

La reforma del art. 80 del Código Penal. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género.¹

1.- Aclaración previa. La necesidad de No abandonar las garantías constitucionales en políticas públicas con perspectiva de género.

En esta oportunidad, escribiré sobre la reforma del art. 80 del Código Penal que incluyo, mediante la ley 26791, la visualización de un problema que se encontraba oculto en nuestra sociedad: la violencia de género.

Quiero aclarar, antes de comenzar en el desarrollo de estas páginas que mi especialidad es el derecho penal, y por ello mi análisis será dogmático relacionando la teoría del delito y desarrollando las exigencias normativas de cada una de las figuras incluidas en el art. 80 del Código Penal. Por otro lado debo decir que, hace unos años me encuentro formándome en cuestiones de género lo que me ha permitido revisar algunos conceptos respecto del derecho penal y, en particular, la vinculación entre el litigio penal y el patriarcado evidenciando claramente, la reproducción de un modelo de ejercicio profesional pensado históricamente para varones.

Sin embargo, ello no me impide cuestionar duramente la legislación penal cuando, en pos, de afianzar una política estatal comprometida con la problemática de la violencia de género, pone en riesgo las conquistas constitucionales en materia de límites al poder punitivo del estado. Me refiero a la flexibilización del principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, entre otros que, muchas veces aparecen como respuesta seductora frente a un reclamo social de mayores penas y creyendo –*erróneamente a mí entender*- que el

¹ Mariana Barbitta, abogada penalista, docente de grado y posgrado de la Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de La Matanza, Universidad de Lomas de Zamora y Universidad de Palermo. Presidenta de AMPA (Asociación de Mujeres Penalistas de Argentina).

derecho penal puede solucionar este tipo de realidades culturales y sociales, enmarcadas en un modelo hegemónico y patriarcal que nos acompaña hasta nuestros días.

Ello tampoco significa que me encuentro cegada frente al incremento exponencial de muertes de mujeres producidas por hombres por el solo hecho de considerarse propietarios de los cuerpos de quienes integramos históricamente, un colectivo inmerso en una desigualdad estructural.

Efectuada esta aclaración, ahora si veamos cual ha sido el impacto de la reforma penal en relación a la inclusión de otros homicidios calificados.

2.- La Ley 26791. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género.

El 14/12/12 fue dictada la ley 26791 mediante la cual, se reformo el Código Penal incluyendo homicidios calificados y en especial, se tipifico la figura del femicidio.

Se incluyeron como homicidios calificados aquellas muertes vinculan a sujetos relacionados por el parentesco sea consanguíneo o simplemente relacional, aquellas que se agravan por odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión, el femicidio, entre otras figuras (incisos 1, 4, 11 y 12).

Abordare la incorporación de estas figuras al Código Penal y en particular, hare referencia al femicidio, como la manifestación clara de la visualización por parte del derecho penal de una realidad sumergida en la violencia de género y en la reproducción de modelos socio culturales que jerarquizan al hombre por sobre las mujeres.

2.1.) La redacción del Código Penal. El art. 80.

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

- 1) *A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia (inciso 1)*
- 2) *Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión (inciso 4)*
- 3) *A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género (inciso 11)*
- 4) *Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1 (inciso 12)*
- 5) *Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de 8 (ocho) a 25 (veinticinco) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiere realizado actos de violencia contra la mujer víctima (último párrafo del art. 80)...”*

De este modo, la ley 26791 ha tipificado en el Código Penal, distintas situaciones fácticas que tienen como núcleo central, la visualización de la violencia de género y en particular, la violencia contra las mujeres.

Nuestro país, al dictar la ley 26485² de fecha 01/04/09 definió exactamente el concepto de violencia contra la mujer al decir en su artículo 4to “*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*

² Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, promulgada el 01/04/09.

efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

Por su parte, la Ley 26743³ definió en su artículo 2 el concepto de identidad de género como “...*la vivencia interna e individual 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 involucrar 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, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales...*”.

Queda claro entonces que, la modificación del art. 80 del Código Penal se enmarca en una política pública tendiente a visualizar normativamente la problemática de la violencia de género y en particular de sancionar aquellas conductas (homicidios) que tienen en la mayoría de los casos, a las mujeres como sujetos pasivos.

3.- Los principales motivos que sustentaron la modificación del Código Penal. Un repaso por las opiniones de los Diputados.

Al leer la transcripción taquigráfica de la sesión de Diputados (orden del día Nro. 202), por la cual se discutió la modificación del art. 80 del Código Penal advertimos que, la mayoría de los legisladores presentes manifestaron su voto favorable básicamente por considerar la importancia de que se conozca la problemática de la violencia de género, tomar conciencia de ello y que se incluya en la agenda pública. La mayoría de las exposiciones estuvieron centradas en la respuesta a la violencia que sufren particularmente las mujeres pero cierto es que, la redacción final de alguna de las modificaciones permite extender esa protección a quienes ostentan una entidad sexual distinta a la impuesta biológicamente.

³ Ley de identidad de género, promulgada el 23/05/12.

Por su parte, las opiniones fueron dirigidas particularmente a resaltar la incorporación del femicidio, como forma de visualizar la sanción de conductas dirigidas a producir la muerte de mujeres por el solo hecho de serlo y de instalar en la agenda pública la discusión sobre la reproducción de modelos donde las mujeres históricamente fuimos sometidas y relegadas.

Comienza la exposición el Diputado Albrieu de Río Negro, explicando que el femicidio no es nuevo y que son numerosos los casos de mujeres muertas por el solo hecho de su condición, afirmando que se trata de una forma extrema de violencia sobre las mujeres. Agrego el diputado que *“...La violencia de género ha sido un dispositivo disciplinador, quizás el más eficaz, que ha aplicado una sociedad patriarcal con el fin de garantizar la perpetuación de un modelo de sociedad, en el que la mujer es siempre sometida y sufre todo tipo de postergaciones...”*.⁴

Al mencionar la modificación del inciso 1 expreso el legislador *“...Con eso tratamos de adecuar la ley penal a una situación social y cultural que se ha modificado, ya que las relaciones de pareja tienen estabilidad, haya mediado o no su paso por el Registro Civil...”*. Por su parte, al referirse al inciso 12 explico *“...En el inciso 12 tratamos el femicidio vinculado, que es cuando el homicidio se produce con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del art. 1...”*.

Por su parte, la diputada por Misiones (Risko) manifestó *“...Cuando se aplica el Código Penal es porque la mujer en este caso ya está muerta...las mujeres no somos propiedad de ningún hombre, ni de nadie. Esta iniciativa comprende la última trompada, la que termina con la vida de la mujer...con esta iniciativa podemos garantizar la seguridad de nuestras mujeres y que, ante el asesinato de una de ellas, los que se creen dueños no puedan aducir más ni celos, ni crimen pasional, ni emoción violenta. Esos hombre odian a*

⁴ Transcripción taquigráfica del Orden del Día Nro. 202 de la Cámara de Diputados de la Nación, discutiendo la modificación del art. 80 del Código Penal.

las mujeres y el resultado es la muerte de ellas. Por lo expuesto, es bienvenida esta norma en la medida en que hace falta para que se conozca la problemática, se tome conciencia y se hable de ello, y tome estado el femicidio...”.

Por su parte Diana Conti expreso “...*Para nosotros es una alegría y un dolor a la vez tener que instaurar en el Código Penal el femicidio casi como un delito autónomo, porque lo estamos describiendo, dentro de los homicidios agravados, en un inciso específico...en este sentido es una alegría, porque vamos a utilizar el Código Penal y la finalidad amenazante o disuasiva que tiene la pena. En el caso de que esto no disuada, tendremos la otra función de la pena, que es castigar, redimir y resocializar, si es verdad que a los asesinos de mujeres se los puede resocializar de algún modo...A partir de ahora, la sociedad entera –sobre todo los hombres- debe saber que tendrá que tener cuidado antes de tocarle el pelo a una mujer...”.*

Con estas palabras claramente se pone de manifiesto la finalidad de esta ley que fue la de incorporar a la legislación y en particular, a las agendas públicas, la visualización del incremento de mujeres muertas por causas sexistas y patriarcales.⁵

4.- Las figuras penales en particular. Un acercamiento al análisis dogmático.

Como adelante al inicio de esta presentación, la Ley 26791 introdujo distintas figuras al art. 80 del Código Penal que ponen de manifiesto un flagelo mundial que se viene incrementando día a día y que se relaciona claramente con la reproducción de modelos hegemónicos y patriarcales donde el hombre se considera jerárquicamente superior a la mujer. Sin embargo, más allá de la expresión de deseos por parte del Congreso Nacional y, la creencia errónea de que el derecho penal o la pena en particular, puede solucionar estos

⁵ “... En el año 2009, hubo 231 femicidios, 16 de los cuales fueron vinculados...Hubo 75 femicidios cometidos por esposos, parejas, novios, y 68 llevados a cabo por ex esposos, ex parejas o ex novios...En 24 de esos homicidios los agresores, los asesinos tenían prohibición de acercamiento o habían sido objeto de medidas judiciales de exclusión del hogar. En el año 2010 hubo 260 femicidios...había 33 homicidas con exclusión del hogar o prohibición de acercamiento. En el año 2011 llegamos a las 282 víctimas...”, exposición de la Diputada Donda Pérez.

conflictos de desigualdad estructural, se incrementaron los homicidios calificados cuya pena es reclusión o prisión perpetua.

Resta recordar que, para sostener la existencia de un hecho punible debemos analizar las distintas categorías que incluyen la teoría del delito, como herramientas metodológica de resolución de los casos. En este sentido, debemos revisar si existe en el suceso analizado una conducta, típica, antijurídica y culpable y que la misma sea atribuible al autor y/o participe en grado de tentativa o como delito consumado.

4.-1) El bien jurídico protegido en estas figuras.

El art. 80 se encuentra tipificado en el Libro II del Código Penal “De los delitos”, Título I “Delitos contra las personas”, y capítulo I “Delitos contra la vida”.

El bien jurídico protegido es la vida humana que debe ser separada del vientre materno para poder sostener la existencia de un homicidio pues de otro modo, si no existió separación con la madre, es decir, nacimiento, estaríamos en presencia de la figura del aborto (art. 85 del Código Penal). Para ello, la doctrina ha entendido que con el corte del cordón umbilical ya estamos en presencia de un nacimiento y por ende, de la existencia de dos vidas diferenciadas.

Por otro lado, es necesario definir la muerte y para ello debemos remitirnos a la definición que nos brinda la Ley Nro. 24193 (26/04/93) que en su artículo 23 dispone: *“El fallecimiento de una persona se considerara tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontanea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálico corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción*

Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible”.

De este modo, el concepto de nacimiento y el de muerte son esenciales para poder explicar las figuras tipificadas como homicidios calificados.

4.-2) El inciso 1 del art. 80 del Código Penal.

El inciso 1 del art. 80 del Código Penal, tipifica la conducta de quien mata a un ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

La reforma ha extendido los homicidios calificados a las relaciones entre personas más allá del vínculo sanguíneo y dejando de lado la existencia de una formalidad en cuanto al matrimonio.

El primer problema que aparece con esta redacción es la posible afectación al principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) que exige una descripción de la conducta en forma clara, precisa y circunstanciada. Ello, claramente se puede advertir al no poder definir con exactitud, qué se entiende por relación de pareja.

Cierto es que, los sectores vinculados al feminismo vienen reclamando hace muchos años la inclusión de figuras penales que puedan permitir la visualización de un problema gravísimo que reproduce modelos hegemónicos y patriarcales donde son las mujeres quienes nos encontramos en situación de desventaja frente a los hombres. Sin embargo, y como lo he sostenido al inicio, ello de ningún modo puede generar la flexibilización de las garantías constitucionales que repercuten a su vez, en el debilitamiento de un Estado de Derecho Constitucional pensado justamente, para ponerle límites al poder punitivo.

¿Qué se entiende por pareja? ¿Tiene que ver ello con el tiempo de relación, con la intensidad, con las obligaciones asumidas, etc.?. Todos estos interrogantes, hacen reforzar

la crítica de esta figura que pretende convertir estas muertes en homicidios calificados sin poder explicar exactamente cuales serían los casos alcanzados por la figura.

Parte de la doctrina ha expresado su crítica respecto de esta indefinición del término pareja “...*Resulta un tanto confuso interpretar exactamente qué cualidades o características deben revestir dos personas que llevan una relación de pareja...será necesario una convivencia previa?; una determinada cantidad de citas?; reconocimiento social como novios?, mantener relaciones sexuales?; relaciones monógamas?, en definitiva los interrogantes son variados y conducen a diversas interpretaciones que normalmente son peligrosas pues socavan el principio de la ley estricta en materia penal ...*”.⁶

En cuanto al **sujeto activo**, se trata de delitos especiales al hablar de ascendiente y descendiente que identifica únicamente la relación biológica y sanguínea, dejando de lado nuevamente a los hijos adoptivos más allá que la regulación, en materia civil los equipare, incluso desconociendo los lazos biológicos en caso de una adopción plena, la cual es irrevocable (art. 624 del Código Civil).

Con relación a los cónyuges y ex cónyuges, también se debe mencionar la calidad de sujeto especial pues debió existir previamente un vínculo formal mediando la figura del matrimonio, sean estos de igual o distinto sexo. Esta interpretación está ligada directamente a la Ley de Matrimonio Civil Nro. 26.618 promulgada el 21/07/10 mediante la cual se excluyen los términos mujer y hombre y se reemplazan por contrayentes reconociendo el matrimonio igualitario.

El nuevo Código Civil regula la figura del conviviente, en su art. 509 haciendo referencia a la “...*la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de*

⁶ Figari, Rubén “Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenuación”, en Código Penal comentado de Asociación Pensamiento Penal. http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpc/art.80_inc.1_homicidio_agravado_por_el_vinculo.docx_.pdf.

vida común, sean del mismo o de diferente sexo”. Esta definición podría ser un parámetro para acercarnos a la posible definición de pareja que introduce el Código Penal sin embargo, ello no es suficiente para sortear las dificultades en cuanto a la imprecisión de la redacción del art. 80 del Código Penal.

Queda claro que en estos supuestos, el plus de pena tiene su razón de ser en la necesidad de castigar más severamente a quienes matan a personas con quienes tienen, o hayan tenido algún tipo de relación, que genera un mayor respeto al bien jurídico protegido. Es en ese sentido que, más allá de haberse interrumpido el acto formal que une al sujeto activo con la víctima (divorcio, separación, etc), lo cierto es que el legislador ha querido priorizar la protección de estos vínculos.

Jorge Boumpadre⁷ advierte que si nos enfrentamos a las figuras de ex cónyuge, pareja o conviviente el delito debe ser analizado como delito común de sujetos indiferenciados “...*Tanto el autor como la víctima pueden ser cualquier persona...las situaciones descriptas por el tipo...son circunstancias objetivas que determinan el plus del injusto que justifica el incremento de la pena...*”, inclinándose el autor por cuestionar esta figura en relación a la pena pues entiende que al no tratarse de delitos de género, la reclusión o prisión perpetua se aplica tanto a la muerte del padre o la madre como a quien pudo haber tenido una relación de noviazgo aun sin convivencia.

La cuestión de la proporcionalidad de las penas ha sido una crítica generalizada respecto de esta reforma legislativa pues, quienes entendemos que la respuesta punitiva no resuelve ninguno de los casos en los que se encuentran sobrevolando cuestiones culturales y sociales (machismo, patriarcado, etc), pensar en reclusión o prisión perpetua parece como excesivo.

⁷ Boumpadre, Jorge Eduardo “Los delitos de género en la reforma penal (Ley 26.791)”, <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/02/doctrina10.pdf>

Sin embargo, también es importante reconocer que la reforma al Código Penal tuvo en miras como lo hemos adelantado, poner en evidencia distintas formas de homicidios en los cuales, en la mayoría de los casos, las víctimas son mujeres y adolescentes, ello permitiría entonces, acompañar las críticas, sin olvidar que forman parte de un objetivo central que es la visualización de un flagelo histórico y constante.

*“...Hay un cuerpo que no aparece. Y otra vez es el de una adolescente: Melina Romero. Antes fueron Ángeles, Araceli y Serena. El año pasado hubo 19 “Melinas” en todo el país: chicas de entre 13 y 18 años asesinadas en manos de verdugos varones. Cuatro de ellas vivían en el conurbano bonaerense. En tres de esos casos previo al balazo, al estrangulamiento o el empalamiento las jóvenes sufrieron ataques sexuales. Detrás de estos crímenes hay un patrón, una trama sistemática y crónica: la violencia de género y el femicidio como la forma más extrema del canibalismo sexista...”*⁸

Todas las figuras que han sido incorporadas al Código Penal, merecen las críticas respecto del principio de legalidad y proporcionalidad de las penas, por ello, es deber de los operadores judiciales ser muy cuidadosos a la hora de aplicar los tipos penales, teniendo en cuenta además, que no todos los casos son femicidios y que únicamente aquellas muertes que coincidan con la descripción que se realiza en el inciso 11, deben ser calificadas de este modo.

En cuanto al **aspecto subjetivo** se trata de un delito doloso. En la anterior redacción, figuraba la fórmula “*sabiendo que lo son*”, con un mensaje claro en relación a la exclusión para este tipo de homicidios calificados de la figura del dolo eventual⁹. Sin embargo, con la

⁸ Infojus Noticias. “Las otras Melinas: historia de chicas que dijeron que no”, 23/09/14. <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/las-otras-melinas-historias-de-chicas-que-dijeron-que-no-5729.html>.

⁹ MIR PUIG se refiere al dolo eventual como aquel que “si en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia inevitable, en el dolo eventual (o dolo condicionado) se le aparece como resultado posible (eventual)” (Santiago MIR PUIG, “Derecho Penal. Parte General” 8va. Edición, Editorial BDef, julio 2008, página 262.

redacción incorporada por la Ley 26.791 aquella claridad, ha quedado excluida posibilitando al intérprete la imputación de homicidio calificado con dolo eventual.¹⁰ En un sentido contrario, Jorge Buompadre¹¹ afirma que tanto en la anterior como en la actual redacción, no había chances de descartar el dolo eventual.

Cualquier **tipo de error**¹² sobre alguno de los elementos del tipo objetivo y en particular, sobre el vínculo elimina la aplicación de la pena impuesta en el art. 80 del Código Penal quedando subsumida la conducta, en la figura básica de homicidio simple (art. 79 del CP).

Al tratarse de un **delito de resultado**, todos los homicidios regulados en el Código Penal admiten tentativa¹³ debiendo en este caso la acusación determinar que hubo

¹⁰“...En el dolo eventual, el autor asume como posible que se produzca un resultado no buscado originariamente, pero que es tomado como posible, y frente a esa posibilidad el sujeto activo expresa una marcada indiferencia en cuanto a cualquier aseguramiento o corrección del plan. Es decir, el autor no destina especiales esfuerzos en la evitación del suceso, asintiendo su producción no buscada o aprobando el plus lesivo en relación con el plan originario que no lo incorporaba...” en Rusconi, Maximiliano “Derecho Penal. Parte general”, 3era edición, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, página 358.

¹¹ “...Ni antes ni ahora, el delito requiere de algún elemento subjetivo del injusto típico adicional distinto del dolo. El nuevo precepto prescinde de la vieja fórmula ‘sabiendo que lo son’ que, de algún modo, subjetivizaba el tipo, aunque tal omisión no implica ningún cambio significativo de interpretación en el tipo subjetivo. El delito sigue siendo doloso, resultando admisible el dolo eventual con respecto al resultado, no así las formas imprudentes...”, en Boumpadre, Jorge Eduardo “Los delitos de género en la reforma penal (Ley 26.791)”, <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/02/doctrina10.pdf>

¹² “...El error de tipo recae sobre elementos del tipo objetivo, en todos los casos elimina el dolo, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible (...) no es más que la falta de representación requerida por el dolo...el error de tipo será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realiza el tipo objetivo. En tal supuesto si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo. Cuando el agente, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo dolo sino también de su eventual tipicidad culposa” Zaffaroni, E.- Alagia, A.- Slokar, A. “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 2da. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires 2009, página 413

¹³ Art. 42 del Código Penal “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...”.

comienzo de ejecución y que por alguna circunstancia ajena a la voluntad del autor, la consumación no se realizó¹⁴.

En un reciente fallo, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario¹⁵, Sala II, confirmó la condena a 14 años de prisión seguida a JAH por la comisión del delito de homicidio calificado en grado de tentativa por el parentesco y por el uso de veneno u otro procedimiento criminal insidioso, en concurso ideal con el delito de lesiones leves.

Los hechos sucedieron en la localidad de Totoras el 14/12/10 en el momento en el que el imputado le llevo a su hija de 7 años (Gianella) un helado que no tenía tapa, estaba medio derretido, cuya ingesta luego le provoco a la niña mareos y vómitos, síntomas que concluyeron en una intoxicación avanzada. La menor, vivía con su madre quien se encontraba separada del padre a causa de agresiones, violencia de género y maltrato familiar. Inmediatamente luego de producido el hecho, se ordenó el allanamiento en la casa de JAH secuestrando un envase plástico cuyo contenido resulto ser “Furadan”, un producto usado como insecticida y nematicida, altamente toxico por ingestión o inhalación que coincidió con restos de vómitos hallados en la remera de la víctima. La acción de provocar la muerte de la menor fue la consumación de las amenazas que venía realizando el autor a la familia *“si la nena no estaba con él, no iba a estar con nadie; los iba a envenenar a todos; los iba a matar uno por uno y no se iban a dar cuenta...”*.

¹⁴ “...El art. 42 del CP consagra un dispositivo legal amplificador de la tipicidad, que permite abarcar un delito incompleto, porque retrocede en el tiempo a partir del delito consumado y convierte en típica una conducta que no se ha desarrollado por completo en su aspecto objetivo y subjetivo (...) La tentativa de delito es la más general de todas las anticipaciones punitivas, pero como a la vez señala el límite que el poder punitivo no puede exceder, su ámbito prohibido queda circunscripto por aquellas etapas del delito que conllevan el comienzo del peligro de lesión y llegan hasta el momento anterior a la consumación, en que se produce la efectiva lesión...” Zaffaroni, E.- Alagia, A.- Slokar, A. “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 2da. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires 2009, páginas 643/644

¹⁵ Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala II, sentencia de fecha 12/04/13 en el marco de la causa “H.J.A. s/ homicidio calificado en grado de tentativa en concurso ideal y lesiones leves”.

4.3) El impacto del caso “Wanda Taddei” en la reforma del Código Penal. La repercusión de la prensa en las modificaciones legislativas.

La tecnología y el acceso a los medios masivos de comunicación han generado un impacto tremendo en la resolución de casos “sensibles” para la comunidad, de un determinado lugar. Ello, claramente se advierte no sólo en las reacciones que han tenido los familiares de las víctimas y sus vecinos al acercarse por ejemplo, a los edificios de tribunales a realizar escraches y/o manifestaciones públicas contra los órganos jurisdiccionales sino además, en las distintas reformas penales que se ha producido en estos últimos años.

Como ejemplo, podría citarse el caso “Cabello” en el cual en un primer momento se condenó a Sebastián Cabello por un homicidio con dolo eventual para luego, revocarse la sentencia en la Cámara Nacional de Casación modificándose la calificación en los términos de un homicidio culposo (art. 84 del CP). Ese caso, tuvo tanto impacto mediático que genero la modificación del Código Penal¹⁶, aumentando el mínimo de la pena a (2 años) en

¹⁶“... Recientes decisiones judiciales y una reforma del Código Penal modifican la penalización para quienes causen muertes en accidentes de tránsito, lo que se espera contribuya a inhibir conductas riesgosas en el volante. Las muertes causadas en accidentes de tránsito eran consideradas como homicidios culposos, es decir realizados sin intención de matar. Como la pena por este delito era de 6 meses a tres años, las personas acusadas quedaban en libertad mientras se sustanciaba el juicio y, en el caso de que fueran condenadas, el juez podía decidir que el culpable no fuera a prisión y fuera, en cambio, condenado a realizar alguna tarea de orden social. En los últimos años tuvieron lugar varias condenas de este tipo que, en algunos casos, generaron controversia, por lo que se consideró la liviandad de las penas en relación con el daño cometido y la irresponsabilidad demostrada por los culpables. Esta cuestión volvió a plantearse en el caso de Sebastián Cabello, que atropelló un auto causando la muerte de una joven madre y su hijita. Cabello fue acusado de homicidio culposo y quedó libre, previo pago de una fianza. Pero la Cámara del Crimen pide que sea investigado por homicidio simple considerando que, al desplazarse a alta velocidad con un auto preparado a tal efecto, tenía conciencia del peligro que causaba. Otros dos fallos también obligan a considerar este tipo de muertes como homicidios simples. Las decisiones judiciales han generado opiniones favorables, porque es evidente que no puede considerarse de la misma forma un daño causado en modo puramente accidental que uno derivado de una conducta irresponsable y riesgosa. A esto se agrega la sanción parlamentaria de una reforma del Código Penal, por la cual se establecen penas de cárcel de 2 a 5 años para los conductores que provoquen muertes por negligencia. A partir de ahora, el endurecimiento de las penas puede dar origen a sanciones más ejemplificadoras y quizá disuasivas de las conductas peligrosas en el volante. Pero no puede olvidarse que la penalización, por sí sola, no alcanzará para revertir la cultura de la inconducta vial y los costos que ella genera. Para ello es necesario contar con campañas de prevención, controles rigurosos del comportamiento en el tránsito y sanciones también ejemplificadoras de las violaciones a las normas viales.

casos en los que fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

Otro de los ejemplos paradigmáticos que nos permiten analizar el impacto de los medios de comunicación y el activismo político en las modificaciones legislativas es el conocido caso “*Marita Verón*”, en el cual, el seguimiento efectuado por la prensa y el activismo de distintas organización no gubernamentales generaron, la reforma en el año 2012 de la nueva ley de trata de personas (Ley 26.842).

*“...El oficialismo en la Cámara de Diputados confirmó que la presidenta Cristina Kirchner convocará a sesiones extraordinarias en el Congreso con un temario que incluirá el proyecto de ley de trata de personas. Así lo confirmaron a LA NACION desde la Comisión de Legislación Penal, dónde buscaran el miércoles darle dictamen al proyecto para que sea tratado en el recinto de la Cámara. La oposición realizó ayer una conferencia de prensa para "agradecer a la Presidenta" por haberlos "escuchado y decidido" incorporar el proyecto sobre trata de personas en sesiones extraordinarias, tal cual lo reclamaron luego del fallo absolutorio en el caso de Marita Verón...”*¹⁷

La reforma del Código Penal en su artículo 80 tampoco quedo exenta de esta modalidad. En efecto, la incorporación de nuevas figuras calificadas claramente estuvo guiada por la repercusión mediática que tuvo el caso conocido como “*Wanda Taddei*” por el cual, se condenó a prisión perpetua por homicidio calificado por el vínculo, a Eduardo Vásquez, quien fuera su cónyuge.

Como lo demuestra la experiencia cotidiana y la cruenta sucesión de accidentes, estos requisitos en la actualidad están lejos de cumplirse...”, en <http://edant.clarin.com/diario/1999/10/02/i-01801d.htm>.

¹⁷ Diario La Nación, suplemento Sociedad, “El miércoles se aprobaría la modificación de la ley de trata”, de fecha 14/12/12 en <http://www.lanacion.com.ar/1536712-el-miercoles-se-aprobaria-la-modificacion-de-la-ley-de-trata-de-personas>.

Lo cierto es que, al momento de los hechos (10/02/10) no existía en la regulación de nuestro Código Penal la figura de femicidio que tipifica, la conducta del hombre que mata a la mujer cuando mediare violencia de género (inciso 11 del art. 80 según Ley 26.791) que se asemejaba bastante a lo ocurrido en ese suceso.

El caso fue resuelto con fecha 17/09/13, por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal¹⁸ disponiendo la condena a Vásquez a la pena de prisión perpetua por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo en los términos de los arts. 45 y 80, inciso 1ero del Código Penal.

Los hechos fueron descriptos de la siguiente manera “...*el día 10/02/10, en horas de la madrugada –alrededor de las 03:00 hs- Eduardo Arturo Vásquez ingreso a su domicilio...y luego de mantener una discusión con quien fuera su cónyuge Wanda Taddei, arrojó alcohol sobre el cuerpo de esta, y mediante el empleo de un encendedor, generó un foco ígneo que afectó principalmente a la nombrada, el cual fue sofocado mediante la actividad del inculcado, quien, a esos fines, se valió de una manta que cubría el fúton sufriendo –a su vez- quemaduras en ambos brazos. Luego, Vásquez trasladó a Taddei...a la guardia del Hospital Santojanni donde recibió las primeras atenciones...horas más tarde fue derivada al Hospital de Quemados donde permaneció internada hasta el 21/02/10, fecha en la que falleció a causas de las quemaduras graves que sufrió y neuropatía...*”.

Fue uno de los sucesos más discutidos pues se entremezclaron cuestiones vinculadas con la tragedia de Cromañón y, la violencia de género. En este caso, la Cámara Federal de Casación Penal aplicó la agravante por el vínculo (inciso 1) descartando el planteo de la defensa de reducir la punibilidad por emoción violenta y también descartando la inclusión de la agravante por alevosía requerida por la parte querellante. Como se dijo, al momento del hecho no existía tipificada la figura de femicidio imposibilitando a los jueces condenar

¹⁸ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, sentencia de fecha 17/09/13. Centro de información judicial. www.cij.gov.ar

en esos términos por directa aplicación del principio de legalidad. Sin embargo, no escapa a ningún lector atento, que el modo en el que Vásquez provoca la muerte y los antecedentes que existían entre la pareja evidencian una relación sostenida sobre la base de la violencia de género y en particular, sobre la asimetría que existía entre los cónyuges.

En concreto, se tuvo por acreditado el modo en el que se produjeron las lesiones que derivaron en la muerte de Wanda Taddei las que fueron analizadas en la autopsia: **a)** el cuerpo de Taddei recibió un derrame de líquido inflamable desde adelante y a la derecha, desde una altura estimada en el mismo plano corporal o superior a ella, **b)** el cuerpo presentaba quemaduras en el tronco por fuego producido por la deflagración de un líquido inflamable que escurrió, de arriba hacia abajo, predominantemente en el hemicuerpo derecho, **c)** no se verificaron quemaduras por salpicadura en el cuerpo de Taddei, **d)** las quemaduras relativamente más leves en la mucosa labial, lengua y paladar blando de Taddei fueron producto de calor húmedo ascendente, y no de una llama directa como la que afectó particularmente los hombros y el tronco de la víctima, **e)** las quemaduras lumbares respetaron las zonas de piel cubiertas por la única ropa *-bombacha-* que vestía Taddei al ingresar al Hospital Santojanni, así como las regiones que quedarían cubiertas de estar la persona apoyada en un respaldo, **f)** la región perineal se encontraba parcialmente quemada, mas no así la zona anal, **g)** la zona perineal, entonces, solo pudo haberse visto afectada por el escurrimiento de líquido caliente y en posición de sentada, **h)** las quemaduras se detuvieron a la altura de la cara anterior al muslo, **i)** las lesiones verificadas en las pernas *-de la rodilla hacia abajo-* no fueron el resultado de quemaduras, sino de la formación de escaras producidas por apoyo durante la internación prolongada en el hospital, **j)** la sustancia acelerante (alcohol) también se depositó en la superficie del futon encontrado en el domicilio de la pareja.

Este al igual que otros casos, conmocionaron la opinión pública pues se trató de una muerte producida por un hombre contra una mujer (su esposa) de una forma absolutamente violenta que nos lleva a reflexionar sobre las relaciones de pareja en las cuales, más allá que

en este caso, no se haya calificado la conducta como femicidio obligo al Congreso Nacional a tomar decisiones legislativas que como mínimo, permitan la visualización del problema.

4.4) El inciso 4to del Código Penal.

En este supuesto, la reforma ha introducido la persecución penal frente a casos en los cuales el sujeto activo mata por odio de género, o por la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

Se trata de homicidios calificados que requieren un análisis sobre los elementos normativos del tipo penal pues la propia norma requiere remitirse para su interpretación al concepto de identidad sexual que se encuentra contenida en la Ley 26.743.

La dogmática penal distingue elementos descriptivos y elementos normativos que se hallan en las descripciones legales (tipicidad objetiva). Los primeros son aquellos que pueden ser percibidos por medio de los sentidos, a diferencia de los normativos que remiten generalmente, a un significado contenido en alguna legislación (ley, reglamento, ordenanza, etc).

Como dije, este inciso 4to, exige si o si, la remisión a la Ley 26.743 que define específicamente el concepto de identidad sexual. Ha sido un avance importantísimo poder visualizar a través de la incorporación de estas figuras penales, las realidades homofóbicas en las que nos encontramos como sociedad, básicamente por la imposición de prácticas eclesiócristianas muy arraigadas culturalmente y que perduran en nuestros días, más allá de los intentos genuinos por modificarlas.

Estos homicidios calificados, se incluyen en el apartado relacionado con el odio particularmente inspirado en el género. El mismo se refiere al género sexual, es decir, aquel que se comete contra alguien en razón de pertenecer al género femenino o al género masculino, desde una interpretación biologicista pues, en el resto de los apartados se

incluyen otros tipos de motivaciones que exceden la asignación de sexos definidos por los órganos genitales.

Recientemente, ha tomado estado público el caso de la muerte de una estudiante chilena quien fuera atacada por Lucas Azcona en razón de sus rasgos misóginos. Debe aclararse que recién se ha ordenado su procesamiento en los términos del art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación –*en adelante CPPN*- es decir que hasta tanto no se dicte una sentencia condenatoria firme, rige el principio de inocencia razón por la cual, estamos únicamente frente a indicios.

*“...Fuentes judiciales informaron que para calificar el crimen de la estudiante chilena por "odio de género" para el magistrado fueron "clave" los peritajes psiquiátricos y psicológicos realizados a Azcona, en los que se detectaron rasgos "misóginos" en su personalidad. Tras conocerse la resolución, el abogado Cisterna explicó que el juez resolvió convertir en prisión preventiva la detención del acusado y calificó el delito como un homicidio calificado en base al artículo 80, inciso 4to, del Código Penal, que impone reclusión o prisión perpetua para quien mate "por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión" ...el que mata por odio al género femenino. Esto se estableció en base a las pericias del Cuerpo Médico Forense, que indicaron que Azcona tenía un resentimiento especial contra el género femenino", explicó el letrado...”.*¹⁹

La reforma agrego también en este inciso 4to, la muerte por odio sustentado en la orientación sexual de la víctima, es decir, la conducta de quien mata por poseer una orientación sexual diferente, a la del autor (homosexualidad²⁰, bisexualidad²¹,

¹⁹ “Prisión preventiva para Azcona por el crimen de Nicole”, nota de fecha 25/11/14 publicada en <http://www.jornadaonline.com/Argentina/125549-Prisi%C3%B3n-preventiva-para-Azcona-por-el-crimen-de-Nicole>.

²⁰ Es la orientación sexual caracterizada por la atracción sexual y afectiva hacia individuos del mismo sexo. Coloquialmente para identificar a los hombres homosexuales se les llaman "gays", y a las mujeres homosexuales "lesbianas".

transexualidad²², pansexualidad²³, asexualidad²⁴, intergenero²⁵, entre otras), según lo definido por representantes del colectivo LGTB.²⁶

²¹ Es la orientación sexual caracterizada por la atracción sexual y sentimental hacia personas tanto de su mismo sexo como del sexo opuesto. La diferencia con la homosexualidad es que también te sientes atraído sexualmente y sentimentalmente por personas del sexo opuesto.

²² Transexual es aquella persona que no se siente identificada con su cuerpo, es decir, su género no corresponde a su físico. Puede darse con hombres que se sienten mujeres o mujeres que se sienten hombres. Esto no tiene nada que ver con la homosexualidad. Un chico homosexual no se siente mujer, se siente hombre. En el caso de sentirse mujer y no estar a gusto con su cuerpo, se consideraría transexual. La orientación sexual de una persona transexual es independiente de su orientación de género. Un hombre puede sentirse mujer y ser lesbiana o ser heterosexual. O también por ejemplo una mujer puede sentirse hombre y ser gay o heterosexual. (Se supone que la orientación sexual se define con el género que tiene, no el género físico que viene dado, de ahí que diga que una mujer puede sentirse hombre, ser hombre y ser gay). En la actualidad es posible hacerse una operación de cambio de sexo para que el hombre que se sienta mujer o la mujer que se sienta hombre pueda estar en completa satisfacción personal sin conflicto de género. De todos modos, hay personas que no necesitan cambio de sexo y hacen vida normal a pesar de que su órgano reproductor no coincida con su género.

²³ La pansexualidad, también denominada omnisexualidad, polisexualidad o trisexualidad es una orientación sexual caracterizada por la atracción sexual o romántica por otras personas independientemente del sexo y género de las mismas. Por lo tanto, los pansexuales pueden sentirse atraídos por varones, mujeres y también por aquellas personas que no se sienten identificadas con su género, incluyendo así, por ejemplo, a intersexuales, transexuales e intergéneros.

²⁴ Es la falta de orientación y deseo sexuales. Las personas asexuales no sienten atracción sexual o física hacia ninguna otra persona y no sienten deseo por el placer sexual, por lo que no se identifican con ninguna orientación sexual definida. No es habitual que suelen enamorarse o tengan pareja. Tienden a crear un lazo afectivo hacia su pareja (si la tienen), aunque éste no implique el sexo de por medio.

²⁵ A diferencia de la transexualidad, las personas que se identifican como intergénero no se identifican ni como hombre ni como mujer. Pueden verse a sí mismos como masculina y femenina, como ni masculino ni femenino o completamente aparte de estos géneros. Algunas personas tienen características del sexo opuesto, otras las tienen de ambos. Algunos ven su identidad como una de muchos posibles géneros más allá de masculino y femenino, mientras otros ven el término como la posibilidad de englobar ambos géneros en uno, ser un tercer género o ser una persona sin género. Intergénero no se considera una orientación sexual, sino un concepto relacionado con el género de las personas.

²⁶ <http://apoyolgbt.blogspot.com.ar/2011/08/tipos-de-orientacion-sexual.html>.

También, se observan incluidos por la reforma los homicidios calificados por odio a la identidad de género que exige que el sujeto activo (autor) haya producido la muerte de la víctima con una finalidad específica sostenida por no compartir la identidad de género elegida por el sujeto pasivo.

En este punto es donde los operadores judiciales, los abogados y abogadas deben fundamentar la tipicidad objetiva de este homicidio calificado, aplicando el concepto de identidad de género definido por el art. 2 de la Ley 26.743.

En palabras sencillas, este homicidio requiere que el sujeto activo mate a quien ha vivenciado interna e individualmente un género, una identificación personal que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

Por último, el inciso 4to incluye la hipótesis de quien mata por odio a la expresión de la identidad de género. El hecho debe ser calificado de este modo cuando, el sujeto activo (autor) mate a quien, más allá de las identificaciones sexuales o biológicas, se expresa como si perteneciera a un género distinto. Podrían quedar incluidos los supuestos de víctimas que siendo hombres se visten como mujer, o hablan como tal, o viceversa (travestismo, transformismo).

En el aspecto subjetivo claramente nos enfrentamos a delitos dolosos que a mi entender, no admiten dolo eventual pues se encuentran enmarcados en la agravante del odio que requiere una ultrafinalidad, es decir, un elemento subjetivo distinto del dolo.

Al igual que ocurre con la agravante incluida en el inciso 1ero, este tipo de homicidios admite tentativa.

Por último, debo mencionar que parte de la doctrina reclama la no inclusión de la causal de odio político (por adscribir a determinada doctrina política); la nacionalidad

(haber nacido o adoptado una nacionalidad diferente a la del autor); y eventualmente otras similares que indiquen pertenencia a un grupo determinado (filosóficas, culturales, etc.).²⁷

4.5) El inciso 11 del Código Penal. Femicidio.

En este inciso se incorpora la tipificación del femicidio es decir, el homicidio provocado por un hombre contra una mujer mediando violencia de género.

Según la asociación “Casa del Encuentro. Feminismo popular entre todas las mujeres y la sociedad”²⁸, el término femicidio es político, es la denuncia a la naturalización de la sociedad hacia la violencia sexista. Se trata de una de las formas más extremas de violencia hacia las mujeres, es el asesinato cometido por un hombre hacia una mujer a quien considera de su propiedad. El concepto femicidio fue desarrollado por la escritora estadounidense Carol Orlock en 1974 y utilizado públicamente en 1976 por la feminista Diana Russell, ante el Tribunal Internacional de Los Crímenes contra las Mujeres, en Bruselas.

De esta forma, la incorporación al Código Penal de esta figura ha revitalizado la histórica lucha de espacios feministas que vienen exigiendo una respuesta del derecho penal para este tipo de homicidios. Como ha sido mencionado, la utilización del derecho penal como herramienta para solucionar problemas estructurales en ningún caso puede ser considerado un mecanismo eficaz sin embargo, el reclamo aparece como genuino pues de algún modo, comenzó a instalarse en las agendas de políticas públicas contribuyendo, a visualizar la problemática del incremento de mujeres víctimas de muertes, por el solo hecho de ser, consideradas propiedad de los hombres.

²⁷ Tazza, Alejandro “El homicidio agravado por odio de género y el femicidio. Art. 80, inciso 4to del Código Penal”, artículo publicado en el sitio de la cátedra de Derecho Penal II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.
<http://penaldosmdq.blogspot.com.ar/2014/04/el-homicidio-agravado-por-odio-de.html>.

²⁸ <http://www.lacasadelencontro.org/portada.html>

En este sentido, es fundamental contar con operadores judiciales, abogados y abogadas capacitados en perspectiva de género que puedan detectar cuando, nos enfrentamos a casos de femicidio y que los mismos, no sean descartados por malas interpretaciones jurisprudenciales los cuales, bajo el ropaje de tratarse de crímenes pasionales o casos de emoción violenta, son descartados sin una seria investigación.

La Guía de Actuación para las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales para la Investigación de Femicidios en el Lugar del Hallazgo”, aprobada por el Ministerio de Seguridad en la Resolución 428/13, publicada en el BO el 27/05/13, brinda algunas herramientas para detectar este tipo de casos y menciona que existen patrones culturales que se repiten debiendo ser analizados a la luz de la perspectiva de género.

“...Los femicidios pueden ocurrir en distintas circunstancias que dan cuenta de situaciones de discriminación o agresiones previas a las cuales son sometidas las víctimas por el hecho de ser mujeres o personas con identidad de género femenino. Entre las circunstancias más habituales en las que se repiten este tipo de violencias —que pueden llegar a culminar con la comisión de un homicidio y/o instigación al suicidio—se encuentran: los casos de violencia de género en el marco de las relaciones interpersonales (parejas, ex parejas, algún otro familiar o conocido), las agresiones sexuales en la vía pública y la explotación sexual...Ante casos de femicidios, dado que generalmente se producen como culminación de un período de múltiples violencias, es importante incorporar los testimonios de vecinos/as y allegados/as que se encuentran en el lugar del hallazgo de la forma más literal posible. El agente policial a cargo de la investigación deberá registrar en el acta de prevención toda la información y comentarios espontáneos que permitan dilucidar acciones previas de violencia contra la víctima...”

Para nuestra legislación la incorporación del femicidio como homicidio calificado importa una apuesta para instalar en las agendas publicas la problemática de este tipo de delitos que se expresan sobre los cuerpos del colectivo de mujeres.

En un antecedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 16/11/09 se responsabilizó internacionalmente al Estado mexicano por la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de la Ciudad Juárez el 6 de Noviembre de 2001.

Concretamente, la sentencia condena a México por la Falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos, así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada.

Este antecedente tuvo la virtualidad de incorporar publica y masivamente, el termino femicidio “...lo ocurrido en la Ciudad de Juárez marca un antes y después. Fue el detonante que hacía falta para concientizar a la sociedad y poner en marcha acciones en contra de la violencia de género, e incorporarla en el discurso social y político...”.²⁹

4.5.a) *El tipo objetivo.*

Si se analiza el tipo objetivo de esta figura debe valorarse el elemento normativo violencia de género que remite a la definición dispuesta por la Ley 26.485 que incluye distintos tipos de violencia entre los que encontramos, violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica.

El legislador ha dispuesto que la muerte realizada por un hombre contra una mujer debe ser calificado como femicidio si media violencia de género la cual puede desarrollarse

²⁹ Barrera, Carolina “Algunas consideraciones sobre el femicidio”, en Revista del Instituto de Estudios Penales, de fecha 01/02/13, IJ-LXVIII-250. <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65250&print=1>

en distintos ámbitos: doméstico, institucional, laboral, y repercutir en cuestiones vinculadas con la libertad reproductiva, obstétrica y también mediática.

Se trata de un delito especial pues el sujeto activo debe ser hombre. Aquí también se ha generado debate al no poder definir exactamente si el Código Penal está considerado únicamente a quienes biológicamente han nacido con genitales masculinos o, por el contrario, podría darse la imputación a quienes han modificado su asignación de género con o sin intervención quirúrgica o respecto de quienes poseen una identidad sexual que no se condice con los aspectos físicos visibles (asignación biológica).

4.5.b) *El tipo subjetivo.*

Al igual que el resto de los homicidios calificados mencionados en esta presentación, el dolo exigido por la figura es directo sin ninguna chance de admitirse el dolo eventual, pues se trata de un plus en relación a dar muerte a alguna persona, en este caso, la motivación tiene que ver con la existencia de un sujeto pasivo mujer y que además, se relacione con el autor en el marco de violencia de género.

No cualquier muerte de un hombre respecto de una mujer debe ser considerado femicidio pues ello, a mi criterio, pondría en riesgo el principio de legalidad y extendería la significación del patriarcado a todos los casos en los que intervengan mujeres y varones cuando en rigor, más allá de la desigual estructural que existe entre hombres y mujeres, de ningún modo ello merece ser considerado homicidio calificado en los términos del art. 80, inciso 11 del CP.

5.- *El Anteproyecto del Código Penal. La despenalización del femicidio.*

El Decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nro. 678/12 ordeno la creación de una comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación. Dicha comisión estuvo integrada por los Dres. Raul Eugenio

Zaffaroni, León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata (única mujer), Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo.

En relación a la tipificación de los homicidios calificados, el proyecto regula en el art. 77 las figuras agravadas, imponiendo una escala penal (prisión) de 15 (quince) a 30 (treinta años), modificando esencialmente la prisión perpetua que se encuentra regulada en el actual Código Penal.

El inciso a) refiere la conducta de quien mata a su cónyuge, o a su conviviente estable³⁰, o a quienes lo hayan sido, a su ascendiente o descendiente, a su padre, madre o hijo adoptivos³¹, sabiendo que lo son.

La redacción como se observa, dista de la actual no solo en términos de pena (sanción penal)³² sino que se advierte una mayor claridad en cuanto a la redacción y por ende, al respeto al principio de legalidad al descartar el término “pareja” que no aparece como preciso. La nueva redacción hace referencia a conviviente estable.

Por su parte, y acercándose al reconocimiento de derechos que efectúa el Código Civil respecto de los hijos biológicos y quienes son adoptivos, el proyecto los equipara incluyendo como homicidio calificado la muerte de un hijo/a adoptivo.

³⁰ “...La tradicional figura del parricidio, limitada al cónyuge, ascendiente y descendiente se amplía considerablemente al incluir al conviviente estable o a quienes lo hayan sido. Es sabido que la convivencia es una forma de familia que se ha extendido en la realidad social. La razón tradicional de la agravación por parentesco –la confianza depositada en el pariente- es válida de hecho para el conviviente y también para quien lo haya sido, al que se le ha franqueado el acceso a toda su intimidad, sus modos de vida y sus costumbres. La previsión del conviviente, de paso, resuelva el problema que planteaban los matrimonios nulos...”, exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal.

³¹ “...El grado de parentesco no interesa cuando se trata de ascendiente y descendientes, al igual que en el texto vigente. Se aclara la cuestión del parentesco por adopción, aunque en este caso se limita el grado a padre, madre e hijo...”, exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal.

³² “...Se ha optado por evitar la pena única, sin alternativa, que en la ley vigente ha traído dificultades. En todos los casos es conveniente que el juez disponga de la posibilidad de evaluar las circunstancias particulares, a fin de evitar obstáculos a la individualización de la pena en concreto...”, exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal.

Finalmente, en relación al aspecto subjetivo del delito entiendo que incorporar nuevamente la palabra “sabiendo que lo son” en una forma de asegurar lingüísticamente que este tipo de delitos, de ningún modo se producen bajo la modalidad del dolo eventual. Si bien en este punto, el proyecto en la parte general (Libro I), se ocupa claramente de descartar este tipo de manifestación subjetiva³³, cierto es que, se refuerza en la parte especial evitando cualquier tipo de interpretación tendiente a ampliar el poder punitivo a través de la incorporación de distintas clases de dolo.

Uno debería sostener claramente, que la conducta es dolosa o culposa sin intentar estirar el aspecto subjetivo que evidentemente tiene un impacto mayor en la respuesta punitiva (pena) a los fines de cubrir las expectativas de un sector de la sociedad que erróneamente entiende que el derecho penal y, en particular, la pena puede resolver los conflictos sociales y culturales.

Se elimina del proyecto, la figura del femicidio, es decir, que deja de ser delito la muerte producida por un varón sobre el cuerpo de una mujer por el solo hecho de serlo, esto es, el homicidio de quien mata porque se cree superior jerárquicamente al sujeto pasivo (mujer) considerándola además, una cosa.

En una nota periodística publicada en el portal “Comunicar igualdad”³⁴, Sandra Chaher transcribe las palabras de una de las redactoras del anteproyecto la Dra. María Elena Barbagelata quien manifiesta su preocupación por la exclusión del femicidio como figura: “...*Si bien se mantiene como agravante que haya entre víctima y victimario un vínculo de convivencia –algo que fue introducido en el CP con la reforma de lo que se*

³³ “...Solo se consideraran delitos de las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con **voluntad directa...**”, art. 1º del Proyecto de modificación del Código Penal.

³⁴ Chaher, Sandra “Ganan o pierden las mujeres con la reforma del Código Penal”, en la revista virtual **Comunicar** **Igualdad** **en** <http://www.comunicarigualdad.com.ar/ganan-o-pierden-las-mujeres-con-la-reforma-del-codigo-penal>.

conoció como Ley de Femicidio en noviembre del 2012- y se incluye entre las razones de máxima gravedad de un delito la discriminación de género, no fue incluido el agravante de matar “a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género” como se incluyó en el CP luego de la reforma del 2012...”.

Las distintas voces que se alzaron al momento de analizar el anteproyecto del Código Penal, coinciden que existen avances y retrocesos pues si bien, se ha quitado la figura del femicidio, se incorporó el infanticidio³⁵ que reduce las chances de tener mujeres –*madres*- encarceladas a penas perpetuas por haber matado a sus hijos en estado de capacidad psíquica disminuida.

Por último, la gran deuda que nos ha dejado a las mujeres el Anteproyecto del Código Penal es la posibilidad de haber despenalizado el delito de aborto y asegurar la libre determinación de nuestros cuerpos.

“...En relación al aborto, la reforma del Código Penal es una oportunidad perdida de ampliar el acceso de las mujeres a este derecho garantizado por los tratados internacionales...En forma contradictoria a lo que se planteó, en el Anteproyecto aparecen tipos penales nuevos como el aborto culposo, la lesión al feto culposa y dolosa y aumentos de penas en las figuras de aborto producidos sin el consentimiento de la mujer” señala Barbagelata, quien expresó el único voto en disidencia en éste y otros temas vinculados a género. Si bien, por un lado, la comisión tomó el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso F.A.L., de marzo del 2012, señalando claramente ahora, en el inciso 2 del artículo 86, que el aborto no será punible “si el embarazo proviene de una violación”

³⁵ *“...Se restablece la figura del infanticidio...su supresión separa nuestra ley penal de todo el derecho comparado, pues se trata de una atenuante universalmente reconocida. La inconsulta desaparición de la figura ha dado lugar a que los hechos pasasen a ser calificados como homicidios del inciso 1º del artículo 80 vigente, pasando por alto las lamentables circunstancias en que estos delitos se cometen y el desamparo de la mujer, como también que volvieron discutibles los límites entre el aborto y el homicidio...en el texto propuesto se adopta el decidido criterio de la capacidad psíquica disminuida de la mujer...por ende, se trata de una atenuante que solo puede beneficiar a la mujer...”*, exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal.

(es decir despejando todo tipo de dudas sobre que el aborto no es punible en cualquier caso de violación y no sólo en aquellas que fueran perpetradas a una mujer “idiota o demente”), **incluyó una figura nueva, la de aborto culposo, destinada a penalizar a quien “causare un aborto por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo”**...En el Anteproyecto se señala que esta figura había sido omitida en el código de 1921 “en forma inexplicable” y que “no existen razones para omitir este delito, en especial en los casos de mala praxis médica, pero también en otros”. Esta punición, destinada claramente a lxs médicxs –que en la práctica es probable que opere para que quienes deben practicar los abortos no punibles permitidos por el CP sumen resistencias- es denunciada por Barbagelata: **“El argumento que dieron en la comisión quienes propusieron esta figura es que ‘protege a las mujeres’ de la actuación de los médicos. ¿Desde cuándo la punibilidad favorece a la mujer? Sólo Guatemala tiene penas tan altas para este tipo de aborto. Es una figura que incrementa innecesariamente la punición y, aunque se excluye a las mujeres como posibles autoras del mismo, involucra necesariamente a los profesionales que la atienden o que le facilitan el acceso a la medicación, resultando un elemento contraproducente para el acceso de las mujeres a decidir sobre tales cuestiones”**...También en el Anteproyecto **se elevaron las penas por aborto preterintencional**, esto es para quien “causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la mujer fuere notorio o le constare”; en el actual CP este delito se pena de seis meses a dos años de cárcel y la reforma propone de un año a tres. **También se ampliaron las penas de más figuras de aborto en las que no se contempla el consentimiento de la mujer**. Es decir que la mujer no es punible, pero se aumenta la penalización de las personas cercanas a la realización del aborto, lo cual en la práctica operará seguramente como una limitación para la realización de los no punibles en el circuito oficial y el resto de los abortos en el circuito clandestino...**Fueron incluidas además en el Anteproyecto las figuras de lesiones dolosas y culposas al feto, que no estaban anteriormente en el CP** y que, cuando se discutió una reforma anterior del mismo en el 2006, ya habían generado polémica. En el Anteproyecto

se cita como ejemplo “la mala praxis médica o la administración de ciertos medicamentos, intoxicaciones, etc., son frecuente causa de lesiones fetales”. Se trata de una figura que eventualmente podría ser usada para la persecución de médicos que recetaran misoprostol para colaborar en el acceso a un aborto medicamentoso. Señala Barbagelata en su disidencia: “Se podría entender que la proyectada incorporación al Código Penal de ambas figuras de lesiones le otorga al feto un status jurídico determinado, tratando de equipararlo a una persona ya nacida. Esta cuestión es sumamente discutida tanto a nivel interno como en la órbita internacional, donde ya ha sido objeto de análisis en la jurisprudencia de la CIDH, en la [causa Artavía Murillo](#) ya analizada al abordar el tema de interrupción del embarazo, y cuyas conclusiones no convalidan el criterio que informa este delito sino todo lo contrario”...**La propuesta en disidencia de Barbagelata fue que el CP incluyera un estatus legal para el aborto similar al que propone el proyecto de ley de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto, que si bien mantiene el delito de aborto dentro del capítulo de los delitos contra la vida, amplía los supuestos de no punibilidad para la mujer que decide interrumpir un embarazo en las primeras doce semanas de gestación...**”.³⁶

6.- **Algunas conclusiones.**

Para finalizar esta presentación, me interesa remarcar que la incorporación en el Código Penal actualmente vigente, de homicidios calificados cuyas víctimas son mujeres que integran un colectivo vulnerable por la desigualdad estructural histórica, ha generado una visualización de la problemática de género muy favorable en términos de divulgación. Ello, como lo exprese al inicio de ningún modo habilita al poder jurisdiccional a flexibilizar

³⁶ <http://www.comunicarigualdad.com.ar/ganan-o-pierden-las-mujeres-con-la-reforma-del-codigo-penal>.

las garantías constitucionales que actúan justamente, como limite al poder punitivo del estado.

Sin embargo, haya o no haya habido reformas legislativas, en la medida en que los operadores judiciales, las y los abogados no nos formemos en perspectiva de género será muy difícil poder construir la resolución de un caso que coloque la mirada en la desigualdad estructural y no confunda, responsabilidad penal con situaciones de defensa legítima o atenuación de la culpabilidad frente a casos reiterados de violencia.

Al momento de escribir estas páginas, la prensa dio a conocer un caso en el cual los miembros del Tribunal Oral en lo Criminal (TOC) 6 de Lomas de Zamora absolvieron a una mujer que mató de un tiro en la cabeza a su pareja policía porque era constantemente abusada sexualmente con acceso carnal, golpeada y amenazada, expresando que lastimaría a la hija discapacitada de ambos.

Ello, nos demuestra que en ciertos casos la justicia se coloca en la situación de quien en un primer momento aparece como autora de un delito para luego, despejar las realidades ocultas que subyacen a la reproducción de un modelo patriarcal, machista y hegemónico.