

Animus de feminicidio: “condición de mujer” (acuerdo plenario 001-2016/CJ-116)

José Hurtado Pozo

Para delimitar el feminicidio del homicidio, a nivel del tipo legal objetivo, el legislador ha establecido, por un lado, la circunstancia “condición de tal” y, por otro, los “contextos” particulares en que debe matarse a la víctima. A nivel del tipo legal subjetivo, por tanto, el agente debe actuar con dolo de realizar los elementos objetivos del homicidio simple (matar a una persona de sexo masculino o femenino), además de saber que obra en uno de los contextos aludidos e impulsado por la circunstancia específica señalada.

Así, por ejemplo, darse cuenta de que actúa en un contexto de “violencia familiar”, de “relación que le confiera autoridad” sobre la víctima o que ésta es una mujer “adulta mayor”. La determinación de este factor es menos compleja que la concerniendo a la “condición de tal”.

La complejidad se debe a que este elemento es de índole normativa en la medida en que para su apreciación deben de tenerse en cuenta “criterios de género”. De la misma manera como los jueces lo han hecho al utilizar, en el mismo acuerdo plenario, esa circunstancia para precisar que el sujeto activo sólo puede ser un hombre, considerado biológicamente. Esto debido a que estiman, siguiendo en cierta manera criterios de género, que la discriminación, la violencia, la sumisión, la explotación caracterizan la relación que, en pro de los hombres y en detrimento de las mujeres, resulta del paternalismo y del machismo tradicionales.

Esta comprensión de la circunstancia “condición de tal” permitiría afirmar que así se dota de “contenido material” al delito de feminicidio. Pero, este contenido no está dado, como se dice equívocamente en el acuerdo, por un “elemento subjetivo distinto al dolo”. El cual consistiría en que el agente mate a la víctima “motivado por el hecho de ser mujer”. Expresión que es equiparada a la de “por su condición de tal”.

De aceptarse esta interpretación, implicaría que, en el caso del homicidio simple, el agente obra con dolo: queriendo y sabiendo que la víctima es una persona, sin importar si es hombre o mujer. De modo que si se trata de una mujer, no debe estar motivado por el hecho que la mata “por el hecho de ser mujer”. Sólo debe percibirla como una persona biológicamente de sexo femenino. Se daría feminicidio, por el contrario, únicamente si se admite, desde una perspectiva abstracta global, que estaba condicionado por la mentalidad machista, discriminadora, violenta con la que se describe la relación entre hombres y mujeres. En este sentido, debería entenderse que la motivación de victimar una de ellas está condicionada “por el hecho de ser mujer”, “por su condición de tal”. Así, lo afirman los jueces supremos cuando destacan que “la ausencia del móvil de poder, control y dominio determina que la conducta homicida se adecúe en la modalidad simple”.

Esta interpretación no debe ser aceptada porque amplía desmesuradamente la aplicación del tipo legal de feminicidio. Si, por un lado, se comprende “condición de tal” como la relación de poder, control y dominio y, por otro, se afirma que existe siempre, tendría que aplicarse el art. 108-B cada vez que se victimar una persona sabiendo que es una mujer. De modo que, sólo de

manera excepcional, se daría un homicidio simple cuando el agente, sin más, sabe y quiere matar una persona (por ejemplo, en caso de error in objecto: el delincuente mata a María, creyendo victimar a su esposo Pedro).

La circunstancia “en su condición de tal” debe darse realmente en el caso concreto. Es decir, debe constatarse que, de la relación negativa, permanente u ocasional entre el homicida y la víctima mujer, se origina el estímulo, el impulso, el detonador del acto homicida.

No es del todo correcto sostener, como se hace en el acuerdo plenario (pf. 50), que “el agente no mata a la mujer sabiendo no solo que es mujer, sino precisamente **por serlo**”. Lo que constituye una expresión redundante porque se reduce a decir: “sabiendo no solo que es mujer, sino precisamente **por ser mujer**”. Para evitar que se considere suficiente afirmar, en abstracto y de manera general, que las relaciones entre hombres y mujeres siempre son desequilibradas, discriminantes, violentas, debe entenderse que, matar una mujer por su condición de tal, implica comprobar, caso por caso, que el homicida la mata por el sentimiento de “minusvaloración, desprecio, discriminación” que tiene contra ella.

Se trata entonces de un elemento subjetivo del tipo legal que colora, especifica el dolo con el que debe matar el feminicida. Como es cuestión del móvil que impulsa al agente, no concierne una finalidad que vaya más allá del querer y saber que se mata a una mujer. Por lo que resulta incongruente decir, como lo hacen los jueces, que el feminicidio deviene, con la incorporación de dicho elemento subjetivo, un “delito de tendencia interna trascendente” (pf. 48).

La referencia a la “condición de tal” de la víctima no debe ser considerada superflua y, por tanto, que se la puede suprimir. Hacerlo implica una reducción teleológica del tipo legal que, violando el principio de legalidad, ampliaría excesivamente la represión, delimitada por los sentidos posibles del texto legal. El contenido de esa circunstancia (al origen de la motivación del agente) debe ser determinado considerando los diferentes contextos señalados en la misma disposición legal, de modo a individualizar la relación que existía entre el agente y la víctima en la perspectiva de los criterios de género.

Si bien este proceder puede facilitar la comprobación del animus del agente, también implica el riesgo de que, en la práctica, se llegue a afirmar su presencia cada vez que se compruebe que se dio uno de dichos contextos. Ya que, por ejemplo, en caso de “violencia familiar” (noción más amplia que la de “violencia contra la mujer”), puede suceder que sea la mujer la que tiene un comportamiento agresivo contra los hijos y el marido. Si excedido por esta situación, este último reacciona y mata a su mujer, resulta problemático admitir que es responsable de feminicidio, salvo si se sostiene (en contra de la situación fáctica, concreta) que de todas maneras las relaciones son siempre desfavorables para las mujeres (siguiendo los estudios de género y las estadísticas).

De manera clara, este riesgo se evidencia, suficientemente, cuando se explica, en el acuerdo plenario, el contexto del hostigamiento diciendo que debe considerarse que las “molestias o burlas están relacionadas con el menosprecio del hombre hacia la mujer; con una búsqueda constante de rebajar su autoestima o su dignidad de persona. El hostigador, sin ejercer actos de violencia directa, va minando la estabilidad psicológica de la víctima, incluso con actos sutiles o sintomáticos” (pf. 60). Comprobar el contexto de hostigamiento implicaría ya la constatación del ánimo de matar a la mujer “por su condición de tal”. Razón por la cual, tal vez, en otras leyes se describe el feminicidio como el homicidio cometido en uno de los contextos previstos en art. 108-B.

Tampoco debe hacerse abstracción, mediante la interpretación, del elemento típico “por su condición de tal” por estimarse que es un hecho difícil o casi imposible de probar, lo que tendría como consecuencia, en la práctica, la inaplicabilidad de la norma legal. También es

contraproducente sostener que ese “elemento subjetivo del tipo, no es más que [un] gesto simbólico del legislador para determinar que está legislando sobre la razón de ser del feminicidio” (pf. 51). Si fuera así, no se comprende porque, en el mismo acuerdo plenario, se le utilizó para, alegando comprensión sistémica del mismo texto legal, identificar al hombre biológico como único sujeto activo del feminicidio.

Estas especificidades del tipo legal subjetivo no hacen del feminicidio un delito autónomo. Es un caso agravado de homicidio. En consecuencia y como en el caso del parricidio o del asesinato, no representa un “injusto” independiente. Su relación con este último, además, es estrecha en la medida en que se considera caso agravado cuando se cometa bajo una de las circunstancias que hacen del homicidio simple un asesinato.

Con lo que resulta agravada de manera excesiva la represión, sobre todo si se tiene presente que las severas penas previstas para el feminicidio son transformadas en pena de cada perpetua en caso de que concurran dos o más circunstancias agravantes, lo que puede darse con frecuencia debido a la manera amplia en la que son previstas cada una de ellas.

Estas dificultades interpretativas del tipo legal del feminicidio permiten preguntarse sobre la recepción que tendrá el acuerdo plenario entre los jueces, fiscales y abogados, carentes de los conocimientos mínimos que nos han permitido elaborar estos modestos comentarios y, en particular, sobre cargados de trabajo. El peligro es que opten por una aplicación literal del art. 108-B o que éste devenga en una “disposición de derecho penal simbólico”.

Lima/Fribourg, enero 2018