

FEMINICIDIO: hombre y mujer, según el acuerdo plenario 001-2016/CJ-116

José Hurtado Pozo

La lectura del acuerdo plenario sobre el feminicidio brinda materia para análisis de diversas perspectivas extra jurídicas, pero con grandes implicancias en el ámbito del derecho. La interpretación y aplicación del art. 108-B, que prevé el feminicidio, implica la comprensión de la manera como se concibe y utiliza la distinción de las personas en hombres y mujeres, se admitan o rechacen los criterios de género y se busque reforzar o cambiar la regulación actualmente predominante.

Está clara que, por su extensión y finalidad, en esta nota es imposible presentar toda esta problemática. Por lo que, estará limitada a tratar, al menos, la cuestión relativa a los sujetos activo y pasivo del delito, que implica precisar quién es mujer y quién es hombre. Distinción cuestionada en el marco de las concepciones feministas sobre género. Bien entendido, no en el sentido gramatical de género femenino, género masculino y género neutro.

Ahora bien, se recurre a la noción de género en oposición a la de sexo. Si no se presta la debida atención al hecho que el lenguaje es un factor decisivo en la construcción de la “naturaleza de género”, se refuerza incorrectamente el sentido “natural” (por tanto “ahistórico”) de la noción de sexo, cuando en realidad ambas son creaciones culturales. De cierta manera, en este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la realidad biológica “no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el ser humano es un ser también psíquico y social.”

Esto es lo que implicaría, la afirmación de los jueces de que “hombre” y “mujer” deben ser comprendidos en sentido biológico, al interpretar la expresión “el que” con la que se inicia, como la gran mayoría de disposiciones de la parte especial del código penal. Según los jueces supremos, a dicha expresión, interpretada literal y aisladamente, debería atribuírsele el sentido amplio comprensivo tanto de hombres como de mujeres. Sin embargo, siempre conforme a su entender, esta interpretación se revela errónea si se tiene en cuenta la “estructura misma del tipo”. El hecho de que en éste se indica que la mujer debe ser muerta “por su condición de tal”, “conduce a una lectura restringida”, de modo que “el que” debe más bien ser comprendido en el sentido de que “sólo puede ser sujeto activo de este delito un hombre, en sentido biológico”.

Pero, al mismo tiempo, arguyen que la circunstancia de que “en su condición de tal” significa cometer el delito “en el contexto de lo que es la llamada violencia de género”, es decir, “basada en su género”. Lo que significa que se invoca el criterio de género para aplicar una concepción naturalista, biológica, para identificar quien es el sujeto activo del feminicidio. Dejando de lado, lo estatuido por el Tribunal Constitucional, según el cual las nociones de hombre y mujer no

deben ser determinadas geníticamente. Equiparando así, de modo confuso, “mujer” con “género femenino”, determinado biológicamente.

El hombre “homicida”, determinado por sus genitales, debería actuar motivado de manera que se pueda afirmar que ha sido condicionado por una circunstancia delimitada culturalmente. En sentido, “en su condición de tal” debería entenderse, de manera general y abstracta, que se refiere al hecho de que las mujeres son víctimas del patriarcado machista y discriminador ejercido por los hombres y cuya máxima expresión es la comisión de feminicidios. Dicho de otra manera, de que son objeto de la “violencia de género”, que se entiende, comúnmente, como la practicada por los hombres sobre las mujeres, término con el que se designan a las personas pertenecientes al sexo femenino. Por lo que se habla, así mismo, de violencia doméstica, violencia de pareja y violencia machista.

Sin embargo, la noción de género ha llevado a que se hable, en el afán de superar criterios naturalistas o biológicos, de “identidad de género”, comprendida como “la vivencia interna o individual del género tal como cada persona la experimenta (...), la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos). Identidad que no debe tenerse en cuenta para determinar quién es el sujeto pasivo del feminicidio. Ya que, en opinión de los jueces supremos, sólo puede serlo una mujer “en el sentido natural”, persona de sexo femenino. En razón a que es innecesario “que se la identifique con la identidad sexual”. Así, al contrario de lo que sucede con la determinación del sujeto activo, “la identificación del sujeto pasivo del feminicidio [sería] más clara”. Siendo superfluo invocar y aplicar el “criterio de género”.

Con lo que resulta que la concepción de género es utilizada, por un lado, para restringir quien es el sujeto activo de feminicidio y, por otro, para no ampliar quien es el sujeto pasivo. La estructura del tipo (referencia a la “condición de tal”) no influye, en consecuencia, en la comprensión del término “mujer”, pero sí en el de “hombre”. La confusión aumenta, sin embargo, porque los jueces supremos, respecto al sujeto pasivo, hablan de “identidad sexual”, distinguiéndola de la identidad “biológica” y de la “de género”. Según los jueces, la primera y la tercera serían sinónimas”.

El razonamiento de los jueces resulta, por tanto, trunco. Se queda sólo en el ámbito del tipo legal de feminicidio y se refiere al principio de legalidad únicamente respecto al sujeto pasivo. El término “mujer”, literalmente, significa persona biológicamente de sexo femenino. Pero, considerando la “estructura del mismo tipo legal” como se hace respecto al sujeto pasivo, también podría entenderse en el sentido más amplio de género. De lo contrario, el texto debería ser leído en el sentido de matar una “mujer en su condición de mujer”, lo que llevaría al absurdo de suponer que hay mujeres que no se encontrarían en la “condición de mujeres”. O, que una mujer (que tiene el papel masculino) no puede matar a otra mujer (que juega el papel femenino) “por su condición de tal”. Lo que implica negar que no pueda darse, en las parejas homosexuales femeninas, la relación de violencia, sometimiento, discriminación como la que se da en una pareja heterosexual. Situación llamada de “violencia de género”. Tampoco que, en una pareja homosexual masculina, el hombre no pueda matar al otro que asume el “género de mujer”.

Debido a que en el acuerdo plenario se cita con interés autores argentinos, cabría preguntarse si los jueces tuvieron en cuenta que la opinión de éstos estaba condicionada porque en el Código argentino, art. 80, inc. 11, incorporado mediante Ley 26,791, se reprime, con reclusión o prisión perpetuas, al que mata “A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”. Muestra de las dificultades para regular el homicidio es, también, la regulación colombiana. En el art. 104A, adicionado al código penal por el art. de la Ley 1761 (2015), se prevé: “Feminicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser

mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias...”

Para superar la deficiente interpretación del acuerdo plenario, es necesario ir más lejos, por ejemplo, en cuanto al método sistemático. En particular respecto a los delitos sexuales, cuya tipificación fue modificada por influencia de corrientes feministas, de género. De acuerdo con las reglas anteriores a la modificación efectuada mediante la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, el delito de violación sólo podía ser cometido por un hombre en agravio, únicamente, de una mujer. Conforme al texto vigente (art. 170), debido a la influencia de los criterios de género, la mujer y el hombre pueden ser tanto autores como víctimas del delito de violación, en la medida en que ésta no consiste solamente en el hecho de, “con violencia o grave amenaza”, obligar “a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal”. Ahora, también es el hecho de realizar “otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”.

Si se aplicasen los criterios utilizados para interpretar la regulación del feminicidio, podría, por ejemplo, considerarse que el término “persona” debería comprenderse en sentido biológico o genital como “mujer”, ya que la violación es una manifestación de la “violencia de género” ejercida por los hombres machistas en agravio de las mujeres. Así mismo, porque físicamente resulta difícil imaginar, como se sostenía entonces, que un hombre pueda ser llevado, mediante violencia, a encontrarse en el estado apropiado para penetrar a la víctima. Menos mal que no se le ocurrió al legislador prever que el delincuente debería haber cometido la violación sobre una mujer “por su condición de tal” o “en consideración de su género”.

Por último, preguntémosnos si era necesario que mediante la interpretación se despojara de protección a sectores importantes de personas que no siguen las pautas sexuales o de género tradicionales, en lugar de ampliarla como se hizo respecto a los delitos sexuales.

Lima/Fribourg, diciembre 2017