reproche— que el legislador atribuye al hecho.

No es necesaria mayor reflexión para advertir que tal fundamento de la más severa punición del hecho se apoya en estas circunstancias que se agregan al tipo objetivo de la figura básica, condicionando la situación típica.

En síntesis, puede sostenerse que, hasta finales de 2012, el delito de homicidio se agravaba por el “vínculo” existente entre autor y víctima (p. ej., el lazo conyugal), el “modo” de cometer el homicidio (v. gr., el ensañamiento o la alevosía), el “motivo” que impulsa la conducta homicida (p. ej., el odio racial o religioso, o la intención de consumir otro delito), el “medio empleado” para realizar el delito (v. gr., uno que resulte idóneo para crear un peligro común), la “pluralidad de agentes” que intervienen en el hecho (p. ej., dos o más personas que actúan junto con el homicida en virtud de un acuerdo premeditado) y la “condición funcional” de los sujetos (v. gr., la calidad de miembro

de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, del autor o, incluso, del ofendido).

La ya mencionada ley argentina N.º 26.791 ha ampliado el “universo de casos” de homicidio agravado previsto por el ordenamiento jurídico argentino, *ensanchando el alcance de las figuras que contemplaban los incisos 1 y 4 del artículo 80 del CP de la Nación Argentina, y agregando a esta disposición legal dos nuevos incisos: el 11 y el 12.*

Se trata de modalidades agravadas de homicidio en las que se endurece el castigo de la infracción en razón de un “vínculo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo existente al momento del delito o con anterioridad” (art. 80.1, C. P. de Argentina), el “motivo” que empuja el comportamiento prohibido (incs. 4 y 12 de la misma disposición), y la condición “de género” del sujeto pasivo y la situación típica (inc. 11 del mismo artículo).

En efecto, la ley argentina N.º 26.791, en primer término, incorpora al art. 80.1, del ordenamiento penal argentino, la muerte dolosamente causada *del ex cónyuge o la persona con quien el autor mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia.*

Asimismo, en el inciso 4, consagra un castigo agravado para quien *matare por placer de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.* Se trata de una agravante del homicidio en la que el fundamento de la pena más grave radica en lo particularmente reprobable de la perversa razón determinante del brazo homicida, que es impulsado por sentimientos misóginos o de aversión hacia los varones. Es, ciertamente, un agravamiento de la punición de innegable corte subjetivo. Pero, además, y en los específicos supuestos de odio a la orientación sexual, la identidad de género o su expresión, el castigo calificado puede igualmente adscribirse a la mayor antinormatividad que surge del hecho de que la conducta reprochada está animada por el odio del sujeto activo hacia diferentes manifestaciones del ejercicio por parte del ofendido de derechos sexuales que, en cuanto tales, han sido reconocidos desde los años noventa del siglo pasado, como “derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos” (Declaración del 13 Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial para la Salud Sexual —World Association for Sexual Health—, el 26 de agosto del 1999, en el 14 Congreso Mundial de Sexología celebrado en Hong Kong). Quedan comprendidos en este concepto los derechos de todas las personas para que, libres de coacción, discriminación y violencia,

puedan, entre otras cosas, elegir su pareja o llevar una vida sexual satisfactoria, segura y placentera. Y las decisiones de la potencial víctima de esta delito en relación con su orientación sexual, su identidad de género o la expresión de esta son, ciertamente, y como acabamos de enfatizar, manifestaciones de la realización de tales derechos humanos fundamentales relativos a la sexualidad. Por su “parentesco criminológico” —*sit venia* verbo— con el delito de femicidio, parece conveniente subrayar que, en los términos de esta figura calificada, el autor, para merecer el castigo más severo, debe matar, como acabamos de ver, por odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. Existe tal “odio” cuando el sujeto activo mata a la víctima por su aversión hacia el género, la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de la identidad de género de aquella. Y el odio es “de género” cuando la antipatía del homicida en relación con el sujeto pasivo tiene como base la condición femenina o masculina del sujeto pasivo. Es que, a los fines que aquí interesan, lingüísticamente, la alocución “género” alude al conjunto de seres humanos que tienen uno o varios caracteres biológicos comunes que permiten distinguirlos en varones y mujeres. Matará por odio de género, entonces, el hombre o la mujer que priva arbitrariamente de la vida a un tercero, por la condición biológica masculina o femenina de este. Corresponde agregar que, por imperio de la ley argentina N.º 26.743, de Identidad de Género (Boletín Oficial de la Nación: 24.05.2012), el carácter masculino o femenino de una persona ha dejado de ser una cuestión biológica-ontológica, para pasar ser un asunto normativo. Ello es así, puesto que, en su artículo 2, ese conjunto normativo estipula: “Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. No obstante, a los fines del homicidio por odio de género, una interpretación “intra-sistemática” del tipo legal, que consulta integradamente las distintas alternativas que prevé la figura (entre otras, y como hipótesis distintas, el homicidio por odio de género y el homicidio por odio a la identidad de género), el “género” que importa aquí es el biológicamente determinado, o sea, el que surge de haber nacido un ser humano como hombre o mujer. Por el contrario, el género, como “dato

normativo”, no biológico, es un extremo tenido en cuenta por el legislador a través del supuesto de homicidio por “odio a la identidad de género”, incluido en el art. 80.4, del CP de la Nación Argentina; este consolida un tipo penal mixto alternativo, pues describe diversas conductas (matar por placer, matar por odio racial, matar por odio religioso, matar por odio de género, matar por odio a la orientación sexual, etc.), pero como disyuntivas, separadas la conjunción “o”, derivándose de ello la indiferencia de que se realice una u otra acción, o todas ellas, por entender que no se añade mayor desvalor al injusto. Es que, en el homicidio por odio a la identidad de género, queda indudablemente abarcado en el universo de posibles sujetos pasivos, el sujeto que, habiendo nacido hombre o mujer, ha ejercido su derecho a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida (art. 3 ley argentina N.º 26.743). Y esto es así, incluso, en el caso de quien ha hecho uso de tal derecho, sin haberse practicado intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni haber realizado terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico (arg. art. 4, *in fine, ibidem*). Pero, junto con el odio de género, el artículo que analizamos brevemente en esta nota al pie de página prevé el odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. La orientación sexual, que inspira la aversión impulsora de la conducta del sujeto activo, se refiere a la atracción sexual primaria al mismo sexo, al sexo opuesto o a ambos sexos. A su vez, el odio a la identidad de género se da cuando el agente mata al ofendido en razón de la manifestaciones de este acerca de su autoconciencia interna de ser hombre o mujer, masculino o femenino. El carácter normativo-jurídico de este elemento del tipo legal, como así también el contenido que le hemos asignado, se ven reafirmados por la vigencia de la mencionada ley argentina N.º 26.743, de Identidad de Género. Por lo demás, la disposición legal que se acaba de transcribir permite avizorar claramente qué debe entenderse por “expresión de la identidad de género”, que es la última de las circunstancias relativas al sujeto pasivo, que determinan la punibilidad prevista en la figura agravada. Precisamente, la expresión de la identidad de género es la manifestación externa de esa vivencia interna e individual del género tal como cada ser humano la siente y que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, que la víctima del delito concreta, no ya por medio de palabras, sino a través de su estética, su parecer exterior, su modo de hablar, sus modales o cualquier otra forma de exteriorización.

El nuevo inc. 11 del art. 80 del CP de la Nación Argentina pune más severamente al que matare *a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género*.

Por último, en el inc. 12 se ha añadido la hipótesis de quien matare a otro *con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1*.

Junto con todo esto, la ley argentina N.º 26.791 modifica la parte final del art. 80 del CP de la Nación Argentina, en el sentido de que: “Cuando en el caso del inciso 1º de este artículo, mediaren 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*”.

Si bien el mencionado inc. 4 del art. 80 de nuestro digesto criminal, e igualmente el agregado final al último párrafo de ese artículo, importan, en algún sentido, una clara manifestación de la recepción de los “discursos de género” en la legislación penal, el presente texto se ocupará en forma exclusiva del análisis dogmático-jurídico de una figura “emblemática” en ese terreno, a saber: el *femicidio* o *feminicidio*.

II. EL FEMICIDIO O FEMINICIDIO

A. Cuestión terminológica

Según el nuevo inc. 11 del art. 80 del CP de la Nación Argentina, se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua al que *matara a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género*.

Según adelantamos, la regla tipifica el delito de *femicidio* o *feminicidio*, conforme el neologismo que prefiera emplearse para designar la infracción.

Mediante un concepto que reúne, a la vez, las notas de justeza y diafanidad expresiva, Buompadre lo define como “...la muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino”⁹.

Para nosotros, la “definición legal” de femicidio, con arreglo a los elementos del tipo legal vigente en el ordenamiento argentino que anali-

9 V. Buompadre, 2013, p. 128.

zaremos seguidamente, puede ser construida en los siguientes términos: *Es el muerte dolosamente causada por un hombre a una mujer, mediando violencia de género*. En otras palabras, se trata de la *privación arbitraria de la vida de una mujer por parte de un hombre, en un contexto de violencia de género*.

El femicidio es parte del bagaje teórico del “movimiento feminista”¹⁰, que se desarrolló en Estados Unidos desde principios de los años sesenta hasta finales de los años setenta del siglo pasado, con el objetivo de lograr la igualdad de derechos entre varones y mujeres¹¹.

Precursoras en el empleo de la expresión fueron Jill Radford y Diana E. H. Russell, en la antología editada por ellas bajo el título “*Femicide. The politics of woman killing*”¹².

Allí, la primera caracteriza al *femicide* como “the misogynist killing of women by men”¹³ o “the misogynous killing of women by men”¹⁴, o sea, la matanza misógina de mujeres por parte de hombres¹⁵.

A su vez, en la misma colectánea, Russell relata que, cuando escuchó por primera vez el término en 1974, “...él resonó poderosamente en ella como uno que podría referirse a la matanza de mujeres por hombres *porque* ellas son mujeres”¹⁶, para luego asegurar: “Mucho tiempo

10 También llamado “Movimiento de la Mujer” o “Movimiento de liberación de la mujer”.

11 Entre las principales preocupaciones del movimiento feminista se incluían la desigualdad (no legal, sino de facto) entre el hombre y la mujer, la sexualidad, la familia, el lugar de trabajo y los derechos en la reproducción.

12 *Vid.* Radford / Russell. Las bases más consistentes de una “teoría sobre el femicidio” pueden hallarse en este libro, y en los trabajos especulativos y empíricos allí incluidos, no solo de Radford y Russell, sino también de investigadoras como Janet Caputi, Deborah Cameron, Beverly Labelle, Sandra McNeill y otras. Ya antes que el fundacional e icónico compendio editado por Radford / Russell / Warren, en 1985, había apelado a la alocución *gendercide* —generocidio o genericidio, en lengua española—, para aludir a “...the systematic killing of members of a specific sex”, esto es, la matanza sistemática de miembros de un sexo específico (la traducción es nuestra). Lo había hecho en su obra *Gendercide: the implications of sex selection* (Totowa, N.J., Rowman / Allanheld, 1985).

13 En estos exactos términos, Radford, 1992, p. xi.

14 Con estas palabras, Radford, 1992, p. 3.

15 La traducción es nuestra.

16 Cfr. Russell, 1992, p. xiv, donde textualmente se lee: “...it resonated powerfully with me as one that might refer to the killing of women by men because they are women” (La traducción es nuestra).

hemos necesitado un término tal como una alternativa al género-neutral *homicida*. El establecimiento de una palabra que significa la matanza de mujeres es un paso importante hacia el hacer conocida esta última forma de violencia contra las mujeres. Nombrar una injusticia, y proporcionar así el medio para pensar en la misma, por lo general precede la creación de un movimiento contra aquella”¹⁷.

Fue la antropóloga mexicana —y exdiputada del Congreso Federal de su país— Marcela Lagarde y De los Ríos quien tradujo el giro lingüístico inglés *femicide* a la lengua española, a través de la alocución “feminicidio”, a la que prefirió en lugar de “femicidio”, basándose en las siguientes razones:

En castellano *femicidio* es una voz homóloga a *homicidio* y solo significa homicidio de mujeres. Por eso, para diferenciarlo, preferí la voz *feminicidio* y denominar así al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres y que, estos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad¹⁸.

17 Vid. Russell, 1992, p. xiv, donde aparecen estas palabras: “We have long needed such a term as an alternative to the gender-neutral homicide. Establishing a word that signifies the killing of females is an important step toward making known this ultimate form of violence against women. Naming an injustice, and thereby providing a means of thinking about it, usually precedes the creation of a movement against it” (Una vez más, la traducción es nuestra).

18 Cfr. Lagarde, 2008, p. 216. En este mismo texto, la intelectual mexicana agrega: “El feminicidio es el genocidio contra mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres. En el feminicidio concurren en tiempo y espacio, daños contra niñas y mujeres realizados por conocidos y desconocidos, por violentos —en ocasiones violadores—, y asesinos individuales y grupales, ocasionales o profesionales, que conducen a la muerte cruel de algunas de las víctimas. No todos los crímenes son concertados o realizados por asesinos seriales: los hay seriales e individuales, algunos son cometidos por conocidos: parejas, ex parejas parientes, novios, esposos, acompañantes, familiares, visitas, colegas y compañeros de trabajo; también son perpetrados por desconocidos y anónimos, y por grupos mafiosos de delincuentes ligados a modos de vida violentos y criminales. Sin embargo, todos tienen en común que las mujeres son usables, prescindibles, maltratables y desechables. Y, desde luego, todos coinciden en su infinita crueldad y son, de hecho, crímenes de odio contra las mujeres” (*vid.* Lagarde, 2008, p. 216). Asimismo, y en sintonía con todo cuanto expresamos nosotros en el texto principal, Lagarde enfatiza: “El feminicidio se fragua en la desigualdad estructural entre mujeres y hombres, así como en la dominación de los hombres sobre las mujeres, que tienen en la violencia de género, un mecanismo

B. Fundamento político

Hecha esta breve introducción, puede sostenerse que la razón política del mayor castigo del femicidio reposa en la singular gravedad que importa el “emplazamiento de la conducta que culmina en la muerte dolosa de una persona, dentro del *ámbito de la violencia contra la mujer*”, concebida como manifestación de la configuración de las vinculaciones interpersonales en virtud de relaciones de poder de histórica desigualdad entre el varón y la mujer.

Desde el ámbito de la psicología se informa que los femicidios — que estadísticamente son protagonizados en la mayoría de los casos por esposos, novios, concubinos o amantes, más que por otras personas—, se producen en dinámicas de pareja¹⁹ caracterizadas por determinadas constantes, a saber: el control de la mujer, como sinónimo de posesión y con la idea de dominarla; los celos patológicos; el aislamiento de la víctima de su familia y amigos para perpetuar la violencia; el acoso, que satura las capacidades críticas y el juicio de la ofendida; la denigración y las humillaciones de la agredida; y la indiferencia ante sus demandas afectivas, entre otras²⁰. Y estas características, que se repiten y duran en el tiempo, constituyen, justamente, “...una expresión extrema de la “fuerza patriarcal”, una expresión social de la política sexual y una institucionalización del ritual de dominación masculina”²¹.

de reproducción de la opresión de las mujeres. De esas condiciones estructurales surgen otras condiciones culturales como son el ambiente ideológico y social de machismo y misoginia, y de normalización de la violencia contra las mujeres. Se suman también, ausencias legales y de políticas democráticas con contenido de género del gobierno y de los órganos de justicia del Estado, lo que produce impunidad y genera más injusticia, así como condiciones de convivencia insegura, pone en riesgo su vida y favorece el conjunto de actos violentos contra las niñas y las mujeres” (cfr. Lagarde, 2008, p. 217).

19 Para que se entienda bien el dato, déjesenos resaltar que los estudios de campo certifican que los femicidios tienen lugar mayoritariamente en el ámbito de las relaciones de pareja, aunque también ocurren fuera de ese contexto, incluso entre hombres y mujeres desconocidos o que nunca tuvieron relación o vínculo alguno. De hecho, la figura penal en modo alguno exige que la muerte de una mujer causada dolosamente por un hombre mediando violencia de género suceden en entornos de situación “íntimos” o de “intervenientes conocidos”.

20 Cfr. Yavarone / Gatesco / Busamia, 2010, pp. 637 y 638.

21 Yavarone / Gatesco / Busamia, 2010, p. 636.

Por lo demás, la figura agravada puede ser vista como un expediente dirigido a cumplimentar la obligación estatal de “incluir en su legislación interna las normas penales que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “c”, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, suscripta por la Organización de los Estados Americanos en do Pará –República Federativa del Brasil—²² el 9 de junio de 1994²³), a los efectos de “proteger el derecho de toda mujer a que se respete su vida y su integridad física, psíquica y moral” (art. 4, incs. “a” y “b”, *ibidem*)²⁴.

También como una herramienta inspirada, de alguna manera, en el artículo 5 de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*²⁵ —generalizadamente conocida por sus sigla en inglés, C.E.D.A.W.—, adoptada el 18 de diciembre de 1979 por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas y de jerarquía constitucional por imperio del art. 75.22, de la Constitución Nacional Argentina, en cuanto dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la **eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole** que estén basados en la **idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres**”.

22 En adelante: *Convención de Belém do Pará*.

23 Aprobada por la República Argentina a través de la Ley N.º 24.632, sancionada el 13.03.1996, promulgada el 01.04.1996 y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 09.04.1996.

24 Antes que esta convención de la Organización de los Estados Americanos, la Organización de las Naciones Unidas, en su Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993, había expresado que los Estados tienen el deber de establecer, en la legislación nacional, sanciones penales para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia (art. 4, inc. “d”). Así se lo establecía, a los fines de “condenar la violencia contra la mujer” (art. 4) y de garantizar su derecho a la vida (art. 3, inc. “a”), a la seguridad de la persona (art. 3, inc. “c”) y a no ser sometida a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 3, inc. “h”).

25 Aprobada por Ley argentina N.º 23.179, sancionada el 08.05.1985, promulgada el 27.05.1985 y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 03.06.1985.

C. Tipo legal objetivo: elemento normativo “violencia de género”

En el tipo objetivo de este delito encontramos que la conducta típica es, al igual que en el homicidio, la de *matar*, o sea, causar la muerte de otra persona, quitarle la vida.

Es un *delito de acción*, siendo posible la *comisión por omisión*, siempre que el sujeto activo tenga una posición de garante frente a la muerte del sujeto pasivo fundada en un deber legal o contractual, o en la creación de un riesgo para la vida mediante una acción u omisión precedente, que son las fuentes de la posición de garante, es decir, del deber de evitar el resultado²⁶.

El *medio homicida* puede ser material, esto es, una conducta que, por vía de hechos activos, por contacto directo o no con su cuerpo, actúa físicamente sobre este o la salud del sujeto pasivo²⁷, o consistir en una conducta a través de la cual se ejerce sobre el sujeto pasivo una acción psíquica²⁸, lo que en el ámbito de la doctrina jurídica suele ser denominado “medio moral”. El tipo legal es, en consecuencia, *resultativo*, ya que la ley no acota expresamente las modalidades que debe revestir la manifestación de voluntad, sino que basta cualquier conducta que cause el resultado típico. Se trata, desde luego, y como se desprende de lo que acaba de afirmarse, de un *delito de resultado*, y tal resultado es la muerte efectiva de otra persona.

Entre la acción homicida y el resultado mortal debe mediar *una relación de causalidad*. Podrá afirmarse la existencia de dicha relación causal cuando, una vez resueltos los problemas de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones o cualquier otra que permita establecer una conexión físico-natural entre la acción y el resultado²⁹, se haya identificado entre todas las causas del resultado aquella que suponga la creación o la elevación de un riesgo por encima de lo tolerado, que se realiza en un resultado abarcado por el ámbito de protección del tipo. Dicho de otra manera: una vez acreditada la existencia de la relación causal natural entre la acción y el resultado, deberá desentrañarse si la acción típica desplegada por el agente ha creado o aumentado —respecto del bien jurídico tutelado— un riesgo mayor que el autorizado por la ley, y este último se ha realizado en el resultado³⁰.

26 Vid. Muñoz, 1996, p. 31.

27 Cfr. Núñez, 1961, pp. 25 y 26.

28 Vid. Soler, 1956, p. 19.

29 Muñoz, 1996, p. 31.

30 Vid. Buján / De Langhe, 2004, p. 114.

Ahora bien, sin perjuicio de estas consideraciones relacionadas con el comportamiento típico —que, incluso, el femicidio o feminicidio comparte con el homicidio—, es también en el tipo objetivo de la figura delictiva donde encontramos la “característica definitoria” central del entuerto.

Ella se ubica en la situación típica de la descripción legal, esto es, en las *modalidades de la acción* incluidas en la norma, que designan una circunstancia que determinan la punibilidad agravada, a saber: la existencia de “violencia de género”.

Tradicionalmente se ha entendido que la “violencia” consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la persona de la víctima o en su contra.

Ahora bien, cabe añadir que se tratará de violencia “de género” cuando esta sea expresión de la violencia contra una mujer y se muestre como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y la mujer”.

Es que, la voz “violencia de género” designa, en esta figura delictiva, un “elemento normativo jurídico” cuya significación no es posible conocer sin acudir a una segunda interpretación, que se hará con ayuda de las distintas ramas del derecho; y esa segunda interpretación nos permitirá apreciar, como veremos seguidamente, que la alocución se corresponde con la materialización del maltrato del hombre hacia la mujer.

Se trata de un elemento normativo requerido del presupuesto lógico de una norma, toda vez que sus términos solo pueden ser interpretados acudiendo a otra norma —en este caso, extrapenal—, de carácter escrito.

En este sentido, el concepto de “violencia de género” es una noción que, a diferencia de la idea de “odio de género” —introducida por la Ley N.º 26.791 en el inciso 4 del art. 80 del CP argentino—, no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombre y mujeres, sino en el *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 una “identidad masculina” y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a “lo femenino”.

Según Maqueda Abreu, la violencia contra las mujeres no es una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de

pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es una:

[C]onsecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género [enfatisa esta jurista] se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género³¹.

Hemos señalado que el giro lingüístico “violencia de género” consagra un elemento normativo jurídico, porque esta concepción sociológico-cultural del problema, que se aparta de las desigualdades surgidas de la naturaleza biológica de los sexos, ha sido reconocida en instrumentos jurídicos internacionales y en textos legales del orden jurídico interno de Argentina.

Así, la *Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, elaborada en la 85ª sesión plenaria celebrada el 20 de diciembre de 1993, reconoce que:

[L]a violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.

A su vez, la *Convención de Belém do Pará* prescribe que “toda mujer tiene derecho a que se respete su vida y su integridad física, psíquica y moral” (art. 4, incs. a y b), a la vez que subraya que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el “derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (art. 6, inc. b)”.

31 Vid. Maqueda, 2006, p. 2.

Por último, la ley argentina N.º 26.485, de *Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*, sintoniza con esta concepción. Justamente, en su art. 2, ella señala que tiene por “objeto”, entre otras finalidades, promover y garantizar “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia” (inc. b) y la “remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (inc. “e”).

Podrá reprochárseles que la interpretación que postulamos limita apreciablemente el ámbito de aplicación de esta figura agravada.

Sin embargo, conviene recordar que el principio de legalidad penal (art. 18 C.N.) impone la interpretación restrictiva de la ley criminal, que requiere que, en casos de *expresiones vagas, de textura abierta y carentes de autonomía semántica como “odio de género”*, el jurista práctico “eche mano” de herramientas interpretativas distintas del canon gramatical o literal, tales como el “criterio sistemático”, que mira la ubicación de la norma a interpretar en el específico texto de la ley que la comprende y en el genérico marco de todo el conjunto normativo que compone el ordenamiento jurídico vigente, con el objeto de hallar eventuales contradicciones normativas que obstan a la coetánea vigencia de dos reglas determinadas, o entre una hipótesis interpretativa y determinados fines y principios que inspiran al sistema jurídico.

Máxime si, como en el caso, el enunciado lingüístico polisémico (“violencia de género”) indica un elemento normativo jurídico del tipo legal, que “completa” el contenido de la figura mediante los contenidos propiciados por otras disposiciones del ordenamiento jurídico; y estas, incluso, en el supuesto bajo examen, receptan un concepto o acepción de la expresión “violencia contra la mujer”, que abrevia en el sentido cultural, sociológico e ideológico que mejor consulta la “expresión de sentido” que inveteradamente ha pretendido atrapar el término, y no en su equiparación con la noción de “sexo”, que “se refiere a las características biológicas que definen a los seres humanos como hembra o macho”³².

Seguramente surgirán inconvenientes a la hora de acreditar este elemento del tipo legal, pero la interpretación sociológica, cultural e incluso

32 Cfr. World Health Organization, 2006, p. 5. La traducción es nuestra. En el texto original se lee: “Sex refers to the biological characteristics that define humans as female or male”.

sistemático-jurídica que hemos propuesto en orden a este giro lingüístico impone que se encuentre suficientemente probado, a los fines de una condena por este delito, que la muerte dolosa de la mujer ha respondido a ese presupuesto.

No parece descabellado aseverar que la comprobación de que el homicidio ha sido causado “mediando violencia de género”, en sistemas que consagran el “principio de libertad probatoria”³³, debe certificarse a través de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, y reparando en los particulares contextos en que se llevan a cabo los actos de violencia en perjuicio de la mujer³⁴.

33 Así lo hace, por ejemplo, el artículo 192 del C.P.P. de Córdoba (República Argentina), en cuanto prescribe que todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.

34 En esta orientación, la Sala Penal del Tribunal Superior de Córdoba, con referencia al específico supuesto de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja, ha tenido oportunidad de sostener lo siguiente: “...nos encontramos frente a hechos que denuncian ‘violencia doméstica y de género’, en que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima que convive con él, en una relación convivencial que tiene por víctima a una mujer, a la que intimida y trata con violencia, en virtud de la relación vital en que se halla (...). Este tipo de violencia ha merecido un amparo especial, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (más conocida como Convención de Belém Do Pará, aprobada por ley 24.632), a nivel nacional con la ley 26.485 (Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) y a nivel local con la ley 9283 (Ley de Violencia Familiar). La Convención establece como uno de los deberes de los Estados, condenar todas las formas de violencia contra la mujer, debiendo actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7, inc. b). En consecuencia, el estudio de la prueba debe abordarse bajo un criterio de amplitud probatoria para acreditar los hechos atrapados teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia en una relación de pareja conviviente. Una de las particularidades que caracterizan la violencia doméstica es el tiempo de victimización, porque a diferencia de otros delitos aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos, una escalada de violencia cada día o semana más agravada y de mayor riesgo, caracterizada por su duración, multiplicidad y aumento de gravedad (...). Precisamente, el “contexto de violencia”, comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello es así, porque si bien los tipos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra un determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al integral fenómeno plurio-

D. Tipo legal subjetivo

El tipo subjetivo del femicidio es doloso.

El dolo demanda el conocimiento y la voluntad del autor de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, que el agente sepa que mata a una mujer en un contexto de violencia de género, y que quiera hacerlo.

Es suficiente el *dolo eventual* en relación con el resultado mortal, pero *no en lo tocante a la condición femenina* de la víctima. Basta, entonces, que el sujeto, sabiendo de la particular calidad de mujer del sujeto pasivo, la mate por considerar seriamente como *posible* la realización de la muerte y *conformarse* con esta.

El hecho de que la situación típica reclame que el homicida mate a la mujer *mediando violencia de género* no pareciera consagrar —implícitamente— elemento subjetivo alguno distinto del dolo, sino solo que aquel cause la muerte de la víctima “sabiendo y queriendo realizar actos que, desde un punto de vista objetivo, traducen o se enmarcan en una situación de violencia de género”³⁵.

El error sobre la condición de mujer de la ofendida es un error de tipo que, inevitable o evitable, excluye la responsabilidad.

E. Sujetos del delito

Cualquier persona no puede ser sujeto del delito.

En este sentido, la descripción típica es categórica al establecer, de modo expreso, que solo puede cometer el delito de femicidio un “hombre”,

fensivo de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen malos tratos físicos, psíquicos, amenazas, y como en el caso, pueden incluir modos graves de privación de la libertad. Máxime (...) que estos hechos se suceden en un marco de vulnerabilidad, dado que raramente se realizan a la vista de terceros, porque una de las características de la dominación por violencia en sus múltiples manifestaciones es precisamente el aislamiento de la víctima. De allí que cobra especial relevancia, como sucede con la violencia sexual, el relato de la víctima adquiere un valor convictivo de preferente ponderación en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por indicios siempre que éstos tengan una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para el principio in dubio pro reo de base constitucional” (T.S. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n.º 84, 04.05.2012, “Sánchez”, con negritas agregadas).

35 También entiende que la figura no requiere de ningún elemento subjetivo especial distinto del dolo, Buompadre (2013, p. 164).

y que únicamente puede ser perpetrado en perjuicio de una “mujer”³⁶. Por consiguiente, es un ilícito con sujetos activo y pasivo calificados.

Ha de recordarse, una vez más, que la violencia de género importa una exteriorización de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y la mujer, que han llevado a la dominación y la discriminación de esta por parte del hombre.

El sujeto pasivo —que, como vimos, es una mujer, que debe haberse independizado del claustro materno (de lo contrario, se trataría de un aborto) y que debe poseer un organismo con capacidad de continuar funcionando de cualquier forma y en cualquier grado— es, a la vez, el “objeto material” sobre el que recae directamente la acción.

A este se añade el “objeto jurídico”, o sea, el bien objeto de la protección legal, que es la vida humana independiente de la mujer, desde el nacimiento hasta la muerte. Se tutela el derecho o interés que tienen las mujeres a que se respete su existencia material³⁷ frente a ataques perpetrados en contextos de violencia de género, y se lo hace entendiendo a su vida como la actividad del complejo orgánico del ser humano, por precaria que sea, y no la actividad autónoma de un órgano o de un conjunto de órganos separados del organismo que constituye el ser³⁸.

F. Proceso ejecutivo del delito

El delito se consuma con la producción del resultado mortal, resultado que, en cuanto a la afectación del objeto material del delito, es indudablemente irreversible.

Es admisible la tentativa, tanto acabada, como inacabada. El tipo de la tentativa de homicidio comienza con los primeros actos de ejecución de la muerte y por tanto constitutivos de un peligro concreto para la vida³⁹.

Para delimitar entre la tentativa de femicidio y las lesiones consumadas debe estarse al aspecto subjetivo del hecho, es decir, a la parte subjetiva

36 Sobre esto, Acale Sánchez, 1999-2000, p. 103, subraya: “...el fenómeno de la violencia o de los malos tratos hacia la mujer abarca una serie de atentados cuyo común denominador no es otro que la presencia de un sujeto pasivo femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia a ese género y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al género opuesto”.

37 Cfr. Núñez, 1961, p. 21.

38 Creus / Buompadre, 2007, p. 6.

39 *Vid.* Carbonell / González, 1999, p. 57.

del comportamiento que se endilga al agente. Así, habrá una tentativa de femicidio cuando exista en el autor la intención o el dolo (aunque sea eventual) de causar la muerte de la mujer y mediare violencia de género, y unas lesiones consumadas, cuando el dolo de matar —directo de primer grado, directo de segundo grado o, aun, eventual— se encuentre ausente.

III. REFLEXIÓN FINAL

Para culminar, parece pertinente llevar a cabo un par de reflexiones adicionales.

Es posible asegurar que, en términos generales, y más allá de la forma en que la legislación de los distintos países construye las figuras particulares, la tipificación específica de crímenes de violencia contra las mujeres como el femicidio o feminicidio reviste gran importancia y posee una serie de ventajas con respecto a las tipificaciones género-neutrales. Entre tales ventajas, habremos de señalar que la tipificación específica puede presentarse como una herramienta apta para reducir este fenómeno criminológico, pues posibilita un control y registro particular de los casos, así como un seguimiento más preciso a los procedimientos de investigación y judiciales que se llevan a cabo.

Sin perjuicio de esto —y como aduce Toledo Vázquez—, más importante es aun, en cuanto a la conveniencia de la tipificación, evaluar de qué manera la previsión legal del feminicidio o femicidio contribuye, en términos concretos, a la erradicación del fenómeno en cada país. Esto debiera ser especialmente considerado en los países o regiones en que la mayor parte de las problemáticas asociadas con la persecución penal del feminicidio no se encuentran en la ausencia de un tipo penal específico, sino en cuestiones principalmente relativas a la actuación de los organismos policiales y judiciales involucrados en la investigación. En otros, la tipificación del femicidio puede más bien constituir una forma de distraer la atención social de las dificultades que tiene el sistema penal para abordar formas de violencia contra las mujeres que no terminan en muerte, y cuya superación exige reformas legales que entrañan costos económicos mucho mayores que la tipificación. En consecuencia, resulta fundamental un análisis de la conveniencia de la tipificación a partir de la realidad y naturaleza de las dificultades que presenta, en la práctica, la prevención, investigación y sanción del feminicidio o femicidio en cada país o región, de modo tal que pueda evaluarse, en concreto, de qué manera la tipificación contribuye o no a superar aquellas dificultades⁴⁰.

40 Toledo, 2009, p. 149.