



Homicidio Agravado (Femicidio)

Por Rubén E. Figari

Art. 80: *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

...11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género”.

Aspectos generales.

Este dispositivo se erige en la parte nuclear de la reforma originada por la ley 26.791, pues el andamiaje de argumentos legislativos se centró, justamente en esta cuestión, que luego derivó también en otras anexas como las del inc. 1º – con la parte final del art. 80, referido a las circunstancias extraordinarias de atenuación – y al inc. 4º de la misma norma.-

Propiamente las palabras “femicidio” o “feminicidio” no tienen una definición concreta en el Diccionario de la Real Academia Española, pero dichos neologismos fueron creados y tienen su origen en los estudios realizados por movimientos feministas anglosajones que introdujeron dicho concepto en los años noventa, más concretamente creados a través de la traducción del vocablo inglés *femicide* y que aparece mencionado por primera vez en la literatura, en el libro "Femicide: The politics of woman killing", de Jill Radford y Diana Russell (¹) y se define como “el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”.-

No siempre las traducciones textuales reflejan el verdadero sentido de las palabras, de allí que no existe una idea genérica respecto a cuál de los términos es el más apropiado para determinar desde ese punto de vista – el asesinato de mujeres en un contexto de género – el homicidio de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural, en la medida que las proyecta o favorece esta actitud en dirección a variadas formas de violencia.-

1 RADFORD Jill - RUSSELL Diana *“Femicide: The politics of woman killing”*, Twayne Publishers, New York, 1992

En tal sentido Toledo Vásquez amplía el concepto originario y habla de la expresión “feminicidio” creado por la antropóloga mexicana Marcela Lagarde para diferenciarse de la expresión “femicidio” empleada por Russell-Radford, porque es más comprensivo para incluir un conjunto de delitos de lesa humanidad que contienen los crímenes, secuestros y desapariciones de niñas y mujeres en un marco de colapso institucional – se trata de una fractura del estado de derecho que favorece la impunidad –, por lo tanto lo considera como un crimen de Estado y aclara que se puede dar tanto en condiciones de guerra como de paz. “La noción de femicidio incluye, entonces, tanto los crímenes cometidos dentro de la llamada esfera ‘privada’ como ‘pública’, tal como lo hace la definición de violencia contra la mujer contenida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). En su artículo 1º, la Convención señala que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”” (2).-

De hecho, cualquiera sea la amplitud del término que se utilice para determinar la muerte de una mujer en un contexto determinado, no resultaría aconsejable utilizar una noción demasiado laxa de la locución a los fines penales, de lo contrario se desvirtuaría su objetivo. En realidad, el femicidio contempla la muerte de una mujer en un contexto de género o sea que no se estaría en presencia de esta casuística ante un hecho de violencia de cualquier intensidad pero sólo efectuado contra una mujer. Buompadre lo define como la muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino – porque es una mujer – (3).-

Según este autor, nuestro Código Penal de 1921 no hablaba de género y fue pensado en términos de neutralidad con respecto a los sexos, por lo tanto no existe una definición de violencia de género como tampoco un elemento o herramienta conceptual para dilucidar la cuestión y define esta primera etapa en la que se pone cierto énfasis en los casos de malos tratos en el ámbito familiar que se plasmaría en la ley 24.414 de la Protección contra la Violencia Familiar. Pero antes de ello existía la ley 23.179 que aprobaba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

2 TOLEDO VÁSQUEZ Patsilí *¿Tipificar el Femicidio?* www.anuariodh.uchile.cl

3 BUOMPADRE Jorge *“Violencia de género, Femicidio y Derecho Penal”*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2013, p. 128



contra la mujer ⁽⁴⁾, la cual adquiere jerarquía constitucional al estar incluida entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que menciona el art. 75 inc. 22 de la C.N.-

La segunda etapa se caracteriza por dar un paso importante en contra de la violencia sexista y lo da la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales que adopta la Convención de Belém do Pará ⁽⁵⁾.-

Y la tercera etapa ya se imbrica en el proceso legislativo que revela las recientes incorporaciones en el Código Penal de los delitos de género.-

El uso de la expresión “violencia de género”, expresa Maqueda Abreu ⁽⁶⁾, es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. Reflexiona que 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. Sólo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos

4 Art. 1º: “Apruébase la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por res. 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, cuyo texto forma parte de la presente ley”. Convención Parte I. Art. 1: “A los efectos de la presente convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

5 Art. 1º: “Apruébase la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem Do Pará", suscripta en Belem do Pará República Federativa del Brasil, el 9 de junio de 1994, que consta de veinticinco (25) artículos, cuyo texto forma parte de la presente ley”.

6 MAQUEDA ABREU María “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social” en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología” (en línea). 2006, núm. 08-02, p. 02:1-www.criminet.ugr.es

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. “Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante 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 consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género 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 género. Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la perspectiva de género”.-

Refiere Lorenzo Copello que la causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales. La posición subordinada de la mujer respecto del varón no proviene de las características de las relaciones familiares sino de la propia estructura social fundada todavía sobre las bases del dominio patriarcal. Bien es verdad que, en la práctica, es en el contexto doméstico donde con mayor frecuencia se manifiesta este tipo de violencia. Porque es allí donde adquieren más intensidad las relaciones entre hombre y mujer. Pero eso no significa que la familia sea la causa de la violencia de género. También las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con el contexto familiar. De ahí lo inapropiado de identificar violencia de género con violencia doméstica. Aunque emparentados, se trata de fenómenos diferentes, debidos a causas distintas y necesitadas de respuestas penales autónomas. La confusión 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. Entre las consecuencias más evidentes destaca el riesgo de que, una vez más, la violencia de género quede oculta tras otras formas de comportamiento violento, impidiendo así que la sociedad visualice de modo claro que se



trata de la manifestación más extrema de una discriminación estructural que las mujeres vienen padeciendo desde tiempos remotos y no del efecto indiferenciado de unas relaciones de sujeción familiar que pueden afectar por igual a cualquier miembro del entorno doméstico, sea hombre o mujer, niño o anciano (7).-

Luego de este panorama genérico sobre cómo se interpreta todo lo relacionado con la violencia de género desde el punto de vista doctrinal y de los Tratados Internacionales, es menester adentrarse en los postulados y gestación de la norma sujeta a comentario.-

Normalmente ciertos cambios abruptos en nuestra legislación penal se dan a la luz de los acontecimientos cotidianos que informan los medios periodísticos, pero que a su vez fomentan una especie de hornalla donde se fragua el ideario comunitario sobre determinados y resonantes casos que en definitiva apuran a los legisladores, tal como bomberos corriendo a apagar un incendio, para llevar adelante apresuradas y no tan bien depuradas pautas de respuestas a la sociedad – muestra de ello están las denominadas “leyes Blumberg” –.-

En el caso en tratamiento y sin perder de vista el altísimo interés en juego – violencia de género – las cuestiones se precipitan a raíz de ciertos hechos de resonancia, a guisa de ejemplo se menciona el caso del homicidio de “Carla Figueroa” (8) víctima de su esposo en un hecho ocurrido en 2011, que posteriormente deriva en la sanción de la ley 26.738 que deroga la figura de

7 LAURENZO COPELLO Patricia. “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal” en “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología” (en línea). 2005, núm. 07-08, p. 08:1-08:23. www.criminet.ugr.es

8 1 - “El pedido de avenimiento formulado por la víctima de una agresión sexual con fundamento en el matrimonio contraído con su agresor es procedente, en tanto se verifican los requisitos necesarios según el art. 132 del Cód. Penal, y la propuesta resulta el modo más equitativo de armonizar el conflicto existente, no solamente en resguardo del interés de la víctima, sino además del hijo que ambos tuvieron antes del ataque. (Del voto del Dr. Flores)

2 - El pedido de avenimiento formulado por la víctima de un ataque sexual con fundamento en el hecho de haber contraído matrimonio con su agresor resulta procedente, toda vez que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el art. 132 del Cód. Penal y se ha verificado que la unión celebrada deviene de un afecto real y de la voluntad de ambos de convivir con el hijo que tuvieron antes del agresión y no de una mera estrategia procesal para eludir un reproche penal. (Del voto del Dr. Jensen)

avenimiento prevista en el art. 132 del C.P. Tomaselli – marido de Carla – fue condenado a la pena de prisión perpetua como autor responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo (⁹). U otro caso emblemático como el de “Wanda Taddei” en el que Eduardo Vázquez – integrante del grupo musical “Callejeros” – fue condenado a prisión perpetua por ser considerado autor del delito de homicidio agravado por el vínculo (¹⁰). Posteriormente, se produjeron una seguidilla de homicidios de mujeres por quemaduras, con lo cual se precipitaron varias iniciativas legislativas para sancionar estos casos de femicidio, hasta concretarse la formulación de la actual legislación prevista en la ley 26.761.-

Pero es del caso preguntarse, si no se ha propugnado y concretado nada más que un derecho penal simbólico, puesto que el femicidio – tal como se ha conceptualizado – es la culminación o el punto final de una sucesión de ataques de diversa índole a la integridad de la mujer. El femicidio se concreta con el homicidio en un ámbito de violencia de género, es decir, que anteriormente se han producido diversos episodios violentos. Entonces, la sanción máxima punitiva se aplica cuando ya se está en el punto más álgido del contexto – el homicidio o su tentativa –, lo cual, a simple vista parece correcto y justo. Mas aquí la pena ha cumplido su función específica?.-

Varias de las exposiciones de los legisladores que debatieron la incorporación de este delito en el Código Penal, en términos generales se extendieron en la consideración del poder disuasivo de la pena, más propiamente en un factor de prevención y en caso de que ello no se lograra, que cumpla la función de castigar, redimir y resocializar. Se coincidió en que el Derecho Penal no iba a modificar

3 - El pedido de avenimiento formulado por la víctima de un ataque sexual, con fundamento en el hecho de haber contraído matrimonio con su agresor es improcedente, si el consentimiento brindado por aquélla no es formulado con libertad, toda vez que su difícil historia de vida —su madre fue asesinada por su padre cuando era una niña y tuvo un hijo con el imputado a temprana edad— la colocan en una evidente situación de vulnerabilidad e inferioridad respecto de su victimario”. (Del voto en disidencia del Dr. Balaguer) Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, 02/12/2011 - T., M. J. (F., C. - querellante) s/impugnan rechazo de avenimiento - LLPatagonia 2011, 695

9 Tribunal de Juicio Gral. Pico, La Pampa, 27/06/12 - “Ministerio Público Fiscal c/ Tomaselli, Marcelo Javier s/ Homicidio Agravado por el Vínculo”, Legajo N° 3535/2 - www.pensamientopenal.com.ar

10 C. Fed. Casación Penal, Sala IV, 17/09/2013 - Vázquez, Eduardo Arturo s/ recurso de casación - elDial.com - AA81D8



la realidad pero sí se podía enviar un mensaje al respecto de imponer una sanción ejemplarizadora para estos casos de extrema violencia.-

Esto lleva inexorablemente al largo debate que se centralizó a través del tiempo en las funciones que cumple la pena en el Derecho Penal.-

No resulta novedoso decir que la pena constituye desde los principios de la cultura humana uno de los más importantes medios del poder estatal y la cuestión referida a su justificación, su naturaleza y su significado continúa siendo una de las problemáticas más debatidas del derecho. Esto es trascendente porque las respuestas que se pueden encontrar dejan de ser una cuestión solamente referida al capítulo de la pena para pasar a ser una teoría completa del derecho penal. Por ello, se han sostenido y sostienen diferentes teorías, como por ejemplo, teorías positivas que cimentan la idea de que el castigo es un bien para la sociedad y para quien sufre la pena. De esta manera se dice que la pena tiene una función de prevención general, es decir, que se dirige a quienes no delinquieron para que no lo hagan o de prevención especial, es decir, señalada para quien delinquiró y no se reitera en el acto, de manera que quien sostenga la función de prevención general se estará dirigiendo a la gravedad del hecho cometido, mientras que quien se centre en la prevención especial se atiene al riesgo de reincidencia.-

Según Zaffaroni no hay ninguna teoría positiva de la pena que sea verdadera, vale decir, que todas las teorías positivas de la pena son falsas. “Es posible que alguna vez una pena cumpla alguna de las funciones que le asigna una de las teorías positivas, pero eso no autoriza la generalización a todo el poder punitivo. Así, el efecto preventivo de una multa que pueda ser que no estacionemos el auto en un lugar prohibido, no puede identificarse con el hecho de abstenernos a tomar un arma y matar para robar un auto” ⁽¹¹⁾.-

Las teorías positivas de la pena desde su sistematización realizada por Antón Bauer en 1830 hasta nuestros días son más o menos las mismas, porque todas postulan que cumplen una función de defensa de la sociedad. La diferencia se reduce a que unas prueban esa función en forma deductiva, o sea, deduciendo su necesidad de una idea previa del estado y la sociedad, estas vendrían a ser las llamadas teorías absolutas, tal como las vertidas por Kant y Hegel y se afirman en un imperativo

11 ZAFFARONI Eugenio - ALAGIA Alejandro - SLOKAR Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General” 2ª edición, ed. Ediar, Buenos Aires, 2010, ps. 33/34.

categorico que se patentiza en la pena talional. Las teorías relativas son las que asignan a la pena funciones prácticas y verificables y de allí se desprende dos grandes grupos de teorías legitimantes: a) las que sostiene que las penas actúan sobre los que no han delinquido – teorías de la prevención general – que se dividen a su vez en teorías negativas – disuasorias, provocan miedo – y positivas – reforzadoras, generan confianza –; b) las que afirman que actúan sobre los que han delinquido, llamadas teorías de la prevención especial, subdivididas en negativas – neutralizantes – y positivas – que buscan una socialización – (12).-

Un concepto negativo de pena podría conformarse como una coerción que impone una privación de derechos o un dolor que no repara, ni constituye y tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. “El concepto así anunciado se *obtiene por exclusión*: la pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa. Se trata de una coerción que impone privación de derechos o dolor, pero que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos (civil o administrativo). Este *concepto de pena es negativo*, tanto porque no le asigna ninguna función positiva a la pena como por ser obtenido por exclusión (es la coerción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo). Como vimos, es *agnóstico* en cuanto a su función, pues parte de su desconocimiento. Mediante esta teoría negativa y agnóstica de la pena es posible incorporar al horizonte del derecho penal (hacer materia del mismo) las leyes penales latentes y eventuales, al tiempo que *desautoriza los elementos discursivos negativos del derecho penal dominante*” (13).-

En definitiva, se podría afirmar que el aspecto preventivo de la pena está en tela de juicio, pues no ha demostrado que funcione con la efectividad que se calcula a la hora de instituir las escalas penales, no ha funcionado como elemento disuasorio y se ha demostrado que en la medida en que se aumentan desmedidamente las penas el efecto no es el buscado. Pero necesariamente la pena debe existir y debe cumplir otro tipo de función tal como lo establece el art. 5º inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica, con jerarquía constitucional – art. 75 inc. 22 de la C.N. – donde dice que: “... Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados...”. Esto lo resume todo.-

12 Idem (ob. cit. p. 38)

13 Idem (ob. cit. p. 56)



Trasladados estos conceptos al caso en cuestión, es evidente que en el supuesto de femicidio el objetivo que imperaba en los legisladores, respecto al fin preventivo y disuasivo de la sanción no ha sido el esperado, pues si se toma en cuenta las investigaciones realizadas por el Observatorio de Femicidios en Argentina “Adriana Maricel Zambrano” de la Asociación Civil “La Casa del Encuentro” en el año 2008 se registraron 208 femicidios, en el 2009, 231, en el 2010, 260, en el 2011, 282, en el 2012, 255 y en el 2013 – ya con la vigencia de la ley 26.761 –, 209. Lo cual da la pauta que a pesar de la sanción de dicha ley el efecto preventivo o disuasivo de la norma penal no ha tenido mayor incidencia en la comisión de dichos delitos.-

Por ello Ces Costa ⁽¹⁴⁾ sugiere la aplicación de medidas preventivas, que no se originan obviamente en la ley de fondo, – que solamente son aplicables al hecho tentado o consumado – a las propuestas en materia procesal por la ley 26.485, art. 26 ⁽¹⁵⁾ aunque no esté bien definido quien puede ser el juez competente, no obstante lo cual, la norma indica que las medidas pertinentes pueden ser tomadas por un juez incompetente, según el art. 22 ⁽¹⁶⁾.-

Consideraciones sobre el tipo penal.

Ya en el análisis concreto del nuevo inc. 11 del art. 80 del C.P. se puede decir que el bien jurídico protegido es el genérico para los “Delitos contra la vida”, es decir, la vida misma en su sentido físico-biológico de la mujer víctima del delito, no tratándose de un bien jurídico distinto por tal circunstancia. Se está ante un tipo de homicidio especialmente agravado por la condición del sujeto pasivo y por su comisión en el contexto ambiental determinado ⁽¹⁷⁾.-

“De hecho se trata de un homicidio como cualquier otro con la diferencia de que el sujeto pasivo es una mujer en un determinado contexto de género – fundamento de mayor penalidad – y el sujeto activo necesariamente debe ser un hombre. “De aquí que el asesinato de cualquier mujer, en cualquier circunstancia, no implica siempre y en todo caso femicidio, sino sólo aquella muerte provocada en un ámbito situacional específico, que es aquél, en el que existe una situación y sometimiento de la mujer hacia el varón, *basada en una relación desigual de poder*” ⁽¹⁸⁾.-

Destaca el jurista en cita que esta formulación penal tiene dos aspectos que deben resaltarse, por un lado, se está ante una “hiperprotección” de la mujer con exclusión del varón, el marco de una

14 CES COSTA Juan “Actualidad de la tutela penal de la mujer” en “LL Actualidad” 19/02/2014.

relación heterosexual, cosa que podría generar algún planteo de inconstitucionalidad porque se vulnera el principio de igualdad receptado por el art. 16 de la C.N., no solamente se advierte un diferente tratamiento punitivo en torno de los sujetos del delito – pena más grave cuando el sujeto pasivo es la mujer y menos grave cuando es el hombre y resulta víctima de la agresión de una mujer –, sino también en el homicidio perpetrado en el ámbito de una relación homosexual – hombre-hombre, mujer-mujer –; y por otra parte se advierte un marco punitivo de severidad extrema para aquellos casos de violencia que involucran una cuestión de género y no así en circunstancias en que no existe de por medio tal contexto ⁽¹⁹⁾.-

15 Art. 26: Medidas preventivas urgentes. “a) Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres definidas en los artículos 5° y 6° de la presente ley: a. 1. Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia; a.2. Ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer; a.3. Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos; a.4. Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión; a.5. Proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia, cuando así lo requieran, asistencia médica o psicológica, a través de los organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil con formación especializada en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres; a.6. Ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer; a.7. Ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer. b) Sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el/la juez/a podrá ordenar las siguientes medidas preventivas urgentes: b.1. Prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente; b.2. Ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma; b.3. Decidir el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor; b.4. Ordenar a la fuerza pública, el acompañamiento de la mujer que padece violencia, a su domicilio para retirar sus efectos personales; b.5. En caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia; b.6. En caso que la víctima fuere menor de edad, el/la juez/a, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, puede otorgar la guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad. b.7. Ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas; b.8. Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los/as hijos/as; b.9. Disponer el inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno; b.10. Otorgar el uso exclusivo a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente, del mobiliario de la casa.



La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) en el artículo 1º establece que debe entenderse por violencia contra la mujer “cualquier acción o conducta, basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.-

Pero el concepto de “violencia de género” – elemento normativo del tipo – que es extralegal hay que buscarlo y remitirse a la mentada ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales que en su art. 4º define la violencia contra la mujer en los siguientes términos: “*Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón*” y el decreto 1011/2010 en su art. 4º define la “relación desigual de poder” consignando: “*Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en condiciones estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el*

16 Art. 22: “Competencia. Entenderá en la causa el/la juez/a que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate. Aún en caso de incompetencia, el/la juez/a interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinente”.

17 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 154)

18 Idem (ob. cit. ps. 154/155)

19 Idem (ob. cit. p. 156)

reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.-

El art. 4º – que debe interpretárselo juntamente con el art. 5º – en realidad habla de “Violencia contra la mujer” pero también, para lograr una interpretación adecuada de la norma del inc. 11º debe asociárselo con el concepto “Violencia de género”.-

Señalan Arocena - Cesano que el concepto de “violencia de género” es una noción que, a diferencia de la idea de “odio de género” no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombres y mujeres, sino en el aspecto cultural de la construcción de roles que derivan de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades entre una “identidad masculina” y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a “lo femenino” (20).-

Si bien el texto penal no exige que la muerte de una mujer causada por un hombre, mediando violencia de género, tenga lugar en ámbitos íntimos o intervinientes conocidos, de acuerdo a los estudios de campo realizados, estadísticamente son protagonizados mayoritariamente por esposos, novios, concubinos o amantes, más que por otras personas y se producen en situaciones de pareja que dimanen de ciertas características que podrían denominarse constantes, cuales son: 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 embota las capacidades críticas y el juicio de la ofendida; la denigración y las humillaciones y las indiferencias ante sus demandas afectivas, entre otras (21).-

Otro factor, no menos desdeñable y por cierto de suma importancia, es el relativo a la cuestión probatoria, de las situaciones antes señaladas. En efecto, se hace necesario demostrar que el óbito de la víctima mujer ha ocurrido en un contexto de género y parecería que demostrar tal circunstancia le competiría al agresor, con lo que podría afectarse el principio de inocencia, pero para evitar esto hay que apelar al principio de libertad probatoria, debido a que las contingencias

20 AROCENA Gustavo - CESANO José *“El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis-dogmático-jurídico”* Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013, p. 89

21 YAVARONE M. - GATESCO C. - BUSAMIA C. *“Feminicidio: último eslabón de la violencia”* en AA. VV. *“Compromiso social frente a las problemáticas actuales. Compilado de los trabajos presentados en el XIII Congreso Argentino de Psicología. Córdoba, Argentina, 2009”*, Ed. Lerner, Córdoba, 2010, ps. 637/638 citado por idem (ob. cit. p. 87)



anteriores, concurrentes o posteriores al hecho están teñidas de la circunstancia de que se hablaba que generalmente se dan por comportamientos agresivos, múltiples, de cierta duración que a veces van in crescendo y que constituye lo que justamente es el contexto de violencia.-

Se trata de un delito doloso de dolo directo y no requiere ningún elemento subjetivo especial distinto del dolo. Otros admiten el dolo eventual en relación al resultado mortal, pero no en lo atinente a la condición femenina de la víctima ⁽²²⁾.-

Acotaciones.

La agravante que se anota no se encuentra en el nuevo texto del Anteproyecto de reforma integral del Código Penal, tal como lo establece la ley 26.761.-

La razón se infiere por la redacción final del Título III “De las penas y medidas” Capítulo I “De las penas y su determinación”, art. 18. Fundamentos para la determinación de la pena: “... 3. *Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad: ... e) Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias...*” ⁽²³⁾. Disposición que se debe complementar con el art. 63.4.u) “*Discriminación*” y “*discriminatorio*” *comprende toda distinción, exclusión, restricción o cualquier otra conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en religión, cosmovisión, nacionalidad, género, orientación e identidad sexual, condición social, filiación o ideología política, características étnicas, rasgos físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante*” ⁽²⁴⁾.-

22 AROCENA Gustavo - CESANO José (ob. cit. p. 94)

23 En la Exposición de Motivos sobre este preciso punto e inciso, los proyectistas afirman: “...e) Cuando la motivación repugna a los sentimientos medios culturalmente compartidos, siendo insignificantes en relación al injusto, o bien abyectos en el usual sentido de la expresión, o sea, bajos, viles, la culpabilidad es mayor que en los casos en que no presentan esas características que la hacen repudiable. En igual sentido, la motivación dada por razones políticas, ideológicas o religiosas o por prejuicios, agrava la culpabilidad. Conforme al concepto de discriminación que se aporta en el artículo 63°, ésta siempre debe importar una jerarquización de seres humanos, es decir, que el motivo aquí es considerar al otro como un ser inferior y que, por tanto no merece el mismo respeto que un igual. Pocas dudas pueden haber acerca de que esta motivación debe aumentar el reproche de culpabilidad”.

24 La Exposición de Motivos también habla de esta definición: “12) Varias veces en el texto de emplean los conceptos de discriminación y discriminatorio. A efectos de evitar reiteraciones y también omisiones que son susceptibles de dar lugar a equívocos interpretativos, se precisa el concepto en el apartado u). El elemento común en todos los casos es la jerarquización de seres humanos. La fórmula empleada es amplia y puede pensarse que la referencia final a cualquier otra semejante no respeta la estricta legalidad. Esta objeción no sería válida, pues el concepto queda definido por el requerimiento de la primera parte, o sea, que discriminación no es cualquier diferencia que se establezca entre seres humanos (como puede ser la idoneidad para la función pública, la edad para la jubilación, el título habilitante, etc.), sino sólo las distinciones que implican jerarquización, es decir, la pretensión de que hay seres humanos que, como tales, son superiores o inferiores. Por ello, el enunciado de la segunda parte de la fórmula no es taxativo, sino ejemplificativo, mencionando los criterios con que se puede discriminar y con los que se lo ha hecho hasta el presente, pero sin cerrar el listado, porque la historia enseña que jamás se puede agotar la imaginación maligna que constantemente filtra jerarquización humana por nuevos itinerarios, pero de cualquier manera marca el nivel de gravedad que debe tener cualquier otra discriminación no enunciada expresamente. Es conveniente hacer notar que no se hace referencia a raza ni racial, en razón de que eso supone la existencia de razas humanas, lo que es más que problemático. De allí que se prefiera emplear prejuicio racial”.