

FEMINICIDIO: “doctrina jurisprudencial” (tipificación formal y tipificación material)

José Hurtado Pozo

Siguiendo el método sesudo de sus acuerdos plenarios o sentencias vinculantes y en el afán de elaborar una “doctrina jurisprudencial”, en el reciente acuerdo sobre feminicidio, se continúa suponiendo que los jueces tienen, o exigiendo que posean, una excelente formación en disciplinas extrajurídicas. Así lo hemos destacado en ocasión anterior, respecto a que tengan conocimientos necesarios de epistemología para recurrir a la prueba indiciaria. Esta vez, se trata de que dispongan de suficiente formación filosófica y, quizás más exactamente, en filosofía del lenguaje, supuesta como necesaria, tal vez, para distinguir las dos formas de tipificación mencionadas en el título de esta nota.

En el Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116, los jueces sostienen que la historia legislativa del feminicidio “ha evolucionado de una tipificación nominal o formal a una esencial o material”. Afirman que el legislador, al inicio y mediante la Ley N° 29819, “pretendió que cambie la denominación de la conducta típica, pero era solo nominal”. Para lo cual, “incorpora [sic] el nombre de ‘feminicidio’ a una conducta típica de parricidio o, más concretamente, uxoricidio”. Por lo que estiman que “esta postura formal puede ser considerada como nominalista, en el sentido que es una categoría que no es una entidad real, sino un sonido de voz”.

Proceso que culmina, según los jueces, cuando el legislador incorpora el art. 108-B en el Código penal. Cambiando de orientación, “al pretender [sic] dotar de contenido material, el delito de feminicidio y, con ello, convertirlo en un tipo penal autónomo”. Esto último, se supone, respecto del parricidio, al cual se le vinculó como caso agravado.

Esta confrontación entre “feminicidio formal” y “feminicidio material” es confusa, tanto más en la medida en que la primera forma es también calificada de “nominal” e implícitamente opuesta a la segunda que sería “real”. Razonamiento que parece exigir que se recurra a las explicaciones filosóficas del “nominalismo” (el que tiene entre sus destacados iniciadores, en la Edad Media, a Guillermo de Ockam) o a las desarrolladas por los promotores de la filosofía analítica del lenguaje (Genaro Carrió y Carlos S. Nino, entre los latinoamericanos más cercanos a nosotros).

Sin embargo y menos mal para los jueces obligados a seguir el acuerdo plenario comentado, la argumentación de los jueces supremos puede ser esclarecida despojándola de su aparente complejidad filosófica. Muy simplemente porque lo que exponen revela que no es cuestión, en verdad, de aplicar criterios filosóficos “nominalistas”.

El nominalismo, en contra de concepciones como la platónica, niega que existan los “universales” (por ejemplo, mujer, crimen, planta) y afirma que son meras abstracciones, nombres sin materialidad, “flatus vocis”(simples “sonidos de voz”, como se dice en el acuerdo). Por lo que afirma que sólo los individuos, las entidades particulares, existen realmente.

Ahora bien, los jueces califican de nominalista el criterio seguido por el legislador en la Ley 29819, modificatoria del art. 107 que prevé el parricidio. Debido a que éste se limita a decir: “Si la víctima del delito descrito 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”. Nombre no utilizado anteriormente, ya que se calificaba de “homicidio” (simple, agravado o atenuado) el acto de matar a una persona (hombre o mujer). Sin embargo, lo cierto es que el nominalismo no se reduce a la simple cuestión de “nominar”, “dar nombre”, “bautizar” algo (cosa, ente, hecho, animal, ser humano, etc.). Si no que también niega, por ejemplo, que existan las “categorías generales o universales”, designadas o nombradas y, por el contrario, afirma que sólo las entidades individuales o particulares son reales.

¿Pero, el legislador se limitó a nombrar el feminicidio, como categoría abstracta, universal, cuando modificó la Ley 29819? No. En realidad, estableció un nuevo caso de homicidio agravado, el mismo que describió como un caso de parricidio (art. 107). Al decir si “la víctima del delito descrito”, evita repetir la descripción prevista en el primer párrafo de este artículo. Así, “incorporó” un nuevo tipo legal, de la misma manera como hizo al prescribir, por ejemplo, el asesinato o el infanticidio respecto al homicidio.

La confusión proviene de la técnica legislativa que utilizó, la misma que recuerda la empleada en los códigos penales decimonónicos. Así, en nuestro primer código de 1863, se decía, por ejemplo: “Cometen delito de traición: 1. El peruano que... (art. 108) o “Comete delito de injuria, el que ...” (art. 281). Lo que no significa que se trate de “nominalismo”, en el sentido prosaico de “nominar”. Por tanto, la modificación al artículo 107, podía ser leída de la siguiente manera: “Comete feminicidio, el que mata a su cónyuge o conviviente, o si la víctima estuvo ligada al autor por una relación análoga...”.

En el art. 180-B del código vigente, el legislador hace lo mismo, es decir describir, aunque de otra manera, un caso de homicidio agravado que también denomina “feminicidio”. De modo que tanto en este caso como en el primero dota de “contenido material” (aunque diferente) al “delito de feminicidio”. Con lo que deja de considerarlo como un “parricidio agravado”, convirtiéndolo “en un tipo penal autónomo”, pero dependiente siempre del homicidio. El feminicidio supone siempre un homicidio simple (matar una persona) y sólo algunas veces implica también la ejecución de un parricidio (por ejemplo, cuando la víctima, por ejemplo, es cónyuge del autor).

En contra de lo afirmado por los jueces en el acuerdo plenario, en ambos casos es cuestión de una tipificación “esencial o material”. En el sentido de que se describe un comportamiento humano determinado, descripción que constituye, conforme a la jerga jurídico penal, el “tipo legal” (objetivo y subjetivo). Es un “prototipo” o un “modelo” con el que se abarca infinitos y variados hechos (unidos por presentar necesariamente los elementos de la esquemática descripción legal) y que deben ser imputados a alguien para poder penarlo por “feminicidio”. Como en la conocida metáfora poética, detrás del “nombre Nilo no se encuentran las caudalosas aguas del famoso río”, ni detrás del de “rosa, todas las rosas del mundo”.

La tarea y función del intérprete y aplicador de la ley son más simples y pragmáticas que las que parecen deducirse de las sesudas reflexiones expuestas en el acuerdo plenario comentado. Acuerdo que tiene más aire de artículo de revista jurídica que de sentencia. Finalmente, como la “doctrina legal” está expuesta en 43 “fundamentos jurídicos”, fácil es imaginar el esfuerzo y tiempo que deben dedicar los jueces para entenderlos y aplicarlos. Por lo que resulta difícil pensar que ellos van a aplicarlos de manera crítica, simplemente por la imposibilidad material y personal en la que la mayoría de ellos se encuentra.

Esta modesta nota sólo tiene la finalidad de colaborar tanto en la comprensión y en la aplicación del derecho, así como en promover que se mejore la manera como se busca unificar criterios de interpretación mediante la denominada “doctrina jurisprudencial”.

Friburgo/Lima, noviembre 2017