

## Femicidio: un análisis a la luz del principio de legalidad

Daniela R. Part

### 1. Introducción [\[arriba\]](#)

El objeto del presente trabajo se centra en analizar la nueva figura penal prevista en el artículo 80 inciso 11 del Código Penal de la Nación en cuanto establece “Se impondrá reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare... inc. 11: A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.” de acuerdo a los estándares exigidos por el principio de legalidad.

Esta norma ha sido incorporada al Código Penal a raíz de la modificación realizada en el artículo 80 por la ley 26.791 publicada en el Boletín Oficial con fecha 14 de diciembre de 2012. Esta no ha sido la única modificación realizada por dicha ley en el mentado artículo sino que también han incorporado en el inciso 1º referido a los homicidios agravados por el vínculo los supuestos de ex cónyuge o al persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. Por otra parte en el inciso 4º a los supuestos de homicidios cometidos por placer, codicia u odio racial o religioso se agregaron aquellos cometidos en razón de género, orientación sexual o identidad sexual o su orientación. Finalmente la mencionada ley también incorporó el inciso 12º que establece “Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º”. Finalmente en el último párrafo del artículo 80 se ha excluido la posibilidad de la reducción de la pena por mediar circunstancias extraordinarias de atenuación ya no sólo en el caso del inciso 1º sino tampoco a quien hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.

Esta reforma se ha realizado en el marco de un contexto jurídico internacional de lucha por erradicar la violencia contra las mujeres, del cual se ha hecho eco el Estado Argentino mediante la mencionada reforma. Toda la región ha dictado numerosas reformas tendientes a tipificar la figura de femicidio, lo cual se hizo con diversas formulaciones y requisitos según el país. Dichas reformas han sido señaladas por diversos organismos sociales como un reconocimiento normativo de una seria problemática social derivada de sociedades patriarcales y como un paso hacia la disminución de estándares de impunidad en dichos casos de violencia de género.

Esa es la directriz que ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha expresado “Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir” [1].

Así a nivel local el conflicto de violencia de género ha sido reconocido en la normativa penal a raíz de la tipificación del femicidio como un homicidio agravado. En ese sentido se ha destacado que el femicidio no es una problemática nueva pues la violencia de género ha sido el dispositivo disciplinador más eficaz del patriarcado con el fin de la perpetuación del poder masculino. Por ello, se ha sostenido que el concepto de femicidio ayuda a desarticular los argumentos que neutralizan la violencia de género como asunto personal o privado y revela su carácter profundamente social y político, resultado de las relaciones estructurales de poder, dominación y privilegio entre los varones y las mujeres en la sociedad[2].

De tal manera, más allá de la utilidad de realizar un análisis conglobado de toda la reforma penal y los factores sociales y políticos criminales de aquella, en el

presente trabajo me centraré en la figura conocida como “femicidio” y los supuestos abarcados por aquella por considerar que ha sido la incorporación más resonante de aquella reforma legislativa, aunque no la más precisa en términos del principio de legalidad.

## 2. Análisis de los requisitos típicos exigidos por la norma [\[arriba\]](#)

El principio de legalidad tradicionalmente conocido como “Nullum crimen sine poena legali” se reconoce como emanado del artículo 18 de la Constitución Nacional y del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto establece que ninguna persona puede ser arrestado sino en función de una ley anterior al hecho del proceso. Así, este principio básico del derecho penal implica la necesidad de una ley emanada del Congreso Nacional previa al hecho para poder considerar que una determinada conducta constituye un delito.

Como parte del principio de legalidad surge la exigencia de máxima taxatividad legal e interpretativa. Así, en primer término se le exige al legislador que tipifique las conductas de la forma más precisa posible y luego en cabeza del juzgador se encuentra la obligación de interpretar dichas normas de la manera más restrictiva posible en cuanto a la aplicación del poder punitivo, quedando vedada la posibilidad de realizar analogía a excepción de que aquella sea *in bonam partem*.

En este punto cabe destacar la exigencia de claridad de los tipos penales, evitando especialmente el uso de cláusulas abiertas y conceptos valorativos, pues se trata de evitar que la imprecisión de los tipos penales pueda hacer que su aplicación quede sujeta únicamente al arbitrio judicial. En efecto, especialmente en figuras como la aquí analizada, los diversos niveles de indeterminación o vaguedad en los conceptos alimentan interpretaciones variadas y al mismo tiempo dificultan la interpretación del fenómeno de la violencia contra las mujeres[3]. De tal manera, no sólo se dificulta la aplicación de la norma a casos concretos sino que además se frustra también el fin de la pena preventivo general negativo que se le ha intentado dar a la norma, pues si a la sociedad no le queda claro qué conductas concretas abarca la norma, aquella no tendrá ningún fin disuasivo que los legisladores han intentado darle a la norma.

A fin de verificar el máximo estándar de realización del principio de legalidad, en especial en su aspecto de exigencia de máxima taxatividad interpretativa, el hecho en concreto deberá ser analizado a la luz de los distintos requisitos de la tipicidad objetiva y subjetiva como nivel de análisis de la teoría del delito. Por ello, realizaré un análisis pormenorizado de las distintas exigencias típicas de la norma.

### 2.1. Acción típica

Este es el requisito menos controvertido de la fórmula típica pues es la misma que la exigida por el tipo básico previsto por el artículo 79 del Código Penal de la Nación.

Así la acción típica exigida por el artículo 80 en todos los supuestos es “matar” y el caso en concreto del inciso 11 bajo análisis no se exige ninguna forma ni medio en concreto para aquello. De tal manera el tipo penal en cuanto a este nivel de análisis implica extinguir la vida de una persona[4].

### 2.2. Sujeto activo

El sujeto activo de esta norma es delicta propia pues no cualquier persona puede ser autor de femicidio, sino solamente los hombres reúnen las características exigidas por la norma.

Este es ya el primer aspecto que a nivel doctrinario y jurisprudencial ha generado controversias en las distintas legislaciones, pues se ha criticado la posibilidad de incurrir en un derecho penal de autor contrario al mandato constitucional que exige que las penas (o su agravamiento) se funde en actos y no en características propias del sujeto activo. Es por ello, que muchas legislaciones han penado el femicidio con igual pena que otros supuestos de homicidio -como es el caso de Costa Rica, Chile y Perú, por ejemplo- fundando la tipicidad específica no en la necesidad de una mayor pena sino en fines comunicativos de la norma. En cambio en otras legislaciones se ha optado por tipificar específicamente la violencia de género sin requerir que el sujeto activo sea hombre -así ha ocurrido por ejemplo en México-, pues la normativa internacional no exige que la violencia de género sea cometida por hombres sino que basta con que aquella se dirija contra mujeres y esté basada o motivada en su género[5].

Sin embargo, en nuestro país no ocurre ninguna de esas dos respuestas legislativas que se ha dado en otros países al conflicto, pues la pena se agrava para el caso de femicidio y la norma exige que el sujeto activo sea hombre. Por ello, como analizaré en los siguientes apartados entiendo que lo que justifica el plus punitivo no son específicamente las características personales del sujeto activo sino la mayor gravedad que se verifica en el caso de que aquel sujeto hombre cometa un homicidio en perjuicio de una mujer en ese contexto de violencia de género[6] que el Estado se ha comprometido internacionalmente a erradicar.

### *2.3. Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo también es calificado pues el tipo penal afirma que sólo la mujer puede resultar víctima en la figura de femicidio.

Ahora bien, corresponde realizar un análisis minucioso sobre el término “mujer” consignado en la norma para calificar al sujeto pasivo. Dicho análisis, que en otro momento histórico de la sociedad podría resultar muy simple, se ha vuelto más complejo en función de la evolución sociocultural que ha ampliado dicho término.

En este punto cabe recordar, que en función al principio de legalidad, como antes se adelantó, este análisis debe estar guiado por el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa, que impone al juzgador una interpretación lo más restrictiva posible respecto del poder punitivo.

Según la Real Academia Española, el término “mujer” se puede definir como “persona de sexo femenino” o aquella persona “que tiene las cualidades consideradas femeninas por excelencia”. La definición del diccionario no nos permite aclarar mucho el término incluido en la norma, pues sigue siendo una definición muy amplia. Tampoco la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales ni la Convención Belem Do Pará brindan una definición del término “mujer”.

Esta poca precisión del concepto no era una cuestión desconocida por el legislador al momento de la sanción de la norma, pues pocos meses antes se había sancionado la ley 26.743 de identidad de género -promulgada el 23 de mayo de 2012- que en su artículo 1º establece: “Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”. Por su parte, en artículo 2º de dicha norma brinda también una definición al establecer “Se entiende por identidad de género a la vivencia interna

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 involucra 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, el modo de hablar y los modales”.

Esta ley, dictada por el mismo organismo legislativo que la figura penal aquí analizada, permite ampliar profundamente el concepto “mujer” por lo que lleva a la necesidad de que el legislador al momento de tipificar el femicidio como una figura agravada de homicidio hubiese sido más preciso en cuanto al sujeto pasivo.

Es que se generan diversos interrogantes: ¿sólo las personas que al momento del nacimiento se les ha asignado el sexo femenino pueden ser sujeto pasivo de femicidio? o ¿se deben tomar en cuenta las cuestiones de identidad de género establecidas por la ley 26.743? En caso de que esta última respuesta sea afirmativa aparecen nuevos interrogantes: ¿es necesario el cambio formal de identidad de género en el documento para ser considerada sujeto pasivo de este tipo penal o basta con que se tome la identidad de género como cualquier expresión de la vivencia interna del género como ser la vestimenta, la forma de hablar o los modales? Si se toma una postura a favor de esta última opción habría de tenerse un término “mujer” tan amplio que podría alcanzar límites de dudosa constitucionalidad en función de la extrema imprecisión del término.

En el debate parlamentario que derivó en la sanción de la ley 26.791 poco se ha dicho al respecto que permita aclarar los supuestos que el legislador ha intentado abarcar en este tipo penal. Sólo la Senadora Sonia Margarita Escudero ha dicho “En cuanto a la tipificación del femicidio decimos: el hombre que matare a una mujer o a una persona que se autoperciba con identidad de género femenino y mediare violencia de género... ¿Qué significa violencia de género? En nuestra legislación, en nuestro derecho, está perfectamente definido qué se entiende por violencia de género, tanto en la ley 26.485, de protección integral justamente para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, como en la que aprueba la Convención de Belem do Pará. O sea que el tipo está absolutamente claro y específico”.

Sobre el debate parlamentario cabe poner de resalto que la cuestión sobre agregar el requisito de la autopercepción de la identidad de género había sido incorporado en el proyecto de ley que tipificaba el femicidio como una figura autónoma en el art. 80 bis del Código Penal de la Nación, pero dicha norma finalmente no fue sancionada en la Cámara de Diputados que quitó esta referencia a la autopercepción del género y mantuvo la fórmula aquí analizada en el inciso 11 del artículo 80.

Hecha esta aclaración, considero válido que se incluyan dentro de la figura agravada los homicidio no sólo de las personas que hayan sido identificadas al momento de su nacimiento con el género femenino sino aquellas que de acuerdo a la ley 26.743 sientan su identidad de género femenina, pero entiendo que habría sido más respetuoso del principio de legalidad si el legislador hubiese sido claro y preciso en incluir dicha circunstancia en la fórmula legal para describir al sujeto pasivo, lo cual se podría haber incorporado en la forma en la que lo describió la mencionada legisladora Escudero. Si bien entonces igualmente la norma hubiese sido difícil de establecer los supuestos abarcados, al menos hubiese estado clara la voluntad del legislador de agravar aquellos casos quedado en manos del juzgador únicamente la obligación de determinar en el caso concreto la identidad de género del sujeto pasivo.

Otro factor a tener en cuenta si se toma el término mujer de acuerdo a la identidad de género en función la vivencia interna de la víctima, es que se dejaría fuera de lo aquí determinado como sujeto pasivo a aquellas personas que si bien han sido definidas con el género femenino al momento de su nacimiento, luego han optado por una identidad de género masculina.

Por último, cabe poner de resalto, que muchas de estas situaciones que aquí se advierten como conflictivas a fin de determinar si se encuentran abarcadas en el término “mujer”, como los casos de personas travestidas, transexuales o transgénero, si el homicidio ha sido motivado por su condición de tal se encontrará abarcado en el caso del homicidio agravado previsto en el artículo 80 inciso 4 del Código Penal.

#### *2.4. Violencia de género*

En este nivel la norma también ha sido imprecisa pues exige que “mediare violencia de género”, sin más aclaraciones. Por ello se impone un análisis en primer término a qué se refiere con “violencia de género” y luego me adentraré a cuestionar a qué se refiere con que “mediare” aquella clase de violencia.

Para ello, habré de señalar en primer término que, pese a que comúnmente se los trata como sinónimos que existe una diferencia entre los conceptos “violencia doméstica” y “violencia de género”.

En torno a la regulación específica de la materia, se trata de un marco legal compuesto por: a) la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (C.E.D.A.W.)[7], b) la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (Convención de Belem do Para)[8], c) la “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” (ley 26.485[9]), y la “Ley de protección contra la violencia familiar” (ley 24.417[10]); y f) el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” adoptado por la Asamblea General en su resolución A/54/4 del 6 de octubre de 1999 y aprobado por la ley 26.171.

La Convención de Belem do Pará establece que “... debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que causare muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado...” y que “violencia de género es violencia contra la mujer, pero no toda la violencia contra la mujer es violencia de género. Esta presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor (...) La violencia de género también es violencia, pero que se nutre de otros componentes, diferentes a aquellos que caracterizan a los crímenes violentos convencionales: un sujeto pasivo femenino, un sujeto activo masculino y un contexto específico en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima”.

Asimismo la ley 26.485 en su artículo 4° establece que: “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.”

Por su parte el artículo 6° de la misma ley regula que la violencia doméstica es una modalidad de la violencia contra las mujeres y dice que es: “...aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del

espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres, Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho, y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.”

De tal manera, queda claro que violencia de género y violencia doméstica son conceptos distintos, aunque pueden coexistir. Así, habrá casos que configuren un supuesto de violencia contra la mujer y de violencia doméstica (por ejemplo el marido que golpea a su esposa y le genera lesiones graves); casos de violencia de género pero que no sean además una situación de violencia doméstica (piénsese en un gerente de una empresa que insiste a una empleada a que acceda a tener una relación íntima para poder conseguir un ascenso); o hipótesis en las que exista violencia doméstica pero no violencia de género (tales, por ejemplo, los casos de una pareja conformada por dos hombres unida civilmente en la que uno de ellos amenaza de muerte al otro)[11].

En efecto, esta postura encuentra fundamento en la propia normativa de la materia. El citado artículo 6° de la ley 26.485 hace mención a las diversas modalidades en que puede manifestarse la violencia contra las mujeres. Así, cuando habla de violencia doméstica, institucional, laboral y mediática, hace expresa referencia a que se trata de modalidades contra las mujeres, mientras que al referirse a la violencia contra la libertad reproductiva y a la obstétrica, no hace ninguna otra aclaración. De ello, no puede más que colegirse que las víctimas de violencia doméstica, institucional, laboral y mediática pueden ser tanto mujeres como hombres (de ahí la necesidad de la ley de apuntar que se refiere a la que sea ejercida contra aquellas), mientras que los restantes supuestos sólo pueden dirigirse contra mujeres[12].

En síntesis, el concepto de violencia doméstica permite hablar tanto de víctimas mujeres, como hombres o niños; mientras que el de violencia de género únicamente importará la existencia de una víctima mujer[13].

Asimismo también se ha sostenido que “Violencia de género es violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género. Esta presupone un espacio ambiental específico y una determinada relación entre la víctima y el agresor. (...) La violencia es de género, precisamente, porque recae sustancialmente sobre la mujer. La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder. La violencia de género implica todo esto, y mucho más, cuya hiperincriminación se justifica, precisamente, porque germina, se desarrolla y ataca en un contexto específico, el contexto de género.” [14]

De tal manera la violencia de género exigida por el tipo penal va a estar determinada por el sujeto pasivo mujer y basada esa relación desigual de poder en función de la historia de una sociedad patriarcal.

Sentadas dichas distinciones, cabe recordar que el tipo sólo abarca casos de violencia de género, es decir sólo casos de violencia cometida por el hombre en perjuicio de la mujer y basada en esa relación de dominación, casos que, como se dijo, no necesariamente se refieren a supuestos de violencia de doméstica sino que puede abarcar otros casos como ser violencia de género cometida en el ámbito laboral, por ejemplo, aunque claro está que los casos más frecuentes en los que se

cometerá un homicidio será en los que se superpone la violencia de género con la violencia doméstica.

En este sentido ha argumentado el Juez Marcelo Lucini en su voto al confirmar el procesamiento dictado en el marco de la mediática causa “Mangeri” [15] al sostener que el término “mediare violencia de género” constituye un elemento normativo del tipo que en muchas ocasiones se lo utiliza indistintamente como “violencia de género”, “violencia contra las mujeres”, “violencia doméstica”, “violencia familiar o intrefamiliar”, etc. Sin embargo dicho magistrado ha sostenido que más allá de la amplitud de los términos mencionados que provienen de las ciencias sociales y la antropología aquellos deben ser interpretados a la luz de la exigencia de máxima taxatividad interpretativa derivada del principio de legalidad.

En ese sentido cabe mencionar que en el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas por razones de género (femicidio/feminicidio) confeccionado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha sostenido que “no todos los homicidios de mujeres son susceptibles de ser calificados como femicidios. Aunque la muerte de una mujer puede ser violenta, como por ejemplo en un accidente de tránsito, el móvil del hecho puede no estar relacionado con su condición de ser mujer o no estar motivado por razones de género, como por ejemplo cuando la muerte de una mujer se presenta como consecuencia del hurto de su vehículo. Con el fin de establecer la especificidad del fenómeno deben ser considerados como femicidios las muertes violentas de mujeres que denotan una motivación especial o un contexto que se funda en una cultura de violencia y discriminación por razones de género.”

Así en dicho instrumento se ha afirmado que lo que diferencia al femicidio de otros homicidios, en los que incluso se podrían dar la misma calidad de sujetos activos y pasivos, es que a través de la muerte violenta en el femicidio se pretende refundar y perpetuar los patrones que culturalmente han sido asignados a lo que significa ser mujer: subordinación, debilidad, sentimientos, delicadeza, feminidad, etc.

Sin embargo, esta no es la única imprecisión de este requisito, sino que es necesario analizar con mucho detenimiento también el término “mediare”. La duda se centra en si se refiere a que en el momento concreto de la acción típica esté mediando un acto de violencia de género o que hayan mediado previamente situaciones de violencia de género y en este último caso cuantos hechos previos se requieren y en qué condiciones.

Sobre este punto el juez Filozof también en el fallo “Mangeri” ha sostenido que este requisito de que mediare violencia de género se refiere a agresiones contra la mujer previas al homicidio, antes de llegar a la violencia última: la muerte. Asimismo señaló que esa violencia debe enmarcarse dentro del concepto de género, sin ser relevante la extensión ni la intensidad de la violencia ejercida (insultos, agresiones) mientras haya sido cuanto menos efectivamente iniciada.

Dicho magistrado también se ha expresado en tal precedente jurisprudencial en cuanto al bien jurídico “tutelado” sosteniendo que se trata de la vida -como en todo homicidio- y el derecho a la igualdad de la mujer -como propio del agravante-. Así ha sostenido que este delito es más grave porque no sólo se vulnera la vida humana sino también la prohibición de discriminación e igualdad de trato garantizado por nuestra Constitución Nacional, generando un mayor daño individual y colectivo. Así consideró que ese elemento normativo se refiere a violencia física (cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer), violencia psicológica (toda conducta verbal o no verbal que produzca en la mujer

desvalorización o sufrimiento a través de humillaciones o vejaciones, exigencia o sumisión o limitaciones a su ámbito de libertad), violencia sexual y abusos sexuales (cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no contenida por la mujer, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas y el abuso sexual).

De tal manera, a nivel objetivo se exige como referencia de medio la violencia de género, no bastando cualquier muerte violenta sino que aquella violencia se relacione con esa relación desigual de poder entre el hombre y la mujer, ya sea a nivel físico, emocional, psicológico, económico, etc. Como la norma no exige la repetición de esos episodios de violencia de género previo al hecho femicida, basta con que en el momento del hecho el sujeto activo obrare mediante aquella.

#### *2.4. Aspecto subjetivo*

Si bien está claro que se exige dolo en cuanto conocimiento de los elementos de la tipicidad objetiva sistemática tales como los requisitos de sujeto activo y pasivo y que mediar violencia de género, resta analizar si el tipo exige un plus subjetivo en cuanto a que el sujeto activo haya actuado motivado por la condición de mujer del sujeto pasivo o en función de la relación de dominación entre hombre y mujer propia de la concepción patriarcal de la sociedad.

Esta cuestión ha sido minuciosamente analizada por el Juez Lucini en el mencionado caso “Mangeri”, oportunidad en la que ha sostenido que el tipo en cuestión tiene un componente subjetivo -la misoginia- que debe guiar la conducta del autor, esto es: causar un daño por el hecho de ser mujer.

Así ha argumentado que la única interpretación constitucionalmente válida del tipo en cuestión es que se funde en la misoginia del autor pues sino la pena se fundaría sólo en el sexo y no en el género.

Sin embargo, en el mismo fallo el Juez Filozof ha tenido una postura diferente pues entendió innecesario ese aspecto subjetivo diferenciado para la aplicación del agravante, pues consideró que el agravante se funda en un hecho de violencia previo, en el caso en cuestión un intento de abuso sexual frustrado, que implicaba un acto de violencia contra la mujer y como tal justifica el agravante.

Entiendo que la motivación basada en la cuestión de género va intrínsecamente relacionada con la exigencia de que en el caso mediar violencia de género pues aquél factor exige que la violencia que esté basada en esa condición de poder desigual entre el hombre y la mujer. De tal manera, interpreto que la norma exige a nivel subjetivo no sólo el dolo sino también un elemento subjetivo distinto del dolo, en la modalidad de elemento del ánimo, que implica un aprovechamiento de la relación de sumisión del género femenino frente al masculino derivada de aquella violencia de género verificada a nivel objetivo que implica una reproducción de los estándares de la sociedad patriarcal.

Al respecto se ha sostenido que “Hablar de “razones de género” significa encontrar los elementos asociados a la motivación criminal que hace que el agresor ataque a una mujer por considerar que su conducta se aparta de los roles establecidos como “adecuados o normales” por la cultura. Para entender la elaboración de la conducta criminal en los casos de femicidio, se debe conocer cómo los agresores utilizan las referencias culturales existentes para elaborar su decisión y conducta” [16].

Entonces el elemento subjetivo distinto del dolo que entiendo exige la norma no está relacionado con la misoginia del sujeto activo ni por el odio a las mujeres por su condición de género -supuestos que se abarcarían dentro del inciso 4 del



artículo 80- sino que se refiere al aprovechamiento por parte del sujeto activo de la relación de sumisión del género femenino que se reproduce a través del acto de violencia de género.

### **3. Conclusión** [\[arriba\]](#)

Si bien la violencia de género es una realidad que nos aqueja como sociedad y que debe ser valorada en profundidad, lo cierto es que ello no justifica la imprecisión de la norma y la liviandad con la que se exige su aplicación en la actualidad, sino que por el contrario impone a los legisladores el dictado de normas precisas y los juzgadores un análisis minucioso de las normas en los casos concretos sometidos a su jurisdicción.

Los legisladores al momento del debate parlamentario han ahondado en la cuestión de la necesidad de la inclusión de la figura de femicidio en nuestro ordenamiento, en la gravedad del fenómeno de violencia de género y las posibles soluciones que se pueden dar al conflicto, ya sea desde la tipificación de nuevas figuras y agravamiento de penas o mediante la adopción de medidas de prevención. Sin embargo poco han debatido sobre la redacción clara y precisa del tipo penal. Aquella circunstancia está relacionada con la respuesta contingente que ha tenido el legislador ante la exposición mediática que han tenidos casos resonantes como el homicidio de Wanda Tadei por parte de su pareja, llevando a una rápida sanción de la reforma legislativa aquí analizada.

Ello ha motivado que la norma tome una forma demasiado imprecisa que genera conflictos para su aplicación a casos concreto, dejando al arbitrio del juzgador la aplicación a ciertos casos conflictivos, por ejemplo forzando los límites de la norma a punto tal que todo supuesto en el que muera una mujer podría ser considerado femicidio, lo cual interpreto como una franca violación al derecho penal de acto.

De tal manera, cabe destacar que hay casos en los que está claro el encuadre legal dentro del tipo bajo análisis: no hay duda que constituye el tipo de femicidio aquel caso en el que un hombre tras años de maltrato físico y psicológico a su pareja la mata en un nuevo episodio de violencia física. Por otra parte, tampoco quedan dudas que en el caso de que un hombre mata a una mujer y también a hombres en un mismo suceso para consumir un robo no comete femicidio. Sin embargo en el medio de ambas situaciones, quedan muchos grises que si la norma fuera más precisa no debieran ser aclarados por el juzgador, dando lugar a soluciones muy disímiles.

Es vital no sólo preciar las características del sujeto pasivo calificado que surge de la norma sino establecer los fundamentos del agravante, los cuales entiendo se basan en la circunstancia de que mediare violencia de género, lo cual, como señalara Buompadre no es toda violencia en contra de la mujer, sino aquella que se basa en la relación desigual de poder. Asimismo no basta con el aspecto objetivo de dicha violencia de género, sino que también es necesario un aprovechamiento por parte del sujeto activo de aquella relación desigual de poder.

### **Bibliografía** [\[arriba\]](#)

- BODELÓN, Encarna, “Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales”, Ed. Didot, 1ª ed., Buenos Aires, 2013.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Los delitos de género en la reforma penal (ley Nª 26.791), publicado en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar).

- BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género”, Ed. Alveroni, 1ª ed., Córdoba, 2013.
- D´ALESSIO, Andrés José- DIVITO, Mauro Antonio, “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, Ed La Ley, 2da. Ed, Buenos Aires, 2009.
- NOCEREZ, Florencia P. y PART, Daniela R., “Eximentes de responsabilidad penal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación”, publicado en “Intercátedras. VI y VII Encuentro 2014”, número 3 año 2015, Directores Javier A. De Luca y Daniel Erbetta.
- RODRÍGUEZ, Marcela V. y CHEJTER, Silvia, “Homicidios conyugales y de otras parejas. La decisión judicial y el sexismo”, Ed. Del Puerto, 1ª ed, Buenos Aires, 2014.
- TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, “Femicidio/Feminicidio”, Ed. Didot. 1ª ed., Buenos Aires, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y BAIGÚN, David, “Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Tomo 3, Ed. Hammurabi, 2da edición, Buenos Aires, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Estructura Básica del Derecho Penal”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002.

#### Notas [\[arriba\]](#)

- [1] CIDH, “González y otras vs. México”, 16 de noviembre de 2009, párr. 388; citado en TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, “Femicidio/Feminicidio”, Ed. Didot, 1er. Ed, Buenos Aires, 2014, pág. 119.
- [2] CS Salta, “C/C.A., M.G. s/ recurso de casación, expte. Nro. 37.229/14, 01/12/2014.
- [3] TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, “Femicidio/Feminicidio”, Ed. Didot, 1er. Ed, Buenos Aires, 2014, págs. 197/202.
- [4] D´ALESSIO, Andrés José- DIVITO, Mauro Antonio, “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, Tomo II, Ed La Ley, 2da. Ed, Buenos Aires, 2009, pág. 7.
- [5] TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, “Femicidio/Feminicidio”, Ed. Didot, 1er. Ed, Buenos Aires, 2014, págs. 188/197.
- [6] En esta línea se ha resuelto en Cam. Apel. en lo Penal de Rosario, Sala I, “A.S.R.E.M. s/ homicidio calificado por homicidio y violencia de género”, 02/12/2013, [www.microjuris.com.ar](http://www.microjuris.com.ar), MJ-JU-M-84976-AR | MJJ84976 | MJJ84976.
- [7] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 del 18/12/79, entrada en vigor el 3/9/81. Aprobada en Argentina por ley 23.179, sancionada el 8/5/85, promulgada el 27/5/85 y publicada en el Boletín Oficial el 3/6/85. Incorporada al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional por la reforma de 1994.
- [8] Adoptada por la Organización de Estados Americanos el 9/6/94. Aprobada en Argentina por ley 24.632, sancionada el 13/3/96, promulgada el 1/4/96 y publicada en el Boletín Oficial el 9/4/96.
- [9] Sancionada el 11/3/09, promulgada el 1/4/09 y publicada en el Boletín Oficial el 14/4/09
- [10] Sancionada el 7/12/94, promulgada el 28/12/94, y publicada en el Boletín

Oficial el 3/1/95

[11] Nocerez, Florencia P. y Part, Daniela R., “Eximentes de responsabilidad penal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación”, publicado en “Intercátedras. VI y VII Encuentro 2014”, número 3 año 2015, Directores Javier A. De Luca y Daniel Erbetta.

[12] Nocerez -Part, “Eximentes de responsabilidad penal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación”, ob. cit..

[13] Nocerez -Part, Daniela R., “Eximentes de responsabilidad penal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación”, ob. cit..

[14] Buompadre, Jorge Eduardo, “Los delitos de género en la reforma penal (ley N<sup>a</sup> 26.791), publicado en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar).

[15] CNCrim. y Correc., Sala VI, causa nro. 29.907/2013, “M., J. s/ ampliación procesamiento”, 20/12/2013.

[16] Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas por razones de género (femicidio/feminicidio) confeccionado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, pág. 47.