



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRIA

FEMICIDIO:
¿UN DELITO AGRAVADO POR LA MOTIVACIÓN DEL AUTOR?

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: María Paula Poccioni

Director: Lucas Francisco Machuca De Matteis

Mendoza 2020

A mi familia por su apoyo constante y por hacerme sentir muy afortunada.

INDICE

Resumen	5
Introducción	7
<u>CAPÍTULO I: Estado actual de la problemática</u>	12
<u>CAPÍTULO II: Fundamento de la agravante</u>	32
1. Respuesta punitiva a la problemática de género.....	35
2. Prevención y femicidio.....	40
3. Modelo adoptado. Principales objeciones.....	50
3.a. Principio de responsabilidad personal.....	54
3.b. Presunción de vulnerabilidad.....	58
3.c. ¿Por qué no hablar de masculinicidio?.....	64
<u>CAPÍTULO III: Análisis normativo</u>	67
1. Respuesta punitiva a la problemática de género en el CPA.....	73
2. Alcance y significado del elemento motivacional.....	80
2.a. Odio de género.....	84
2.b. Caso Azcona.....	92
<u>CAPÍTULO IV: Naturaleza jurídica del elemento motivacional</u>	102
1. Inconvenientes surgidos desde el ámbito de la culpabilidad.....	105
2. Mayor injusto subjetivo.....	111
3. Mayor injusto objetivo.....	114
4. Repercusión del especial elemento del ánimo en la investigación del ilícito penal.....	122

CAPÍTULO VI:

Conclusiones127

Bibliografía.....133

Resumen.

El 14 de noviembre de 2012, la Cámara de Diputados de la Nación decidió convertir en ley el proyecto original de femicidio y figuras afines, incorporando el delito de femicidio al digesto punitivo, ante la necesidad imperiosa de brindar respuestas a dicho flagelo desde el ámbito judicial.

La presente figura posee la particularidad de exigir para su configuración que el autor no sólo actúe dentro de un contexto determinado, sino que además parecería que el género propio de la víctima debe resultar el detonante de su conducta. Es por ello que resulta inevitable preguntarnos si el cuestionamiento jurídico penal radica únicamente en cuestiones objetivas o si se ha considerado asimismo la abyección de los motivos presentes en el agente al momento de cometer el hecho.

En síntesis, el objetivo de presente trabajo será dilucidar si los motivos presentes en el agente resultan relevantes para la determinación de la responsabilidad penal, y en caso afirmativo, si tal aseveración resulta compatible con los principios y limitaciones que conforman nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Palabras claves: femicidio – motivaciones – responsabilidad penal – Estado Social y Democrático de Derecho –

Abstract.

On November 14, 2012, the Chamber of Deputies of the Nation decided to convert the original project of femicide and related figures into law, incorporating the crime of femicide into the punitive digest, given the urgent need to provide answers to this scourge from the judicial sphere.

The present figure has the particularity of requiring for its configuration that the author not only act within a certain context, but also that it would seem that the victim's own gender should be the trigger for his behavior. It is for this reason that it is inevitable to ask ourselves whether the criminal legal question lies only in objective issues or if the abjection of the motives present in the agent at the time of committing the act has also been considered.

In summary, the objective of this work will be to elucidate if the reasons present in the agent are relevant to determinate criminal responsibility, and if so, whether such assertion is compatible with the principles and limitations that make up our Social and Democratic State of Right.

Key words: femicide - motivations - criminal responsibility - Social and Democratic Rule of Law -

Introducción.

La realización de la presente tesis se ha visto motivada por la gravedad e importancia vital de la temática en cuestión, en el que la violencia contra la mujer, como problema social, ha cobrado gran significación y mayor visibilidad. Debido a la difusión de los casos de extrema violencia que desencadenan en la muerte de mujeres y la necesidad de los gobiernos de responder ante la sociedad, observamos que en ocasiones las soluciones propuestas y sus respectivas interpretaciones jurídicas comprometen los principios que cimientan nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Estamos en un tiempo de conciencia crítica que necesariamente obliga a revisar lo existente, y en donde el quid de la cuestión consiste en encontrar un equilibrio normativo entre las necesidades preventivas apremiantes de brindar una respuesta desde el ámbito del Derecho Penal a un flagelo que afecta a un porcentaje significativo de mujeres, y por el otro, la exigencia de no sobrepasar la barrera impuesta por nuestro sistema normativo que implicaría consagrar implícitamente un derecho penal de autor.

Por otra parte, y en lo referido específicamente a la relevancia de las motivaciones del autor de femicidio para la responsabilidad penal, tal temática no ha sido suficientemente desarrollada en doctrina debido a la especificidad del tópico. En comparación con otros temas ampliamente debatidos en la órbita del Derecho penal, sobre el particular en estudio aún falta debate a pesar los grandes aportes efectuados por algunos autores alemanes y argentinos respecto a la relevancia de las motivaciones en general. Aún frente a tales avances, resulta habitual percibir en nuestra sociedad actual numerosas críticas a la figura recepcionada por la ley 29.791, las cuales cuestionan no sólo el fundamento que justificaría el mayor reproche jurídico penal, sino si en este último está comprendido algún elemento motivacional exigido en el agente.

No obstante lo expuesto, es dable destacar la existencia de numerosos trabajos y publicaciones vinculadas a la temática que nos ocupa, tales como diversos análisis efectuados en relación a los homicidios calificados por obrar el autor con ciertas

motivaciones, previstos en el artículo 80 del Código Penal y en particular, sobre la figura específica del femicidio, la discusión sobre su constitucionalidad como la hermenéutica propia de los términos que integran el concepto violencia de género y, por último, aquellas elaboraciones generales mayormente dogmáticas que inquietan sobre la vinculación entre diversas teorías y su incidencia en la determinación de la pena.

En definitiva, la consideración del especial elemento del ánimo presente en el autor de femicidio que implica matar a una mujer por su género y la evaluación de su repercusión en cada estrato de la teoría del delito, implica cimentar un camino que tiene por destino alcanzar una solución que permita legitimar el castigo frente al individuo que lo padece, lo cual conllevará una ardua tarea de investigación que deberá sortear numerosos obstáculos ligados, entre otros, a la etización del derecho penal, situación incompatible con nuestro Estado de Derecho liberal.

El problema de investigación que impulsará el desarrollo de la presente tesis está configurado por las siguientes preguntas: ¿Se encuentra contemplado algún elemento especial del ánimo en la figura del inciso 11 del artículo 80 del C.P? En caso afirmativo: ¿Es posible compatibilizar el cuestionamiento jurídico penal surgido a partir de las motivaciones del autor de femicidio con un derecho penal de acto, propio de un estado liberal de derecho?

Como punto de partida, adoptaremos las siguientes hipótesis de trabajo, a fin de determinar si las conclusiones a las que arribemos en función de la investigación emprendida, resultan coincidentes con aquellas:

- La conducta del agresor necesariamente trasunta en una peculiar concepción del género femenino que a su vez, facilita una situación de sometimiento. Existe en el femicidio un elemento adicional caracterizado por la discriminación y subordinación implícita en la violencia inferida a la mujer. Es precisamente este elemento subjetivo el que caracteriza al femicidio de otros homicidios cometidos en un contexto de dominación y le proporcionan especificidad al fenómeno.
- Si se procede a efectuar un cuestionamiento jurídico penal de las motivaciones individualmente consideradas, se estaría legitimando tácitamente la punición de meras formas de pensar o actitud interna, configurando la sanción penal una reacción frente a la conducción de vida del autor, lo cual implicaría una contradicción con las premisas liberales propias de un derecho penal de acto.
- Los motivos presentes en el autor, como elementos subjetivos distintos del dolo, son jurídicamente relevantes en la medida en que se proyecten como efecto en el

contexto relacional. El disvalor adicional de resultado que justificaría la agravante se encontraría en la situación fáctica que subyace al motivo: la posición de dominio del hombre sobre la mujer, como síntoma discriminatorio. Lo que se sanciona es el efecto subyugante producido.

- La mayor lesividad estaría configurada por tratarse de un contexto en el que el agente utiliza la fuerza para imponer su posición a la víctima, la cual padece una mayor vulnerabilidad contextual al no haber efectuado ningún tipo de aporte para merecer tal agresión. Se trataría de un padecimiento innecesario provocado en la víctima. A su vez, este contexto de sometimiento derivaría en un mayor atentado a la dignidad, como valor implícito en la norma penal.

A fin de corroborar o refutar las hipótesis mencionadas, nos proponemos a través de la presente tesis examinar el delito de femicidio, partiendo, a fin de lograr una mejor y más cabal comprensión del fenómeno, de un análisis del fundamento de la institución jurídica objeto de estudio para luego focalizar en el significado y alcance del elemento motivacional presente en el autor del ilícito en cuestión, todo ello en términos de responsabilidad penal.

Posteriormente, y ya adentrados en la naturaleza jurídica del elemento mencionado, evaluaremos su repercusión en cada uno de las categorías que componen la teoría del delito, a fin de determinar si resulta relevante para la determinación de la responsabilidad penal, y si es posible justificarlo dogmáticamente.

El presente trabajo se estructurará mediante cinco capítulos, los cuales estarán organizados de la siguiente manera:

El capítulo I plasmará el estado actual de la problemática y los puntos de partida que no deben perderse de vista a lo largo del desarrollo de la tesis.

En el acápite posterior se desarrollará como introducción el fundamento de la agravante prevista en el inc. 11 del Código Penal, explicitando el modelo legislativo adoptado. Se expondrá sucintamente una panorámica sobre las problemáticas generadas por dicho modelo como las soluciones ofrecidas al respecto, conceptos que resultan relevantes para el correcto entendimiento del tema al configurar el fundamento de una institución jurídica el principal criterio interpretativo de la naturaleza de uno de sus componentes en particular.

Tal desarrollo nos llevará inexorablemente a inquirir sobre la vinculación entre prevención y femicidio. Se adoptarán como soportes valorativos supremos los

principios inherentes a la constitución misma de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, y a partir de allí, se determinará la influencia que sobre la génesis y recepción legislativa de la figura del femicidio ha ejercido el Estado, evaluando finalmente la necesidad de consignar limitaciones deontológicas sobre finalidades utilitaristas.

En el capítulo III se analizará el contexto legal de regulación del femicidio, tanto a nivel nacional como internacional, inquiriendo sobre este fenómeno social desde un punto de vista normativo. Asimismo, se abordarán los antecedentes legislativos y la reforma de la ley 29.791, como respuesta punitiva a la problemática de género en el Código Penal.

El eje central del trabajo estará conformado por el punto 2 del acápite mencionado, en el que se partirá de un análisis específico del tipo subjetivo del delito de femicidio, como punto orientador, a fin de dilucidar posteriormente si los motivos son relevantes para la determinación de la responsabilidad penal.

En el acápite mencionado realizaremos una prospección pormenorizada de los elementos característicos de esta motivación, evaluando si el inc. 11 del artículo 80 del C.P. implica per se odio de género, entendido como aversión hacia el género femenino a partir de una percepción de minusvalía y subordinación, o bien, si únicamente corresponde hablar de discriminación; para lo cual precisaremos el concepto, la interpretación y gravitación en la figura penal de un elemento tan conocido como controvertido: la misoginia.

Posteriormente, el contenido del capítulo IV estará conformado por la determinación de la naturaleza jurídica del elemento motivacional. Se examinará cuál es la gravitación que tienen los motivos del agente en la culpabilidad y en el injusto, a efectos de examinar su adecuación con las premisas consideradas valiosas por un Derecho Penal Liberal. Se indagará sobre la incidencia del elemento subjetivo mencionado tanto en el desvalor de la conducta como del resultado y se evaluará un caso particular: la interpretación de la motivación abyecta como ausencia de reducción de gravedad objetiva del hecho.

Por último, en el capítulo V expondremos las conclusiones fidedignas a las que hayamos arribado con sus respectivas explicaciones teóricas y en las cuales vislumbraremos si se encuentran o no corroboradas las hipótesis formuladas al inicio del presente trabajo.

Respecto al orden de exposición que se seguirá en el presente trabajo, se evaluarán, entre otras propuestas, las soluciones provenientes de las teorías de la pena respecto a cada uno de los estratos que se han seleccionado de la teoría del delito. Ello en función de la íntima vinculación entre las teorías de la pena y la teoría del delito.

Tal como ha dicho Santiago Mir Puig (1982), la teoría del delito no se encuentra desvinculada del fundamento y la función de la pena. Al contrario, determina tanto los límites de lo que puede ser objeto de una pena como los elementos que deben concurrir para que algo sea punible, lo cual claramente va a depender de la función que se atribuya a la pena y de los límites que se impongan a su ejercicio¹.

La estrategia metodológica adoptada consistirá en una labor de producción conceptual e interpretativa mediante una metodología de investigación teórica orientada al análisis de textos vinculados a la temática. Se realizará una exhaustiva y profunda revisión bibliográfica a través de un repaso por los principales ensayos -tesis, libros, artículos, entre otros, que se han aportado hasta el presente. Se complementará con un amplio desarrollo y una trabajada fundamentación mediante un análisis crítico de las teorías existentes y su concreta proyección a la figura del femicidio, y mediante la contraposición y discusión de aquellas se logrará arribar a las conclusiones.

Asimismo, se adoptará una modalidad de investigación de tipo descriptivo en el que se examinará el objeto de estudio, partiendo de características conocidas. Este tipo de investigación resulta adecuada a fin de indagar en la temática abordada, debido a que se abordará diversos desarrollos doctrinarios elaborados hasta la fecha a fin de identificar variables que permitan lograr una explicación coherente al problema planteado. “Este tipo de investigaciones se propone describir el comportamiento de variables y/o identificar tipos o pautas características resultantes de las combinaciones de un cierto número de ellas. Las investigaciones descriptivas se ocupan entonces de identificar las variables relevantes del objeto o asunto investigado y luego de averiguar cómo se comportan dichas variables”².

¹ Mir Puig, S., 1982. *Función De La Pena Y Teoría Del Delito En El Estado Social Y Democrático De Derecho*. Barcelona: Bosch, p.41.

² Ynoub, R., 2011. *El Proyecto Y La Metodología De La Investigación*. Buenos Aires: Cengage Learning Editores S.A. de C.V., p. 82.

CAPÍTULO I: ESTADO ACTUAL DE LA PROBLEMÁTICA

Las complejas interacciones humanas del siglo XXI requieren la intervención del derecho a los fines de lograr la regulación de las mismas aportando soluciones normativas a las conflictividades surgidas, producto de los contactos sociales que en ocasiones provocan defraudaciones de expectativas fijadas normativamente, en el seno del propio entramado social³.

Sin embargo, es posible afirmar que las soluciones normativas proporcionadas en ocasiones pueden resultar lógicas pero contraintuitivas, o aún peor, a la inversa, socialmente apropiadas pero carentes de logicidad, no obstante resultar políticamente correctas. No obstante lo expuesto, el hecho de que las instituciones eventualmente no logren brindar respuestas satisfactorias frente a los conflictos, no implica que aquellas sean incuestionables⁴.

Desde el ámbito del Derecho Penal, los tipos previstos en las leyes aparecen como consecuencia de cierta política criminal, no existiendo un determinado orden preestablecido o racionalidad a partir de la cual se expliquen por sí mismos. Toda creación normativa se encuentra impregnada de nuestras valoraciones personales respecto de la realidad.

Las normas en definitiva reflejan los valores que acuña la sociedad en un momento temporo-especial determinado, desaprobando conductas que se alejan de aquellos, todo ello de acuerdo a la función simbólica que asumen y que explica en parte su creación.

Cuando a través de la norma no se transmite luminosamente qué es aquello que en concreto se desvalora de la conducta que se sanciona, no solo se genera una gran inseguridad jurídica al momento de aplicar las normas por parte de los operadores del derecho, sino y fundamentalmente, se provoca una gran incertidumbre en la sociedad, la cual resulta desconcertada frente al mensaje que se le pretende transmitir. Pero el

³ V. Jakobs, G., 1997. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 18.

⁴ Cf. Garland, D., 1990, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI Editora Iberoamericana, p.18.

análisis no finaliza allí. El mensaje, que a su vez desde la justicia penal se dirige hacia la comunidad, no sólo debe ser comprensible, sino y fundamentalmente aceptable, a fin de revestir de legitimidad a las normas adoptadas como corolarios de la función social del Derecho Penal.

Partiendo de tales premisas, resulta ineludible advertir que la problemática que se abordará en el presente trabajo se encuentra vinculada a cuestiones de política criminal, perspectiva que abordaremos tangencialmente en el capítulo II, indicando por qué resulta relevante considerar tal enfoque como uno de los puntos de partida del análisis a realizar.

En el caso particular de la figura en estudio, y a primera vista, daría la impresión de que el legislador, con la finalidad de resolver una problemática tan actual como flagelo que afecta a toda la sociedad, ha pretendido incidir a través de una serie de normas sobre el conjunto del tejido social no sólo para erradicar la aceptabilidad de la violencia en general como herramienta para mantener o acceder al poder, sino con la expectativa de coadyuvar, mediante la legislación penal, a la reducción de los hechos.

Asimismo, no puede soslayarse que otro de los objetivos de la reforma introducida por ley 29.791 ha sido visibilizar la muerte de mujeres, transmitiendo determinados valores de género a la sociedad, los que tienen por objeto concientizar respecto a las relaciones de jerarquía y desigualdad entre hombres y mujeres, generadas por la sociedad y la cultura, y que se exteriorizan mediante la subordinación y/o discriminación hacia el género femenino en la organización social.

No obstante, advertimos que reducir la explicación del concepto de violencia de género, y su expresión más gravosa como es el femicidio, a un hecho provocado por la desigualdad generada por la estructura patriarcal de la sociedad⁵, todo ello mediante los valores que se pretenden transmitir y proyectando tal definición al ámbito criminal, no parece del todo suasorio en el ámbito del Derecho Penal. De este modo, se revestiría la norma con una naturaleza jurídica equiparable a una acción positiva destinada a igualar situaciones.

En otras palabras, el terreno jurídico criminal no configura el medio adecuado para pretender igualar géneros, empleando el tipo como una fórmula de compensación por todas las discriminaciones padecidas por las mujeres como grupo social⁶.

⁵ Lo dicho sin perjuicio de las consideraciones sociológicas que puedan elaborarse en torno a la problemática.

⁶ A fin de combatir la problemática de género, debería preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción como sería una adecuada política social y educativa. Si bien el

Tal razonamiento conllevaría ineludiblemente a consagrar un Derecho Penal de autor, en el que el femicida debe responder no sólo por el hecho cometido, sino por todas aquellas ilicitudes remotas cometidas por otros individuos que asimismo integran el “grupo opresor”, lo cual vulneraría el principio de responsabilidad penal personal.

En función de lo expuesto, y tal como tendremos ocasión de observar a lo largo del siguiente acápite, la controversia inicial, sin cuya resolución no es posible continuar, deriva del debate acerca del fundamento del inc. 11 del Código Penal. Por lo que si bien no configura el óbice del presente trabajo, el estudio del modelo legislativo adoptado se antoja inevitable, ello en aras de un debido análisis en el que no es posible adentrarse sin más en la discusión de la motivación presente en el agente al momento de cometer el femicidio.

No resulta viable ingresar sin solución de continuidad en el debate acerca de la relevancia de la motivación para la determinación de la responsabilidad penal y si tal circunstancia repercute en el injusto o en la culpabilidad.

Desde este prisma resulta imprescindible explicitar la razón que justificaría la legitimación y posterior incorporación legal de la institución jurídica en estudio, la cual parecería que agrava la responsabilidad penal cuando el sujeto pasivo, delimitado normativamente, integra un determinado colectivo social y a su vez, cuando el autor actúa guiado por una determinada clase de motivos.

Así las cosas, sólo una vez determinado el posible fundamento de nuestra circunstancia agravante estaremos en condiciones no sólo de efectuar un correcto análisis normativo, delimitando el contenido del especial elemento del ánimo en estudio, sino y fundamentalmente, nos encontraremos en una situación que nos permitirá inquirir sobre su hipotética incidencia tanto en el desvalor de la conducta y del resultado, como en la culpabilidad.

En otras palabras, es preciso abordar, con carácter previo y necesario, el fundamento justificante del inciso en estudio, para luego efectuar, partiendo del elemento motivacional específico, una interpretación teleológica del mismo que permita evaluar racionalmente su incidencia conforme a nuestras categorías dogmáticas.

Esta síntesis inicial a desarrollar en el Capítulo II, además de contribuir a la presentación de nuestro objeto de estudio, constituirá el punto de partida orientador que facilitará la interpretación del alcance y significado del elemento motivacional.

Derecho Penal constituye la herramienta más intensa con la que cuenta el Estado, debe procurar utilizarla como última ratio.

Ya situados en el Capítulo III, nos resultará inevitable detenernos a examinar normativamente el artículo 80 inc. 11, incorporado al listado de agravantes que califican el homicidio en el Código Penal Argentino mediante la reforma introducida por la ley 29.791.

Si bien a la fecha han transcurrido ya algunos años a contar desde su incorporación en nuestro digesto punitivo, el interés por dicha problemática no sólo no ha cesado, sino que se ha acrecentado debido al aumento y multiplicidad de casos de femicidios, como expresión más extrema de violencia de género, que se continúan cometiendo a pesar de las previsiones en materia de legislación penal, como respuesta necesaria que se proporcionó a fin de combatir dicho flagelo.

Advertimos que en nuestro país gran porcentaje de las relaciones se encuentran inmersas en un actual y candente contexto de violencia de género independientemente de haberse adoptado una multiplicidad de medidas de prevención y protección contra la violencia de género, entre las que figuran aquellas dispuestas desde la órbita del Derecho Penal.

Así, muchos suelen afirmar que los femicidios se encuentran a la orden del día. Incluso, y con tinte de actualidad, es posible visualizar mediante las estadísticas proporcionadas desde el observatorio de femicidios en Argentina “Adriana Marisel Zambrano” que durante el período de aislamiento social, preventivo y obligatorio por motivo de la situación epidemiológica en la país ocasionada por la pandemia COVID-19, este tipo de comportamientos no sólo no ha cesado, sino y por el contrario, se han recrudecido: a fin de ejemplificar, en el período del 20 de marzo al 14 de mayo de 2020, se han cometido 57 femicidios, incluidos homicidios transversales.

Por otra parte, es sumamente alarmante advertir que han aumentado los ilícitos de este tipo desde el año 2018, siendo que en el espacio temporal mencionado ocurría un femicidio cada treinta y dos horas, mientras que en el período ubicado entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019, dicha frecuencia aumentó a veintinueve horas⁷.

Los datos indicados no dejan de llamar la atención debido a que la previsión y abordaje específico de los derechos vulnerados de las mujeres se encuentran presentes no sólo desde diversas perspectivas, sino desde hace varias décadas. Debemos recordar que las primeras regulaciones normativas comenzaron en el ámbito internacional. Así, en 1994, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se aprobó

⁷ Observatorio de femicidios en argentina “Adriana Marisel Zambrano”, Asociación civil la casa del encuentro, 2020, CABA. <http://www.lacasadelencontro.org/index.html>

la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) en la que se consagra la obligación de los Estados de adoptar una serie de mecanismos de protección y defensa, orientados a erradicar la violencia y discriminación hacia las mujeres, tanto en el ámbito público como privado.

A fin de responder ante los compromisos asumidos internacionalmente y reconociendo a nivel nacional la problemática de la violencia contra la mujer, para fecha 13 de marzo de 1996 se sancionó la ley N° 24.632, mediante la cual el Estado Argentino ratificó la Convención mencionada.

Posteriormente, siguiendo una tendencia marcada en América Latina, la cual se ha visto motivada en la magnitud, severidad y gravedad de las consecuencias de esta particular manifestación de violencia contra las mujeres, y a fin de abordar la problemática desde el ámbito del derecho criminal, el 14 de noviembre de 2012 la Cámara de Diputados de la Nación decidió convertir en ley el proyecto original de femicidio y figuras afines, incorporando calificantes específicas a ciertos tipos penales, y en particular, previendo la condición de mujer y de hombre como sujeto pasivo y activo respectivamente, mediando violencia de género, como agravante específica en el art. 80, inc. 11, recepcionando de este modo la figura del femicidio.

El Art. 80 inc. 11 reza: “*Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto por el art. 52, al que matare: (...) a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género*”⁸.

En primer lugar, al visualizar la agravante incorporada, advertimos como primer dilema el motivo por el cual se incorporó el femicidio dentro del catálogo de los homicidios calificados del artículo 80 del C.P.; sobre todo teniendo presente que no todas las circunstancias enumeradas por el legislador responden a una única razón: encontramos allí figuras agravadas en razón del vínculo del sujeto activo con la víctima, por el modo de comisión, en razón de la causa o motivos, por el medio empleado o por la calidad del sujeto activo o pasivo⁹.

En tal sentido, podría advertirse una clara referencia objetiva del tipo al resultar calificado el homicidio en estudio por producirse dentro de un ámbito determinado, como es el contexto de género, el cual a su vez, implica que tanto sujeto activo y pasivo

⁸ Art. 80, inc. 11 del CP (inciso incorporado por art. 2 de la ley N° 26.791, B.O. 14/12/2012).

⁹ Clasificación realizada por Ricardo C. Núñez, 1999. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Córdoba, apud Andrés José D’Alessio, 2009. *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*. Buenos Aires: La Ley, p.10.

deben revestir una calidad determinada, condiciones especiales que deben revestir víctima y victimario a fin de reconducir la conducta en la figura calificada en estudio.

En segundo lugar, y ateniéndonos a la literalidad de la norma, visualizamos con hesitación el concepto de violencia de género como elemento integrante del tipo. Es claro que dicha noción no puede quedar librada al arbitrio del juez que en definitiva intervenga en un caso determinado, ni a las diversas creaciones doctrinarias y jurisprudenciales elaboradas hasta la fecha, debido a que una conducta caracterizada por tal discrecionalidad o arbitrio conllevaría una transgresión al principio de legalidad.

Constituye una verdad de perogrullo afirmar que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer¹⁰ conlleva necesariamente a la configuración de una situación de violencia de género. Sino que intuitivamente se advierte que el autor, si bien debe actuar dentro de un contexto determinado - caracterizado por una situación de dominación y sometimiento respecto a la mujer - debe tener alguna finalidad basada en el sexo o género de la víctima.

En este sentido, resultan orientadores los parámetros proporcionados tanto por la Convención Belém Do Pará como por la ley nacional 26.485. La primera define qué debe entenderse por violencia contra la mujer, especificando que se trataría de: “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”¹¹.

Si bien, a causa de la defectuosa técnica legislativa utilizada, las definiciones que integran el tipo pueden obtenerse apelando a otros cuerpos normativos, la jurisprudencia no ha sido uniforme en cuanto a su interpretación (véase por un lado fallo “Trucco”¹², y adoptando una diversa perspectiva: fallo Lizarralde¹³), abogando en ocasiones por una aplicación excesivamente amplia que en definitiva termina repercutiendo negativamente no sólo en el ordenamiento y los principios que lo rigen, sino en el acusado y en el resto del entramado social que resulta desconcertado respecto a los alcances definitivos del estado de cosas que se pretende prohibir.

¹⁰ Si bien no se desconoce los diversos problemas interpretativos derivados de las nuevas formas de concebir el género, en el presente trabajo se hará referencia al sexo únicamente en el sentido biológico.

¹¹ Artículo I de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, aprobada por la ley 24.632).

¹² “Trucco Sergio Daniel p/ amenazas s/ Rec. Casación”, T.S.C., Protocolo de Sentencias, N° 140, tomo 4. Folio: 1073-1082, año 2016.

¹³ TSJ de Córdoba, Sala Penal, Expte. nro. SAC 2015401, año 2017, en autos: —LIZARRALDE, Gonzalo Martín p.s.a. homicidio calificado y tentativa de homicidio calificado, año 2017.

A su vez, a tales cuestionamientos deberíamos adicionar, por un lado, las discrepancias producidas al evaluar el arreglo de la figura con la Constitución Nacional, a la luz de los principios de igualdad ante la ley, legalidad, inocencia y culpabilidad.

Por otro lado, no es posible dejar de mencionar la discusión sobre la ubicación sistémica del denominado contexto de género. Ello resulta relevante porque en definitiva el modo en que dicha circunstancia deba ser probada o no en el juicio, dependerá de si se lo considera un elemento normativo del tipo objetivo, o bien, un elemento subjetivo distinto del dolo.

Si nos inclinamos por este último supuesto, considerando que el contexto de género implica en su concepción, entre otros elementos, la presencia de una especial motivación, resulta claro que su comprobación en un proceso penal no puede depender de la íntima convicción interna del juez interviniente. Por el contrario, debe procurarse criterios racionales y uniformes. “(...) en el proceso penal el juez no puede echar mano sin más de cualquier medio probatorio imaginable para la prueba de cualquier elemento del delito, sino que los medios probatorios admisibles deben variar en función de lo que deba ser probado”¹⁴.

Por otra parte, lo afirmado precedentemente presenta el particular problema acerca de cómo es posible constatar la presencia de un elemento anímico. Se intuye que debería apelarse a criterios externos a fin de determinar cuándo concurre un elemento subjetivo, observando sus manifestaciones externas.

Más allá de las discusiones que se hayan generado, se puede afirmar en general¹⁵ que hay cierto consenso en considerar la violencia de género como aquella que se produce en un ámbito situacional específico, que es aquél en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer hacia el varón, basada en una relación desigual de poder, en los términos del decreto 1011/2010, reglamentario de la ley 26.485¹⁶.

En función de lo dicho hasta el momento, y si optamos por catalogar al contexto del género como elemento normativo del tipo objetivo, parecería que el femicidio no

¹⁴ Ragués Valles, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 4, p. 21.

¹⁵ De acuerdo a una postura que sostenga que el contexto de género se limita a un elemento normativo del tipo y a su vez, partiendo del presupuesto de validez de una norma penal en blanco que efectúa la remisión a una norma de inferior jerarquía, como es un decreto reglamentario.

Conforme a ciertas posiciones doctrinarias, resulta inadmisibles que la norma complementadora del vacío sea de rango inferior al implicar, en términos generales, una flexibilidad del principio de legalidad que resulta incompatible con su esencia y a su vez, una ruptura en el principio de división de poderes.

¹⁶ Decreto reglamentario Nº 1011/2010, reglamentario de la ley 26.485, Ley de protección integral de las mujeres, publicado en el Boletín Oficial el 20-07-2010.

sólo estaría caracterizado por la concurrencia de una animosidad especial, sino por una especie de trama de género, caracterizada por tratos previos o actuales, humillantes y descalificatorios, basados en una falsa idea de superioridad del hombre con respecto a la mujer, rebajándola en su dignidad humana, ingresando esta última de manera direccionada en un proceso de cosificación por parte del sujeto activo.

En el fallo Trucco mencionado precedentemente observamos que su conceptualización se limita al ámbito intrafamiliar. Es por ello que se cuestiona si es posible proyectar tal limitación del tipo a los demás casos aparentemente incluidos en el inc. 11 del artículo 80 del C.P., como los femicidios no íntimos, es decir, aquel cometido por un hombre contra una mujer con la cual no tenía ningún tipo de vinculación y que generalmente incluyen un ataque sexual previo a modo de sometimiento¹⁷.

Por consiguiente, si debemos seleccionar elementos que se presentan frecuentemente en el fenómeno estudiado, advertimos que no sólo concurre la calidad que necesariamente debe revestir el sujeto activo y pasivo, sino también un componente motivacional concreto caracterizado por el hecho de matar a una mujer por alguna causa que involucre su género.

Además de los requisitos mencionados, como cualidad que caracteriza la esencia del ilícito en cuestión, visualizamos un contexto de género requerido normativamente, el cual revestiría un contenido fáctico que varía en función de las características del caso y del tipo de femicidio del que hablemos pero en el que en definitiva subyacería un elemento objetivo característico: el sometimiento.

En este sentido, se ha concluido que un homicidio por odio a las mujeres no difiere de los restantes homicidios cometidos por motivos abyectos. En todos los casos se presentaría un elemento común: el sometimiento como condición para no ser víctima¹⁸.

En consonancia con dicho criterio, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional afirmó que lo relevante del contexto de género es el concepto mismo de sometimiento: “Pero el punto central es otro, que se enlaza con la violencia de género y le otorga a la figura su carácter agravado: la manera en que las víctimas

¹⁷ Ello sin perjuicio de las amplias clasificaciones proporcionadas desde el ámbito de la sociología, cuya adaptación al ámbito penal presenta dificultades al requerirse en este último terreno conceptos precisos que exterioricen elementos característicos y comunes que se presenten en la totalidad de los supuestos incluidos, conforme al principio de legalidad.

¹⁸ Peralta, J. (23 de agosto de 2011). El “femicidio” y el derecho penal. *Comercio y Justicia*.

pueden evitar la agresión del autor es sometiendo a su voluntad. La contracara es que son muertas por no haberse sometido. En este sometimiento y cosificación de la víctima reside una de las claves para interpretar la violencia de género y el femicidio”¹⁹.

De acuerdo a la corriente de opinión explicitada precedentemente, el concepto de sometimiento configuraría el único elemento, junto con la calidad de los sujetos intervinientes, a tener en cuenta para determinar si concurre o no la figura calificada en estudio, lo que generaría una clara dificultad para comprender la justificación en la incorporación de una agravante autónoma en el inc. 11, habiendo bastado únicamente con añadir la calificante prevista por odio de género, fundamentalmente si se afirma que el sometimiento también gravita de modo inexorable en los supuestos del inciso cuatro²⁰.

Si visualizamos en la definición proporcionada por la Real Academia (RAE 2019), someter implica: “(...) humillar a una persona, una tropa o facción, proponer a la consideración de alguien razones, reflexiones u otras ideas, subordinar el juicio, decisión o afecto propios a los de otra persona (...)”²¹. Por consiguiente, y aplicando tal concepto al ámbito del Derecho Penal, para poder determinar si resulta o no aplicable la agravante del inc. 11 habría que indagar si efectivamente, y en particular en los supuestos de femicidio, si la víctima tuvo la posibilidad de evitar el desenlace fatal, sometiendo a los deseos de su agresor o bien, si este último pretendía directamente eliminar su persona, sin haber mediado previo o actual sometimiento.

Amén de ello, se advierte que el criterio de considerar al sometimiento como único elemento caracterizante no ha sido asumido en otras resoluciones jurisdiccionales, tales como en el caso Azcona, en el que y tal como se desarrollará más adelante en el Capítulo III, y en el marco de la discusión entablada por motivo de la calificación legal endilgada al autor, parecería que únicamente se tuvo en cuenta el especial elemento del ánimo para acreditar la configuración del supuesto del inc. 11 del artículo 80 del C.P., no sólo sin invocar conceptualmente en momento alguno el denominado contexto de

¹⁹Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, Expte. N° CCC29907/2013f02/CNC2, caratulado: "Mangeri, Jorge Néstor s/ recurso de casación", 07/06/2017, p. 75.

²⁰ Sobre estos aspectos, véase PERALTA J. (2013). Homicidios por odio como delitos de sometimiento (sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. p. 10-14.

²¹Nota: Real Academia Española (RAE).2019. Definición de someter. Recuperado del link: <https://dle.rae.es/someter?m=form>.

género, sino que siquiera se justificó tanto fáctica como jurídicamente la concurrencia de sometimiento²².

La disyuntiva plasmada ut supra nos lleva a dejar momentáneamente a un lado el denominado contexto de género a fin de ingresar en la evaluación del componente motivacional concreto presente en todo femicidio, temática que revestirá la condición de puntapié inicial para el posterior desarrollo del objeto central del trabajo.

Si bien autores como Buompadre (2013)²³ consideran que en cuanto a las condiciones subjetivas requeridas normativamente bastaría la concurrencia de un dolo directo, sin requerirse ningún otro elemento subjetivo especial distinto de aquél, parecería, en función de las delimitaciones conceptuales proporcionadas tanto desde el ámbito nacional como internacional (véase caso Perozo y ots. vs. Venezuela)²⁴ que subyace la necesidad de una determinada motivación, la cual en principio solo podría ser explicada subjetivamente: el hombre mata a la mujer por el hecho de serlo, por su género. La agresión sufrida por la víctima debe tener como finalidad o al menos alguna connotación o efecto, basado en el sexo o género de la víctima.

Inclusive esta motivación particular requerida para la configuración misma del concepto de violencia de género, ha sido novedosamente explicitada en el proyecto de reforma del Código Penal, a la hora de incorporar aquellos elementos que deben tenerse en cuenta al momento de mensurar la pena: “2°) Los motivos abyectos, tales como odio racial, religioso o político, discriminación, violencia de género, o el desprecio por una condición de vulnerabilidad de la víctima, sea por su edad, condición de persona mayor, condición social o por las tareas que desempeña”²⁵.

Al requerirse una animosidad determinada, la violencia hacia las mujeres necesariamente tiene relación con el género, es decir, el homicidio es cometido contra

²² Al finalizar la fundamentación de su voto, el Dr. Adrián Norberto Martín, Juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de la Capital Federal, en la causa N° 43.587/2014, seguida contra Lucas Ariel Azcona, 21/11/2016, expuso: “(...)En el caso se pudo establecer a través del desconocimiento que Azcona tenía de la víctima, de la forma en que espera que alguien que tuviera determinadas características saliera de la boca de subte, y las referencias que sobre lo femenino hicieron los expertos, dan cuenta de que el homicidio fue realizado hacia una mujer y motivado por su condición de tal. En consecuencia, ello permite, luego de descartar el agravante del art. 80.4 CP, tener por acreditado el del art. 80.11 CP.(...)”.(p. 227).

²³ Buompadre, J., 2013. *Violencia De Género, Femicidio Y Derecho Penal*. Córdoba, Argentina: Alveroni, p.164.

²⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó ciertas delimitaciones conceptuales en el párrafo 295 del mentado caso: “La Corte considera necesario aclarar que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Aunque las periodistas mujeres hayan sido agredidas en los hechos de este caso, en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres(...)”. Pág. 85.

²⁵ Art. 40 inc. 2 del Proyecto de Reforma del Código Penal.

las mismas por el hecho de serlo. Por ello se ha denominado violencia de género a este tipo de violencia.

Previo a precisar la propiedad cualitativa de la hipotética motivación del agente, evaluaremos primeramente cuáles son las condiciones subjetivas que, en general, se pueden valorar en el Derecho Penal y si las mismas se pueden justificar desde las teorías de la pena (la doctrina que trata el tema fundamenta la relevancia de los motivos o bien sobre la base de una mayor inmoralidad en el autor o bien sobre la base de puras necesidades de prevención), o directamente desde las soluciones proporcionadas por la teoría del delito, evaluando su posterior incidencia en la determinación del injusto y la culpabilidad.

En definitiva, es claro que tener en cuenta la motivación del autor de femicidio podría generar dos reacciones opuestas. Por un lado, la agravante parece social o intuitivamente acertada porque el hecho de que un hombre mate a una mujer por la sola circunstancia de serlo despierta una sensación de rechazo de gran intensidad y parecería ser más grave que otro delito cometido con una motivación diversa.

Por otro lado, podría considerarse emblemático el hecho de desvalorar la motivación concreta del agente, sobre todo teniendo presente ciertas premisas liberales. Resultaría difícil de sostener la legitimidad de tal reproche sin caer en la punición del pensamiento como una consecuencia de la pretensión de perfeccionar la moral individual, lo cual resulta incompatible con el principio de responsabilidad por el hecho.

En el Derecho penal es usual que circunstancias que despiertan una reacción adversa o que, con apoyo en ciertas premisas, indican una mayor necesidad de castigo, luego de un análisis más detenido, no puedan ser legítimamente valoradas²⁶.

Una vez delimitadas las condiciones subjetivas presentes en el tipo estudiado, evaluaremos en el Capítulo IV la repercusión de las mismas en el injusto y la culpabilidad, constituyendo el iter mencionado la ratio del presente trabajo.

En este aspecto la doctrina se encuentra dividida²⁷: hay quienes consideran que los motivos forman parte de la culpabilidad y otros entienden que aquéllos deben ser valorados en el injusto.

²⁶ Sancinetti, M. Disvalor, 142 y 156.

²⁶ Mir Puig, S., 1982. *Función De La Pena Y Teoría Del Delito En El Estado Social Y Democrático De Derecho*. Barcelona: Bosch, p.41.

²⁷ Ziffer, P., 2005. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad Hoc., p 133; Zaffaroni/Slokar/Alagia. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, p 768.

A su vez, de acuerdo a esta segunda corriente de opinión, los motivos podrían aumentar el ilícito en su parte subjetiva, también denominada “desvalor de acción” y/o en su aspecto objetivamente considerado, el llamado “desvalor de resultado”.

Para un sector de la doctrina que rechaza realizar distinciones entre elementos relevantes para el “sí o no” de la pena (teoría del delito) y aquellos que lo son para la medición de la misma (teoría del castigo), encontramos a autores como Hörnle que consideran que las intenciones y los motivos forman parte del concepto del desvalor de acción al entender la composición objetiva-subjetiva del injusto. El injusto no sólo abarcaría el resultado y riesgo generado como elementos objetivos, sino también la imprudencia y el dolo como relación subjetiva del autor con el hecho (desvalor de acción)²⁸.

A su vez, hay quienes partiendo del desvalor subjetivo y a fin de lograr una mayor concretización del problema, consideran que la motivación no debe ser tomada en cuenta literalmente como tal, sino referida a una finalidad como elemento subjetivo intencional. Nos encontraríamos por consiguiente ante un mayor injusto subjetivo al cometerse el hecho por una motivación abyecta. En otras palabras, no se sanciona el motivo en sí, sino la intención que el autor particularmente expresa cuando comete el hecho²⁹.

Los problemas de este planteamiento derivan no sólo del alejamiento que presenta tal elaboración del concepto normativo de dolo sostenido mayoritariamente por la doctrina, al limitarlo a un factor intencional, sino que en definitiva se estarían valorando elementos subjetivos en forma aislada al hecho cometido, dando lugar a la proscripta sanción del pensamiento.

Otra propuesta de solución derivaría de considerar las motivaciones como parte integrante del desvalor del resultado. Podría pensarse que el concepto de injusto no sólo abarca la lesión de un objeto externo ni la relación del objeto con ese sujeto sino el daño a un valor que está detrás la norma jurídico penal.

Es decir, y en el caso particular del femicidio, no se sancionaría la motivación en sí misma sino los efectos que la misma produce (potenciales o efectivos generados en relación a la víctima individualmente considerada o respecto al colectivo que integra),

²⁸ Cf. Peralta, J.M. (2009) Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 63, Fasc/Mes 1, p. 253.

²⁹ Mir Puig, S. (2011) Derecho Penal. Parte General, p. 638 y ss, apud Díaz López, J.(2012). El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho, p 373.

valorando la situación jurídica subyacente al hecho cometido. En este sentido, advertimos una vinculación directa con los fundamentos de la figura en estudio, en el que se añadiría un desvalor objetivo adicional al hecho típico.

Asimismo, y dentro de este ámbito, observamos que este desvalor adicional podría estar dado porque el autor exteriorizaría un determinado mensaje de quebrantamiento de la norma como efecto simbólico comunicativo de la conducta emprendida. Tal razonamiento resultaría plausible, debido a que la imputación del comportamiento en su contenido integral en definitiva depende del correspondiente contexto social³⁰.

En conclusión, y apartándonos de la discusión precedente, si los despreciables motivos del autor al momento de cometer el hecho no sólo deberían ser tenidos en cuenta en el injusto sino que repercutirían en una mayor desaprobación de la conducta:...¿ello implicaría –*contrario sensu*- que habrían razones normales para matar que merecen menor pena?

A fin de evitar reproches de carácter moral, de acuerdo a una postura novedosa, se invierte el planteo clásico de análisis de la relevancia de las motivaciones: ya no se trataría de que los motivos abyectos agraven o no un hecho determinado, sino que su presencia no atenúa (no justifica) aquél. Aquí si bien continuamos dentro del ámbito de la antijuridicidad, ingresaríamos al terreno de las causales de justificación, específicamente aproximándonos a las reglas de la legítima defensa.

Se ha afirmado que los motivos serían los que responden a la pregunta planteada en el penúltimo párrafo y la respuesta es que en este caso particular, el autor del delito de femicidio ha cometido el ilícito sin una razón atendible que logre atenuar el mismo (como una causal de justificación a la inversa)³¹. Por consiguiente y en rigor, lo relevante no sería la anormalidad de la razón para actuar, sino y por el contrario, lo determinante sería si el ilícito se encuentra atenuado o no y ello en definitiva va a depender de si la víctima resulta o no corresponsable por el hecho³².

³⁰ Respecto a esta última afirmación, *Vid.* Jakobs, G., 1997. La imputación objetiva en el derecho penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 17.) Debe efectuarse la salvedad que Jakobs define la culpabilidad en términos preventivos, pudiendo en tal sentido introducir los motivos en esta categoría dogmática.

³¹ De acuerdo a esta interpretación doctrinaria, la figura básica (art. 79 del C.P.) debería considerarse como atenuada y la figura agravada (art. 80) como básica.

³² Cf. Peralta, J. (2013). Homicidio por odio como delitos de sometimiento. *InDret – Revista para el análisis del Derecho* – N° 4/2013, p. 15 y ss.

La elaboración conceptual mencionada será desarrollada en el acápite IV, al evaluar la conclusión que se deduce a partir de la teoría que distingue el asesinato del homicidio por parte de Bernd Müssig: la motivación sería interpretada como una ausencia de reducción de la gravedad objetiva del hecho.

Tal enfoque necesariamente nos conducirá a efectuar una introspección desde una perspectiva víctimodogmática, a fin de verificar si las víctimas de femicidios tienen alguna responsabilidad en los hechos padecidos, puntualizando en el gran espectro de la problemática, en la relevancia de la provocación.

La provocación debe consistir en una ilicitud cometida contra el agresor y la diferencia con la agresión ilegítima que validaría el ejercicio de la legítima defensa, estaría dado por una diferencia temporal: en el primer caso, la víctima cesa en su comportamiento, es decir, no comete ninguna ilicitud contra el autor al momento de la reacción de este último. Tal provocación repercutiría negativamente en la víctima, perdiendo parte de la protección estatal, por haber generado responsablemente y mediante una conducta ilícita el hecho padecido, que a su vez, no implica un correlato de un derecho de dañar por parte del provocado debido a que no se habla en estos casos estrictamente de legítima defensa, pero de acuerdo a las reglas de la experiencia, el destinatario de la provocación suele reaccionar en forma agresiva. Únicamente le restaría al provocador las medidas de protección que surgen del estado de necesidad defensivo: eludir el conflicto y tolerar ciertas injerencias a sus derechos.

Desde la perspectiva del autor o provocado, si bien el mismo no tiene derecho a reaccionar, si lo hace, no debe responder como cualquier otro autor debido a que ha cometido un ilícito menos grave, en el sentido de haber participado responsable y parcialmente la víctima en el hecho finalmente padecido, debiendo el autor responder únicamente por su parte de la responsabilidad.

La tesis fue inicialmente desarrollada por MÜSSIG, quien en su obra *Mord und Totschlag*, concluyó que en todo homicidio simple existe alguna especie de provocación penalmente relevante y que es lo que lo diferencia del asesinato. Piénsese en los numerosos casos de agresiones en “escalada”, en donde se suceden varias agresiones recíprocas previas y en las que se logra visualizar una motivación comprensible, la cual repercutirá en una mayor o menor responsabilidad que a su vez, se considerará en la graduación penal respectiva³³.

³³ *Ibid.*

Dejando a un lado la categoría dogmática precedente, y advirtiendo que la doctrina mayoritaria considera que los motivos deben ser valorados desde el ámbito de la culpabilidad, nos adentraremos en este estrato jurídico y evaluaremos los diversos planteamientos efectuados en función del concepto de culpabilidad del que se parta.

De acuerdo a una clasificación tripartita, podría concebirse a la culpabilidad de tres maneras diversas: como culpabilidad de actitud interna, entendiéndola de manera preventiva o bien, como centro de imputación subjetiva del hecho³⁴.

De conformidad a una primera definición, el objeto de la culpabilidad estaría configurado por la actitud espiritual del autor en relación al hecho cometido. A mayor reprochabilidad exteriorizada por la actitud interna del agente, mayor culpabilidad (Schmidhauser). A semejanza de lo que ocurre con los elementos subjetivos del ilícito, la culpabilidad sería entendida también como algo subjetivo pero más vinculada con el sujeto individual. En este sentido, incidiría y se valoraría por consiguiente una motivación más reprochable.

Esta vertiente de opinión, sin embargo, plantearía un problema: las motivaciones internas podrían ser relevantes para la moral, pero no para un Derecho penal liberal, constituyendo una incongruencia rechazar previamente los motivos para el sí o no de la pena y luego incluirlas en el quantum de la misma.

En tal sentido, se ha afirmado que un hecho más grave es más reprochable porque es más lesivo y no porque es más culpable y en particular cuando se habla sobre la motivación sexista del autor de un ilícito, ésta debería tener relevancia penal sólo si su concurrencia implica una mayor lesividad. Por su parte, la culpabilidad se vincularía exclusivamente con la presencia de imputabilidad, conocimiento de la prohibición y exigibilidad³⁵.

Apartándose de la concepción precedente, tenemos autores como Esteban Righi(2016) que afirman que el móvil del autor hace más o menos reprochable su comportamiento, pero para evitar descalificaciones éticas, la valoración debe tener sustento en reglas de derecho positivo vinculadas al ámbito de protección de la norma³⁶. Lo dicho nos lleva a analizar una segunda definición de culpabilidad caracterizada de

³⁴ Clasificación expuesta por Peralta, J. en *Motivos Reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons, p. 175 y ss.

³⁵ Molina Fernández, F., *Desigualdades penales y violencia de género*, *Dialnet*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N°. 13, 2009, F., p.62.

³⁶ Patricia Ziffer, 2005. *Lineamientos de la determinación de la determinación de la pena*. Buenos Aires, Ad Hoc, p. 135, apud Esteban Righi, 2016. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p.688.

manera preventiva, en donde ésta debe ser determinada exclusivamente de acuerdo a los fines de la pena. De este modo, si se considera que un sujeto es más peligroso porque sus motivos indican mayor peligrosidad, se puede afirmar que es más culpable. (Jakobs).

No obstante, se ha criticado tal elaboración conceptual debido a que se transformaría la culpabilidad en una categoría bajo la cual se podrían introducir los motivos para fundamentar la pena, utilizando aquella como un “cajón de sastre”. Es decir, en dicho estrato se haría ingresar cualquier elemento subjetivo repudiado socialmente con el mero pretexto de presunta necesidad de pena³⁷.

Finalmente, se ha concebido a la culpabilidad como un centro de imputación subjetiva del hecho cuya función principal sería limitar el alcance de las necesidades preventivas. Bajo un concepto garantista de culpabilidad, ésta sólo puede cumplir una función negativa. En este sentido, los motivos sólo podrían atenuar o excluir la responsabilidad pero jamás agravarla. (Schunemann).

Definida la culpabilidad como reprochabilidad por la evitabilidad de la conducta (Schunemann - 2008), no parece haber espacio alguno para la valoración de los elementos especiales del ánimo de los que hablamos precedentemente.

En este orden de ideas, Mir. Puig afirma que se debe considerar la culpabilidad como esencialmente vinculada con la función motivadora de la norma y por consiguiente, se producirá una ausencia de la misma cuando el sujeto que ha cometido un hecho indeseable para el ordenamiento jurídico, no reúne determinadas condiciones psíquicas.

Por consiguiente, la necesidad o no de pena no constituye un parámetro de culpabilidad, sino que esta última reviste el carácter de límite normativo para la imposición de una pena. *Ad exemplum*, no sería justo penar a un inculpable aún en el hipotético supuesto de necesidad de pena³⁸.

En tal sentido y proyectando en concreto la elaboración teórica precedente al delito de femicidio, si consideramos que debe cuestionársele al autor la circunstancia de conocer la magnitud del injusto y a pesar de ello ejecutarlo, no motivándose en la norma, encontrándose en condiciones psíquicas normales, resulta dificultoso justificar

³⁷ Ibid., p. 189.

³⁸ Mir. Puig, S., *Id.*, p. 102 y ss. En este sentido, y de acuerdo al autor citado, desde el influjo del neokantismo –que reconoce la presencia de elementos subjetivos en el tipo sin los cuales no se podría realizar una valoración- y luego del finalismo –que traslada el dolo al tipo- se abandonan las teorías psicológicas de culpabilidad.

un reproche mayor a quien mató mediando violencia de género respecto a quien lo hizo a una persona lisa y llanamente. Además, surgiría la inquietud de que si tal afirmación bastaría para efectuar un reproche penal elevándolo a su más alto grado.

Por otra parte, si se considera que los elementos subjetivos presentes en el autor que trascienden al aspecto cognitivo no pueden de ningún modo justificar la admisión de la pena, ello conduciría a indagar si podrían ser relevantes para la mensuración del castigo.

Ya hemos visto que las razones que se invocan a fin de justificar que un hecho sea reprimido con mayor pena son de tres tipos: mayor lesividad, mayor reproche personal a su autor o por último, ciertas circunstancias ajenas al “sí o no de la pena”, es decir, independientes al desvalor del hecho, pero que condicionan su necesidad, ello dentro del ámbito de la punibilidad.

Respecto a esta última circunstancia, las opiniones no resultan uniformes, abundando las críticas a este respecto. Se ha afirmado que tales circunstancias podrían justificar la renuncia o atenuación de la pena con carácter excepcional pero no fundamentar una responsabilidad superior debido a las limitaciones impuestas por el principio constitucional de proporcionalidad en el que la pena no puede superar los confines máximos demarcados por la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del autor. Si se castiga más al hombre que mata a una mujer mediando un contexto de género, debería ser por otras razones³⁹.

No obstante ello, tal argumento ha sido rebatido indicando que tal aseveración implicaría atenuar una pena ya acorde a la culpabilidad, lo que a su vez supondría que la culpabilidad se pueda determinar de manera absoluta.

Por consiguiente, ¿cómo explicar que una cantidad determinada de culpabilidad del autor implica pena perpetua? Por otra parte: ¿Se puede tener en cuenta necesidades de prevención general o especial de manera estandarizada en una pena absoluta, sin considerar las particularidades de cada caso en concreto como expresiones de las individualidades propias de cada ser humano? Si bien, prima facie, puede considerarse liminarmente que un conjunto de casos reviste idénticas características, en esencia, cada uno tiene sus particularidades. Lo mismo puede decirse con respecto a los delincuentes: no son todos iguales.

En este sentido, Roxin ha afirmado: “(...) *lo que es «merecido» no es algo escrito con precisión en el firmamento de un concepto metafísico de la culpabilidad,*

³⁹ Molina Fernández, F., *Id.*, p.62.

que incluso con ayuda de un telescopio sería difícil de leer; sino el resultado de un proceso psicosociológico valorativo mudable, de una valoración de la comunidad que desde un principio no puede determinarse en relación con la magnitud penal de un modo exacto, sino que sólo posee realidad empírica en el ámbito de un cierto margen de libertad⁴⁰. No obstante, si partiéramos de la teoría del margen de libertad en la culpabilidad, nos enfrentaríamos con otro problema: si es posible que el juez imponga una pena superior al margen de libertad que le permitiría la culpabilidad cuando le parezca conveniente sancionar una motivación abyecta desde el punto de vista preventivo.

Aún en el hipotético caso en que se pudiera medir la culpabilidad exactamente, se pondría en juego la vigencia del principio de igualdad debido a que la diferencia de pena entre dos autores que cometen con diversas motivaciones un mismo hecho, ya no se basaría en este último sino en otra cosa. Por consiguiente, tener en cuenta esta diferencia aunque sea para atenuar la pena sería injusto⁴¹.

Parecería entonces que aún en el ámbito de la determinación de la pena, se debería seguir los lineamientos de la teoría del delito, graduando la pena en función de los elementos relevantes para su admisión (el“sí o no” de la misma). Para ello, se debería asignar al delito una escala penal que así lo permitiera.

Conforme lo dicho, si se asigna, como ocurre efectivamente, una pena no graduable –perpetua- al homicidio calificado por femicidio sólo porque de esta manera se obtiene un mayor efecto comunicativo en la sociedad, se afectaría el principio de culpabilidad e igualdad al no estimarse las diferencias valorativas existentes en cada caso particular.

Se infiere en función de lo expuesto que la pena perpetua presentaría problemas graves de legitimación. Si bien el ilícito objeto de investigación configura un hecho grave contra la vida, si se respeta la medida de la culpabilidad, debería evaluarse minuciosamente el monto de pena impuesto caso por caso a fin de justificar aquél frente al individuo que lo padece⁴².

En este orden de ideas y de acuerdo a las consideraciones de Zaffaroni, Alagia y Slokar, se ha afirmado que implicaría un plus de punitividad inaceptable prolongar un encierro por más de tres décadas y media (libertad condicional), agregando a ello las

⁴⁰ Roxin, Claus. 1981. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, p. 97.

⁴¹ Cf. *Loc. Cit.*, Peralta, J., Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena, p. 268.

⁴² Peralta, *Loc. Cit.*, J. *Motivos Reprochables*, p.291.

conocidas condiciones criminalizantes del sistema carcelario. Tal situación impediría que una persona condenada procure darle sentido a su vida (debiendo asumir el condenado que lo más probable es que muera en prisión) y en el caso particular del femicidio, que el autor trabaje psíquicamente las razones que lo llevaron a cometer un homicidio contra una mujer.

A su vez, los autores citados afirman que la pena perpetua resulta asimilable a un tormento psíquico, vulnerando tanto el artículo 18 de nuestra Carta Magna como el Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o y Degradantes- y más específicamente la ley penitenciaria, al tener en cuenta que cuanto más larga sea la duración de una pena, tanto más difícil será la reinserción. Asimismo, indican que lesionaría la intangibilidad de la persona humana en razón de que genera graves trastornos de personalidad, como toda pena privativa de libertad de larga duración, generando una *capitis diminutio* o muerte civil, al generar una categoría de ciudadanos estigmatizados de por vida⁴³.

Así vemos que dentro del ámbito de la punibilidad, se suscitan asimismo una serie de inconvenientes, los cuales si bien no pueden dejar de ser mencionados en el presente acápite, no serán desarrollados debido a la extensión y complejidad del problema, el cual ameritaría un trabajo aparte de investigación.

Como conclusión, y recapitulando la totalidad de lo exployado durante este acápite, resulta evidente que la incorporación normativa mencionada ha generado una enorme discusión desde múltiples perspectivas. El objetivo del presente trabajo consistirá en evaluar si es posible compatibilizar el cuestionamiento jurídico penal surgido a partir de las motivaciones del autor de femicidio con un derecho penal de acto, para poder determinar si tal solución resulta ser legítima, jurídicamente lógica, en función de los principios y las limitaciones propias de nuestro derecho positivo.

Se focalizará en el análisis de las condiciones subjetivas requeridas para la configuración del tipo y si tales elementos resultan verdaderamente relevantes para determinar la responsabilidad penal. En caso afirmativo, se examinará cómo repercuten las motivaciones del autor en cada estrato de la teoría del delito, analizando de este modo cada una de las premisas y consecuencias propias de los aportes efectuados desde la dogmática jurídica y proyectándolas al injusto investigado.

⁴³ Zaffaroni, E.-Alagia, A.-Slokar, A. 2006. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, p. 713.

En síntesis, en los próximos capítulos se procederá a efectuar un abordaje normativo de la expresión más extrema de la violencia de género desde diversas perspectivas variadas, unidas por un análisis progresivo efectuado a partir del elemento motivacional como hilo conductor lógico, a efectos de delimitarlo y determinar su incidencia en el ámbito de la responsabilidad penal. Todo ello, sorteando los obstáculos que se presenten, lo cual será validado a lo largo de un proceso de creciente enriquecimiento cognitivo.

CAPÍTULO II: FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.

Ya hemos visto que la reforma instaurada por la ley 29.791, como respuesta punitiva a la problemática de género en el Código Penal, ha suscitado no pocos interrogantes. Observamos, en términos generales, que se sanciona sensiblemente más ciertas conductas cuando son cometidas por hombres contra mujeres dentro de un determinado contexto, que si se cometieran en otras circunstancias o bien, invirtiendo sus respectivos papeles de agresor y víctima.

La figura no resulta simple. Por si no bastara la vaguedad de los términos de la ley, los Tribunales, en ocasiones, en lugar de disipar las oscuridades, precisando de modo uniforme una interpretación que permita la comprensión integral del fenómeno en estudio, se circunscriben a brindar una interpretación que se limita a citar definiciones proporcionadas desde el ámbito internacional de los Derechos Humanos sin explicitar suficientemente su adecuación a cada caso en particular, en apariencia movidos por un interés más político que estrictamente jurídico⁴⁴ de no arrojar ninguna sombra de duda sobre la ley 29.791.

La profundidad en el análisis que se requiere, se debe en principio a que no se trataría de efectuar interpretación aislada de la ley, sino sistemática, al encontrar derredor el frágil entramado de los derechos fundamentales.

Si bien resulta claro que se ha pretendido visibilizar la muerte de mujeres a través de la figura del femicidio, no es posible limitar exclusivamente la misma a una acción política⁴⁵ sin respetar los límites deontológicos que surgen de los principios mismos que cimentan nuestro ordenamiento jurídico penal.

Lo afirmado no obsta reconocer que las construcciones jurídicas deban guardar, a su vez, coherencia valorativa con el punto de partida político que se adopte, sin perder de vista que la agravante ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por el Estado Argentino como una clara medida de protección de la mujer víctima de violencia de

⁴⁴ La presente observación se realiza sin perjuicio de estimar la indiscutible necesidad de la reforma, la cual resultó ser prioritaria y merecedora de apoyo debido al laudable propósito perseguido con su sanción.

⁴⁵ Caracterización que deriva de la definición misma proporcionada por el observatorio de femicidios en Argentina: Adriana Maricel Zambrano, 2013, en el libro *Por Ellas... cinco años de informes de femicidios*. Buenos Aires: La casa del encuentro, p. 24: "El término femicidio es político, es la denuncia de la naturalización de la violencia sexista en nuestra sociedad".

género y a fin de establecer pautas claras para su prevención, sanción y eventual erradicación, ello en cumplimiento no sólo de las obligaciones contraídas internacionalmente sino como resultado de un compromiso con la comunidad.

A fin de cobrar sentido el análisis propuesto, debe surgir de modo claro el fundamento de la agravante, ya que el mismo constituirá el punto de partida orientador que facilitará la interpretación y alcance en el estudio del hipotético elemento motivacional presente en la figura. A partir de allí, se comenzará con otra solidez a analizar la naturaleza jurídica del especial elemento del ánimo, inquiriendo su repercusión desde la perspectiva de la teoría del delito.

Si pudiéramos efectuar un paralelismo, el fundamento de una institución jurídica sería a la evaluación de la legitimidad de los elementos que lo componen, lo que los cimientos son a una casa, sin los cuales no es posible ingresar en detalle de cada uno de sus ambientes en particular.

Inquirir como paso previo en el fundamento de una institución, enmarcado en un determinado ámbito político criminal, implica ingresar en un ámbito de importancia cardinal, que permitirá discernir, no sólo cuáles son los límites de la intervención punitiva, sino la razón de ser última del fenómeno que justifica tal intervención.

La razón de ser del inciso 11 del Artículo 80 del Código Penal no es otra que aquella que deriva en forma directa del modelo legislativo adoptado y que detallaremos en el próximo acápite. Este panorama inicial coadyuvará posteriormente a la comprensión del motivo general por el cual se procede a agravar la responsabilidad, ya que nos encontramos frente a un sujeto pasivo que no sólo estaría categorizado por su mera condición biológica, sino que integraría un determinado colectivo social.

Por otra parte, cuando se advierte que la pertenencia de la víctima al grupo mencionado es en parte motivo de la agresión, es posible obtener un mayor discernimiento respecto a los lineamientos que definirían este especial elemento del ánimo como asimismo, ponderar el peso concreto de este factor en lo que a la responsabilidad penal atañe.

Si partimos de la concepción de un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos que basa su amparo en la importancia del bien y en el grado de probabilidad de afectación, parte de la gravedad del fenómeno en estudio parece que se encontraría justificada por la lesión irreversible ocasionada a diversos bienes jurídicos considerados mayormente relevantes por nuestra sociedad y reconocidos constitucionalmente. En otras palabras, no sólo se protege el bien jurídico vida, sino la

vida de la mujer situada en un contexto de desigualdad y desprotección (sustrato material en que reposa el bien jurídico⁴⁶).

Es decir, a través del sometimiento que se visualiza en el femicidio, el sujeto activo eliminaría derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer⁴⁷.

No obstante, frente a lo expuesto se advertiría el desprendimiento de una serie de obstáculos. A pesar de los ribetes particulares que trasunta el tipo en estudio, sería dable afirmar que los bienes jurídicos mencionados se encontrarían asimismo vulnerados por otras modalidades de agresiones graves, previstas normativamente.

A su vez, al citarse cuestionablemente en el ámbito penal el derecho a la igualdad como fundamento de la institución jurídica analizada, se percibe el contraste entre el principal eje que sostendría la línea de actuación social y política – la lucha contra la discriminación por razón del sexo, a fin de lograr un reconocimiento efectivo de la igualdad de géneros y evitar las secuelas violentas de la desigualdad– y su repercusión en relación a quienes no integren tal colectivo social: lo que a primera vista implicaría un trato objetivamente desigual.

“Como autores de delitos, hombres y mujeres podemos ser igualmente responsables de nuestros actos porque, también de manera igual, podemos ser crueles, violentos, codiciosos y en general insensibles a los derechos ajenos, y cómo víctimas, todos, mujeres y hombres, tenemos la misma dignidad y sufrimos cuando nos hieren, nos ofenden o violentan nuestra intimidad”⁴⁸.

Una institución no puede revestir suficiente fundamento si no salvaguarda valores considerados supremos por nuestro ordenamiento. Si afirmamos que el modelo adoptado es inobjetable constitucionalmente, resultando adecuado a nuestro Estado de Derecho, nos encontraríamos dentro de los límites de lo admisible. Sería a partir de ese

⁴⁶ Mir. Puig, *op.cit.*, p. 171.

⁴⁷ A pesar de que consideramos que la sociedad - guiada por diversas razones, ya sean de naturaleza trascendental o bien, positivista - es la que determina cuáles deben ser considerados bienes jurídicos dignos de protección, hay ciertas directrices comunes en todo Derecho Penal que su vez legitiman las particularidades de cada cultura.

En este sentido: BORJA JIMÉNEZ (2012). *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 181-182: “la estructura del delito [...] en gran parte de esta Europa continental hay consenso en entender que viene constituida por las características de la acción humana de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; mientras que en Francia se define en torno a los elementos legal, material y moral o en Inglaterra en los componentes del *actus reus* y *mens rea*. Sin embargo, conforme va profundizándose en aspectos menos técnico-dogmáticos y más filosóficos o constitucionales, aparecen fundamentos más generales [comunes], como la dignidad humana, la seguridad jurídica, los principios de lesividad, de culpabilidad, *non bis in idem*, humanidad de las penas u otros de carácter procesal, como los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa”.

⁴⁸ Molina Fernández, F., *Ib.* p 58.

momento en que estaríamos habilitados para evaluar su razón de ser y posteriormente adentrarnos en nuestro análisis.

De acuerdo a este enfoque, y de modo previo a desarrollar el objeto central del presente trabajo, efectuaremos una breve mención a ciertos principios constitucionales y filosóficos inherentes a nuestro Estado Democrático de Derecho. Observaremos que la conformación de nuestro Estado es liberal y social, no resultando posible encontrar un fundamento que se aparte completamente de nociones preventivas.

En otras palabras, y ya aproximándonos lentamente a la hipótesis del presente trabajo, las nociones preliminares que expondremos a continuación coadyuvarán a discernir en un estadio posterior el mayor desvalor que se reprocha. Veremos que a tal fin, no alcanzan las argumentaciones de carácter deontológico, desplazando de este modo toda significación social de un ilícito cometido como algo comunicativamente relevante.

En razón de lo expuesto, desarrollaremos en el siguiente acápite la correlación existente entre femicidio y prevención, evaluando la forma y el contexto en el que se introdujo esta circunstancia agravante en nuestro ordenamiento.

1. Respuesta punitiva a la problemática de género.

Como se mencionó en el apartado anterior, si bien resulta fundamental abordar la presente temática, no es nuestra intención realizar aquí un análisis con exhaustiva profundidad debido a que ello escaparía en exceso los fines del presente trabajo. Es por ello que se mencionarán algunos conceptos o se efectuarán apreciaciones que serán debidamente analizadas y desarrolladas en posteriores Capítulos.

A partir del discernimiento de un suficiente fundamento para esta institución jurídica, se podrá sostener la coherencia de esta política criminal. No obstante, el hecho de que revista “una determinada razón de ser”, no supone que el plus de agravación se deba valorar en una u otra categoría dogmática. Como se dijo previamente en el capítulo

I, lo que logrará el fundamento es facilitar la interpretación del ulterior desarrollo que se realice.

La pregunta que formularemos y, que a su vez, se intentará responder en el presente acápite, no consistirá en indagar los motivos por los cuales se castiga, sino si es justo que en un Estado Liberal y Democrático exista una institución jurídica como la prevista en el inciso 11 del artículo 80 del C.P.

Luego del punto de partida mencionado, y a lo largo del trabajo, se examinará en concreto si el cuestionamiento normativo contenido en la agravante estudiada comprende alguna motivación abyecta por parte del sujeto activo, y en caso afirmativo, en qué categoría de la teoría del delito repercutiría.

Efectuada esta breve introducción, comenzamos el análisis.

Cuando la reforma 29.791 irrumpió en nuestro ordenamiento, se produjo en un momento de genérica preocupación ante los delitos de género. Si bien los mismos integraban una problemática de larga data, comenzaban a conceptualizarse y perfilarse como un nuevo problema a nivel social.

La sanción de la normativa mencionada no resultó antojadiza, sino producto de una multiplicidad de factores que confluyeron en receptar normativamente la perspectiva de género.

Por una parte, desde aquella época ya venía cuestionándose la creencia cultural de que los asesinatos de mujeres en manos de hombres, sobre todo si se producían en el marco de una relación sentimental, se encontraban motivados por la “ira pasional o sentimental” de hombres cegados por un arrebato de celos, tal como lo planteaban numerosos medios de comunicación en su sección de policiales⁴⁹. Dicha situación conllevaba implícitamente a justificar el accionar del autor, y en ocasiones a cuestionar la conducta asumida por la víctima.

La falta de perspectiva de género, a su vez, se visualizaba desde el inicio policial de las investigaciones, lo que terminaba repercutiendo en el resultado final de los procesos. “(...) Un ejemplo claro de esto se da en aquellos casos donde las mujeres fueron incineradas, ya que al presentarse personal policial en el lugar, inician las actuaciones calificando el hecho como un mero accidente, cuando lo cierto es que existió un hombre que intencionalmente arrojó un elemento inflamable hacia la mujer y luego inició el fuego que terminó con su vida luego de horas o días de agonía. Ello no

⁴⁹ Cf. Observatorio de femicidios en Argentina: Adriana Maricel Zambrano, 2013. *Por Ellas...cinco años de informes de femicidios*. Buenos Aires: La casa del encuentro, p. 41.

sólo dificulta la investigación de lo ocurrido y la obtención de pruebas, sino también la identificación y posterior imputación a ese hombre autor del Femicidio (...) ⁵⁰.

Desde el ámbito de la justicia, tales prejuicios o estereotipos de género encontraban su lugar, al subestimarse la magnitud de este tipo de hechos por parte de los operadores del derecho, aplicando automáticamente ⁵¹ penas desproporcionalmente inferiores a la magnitud de esta clase de hechos violentos mediante la invocación de institutos previstos en la legislación tales como circunstancias extraordinarias de atenuación, la emoción violenta o la preterintencionalidad.

Se aplicaba tales figuras aún en los supuestos de mediar previamente violencia sistemática del autor contra la mujer, comprendiendo implícitamente que el autor tuvo motivos para continuar agredirla, sin tener presente que tal hecho resultaba ser un eslabón más dentro de las agresiones previas padecidas.

Por aquel entonces, los casos mediáticos propagados por los medios de comunicación ⁵² no hacían sino incrementar la preocupación, lo que desató varias manifestaciones en nuestro país. Aumentaba la atención hacia lo que se iba perfilando como una grave problemática con un contenido cultural de intensidad, en el que de algún modo u otro se naturalizaba la violencia ejercida por el hombre hacia la mujer, como hechos cuyo sustento era la discriminación ⁵³ y la construcción de relaciones de subordinación.

⁵⁰ *Ibid*, p. 30.

⁵¹ Sin evaluar pormenorizadamente si existió o no una alteración en el equilibrio psíquico del acusado o bien, si el hecho fue un episodio más dentro de un contexto de violencia doméstica.

⁵² *V.gr.* A partir del femicidio de Wanda Taddei (2010), entre otros, se puso de relieve la gravedad de este tipo de ilícitos en la Argentina, así como la implicancia negativa de aplicar figuras jurídicas atenuantes sin restricción alguna. En este caso particular, la víctima fue asesinada por su pareja – bajo una modalidad de violencia de género incendiaria- siendo este último condenado por homicidio agravado por el vínculo, atenuado por su comisión en estado de emoción violenta, para luego modificarse la calificación inicial por la prevista en el artículo 80 del C.P., descartándose la aplicación del art. 81 inc. a del C.P.

⁵³ CIDH en sentencia del 16 de noviembre de 2009, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, p.40: “(...) Distintos informes coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer. Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de la violencia a la que fue sometida. El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez “tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres”. A su vez, el CEDAW resalta que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género (...)”.

Fue así como lentamente se fue advirtiendo, sobre todo en lo referido a la violencia ejercida en un contexto doméstico, que en una gran cantidad de casos, habían ciertos elementos comunes, caracterizados por un sentido de posesión: “*o sos mía o no sos de nadie*”⁵⁴”.

Sin embargo, estas ideas de posesión y cosificación no resultaban privativas del ámbito mencionado. Por el contrario, en los femicidios perpetrados mediante agresiones sexuales se lograba visualizar que el sujeto activo empleaba violencia como medio para someter a la niña o a la mujer. Si bien, prima facie, podría haberse pensado en una motivación meramente sexual, en el trasfondo no resultaba más que un placer relacionado con el poder y la dominación⁵⁵.

En definitiva, parecía que en los femicidios el varón mataba a la mujer, a la cual consideraba como un ser humano no equiparable a su dignidad⁵⁶.

Este conocimiento cada vez más extendido de la problemática, que venía siendo abordado a través de las legislaciones internacionales⁵⁷, impactó en el Estado Argentino, el cual no sólo debía adecuar su normativa a tales instrumentos a fin de cumplir con los compromisos contraídos, sino que poco a poco fue reconociendo, a partir de la preocupación imperante en aquella época, que la muerte de una mujer por el simple hecho de serlo debía constituir una figura específica diferente a la del homicidio simple, asignándole una pena equivalente a otros delitos considerados igualmente graves.

Finalmente, y luego de varios años de visibilización de este tipo de ilícitos, no sólo a través de medios masivos de comunicación, sino por intermedio de normativas emitidas por organismos internacionales de Derechos Humanos, como de diversas acciones emprendidas por asociaciones civiles, en el año 2012, se sancionó la Ley 26.791 que incorporó al Código Penal el femicidio como figura agravante del delito de homicidio simple.

La previsión normativa del femicidio era un modo de contemplar esta forma particularizada de violencia, al entender a la mujer como única destinataria pasible de

⁵⁴ Como expresión de poder de un hombre sobre una mujer en condiciones de sometimiento. *V.gr.* Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 de la Capital Federal. en autos: “Casaballe Colacho, Eduardo s/homicidio doblemente agravado por el vínculo por haber mediado violencia de género”.

⁵⁵ Por Ellas...cinco años de informes de femicidios. *Op. Cit.*, p. 46.

⁵⁶ Etimológicamente, la palabra dignidad proviene del latín dignitas, y ésta de dignus: digno de respeto. Al estimarla como objeto de su pertenencia, puede hacer con ella y con su cuerpo lo que desea.

⁵⁷ América Latina no se encontraba ajena a esta tendencia mundial, al constituir uno de los lugares con mayores índices de muerte violenta de mujeres por razón de género, iniciándose un proceso de tipificación en los Códigos Penales a partir del año 2007.

aquella, y a su vez, de distinguir este tipo penal de aquellos homicidios en los que no media un concepto de “posesión” o bien, de modo más amplio, de “dominación”.

Si bien la creación de una figura delictiva específica destinada a tutelar a las mujeres no era novedad⁵⁸, en esta ocasión se produjo un cambio de perspectiva que logró que la mujer se posicionara de otro modo. Al comprender los ribetes particulares de este tipo de ilícitos, la norma debía destinarse a tutelar de modo específico a la mujer, la cual ocupó el foco central de atención en el análisis en la configuración misma del tipo penal.

Por otra parte, ya desde el debate parlamentario, se perfilaba este concepto de dominación o sometimiento como reflejo de un preconceito por parte del sujeto activo, conformado por la idea de inferioridad de la mujer, lo que conllevaba a esta última a encontrarse, en los hechos, en una posición subordinada, a partir de la cual el agente consideraba plausible perpetrar el hecho⁵⁹.

En otras palabras, desde hace tiempo y sobre todo, a partir de aquella discusión legislativa, se advertía que las motivaciones del autor constituían un aspecto de ineludible tratamiento: “(...) Pensamos que “femicidio” es la palabra que mejor describe los asesinatos de mujeres por parte de los hombres, motivados por el desprecio, el odio, el placer o el sentido de propiedad sobre ellas (...) el femicidio debe diferenciarse claramente de los homicidios en los que son víctimas las mujeres. El femicidio implica la muerte de la mujer por su condición de tal, mientras que en los homicidios el género de la víctima resulta indiferente (...) porque tiene como objetivo develar el sustrato sexista o misógino que tienen ciertos crímenes contra las mujeres, y que permanece oculto cuando se hace referencia a ellos a través del androcentrismo de figuras aparentemente neutras como el homicidio (...) y consideramos que sí, porque acá tiene un componente más que es esta discriminación, esta condición de

⁵⁸ Recuérdese el cambio de denominación del título “delitos contra la honestidad” por el actual, “delitos contra la integridad sexual”, introducido por la ley 25.087. En el caso específico del delito de estupro, si bien actualmente el artículo se refiere al aprovechamiento de la inmadurez sexual, en épocas anteriores se habló de virginidad y ulteriormente de honestidad de la mujer.

No obstante, de acuerdo al sistema de valores imperante en aquella época, la razón explícita de la tutela específica de las mujeres era contraria a la actualidad: se derivaban consecuencias de intenso contenido moral de diferencias biológicas entre ambos sexos, lo cual atentaba contra la dignidad humana de la mujer, manteniéndola en una posición de subordinación.

⁵⁹ Si el autor estimara que la víctima se encuentra en su misma situación, evidentemente no se produciría un contexto de dominación que facilitaría la perpetración del hecho. Es precisamente este ámbito de sometimiento el que implica que una de las partes “de la relación” se encuentra en desventaja, por el motivo que sea, con respecto a la otra.

subordinación a la que se encuentra sometida la mujer que es producto del femicidio (...)⁶⁰.

Sin ánimo de adelantarnos en el análisis del significado y alcance del elemento motivacional, temática que se abordará con detenimiento en el próximo capítulo, a continuación dejaremos asentadas las bases sobre las cuales se va a edificar la elaboración conceptual precitada.

4. Prevención y femicidio.

Desde el título mismo del presente trabajo dejamos plasmada la perspectiva sobre la cual se va a asentar el análisis de la figura en cuestión: partiremos del concepto de un Estado democrático de Derecho, teniéndolo presente como principio rector en las consiguientes proyecciones jurídicas que realicemos.

Esto implica que previo a efectuar acotaciones sobre la teoría de la pena y del delito en un contexto limitado no sólo por el ilícito investigado sino por el específico elemento motivacional examinado, se deben flexibilizar aquellos conceptos.

En otras palabras, la noción misma de pena y de delito se encuentra condicionada por la concepción del Estado que se adopte. No es posible desconocer la vinculación existente entre aquellas y la función del Estado, a fin de que las posteriores construcciones que se realicen, guarden coherencia sistemática con su punto de partida⁶¹.

⁶⁰ Afirmaciones vertidas por los diputados Albrieu, Milman y Higonet, en el marco del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.791.

⁶¹ Cf. Mir Puig, S., 1982. *Función De La Pena Y Teoría Del Delito En El Estado Social Y Democrático De Derecho*. Barcelona: Bosch, pp.12-13, 16: “Lo fundamental me parece la relativización de la teoría de la pena y de la teoría del delito, al sustraerles su pretensión de validez objetiva y condicionarlas a la premisa valorativa de un modelo de Estado determinado. Ello no significa que la ciencia jurídica pueda exigir la aceptación de ningún modelo político, pero sí la coherencia valorativa de sus construcciones con el punto de partida político de que se parte” (...)”No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte General del Derecho penal” (...).

En este sentido, decidimos partir de un Estado social y democrático de Derecho. Si bien nuestra Constitución, a diferencia de la Española o de la Alemana en su artículo 20, no menciona literalmente un Estado en tales términos, el mismo constituye una derivación lógica de las premisas detalladas en el artículo 1 de nuestra Carta Magna, que indica las formas que debe asumir el gobierno de la Nación Argentina: representativa, republicana y federal, características fundamentales que no puede revestir si no es a través de un Estado democrático⁶², el cual constituye la síntesis de un modelo social y liberal⁶³.

Como indica Santiago Mir Puig, el Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir, entre otras, mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. En cambio, el Estado social, supone el intento de derrumbar las barreras que separan a este último de la sociedad.⁶⁴

Como síntesis de la relación dialéctica entre estas dos modalidades de Estado enunciadas, surge el Estado democrático, construido a partir del consenso social, el cual, si bien debe garantizar un mínimo de seguridad jurídica a todos los ciudadanos a fin de evitar las arbitrariedades cometidas desde el poder, consagrando determinados principios que le son inherentes a su constitución (*ad. ex*: principio de igualdad, división de poderes, entre otros) no puede aislarse en términos absolutos de la sociedad, porque de este modo no alcanzaría el propósito de lograr el pleno desarrollo integral de sus ciudadanos.

Es en este momento en el que aparece el Estado Social, el cual en un marco democrático disuelve con equilibrio aquellas barreras que separan al Estado de la sociedad, proporcionando herramientas y/o medios que permiten lograr un desarrollo integral a todos sus ciudadanos, como mecanismo de intervención estatal tendiente a pulir los desajustes provocados por el Estado liberal.

Cuando hablamos de Estado democrático como producto de un Estado social y liberal, entendemos estos últimos como las dos caras de la misma moneda. Hablamos

⁶² Incluso la forma de Estado democrática no ha sido empleada en forma expresa en nuestra Carta Magna. Tal palabra fue plasmada recién en la reforma constitucional de 1957 al calificar la organización sindical en el artículo 14 bis. y posteriormente, después de la reforma de 1994, se la menciona como calificativo del sistema y de los valores. *Vid.* Bidart Campos, Germán J., 2013. *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires: Ediar, p. 432.

⁶³ Partimos de un modelo constitucional originalmente liberal, el cual, mediante diversas intervenciones posteriores (*v. gr.* reforma de 1957, incorporación del artículo 14 bis.) fue adquiriendo ciertos ribetes sociales.

⁶⁴ *Id.*, pp. 20-21.

de un Estado democrático como equilibrio necesario, sobre todo en la materia que nos compete; como un péndulo que constantemente debe balancearse entre dos extremos a fin de lograr el justo medio, jamás perdiendo de vista que su propósito primordial es servir a los integrantes de la sociedad, cualquiera sea la configuración específica que en definitiva asuma.

Particularmente en el ámbito de lo penal, se requiere un Estado que, si bien intervenga activamente en la vida de sus ciudadanos a fin de brindar mayor protección y en lo posible evite la propagación de la criminalidad en aumento, respete las limitaciones proporcionadas desde una perspectiva liberal, tendientes a evitar los excesos en el ejercicio del poder punitivo, sobre todo en aquellas ocasiones en las que se preocupa más por su eficacia que por servir en definitiva a los ciudadanos.

Ahora bien, en función de lo expuesto, el hecho de partir de un Estado como el descrito no permite afirmar que, en el ámbito penal, sus funciones consistan exclusivamente en impartir justicia de modo proporcional a la magnitud del ilícito cometido -conforme al sistema de valores adoptado en un determinado segmento témporo espacial- o bien, que tengan como único objetivo prevenir delitos.

Desde el ámbito del Derecho Criminal, debe velarse porque los hechos reciban la debida sanción penal, acorde a su gravedad y la mayor o menor proximidad de lesión del bien jurídico de que se trate (e incluso de acuerdo al grado de afectación una vez que la lesión se produjo). Sin embargo, lo afirmado no implica desconocer la función que, a su vez, reviste de protección de determinados bienes jurídicos, mediante la previsión legal de determinadas conductas, a las cuales se les asigna una pena, utilizada como instrumento a tales fines por parte del Estado.

Las funciones de prevención derivan de diversos artículos contenidos en nuestra Carta Magna. En este sentido, y en primer lugar, visualizamos a través de su articulado el fin resocializador de las penas, consagrado en forma explícita a través de la regulación del cumplimiento de las penas privativas de libertad, e implícitamente en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional: “(...)las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos”.

El concepto fue previsto en forma expresa mediante Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los cuales, a partir de la Reforma Constitucional del año 1994, fueron incorporados al Art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, integrando el bloque de constitucionalidad. (v. gr. 5.6 CADH)

El andamiaje constitucional y supralegal constituye un fundamento político y jurídico válido para que el Estado, a través de sus diversos órganos, intervenga activamente en los vínculos comunicacionales producidos entre los ciudadanos, no sólo mediante la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120 C.N), sino a través del compromiso de suministrar los medios adecuados para efectivizar la resocialización del delincuente. Es decir, el Estado no puede desatender las minorías, debiendo garantizar el reconocimiento y respeto por la dignidad humana esencial de todos los individuos sin distinción.

Partiendo de tales presupuestos, los cuales fueron abordados tangencialmente, y regresando nuevamente a la temática abordada, resulta claro que el Estado Argentino, como Estado social y democrático de Derecho, ha estipulado medidas claras de protección hacia la mujer, víctima de violencia de género. Pero como veremos a continuación, ello ha generado ciertas dificultades durante el trayecto emprendido a fin de discernir el equilibrio ideal propuesto en la materia que nos compete.

Tal como hemos mencionamos anteriormente, se pretende evaluar en este capítulo si es justo que en un Estado como el nuestro exista una institución jurídica como la mencionada.

Pero el concepto mismo de lo que se entiende por justo varía según se adopte una perspectiva utilitarista o deontológica. En el primer caso, el fundamento será justo en la medida en que produzca efectos preventivos (ad exemplum: disminución de tales crímenes) y en el último caso, juega un rol preponderante la mayor dañosidad de la conducta emprendida (dentro de este ámbito deberá indagarse en dónde radica la mayor o menor gravedad de la acción realizada como otros aspectos – *ad. ex.*- la mayor o menor reprochabilidad derivada de la abyección del motivo del autor).

Hasta el presente punto de desarrollo del trabajo, hemos visto que las argumentaciones de carácter preventivo no son las únicas que permiten obtener un fundamento. No es posible dejar de mencionar, desde una perspectiva deontológica⁶⁵, la necesidad de apelar a los principios de proporcionalidad y lesividad.

Es decir, más allá de la mayor o menor conveniencia social de reprimir este tipo de ilícitos, teniendo en miras los efectos de la pena prevista, esta última debe ser justa,

⁶⁵ El adjetivo deontológico será utilizado no como sinónimo de retribucionismo, sino en sentido amplio, abarcando todo argumento ajeno a criterios utilitaristas.

proporcional y acorde a la culpabilidad por el hecho cometido, principio último que todo Estado liberal debe respetar.

Si nos atenemos a una perspectiva utilitarista en sentido puro, nos encontraríamos con el dilema de determinar los límites del castigo, en el sentido de que la mayor o menor necesidad de pena no evitaría sancionar un hecho de modo totalmente desproporcionado. Asimismo, sabiendo que tal aplicación podría tener alguna utilidad, se podrían aplicar penas de modo generalizado e injusto a quien no lo merece.

En este sentido, y ya adentrados en el ilícito que nos ocupa, podría estimarse, prima facie, que la ley 29.741 reviste la apariencia de ser la mera expresión de un Derecho Penal Simbólico. Pero como veremos, la ley no se ha reducido a tal función, y mucho menos, en un sentido amplio y más abarcativo, a la expresión de un Derecho Penal “del enemigo”.

No obstante, priorizar los efectos instrumentales por sobre los simbólicos que en ocasiones revisten las normativas penales no implica desestimar la apreciación de estos últimos. En este sentido, se advierte un claro efecto comunicativo de reconocimiento y protección hacia quienes integren el colectivo de mujeres, configurando, a su vez, un mensaje dirigido hacia al autor y potenciales autores de este ilícito particular.

Fue precisamente esta normativa la que permitió visibilizar la gravedad del problema⁶⁶ y sus causas más profundas, provocando a su vez giro sustancial en la actitud de los operadores jurídicos. Resulta manifiesto que se pretendió transmitir a la sociedad que se debe actuar con rigor ante la violencia de género, cumpliendo de este modo una función de prevención general.

Sin duda hay un antes y un después en lo que al reconocimiento del problema se refiere. A pesar de ello, la ley no puede reducirse a cumplir únicamente tal función.

Por una parte, no puede desconocerse que son estos mismos efectos simbólicos que integran la motivación del legislador y son alcanzados posteriormente a partir de la sanción de la norma, los que terminan desembocando en procesos penales reales con incidencia inmediata en estadísticas de persecución criminal⁶⁷.

⁶⁶ Vid. Laurenzo Copello, P. (2015) ¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres? *Dialnet*. ISSN 1137-7550, N° 35, p.52: “(...) Más allá del debate que desde hace años suscitan las diversas manifestaciones del Derecho penal simbólico y los siempre escurridizos límites de su legitimidad, parece indiscutible que hoy en día las normas penales poseen un fuerte efecto comunicativo con potencia suficiente para configurar y consolidar valores sociales. Y si hay un ámbito donde se ha demostrado con rotundidad este potencial es precisamente en el de la violencia de género”.

⁶⁷ *Ibid.*, p 84.

Por otra parte, los efectos meramente simbólicos del Derecho Penal no bastan para justificar la incorporación de la figura, no solo porque tal objetivo puede alcanzarse a través de diversas medidas ajenas al ámbito del Derecho Penal, sino porque en definitiva, se cosifica al ser humano, instrumentándolo con el objeto de transmitir un determinado mensaje a la sociedad⁶⁸.

Los propios poderes públicos encontrarían en esta vía una buena coartada para eludir su responsabilidad de adoptar medidas multidisciplinarias e integrales que coadyuven a una disminución de este tipo de ilícitos. Nadie desconoce que al Estado le resulta más sencillo y cómodo únicamente ampliar el catálogo de delitos recogidos en el Código Penal.

A su vez, si se reducen los fines del Derecho Penal (y más aún en materia de género) a un aspecto meramente simbólico, se enaltece la idea de que sólo las conductas tipificadas como delito merecen reprobación social, o bien, que aquellas que no estén reprimidas penalmente resultan socialmente toleradas.

En este sentido, se ha afirmado que el único mérito de aquellas legislaciones que prevén la problemática de género, es que las mismas han servido para realizar una valoración negativa de cualquier clase de violencia y han sido eficaces para lograr la deseada sensibilización de las instituciones implicadas en la persecución de estas conductas⁶⁹.

Si fuese del modo expuesto, el Derecho Penal únicamente se reduciría a una función simbólica en la medida en que no se reduzcan exponencialmente los casos de violencia como consecuencia de la legislación instaurada y dejaría de tener tal carácter en el momento en que la ley produjese un efecto real preventivo.

Es decir, tal limitación significaría que si no se corrobora este último requisito, no podría legitimarse la intervención del Derecho Penal aun considerando, por determinadas circunstancias, que la gravedad de un hecho delictivo así lo justifique⁷⁰.

⁶⁸ ZAFFARONI, E. R., 2000. *El discurso feminista y el poder punitivo*, en BIRGIN, H.; (Comp.) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*. Buenos Aires: Biblos, p. 35: "(...) Pero incluso así, en ningún caso se puede pensar en sancionar leyes penales por el mero efecto simbólico, porque eso importará siempre una inmoralidad: la mediatización de un ser humano, su degradación a luz roja de semáforo social, su empleo como una cosa, el desconocimiento de su dignidad de persona y, por ende, de fin en sí mismo (...).

⁶⁹ Cfr. Corcoy Bidasolo, M., Mir. Puig, S., 2010. *Política Criminal y reforma penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, p.311.

⁷⁰ Cfr. Laurenzo Copello, P. (2015) ¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres? *Dialnet*. ISSN 1137-7550, N° 35, p.9: "(...) ninguna norma penal puede considerarse adecuada en términos de legitimidad si no consigue controlar de un modo significativo las conductas que prohíbe (...).

Uno de los problemas consiste en saber cómo medir esa necesaria eficacia preventiva. En definitiva, se trataría de datos sociales que demandan una verificación que únicamente podría realizarse de modo posterior a su incorporación legislativa.

Luego de haber transcurrido varios años a contar desde la incorporación de la reforma de ley, advirtiendo que los índices de femicidios no han disminuido, únicamente podríamos afirmar que tales datos permitirían extraer la conclusión de que la violencia contra las mujeres se ha judicializado de modo intenso⁷¹, no reflejándose la eficacia real de las figuras de género específicas en términos de reducción de delitos.

A pesar de que la norma no puede reducirse a ser una mera promesa vacía⁷², el hecho de que los femicidios no disminuyan a pesar de las modificaciones legislativas y la respectiva sensibilización de los órganos encargados de administrar justicia, demuestra que se trata de un problema sociológico que la ley no puede evitar a pesar de sus loables intenciones.

Lo expresado no implica que no resulte necesaria y legítima la intervención del Derecho Penal. Simplemente no es suficiente, ni puede serlo⁷³.

El Derecho Penal debe velar porque los hechos de violencia de género reciban la debida sanción penal, independientemente de que se corrobore posteriormente una efectiva disminución de casos⁷⁴. Es en este orden de ideas que se afirma que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser⁷⁵.

⁷¹ Si bien en los últimos años no ha habido una disminución de femicidios, observamos el dictado de una multiplicidad de condenas que implican un aumento en la entrada a prisión de quienes, en otra época, probablemente habrían sido catalogados como autores de homicidios pasionales, sancionados con una pena igual o inferior a tres años.

⁷² Günter Jakobs, Manuel Cancio Meliá (2007). *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 28: "(...) Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto a individuos necesitados"(...).

⁷³ Corcoy Bidasolo, *Op. Cit.*, p.301.

⁷⁴ "En definitiva, aún cuando dicen que no está probado que la tipificación del femicidio sea una herramienta efectiva para reducir el número de homicidios provocado por la violencia contra las mujeres, también es cierto que ninguna tipificación de ningún delito es garantía para que no se cometan delitos. Hemos tenido a lo largo de la historia del Congreso muchas discusiones sobre aumentos de penas y demás y sabemos que eso solo no garantiza que los delitos no se cometan sino que esto tiene que ver con que se determinen políticas en el Poder Legislativo –con leyes que apunten en ese sentido–, con que se fijen políticas de Estado y con que el Poder Judicial juegue el rol que le corresponde". Opinión vertida por el senador Guastavino en el marco de la discusión parlamentaria que precedió a la sanción de la ley 26.791.

⁷⁵ Piénsese en cualquier supuesto contemplado en el Código Penal – *ad. ex.* el art. 167. Podríamos pensar de que la circunstancia de que no hayan disminuido, sino por el contrario, hayan aumentado los robos calificados en Argentina, tornen ilegítima la previsión normativa que agrava la figura del art. 164 porque la norma no cumpliría su función preventiva, limitada exclusivamente, de acuerdo a los términos expuestos, a lograr una atenuación de la actividad delictiva.

Es posible concluir de lo argumentado hasta el momento que el fundamento de esta institución no puede desligarse de criterios deontológicos⁷⁶ que permita dilucidar la mayor gravedad de la conducta emprendida por el autor. Si se pretende prevenir el daño ocasionado al cometerse un femicidio - prevención - es porque previamente se ha considerado dañino tal efecto -retribución⁷⁷.

Partiendo del principio de fragmentariedad y último ratio, el Derecho Penal debe atender, más que a la posición de sometimiento que genera la violencia de género, a los efectos de aquella porque sólo cuando sean graves y sea difícil de prevenir a través de otros medios, se habrá dado la base para su legítima intervención⁷⁸.

En este sentido, el Derecho Penal debe reservarse específicamente para actuar en aquellos casos de mayor dañosidad social (a diferencia del Derecho Constitucional) y es por ello que no es posible soslayar la importancia, en materia de género, de la mayor o menor proximidad de peligro y la gravedad derivada del hecho sancionado, como parámetros que justifican la previsión legal.

A fin de recapitular, y como vimos anteriormente, la reforma incorporada mediante la ley 29.741 no se reduce a una mera manifestación de un Derecho Penal simbólico. A su vez, afirmamos que tampoco constituye una derivación de lo que se denomina como “Derecho penal del enemigo”. Esta última expresión haría referencia de modo abarcativo al abuso en el empleo de no sólo un Derecho Penal simbólico, sino de un exacerbado punitivismo, como características propias de una expansión postmoderna del Derecho Penal en las sociedades democráticas.

Por consiguiente, ya no habría que dilucidar sólo si la norma del inc. 11 del C.P. se encuentra debidamente fundamentada, sino todo un modelo que aparecería como de “represión hacia el hombre”.

⁷⁶ Podría sostenerse un fundamento mixto que habilitaría hacer uso del principio de culpabilidad como medio para limitar la intervención punitiva del Estado cuando supere las barreras del Estado de Derecho. Cf. Roxin Claus, 1989. *La parte general del derecho penal sustantivo*. Barcelona, apud Esteban Righi, 2016. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p.52. En este sentido, Roxin efectuó una distinción entre esencia y fin de la pena, afirmando que aquella es la causación retributiva de un mal pero que su fin sería lograr objetivos preventivos.

⁷⁷ *Ibid.* Righi, E. pp. 60-62. Si partimos del equilibrio que proporcionan las teorías de la unión, el dilema consistirá en optar por una teoría base a partir de la cual se efectúe concesiones. A fin de efectuar tal elección, no debe perderse de vista el contexto histórico particular de nuestro país, en el que el ejercicio del ius puniendi ha coadyuvado al sostenimiento de modelos políticos autoritarios. Es por ello que a fin de respetar los derechos y garantías a cada ciudadano, se deban establecer ciertos límites que surgen de la concepción retributiva.

⁷⁸ Cf. Silva Sánchez, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, pág. 246 y ss., *apud*. Laurenzo Copello, P. (1999) La discriminación por razón de sexo en la legislación penal. *Dialnet*, ISSN 1133-0627, N°34, p.2.

En tal sentido, y en lo que respecta genéricamente a la violencia de género, se ha afirmado que la misma no implica una mera lesión a los bienes jurídicos ya contemplados y objetos de protección en el digesto punitivo, sino que el carácter pluriofensivo de esta modalidad de ilícito implica un ataque contra la idea de persona en Derecho⁷⁹.

Es por ello, que el legislador se habría encontrado frente a la necesidad de reaccionar ante este sujeto de un modo particular. Por consiguiente, de este trato diverso se deduciría la existencia de un Derecho Penal diferenciado para quien impide a los demás desarrollar su personalidad en Derecho. En oposición a los ciudadanos, a estos individuos se los denominaría “enemigos”.

Se trataría de un término pseudo-religioso que permitiría visualizar la propia contradicción en su denominación. Si bien Manuel Cancio Meliá afirma que de acuerdo a un plano descriptivo, el derecho penal del enemigo⁸⁰ existe en el ordenamiento positivo, de ello no deriva su legitimidad como parte del Derecho Penal Moderno.

Esta idea no es novedosa, sino que encontramos las mismas en autores que fundamentan el Estado a modo de contrato social. El delincuente ya no puede participar de los beneficios de este último al infringirlo. Por consiguiente, deja de convivir con los demás dentro de una relación jurídica⁸¹.

Proyectando lo expuesto al ilícito investigado, el hecho de mediar un trato punitivo diferencial en aquellas ocasiones en que se compruebe que la mujer se encuentra en una posición de subordinación, no implica que existe una forma de reacción diversa ante quien se cataloga como “enemigo”.

Simplemente se ha tenido en cuenta una entidad lesiva diversa que justifica un mayor rigor punitivo, sin que ello derive en consagrar un Derecho Penal diferenciado del tradicional.

El femicidio, tal como se encuentra regulado en nuestro digesto punitivo, no significa ni una flexibilización de las reglas procesales ni un adelantamiento de la barrera punitiva, características de esta modalidad de Derecho Penal.

⁷⁹ Cf. Polaino Navarrete, M. (2008) La legitimación constitucional de un Derecho Penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2008, p.9.

⁸⁰ Jakobs destaca tres características de esta modalidad de Derecho Penal: adelantamiento de la punibilidad, penas desproporcionadamente altas y garantías procesales relativizadas o incluso suprimidas. La noción revestía un carácter más amplio en una primera aproximación (1985) aproximándose al derecho penal de la puesta en riesgo que en una segunda fase (1999) referida principalmente a delitos graves contra bienes jurídicos individuales (terrorismo). *V. Id.*, p. 94.

⁸¹ ROSSEAU. Contrat social, traducido y comentado por Weigend, 1959, p.33, *apud*. Günther Jakobs, *op. cit.*, p. 26.

El tipo penal analizado implica un enfoque dirigido a la víctima, lo que justifica su razón de ser. Por tal motivo, se parte de las características del sujeto pasivo y no activo a fin de elaborar una estrategia de género, sobre todo al detectar un colectivo expuesto a un riesgo especial de sufrir violencia.

Por otra parte y enlazando lo dicho con el objeto principal del presente trabajo, dilucidar si el tipo exige o no para su configuración ciertos elementos del ánimo, no implica caracterizar al autor como integrante de la categoría de los enemigos, sino evaluar si es posible hablar objetivamente de una situación de sometimiento sin tener presente la motivación del autor.

Por consiguiente, el autor no será visto como un enemigo público de la sociedad, ni se avalará implícitamente un Derecho Penal de autor. No debemos olvidar que el autor del femicidio, a fin de ser condenado, debe ser culpable⁸² como si cometiera cualquier otro delito, aplicándosele las reglas procesales generales sin mediar excepción alguna⁸³.

Si un individuo comete un delito de suma gravedad, no está decidiendo autoexcluirse como persona de la sociedad (y por consiguiente, optando por no regirle el Derecho Penal vigente para el resto de los ciudadanos) porque ello simplemente no está a su alcance por el mero hecho de que la cualidad de persona es una atribución que corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana⁸⁴.

“Si esto es así, es decir, si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclamara “Derecho penal del enemigo” está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al

⁸² El autor no es tratado como un enemigo, al que se combate por su peligrosidad, siendo interceptado en un estado previo. Por el contrario, la reacción penal se encuentra a la espera de que éste exteriorice su hecho.

⁸³ Lo dicho sin perjuicio de los reparos que se expondrán en el capítulo V respecto a la pena perpetua prevista no sólo a los supuestos de género, sino a la totalidad de los delitos considerados de gravedad, como el resto de los enumerados en el artículo 80 del Código Penal.

Estimamos que el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho, sino que tiene derecho a volver a arreglarse con aquella, debiendo mantener para ello su status como persona. En ese sentido, *Vid. Jakobs, Op. Cit.*, p. 27.

⁸⁴ *Id.* De allí el peligro que encarnan las distinciones que se efectúan entre ser persona y ser humano. Trazar una línea que establezca quién es persona y quién no implica muchas consecuencias. Están los que creen que ciertas acciones pueden hacer perder la condición de persona como el hecho de cometer un delito gravísimo, o simplemente, hacer depender tal condición de si uno cumple o no con las reglas de convivencia. En tal sentido, *Vid. Balmaceda, Tomás, 2019. Piénsalo. Diez Casos para la Filosofía.* Buenos Aires: Lea, p. 289-291.

cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de normalidad, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico penal “normal”⁸⁵.

Modelo adoptado. Principales objeciones.

Hemos visto que el modelo legislativo adoptado se funda en brindar mayor protección a la mujer y no en las características personales del autor. En este sentido, es lógico que el ordenamiento positivo haya tenido en cuenta la desvaloración social histórica de mujeres como un riesgo adicional al que se encuentran sometidas. Pero como veremos en los siguientes acápite, si bien sociológicamente se ha adoptado tal punto de partida, el riesgo real no deriva de un mero dato estadístico, sino que el fundamento material de aquél radica en el peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima.

Por su parte, la mayor o menor exposición al riesgo no configura un parámetro antojadizo en materia de género. Por el contrario, entre otros elementos a considerar, generalmente debe ser tenido en cuenta a la hora de evaluar la incorporación al digesto punitivo de una determinada figura como su escala penal respectiva.

Por consiguiente, si bien resulta claro que el legislador ha tomado en consideración el contexto de discriminación mencionado, dicha circunstancia ha conllevado erróneamente a valorar la naturaleza de la institución incorporada como una modalidad de “acción positiva”. Incluso en tal confusión se ha incurrido desde el propio debate parlamentario⁸⁶, en el que algunos legisladores se empeñaron en defender la

⁸⁵ Cancio Meliá, M., *Op. Cit.*, p.103-104.

⁸⁶ V. Gr. “Por otro lado, quiero responder a ciertas objeciones que en su momento se plantearon durante la discusión en comisión, básicamente sobre si estamos introduciendo algún tipo de discriminación. No lo estamos haciendo; estamos cumpliendo con el mandato constitucional de realizar acciones afirmativas en favor de las mujeres. Esto lo debo dejar en claro ante posibles decisiones jurisprudenciales y actitudes de los jueces, refractarias a la aplicación de la legislación que emana de este Congreso”. Opinión vertida por

adecuación constitucional de la reforma, adoptando la idea de las acciones positivas, en lugar de acudir a argumentaciones propias del ámbito penal.

Esta idea de acción positiva parecería insinuar que se trataría de una medida de fomento de la mujer en detrimento del varón. Este mecanismo se implementaría a fin de equilibrar una posición de desventaja inicial en la que se encuentran las mujeres como colectivo social, debido a la discriminación que han padecido por razón de su sexo.

Pero esta concepción acarrearía un gran problema (entre otros) a nivel penal: nos conllevaría implícitamente a consagrar una fórmula de compensación por todas las discriminaciones padecidas por las mujeres como grupo social, por lo cual el femicida respondería no sólo por el hecho cometido sino por injustos ajenos, en su carácter de integrante del “grupo agresor”, lo que implicaría consagrar un derecho penal de autor.

Independientemente de que las acciones positivas tienen su razón de ser y son concreciones y no excepciones del principio de igualdad, este tipo de medidas no puede extrapolarse al ámbito del Derecho Penal. Simplemente porque las mismas son propias de aquellos sectores en los que predominan bienes escasos (*ad. ex.* ámbito laboral)⁸⁷, lo cual resulta ajeno al Derecho Penal que tiene por objeto la protección de bienes jurídicos. Es decir, las exigencias provenientes del Derecho Constitucional deben adaptarse al ámbito penal, en el que rigen particulares y diferenciados principios y reglas⁸⁸, los cuales resultan incompatibles con el recurso mencionado.

A su vez, a través de un trato punitivo agravado no se favorecería la igualdad de oportunidades de las mujeres ni se compensaría o repararía a la mujer por las desigualdades históricas que ha padecido.

el diputado Manuel Garrido en el marco de la discusión parlamentaria que precedió a la sanción de la ley 26.791.

⁸⁷ La lucha por establecer la igualdad real a través del recurso a las acciones positivas no sólo está permitida sino fomentada y valorada positivamente en algunas ramas del ordenamiento jurídico.

⁸⁸ Lorenzo Copello, P. *Op. Cit.*, p.20: (...)“Sin embargo, no se necesitan grandes reflexiones para comprender que el Derecho penal se mueve por criterios que nada tienen que ver con las acciones positivas así entendidas. Este tipo de políticas sólo adquieren sentido en aquellos sectores del ordenamiento jurídico que se ocupan de regular la distribución de recursos escasos en la sociedad -como el derecho administrativo o el derecho laboral-, puesto que se trata de implementar medidas concretas destinadas a favorecer la participación social de los grupos marginados mediante la concesión de ventajas directas en el acceso a los bienes. Todo ello completamente ajeno a un ámbito sancionador como el Derecho penal, cuya función primordial se concentra en el aseguramiento de las condiciones básicas que permiten a todos los individuos el pleno goce de los derechos fundamentales”(...).

Por consiguiente, si se brinda una tutela reforzada a la mujer, no se coloca en situación de desamparo al hombre ni media merma alguna en la protección de este último debido a que no se les retira protección para otorgárselas a las mujeres. No se parte de una lógica de bienes escasos.

Como derivación lógica de lo expuesto, no compartimos las opiniones que indican que el fin de la ley penal ha sido que la mujer logre un mayor empoderamiento e igualdad en la sociedad. Estimamos que el Derecho penal ha pretendido ejercer una función tutelar reforzada en función de los ribetes particulares que reviste este tipo de violencia, teniendo presente la magnitud lesiva del hecho como la mayor exposición de riesgo de la víctima.

El legislador ha advertido esta exposición particular de la mujer y ha previsto una protección adicional. Es decir, se ha reconocido que la situación de vulnerabilidad de algunas mujeres implica un plus de riesgo al que no están sometidos los hombres.

Esta modalidad tutelar empleada por el Derecho Penal no sería novedosa. En la legislación argentina se ha brindado una protección particular a otros grupos vulnerables, como por ejemplo menores e incapaces, en otras normativas específicas diversas de la figura específica del homicidio, y en tales circunstancias jamás se planteó la posibilidad de hablar de discriminación prohibida contra los sectores no alcanzados por las correspondientes figuras penales específicas⁸⁹.

Como derivación de lo argumentado hasta el momento, surge que la tutela brindada a la mujer se encuentra vinculada a los fines y contenido propio del Derecho Penal, teniendo poco que ver con la técnica de las acciones positivas.

No obstante, parecería que la raíz del problema radica en la negativa a admitir que la violencia de género constituye una categoría específica de violencia⁹⁰, sociológicamente definida y de la que sólo puede resultar víctima una mujer, y que por tal razón, no puede tener su paralelo en el sexo masculino debido a que no existe una violencia asociada a la condición de varón.⁹¹

⁸⁹ En tal sentido y advirtiendo las diferencias existentes entre ambas legislaciones: *Vid.* Laurenzo Copello, P. (2005) La violencia de género en la ley integral. Valoración político criminal. *Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 07-08, p. 15.

⁹⁰ *Cfr.* Polaino, *Op. Cit.*, p. 25: “La imputación es concreta defraudación de una expectativa social, mas no imputación de una eventual peligrosidad hipotética o, aun peor, ficticia, presumida por el legislador sobre la base de abstractos roles sociales de dominación, poder y abuso de superioridad”.

⁹¹ *Vid.* Laurenzo Copello, P., *Id.*

En consecuencia, la finalidad tuitiva que se desprende de la reforma adoptada, constituye una legítima decisión de política criminal destinada a brindar protección respecto de un riesgo adicional que sólo a la mujer le afecta. Por consiguiente, tal modelo se funda en una tutela adicional a la víctima y no en la “supuesta maldad del autor”.⁹²

No obstante ello, si bien resulta palmario que el modelo adoptado no se basa en la personalidad del sujeto activo, al trasladar los fundamentos de la violencia de género al ámbito penal, debe concretarse con la mayor precisión posible el contexto requerido para la aplicación de la agravante, debido a que no basta la mera condición biológica de la víctima.

Debe acreditarse en cada caso individual sometido a la decisión de la justicia, si se ha configurado esta particular situación de violencia social, en las que se deben analizar diversos aspectos.⁹³

En virtud de lo expuesto, si bien es fundamental, como criterio orientador e interpretativo, tener presente el trasfondo sociocultural que históricamente ha favorecido y/o fomentado el uso de violencia por parte del varón para mantener un dominio aceptado comunitariamente⁹⁴, la evaluación de la procedencia o no del tipo penal en cada situación a analizar debe proyectarse desde una perspectiva individual, como exigencia propia de los límites y principios del Derecho Penal (los cuales resultan ajenos a otros ámbitos jurídicos y sociológicos).

Es por ello que afirmamos que si bien la fundamentación del modelo adoptado parte del sujeto pasivo y no del activo, es este mismo enfoque, basado en un especial merecimiento de tutela por parte de la víctima, el que ha generado la raíz de la discusión.

Como derivación de aquel punto de partida, se planteado varias objeciones al hecho de agravar los homicidios cometidos contra las mujeres, aún mediando un contexto de género: que el femicidio implicaría considerar la vida de la mujer más valiosa que la del

⁹² *Ibid.*, p.16.

⁹³ Uno de los aspectos a analizar constituye el objeto de la presente investigación: si “matar a una mujer por el hecho de serlo” implica que en cada caso debe acreditarse una especial animosidad por parte del sujeto activo, en qué consiste específicamente la misma y si se ha tenido en cuenta a los efectos de determinar un mayor desvalor en la conducta.

⁹⁴ “Resulta claro que la violencia contra las mujeres constituye una categoría específica de violencia social que tiene su origen en la discriminación estructural de la mujer por el reparto no equitativo de roles sociales y que no tiene parangón en el sexo masculino”. Lorenzo Copello, P., *Op. Cit.*

hombre, que se consagraría una especie de responsabilidad colectiva, contrario al principio de responsabilidad por el hecho y que la presunción de vulnerabilidad afectaría el principio de presunción de inocencia.

En definitiva, tales críticas podrían reducirse a los siguientes ejes de discusión: si estamos frente a comportamientos iguales, en dónde radica la mayor gravedad en la conducta emprendida por el hombre y si esta gravedad se produce siempre en toda agresión. Tales puntos serán expuestos a continuación.

3.a. Principio de responsabilidad personal.

La idea de una responsabilidad colectiva como producto de una reiteración de casos ocurridos en el pasado, si bien permite alcanzar una comprensión sociológica del fenómeno como una violencia que va más allá de una mera agresión puntual entre dos personas, se mueve en un plano de razonamiento diverso de los requisitos específicos que el Derecho Penal exige para imputar a un sujeto, que no deberían ser modificados por el hecho de tratarse de materia de género⁹⁵.

Al pasar la violencia de género por el tamiz del Derecho penal, debe abandonarse el componente colectivo, propio de una argumentación sociológica⁹⁶. En el

⁹⁵ Vid. Polaino Navarrete, *Op. Cit.*, p.29: “(...) supondría una substitución intolerable del principio de responsabilidad penal personal por un falso criterio de imputación in malam partem al varón de una responsabilidad que no siempre le corresponde en Derecho, lo cual infringe el principio de presunción de inocencia (...).

Vid. Peralta, Milton (2011). El feminicidio y el derecho penal. *Comercio y Justicia*: “Sería como decirle a alguien que si bien su homicidio no es diferente del de cualquier otro, debido a que muchos otros hombres han hecho y harán lo mismo, se castiga a este individuo en particular con más severidad. La defensa que éste opondría sería obvia: yo no soy responsable de lo que hagan otros hombres”.

⁹⁶ Lorenzo Copello. Hacen falta figuras de género específicas...*Op. Cit.* , p.15:“Sin embargo, en cuanto entra en juego el Derecho penal el problema se redefine, porque su forma de funcionamiento así lo requiere. El Derecho penal funciona con responsabilidades individuales y no colectivas; lo determinante no son las causas más o menos complejas que pueden dar lugar a los comportamientos lesivos de bienes jurídicos sino únicamente la posibilidad de imputar la concreta agresión de un bien jurídico a un sujeto culpable, a un sujeto con capacidad de raciocinio para hacerse responsable de sus propios actos”.

campo jurídico penal ya no se trata de un combate generalizado contra una estructura patriarcal, sino nos encontramos con sujetos individuales, cuyo comportamiento podrá configurar una agresión aislada o bien, una expresión de violencia propia de una animosidad subyugante, materia a dilucidar en cada proceso penal que se inicie al respecto.

En otras palabras, es una realidad que el contexto histórico ha servido para comprender la modalidad de esta relación especial entre sujeto activo y pasivo caracterizada por una situación de dominación en la que prima una desigualdad de poder. No obstante, ello no permite afirmar que los efectos derivados de tal circunstancia deban proyectarse al resto del colectivo al cual pertenece el sujeto pasivo ni que al desvalor individual del femicidio cometido por un sujeto se le deba adicionar el desvalor relativo a injustos ajenos.

Es decir, no debe confundirse la gravedad concreta del hecho con aquella que corresponde a otros de su mismo tipo. El hecho de que la alta frecuencia de aparición de esta clase de hechos delictivos coadyuve a comprender la gravedad social de los mismos, no quita que deba respetarse la concreta lesividad del hecho y culpabilidad del autor. Tal lesividad no se presume, sino que deberá ser probada por el órgano acusador. Luego el tribunal valorará si está o no presente en el caso concreto.

En definitiva, el especial desvalor que justifica la agravación, si bien gravita en frecuentes agresiones del hombre hacia una mujer, no está presente en toda situación relacional. Sostener lo contrario, sería corrosivo para los principios del Derecho Penal, sobre todo porque se castigaría al justiciable por hechos cometidos por otros⁹⁷.

Si estimamos que la protección adicional hacia la mujer debe proporcionarse automáticamente en todos los casos que susciten el interés de la justicia, nos

⁹⁷ Polaino, M., *Op. Cit.*, p.25: “ (...)Al hombre, como a todo el mundo, se le ha de castigar por su efectiva infracción de la norma, por la desviación de su concreto deber jurídico, pero no por el lastre social que conlleva hipotética y presumiblemente su condición de varón en la Sociedad. Lo contrario supone - como ha denunciado GIMBERNAT- rescatar principios añejos (como la Sippenhaftung - responsabilidad de sangre, de clan o por la estirpe- del Derecho histórico alemán), en buena hora denostados de los ordenamientos democráticos, y que creíamos definitivamente superados en la actualidad (...)”.

Es por ello que aludir únicamente a estadísticas o bien, a pautas culturales de desigualdad a fin de justificar la gravedad de la figura en cuestión, no puede resultar un criterio válido a fin de endilgar al imputado un comportamiento individual.

encontraríamos frente a una norma sobreinclusiva, en la que ya sí se combatiría al agresor como “enemigo”⁹⁸.

Por otra parte, advertimos de la literalidad de la norma, que la aplicación de la agravante no sería automática debido a que la violencia cometida por el hombre hacia la mujer se encuentra condicionada a que se produzca – *expressis verbis* - en un contexto de violencia de género⁹⁹.

La redacción empleada, a pesar de la oscuridad del término empleado, no habilita ni una presunción *iure et de iure* ni una presunción *iuris tantum* de concurrencia del contexto respectivo¹⁰⁰ (Es dentro de este último que el legislador ha identificado elementos de agravación que justifican una mayor pena. A partir del capítulo III veremos en qué consisten y cómo juegan tales elementos que lo componen)

A su vez, la tipificación agravada en estudio tampoco contiene implícitamente una presunción de intención discriminatoria que implicaría que tal motivación concurre en toda conducta del varón frente a la mujer.

Si bien, y tal como veremos durante el desarrollo del presente trabajo, el comportamiento típico podría exigir que el mismo revista el carácter de una manifestación discriminatoria hacia la mujer - o de aprovechamiento y sometimiento de una situación concreta de vulnerabilidad de aquella¹⁰¹ (lo que eventualmente podría generar -o no- un plus de desvalor en el injusto), tal elemento típico no podría tampoco presuponerse, sino debería ser acreditado fehacientemente porque el reproche debe efectuarse sobre la base del principio de culpabilidad¹⁰².

Por último, y en relación a las críticas que invocan la incompatibilidad de la regulación en materia de género con el principio de “presunción de inocencia”¹⁰³

⁹⁸ Lorenzo Copello. Hacen falta figuras de género específicas...*Op. Cit.* p. 33: “Resulta de todo punto imposible introducir en el razonamiento jurídico-penal la idea de responsabilidad colectiva propia del concepto sociológico de violencia de género sin recibir de inmediato duros reproches por el supuesto intento de resucitar el siempre temido “derecho penal de autor”.

⁹⁹ La circunstancia de que concurra, *ad.ex*, un elemento normativo del tipo que acredite un vínculo como puede ser el matrimonio, no llevaría necesariamente a presumir la violencia de género, independientemente de que exista una agravante específica para este caso.

¹⁰⁰ No se debe estimar que siempre que hay violencia entre hombres y mujeres, la misma está precedida de una situación de subordinación y dominación.

¹⁰¹ En la Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de diciembre de 2003 observamos la caracterización de la violencia de género como expresión de dominación y discriminación, siendo la violencia uno de los mecanismos para mantener esta situación.

¹⁰² *Ibid*, p.24.

¹⁰³ Buompadre, J. (2013). Los delitos de género en la reforma penal. *Pensamiento Penal*. p. 38.

(entiéndase presunción *iuris tantum*) y a fin de disipar confusiones usualmente cometidas en materia de género, cabe efectuar una serie de aclaraciones generales antes de continuar con el resto de las objeciones que se han planteado al modelo legislativo adoptado.

En primer lugar no se trata, como generalmente se invoca, de una presunción de inocencia, sino de un verdadero estado jurídico que impide considerar al imputado culpable hasta tanto no medie una sentencia condenatoria firme. *Contrario sensu*, si partimos de una mera presunción, la misma resultaría incompatible, v.g., con las medidas de coerción personal a las cuales puede ser sometido el justiciable y que se fundan precisamente en una presunción de culpabilidad¹⁰⁴.

En tal sentido, se ha afirmado: “No se trata entonces de que al imputado se lo “presuma” inocente mientras el juicio se lleva a cabo, sino que goza de un estado jurídico de inocencia que sólo una sentencia de sentido condenatorio y firme puede destruir”¹⁰⁵.

Por otra parte, es en virtud de este principio que tampoco se lo puede tratar como culpable mientras dure el desarrollo del proceso, lo cual implica que no debe probar su inocencia, sino que la misma debe ser destruída por la acusación: la culpabilidad debe ser jurídicamente construída¹⁰⁶ (y comprobar de este modo que concurren las circunstancias fácticas que habilitan no sólo la aplicación del tipo básico sino de la calificante).

Asimismo, es debido a este principio que las medidas de coerción deben ser interpretadas restrictivamente como todas aquellas que puedan limitar sus derechos.

Como conclusión de lo expuesto, el reconocimiento de las raíces sociológicas del femicidio no deriva en consagrar una presunción contraria al principio de inocencia ni la consiguiente flexibilización de las reglas procesales en materia penal. No media alteración alguna en la carga de probar la concurrencia o no de la agravante, la cual continúa en cabeza del acusador en cada caso que se someta a consideración de la justicia.

¹⁰⁴ V. Pascua, Francisco Javier, 2018. *Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*. Mendoza: ASC, p.4.

¹⁰⁵ V. Coussirat, Jorge, 2013. *Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza*. Buenos Aires: La Ley, p. 16.

¹⁰⁶ S.C.J. Mendoza, en autos N° 71433, “Fiscal c/ Cousau Villarino Cecilia AM. p/ Aband. Pers. Agrav. s/ Casación”, 8/11/2001, L.S. 303-372, Rev. Jurisp. Mendoza n° 63, p. 200/201.

3.b. Presunción de vulnerabilidad.

El término vulnerabilidad hace referencia a la posibilidad de ser lastimado o herido, ya sea física o moralmente, de acuerdo a la capacidad concreta de prevenir, resistir o sobreponerse a un ataque. A su vez, se origina a partir de factores internos y externos¹⁰⁷ que afectan la capacidad para enfrentar una situación determinada potencialmente dañosa. Es decir, la vulnerabilidad hace referencia a múltiples aristas: desde el ámbito de la constitución física, hasta la económico-social.

Como objeciones planteadas al hecho de alegar como fundamento la vulnerabilidad física de la mujer, se ha afirmado, en primer lugar, que no es posible establecer una regla *iure et de iure* que haga presumir que en todos los casos el hombre posee mayor fuerza que la mujer (eventualmente puede suceder que una mujer revista una contextura morfológica que implique una fuerza superior a su pareja).

En primer lugar, y en este sentido, debemos recordar que el Derecho Penal constituye un ámbito de regulación de conductas que suceden con cierta generalidad debido a la imposibilidad de prever cada circunstancia específica que pueda plantearse en la práctica.

En segundo lugar, y más allá de la regla general enunciada, las diferencias morfológicas deben evaluarse como uno de los tantos elementos a considerar en cada proceso penal. Por consiguiente, no implicaría una presunción contraria al principio *in dubio pro reo*¹⁰⁸. De lo contrario, y si la vulnerabilidad no debiera comprobarse, la normativa penal debiera haberse limitado a hacer referencia únicamente a los géneros de cada uno de los sujetos intervinientes, sin efectuar mención a algún elemento adicional

¹⁰⁷ Por Ellas...cinco años de informes de femicidios. *Op. Cit.*, p 46: “ (...)Los factores internos forman parte de las características propias del individuo, grupo o comunidad, como por ejemplo, la edad, el género, estado de salud, origen étnico, la discapacidad, la orientación sexual y la constitución física, entre otros. Los factores externos están ligados al contexto social, como las conductas discriminatorias, el nivel de ingresos, la falta de empleo, la desigualdad, la falta de acceso a instituciones (Pérez Contreras, 2011) (...)”.

¹⁰⁸ A su vez, tal crítica también podría dirigirse, no sólo al inc. 11, sino a todas aquellas figuras contenidas en el Código Penal, cuyas agravantes se funden en una mayor desprotección del sujeto pasivo debido a su edad o condición psicofísica.

requerido (“mediare violencia de género”)¹⁰⁹. La morfología sería un elemento más a valorar. A su vez, los medios de ataque pueden ser múltiples y la vulnerabilidad estar asociada en el caso concreto a otros factores (ad.ex. aspecto socioeconómico).

En cuanto al hombre como sujeto pasivo excluido de la figura, el mismo no quedaría desprotegido penalmente debido a que el desvalor material de la conducta eventualmente emprendida por la mujer, en el caso de mediar o haber mediado una relación de pareja, se encontraría contemplada y sancionada mediante el inciso 1.

Piénsese en el ejemplo de maltratos en una relación de pareja en el que la mujer agrede al hombre, finalizando tal escalada de violencia en la muerte de este último, en un hipotético contexto de dominación. En este supuesto no podríamos materialmente hablar de una desprotección en perjuicio del hombre. Caso aparte merecería la consideración de un supuesto de sometimiento del hombre por parte de la mujer sin mediar relación alguna preexistente (resultaría sumamente extraño y difícil imaginar, *ad. ex.*, el caso de un hombre que es perseguido por una mujer, la cual pretende someterlo mediante un previo abuso de carácter sexual para luego matarlo)

Aún en este supuesto, podría forzosamente llegar a darse un supuesto de sometimiento en el que mediara alguna circunstancia de odio¹¹⁰ hacia el género masculino. En tal caso, la situación fáctica estaría prevista por el inc. 4 del artículo 80 del C.P.

Los argumentos estadísticos que señalan a las mujeres como las generales víctimas pasibles de este tipo de ilícitos, no justifican de “modo caprichoso” la agravación penal (es decir, sólo por razón del sexo). Si resulta legítimo proporcionar una mayor protección a la víctima (y no un mayor castigo al hombre dado que no estamos hablando de una medida de acción positiva o de discriminación positiva) no sólo se debe a las razones de carácter preventivo mencionadas con anterioridad, sino

¹⁰⁹ V.g. En el caso específico de la legislación española, en la que se ha logrado una gran producción doctrinaria y jurisprudencial en materia de género, la misma ha recibido numerosos cuestionamientos vinculados no sólo al principio de igualdad, sino a la afectación del ppio de lesividad (adelantamiento de la barrera punitiva) y al de mínima intervención del Derecho Penal.

A diferencia de la normativa argentina, no menciona en su articulado la exigencia literal de mediar violencia de género. Únicamente hace referencia al sujeto pasivo del ilícito e incluye dentro del repertorio de ilícitos comprendidos en materia de género el maltrato.

En función de lo expuesto, y si bien puede parecer una verdad de Perogrullo, vale la aclaración de que ciertos cuestionamientos a la legislación de género (contenidas en la bibliografía citada en el presente trabajo) que no pueden extrapolarse a nuestra regulación nacional, en donde las diferencias surgen no sólo de la literalidad de la norma, sino y fundamentalmente de la diversa estadística de femicidios cometidos, como de los niveles de mayor o menor impunidad y de concientización en los operadores jurídicos.

¹¹⁰ Hablamos de odio y no de discriminación. Veremos en el capítulo III las distinciones entre ambos debido a las confusiones que suelen generarse en las respectivas conceptualizaciones.

porque la violencia de género reviste una mayor gravedad que otro tipo de agresiones producidas en diversos contextos o con otros sujetos intervinientes.

Si bien la mayor lesividad radica en determinadas circunstancias que veremos a lo largo del desarrollo del presente trabajo, se advierte que la mayor posibilidad de riesgo y lesión debido a diferencias físicas juegan un rol preponderante en la configuración del contexto de sometimiento requerido.

Por otra parte, y en relación a la vulnerabilidad física de la mujer, se ha objetado que reconocer diferencias físicas entre ambos sexos sería arriesgado porque de este modo, se establecería una especie de base que permitiría justificar una desigualdad social, perpetuando de este modo el estereotipo de “sexo débil” con respecto a la mujer¹¹¹.

Con respecto a esto último, resultan esclarecedores los argumentos de Larrauri, al mencionar que tales afirmaciones parecen confundir la desigualdad física con la desigualdad moral, o bien, a nivel de dignidad humana¹¹². Es decir, se entremezclan planos diversos, no resultando sostenible efectuar, en este sentido, crítica alguna a los movimientos reivindicadores de igualdad entre los sexos, los cuales se limitan en sus reclamos a pretender alcanzar las consecuencias que se derivan del reconocimiento de una igualdad en cuanto a dignidad humana.

En lo que se refiere estrictamente a este ámbito, afirmamos que el hombre y la mujer no son iguales.

Aseverar que de este modo se perpetúa el estereotipo de sexo débil implicaría partir de la base que hombres y mujeres deberían ser iguales en su total integralidad; pero a fin de no emplear demagógica e ilusoriamente la palabra igualdad, nos encontramos frente a la realidad de que ambos sexos simplemente no lo son.

No se pretende obtener una estandarización de todos los hombres y mujeres como mera abstracción que implique negar sus individualidades¹¹³. Lo dicho no implica

¹¹¹ Lorenzo Copello, P. (2005) La violencia de género en la ley integral. Valoración político criminal. *Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 07-08,p.4:“(…)Sin embargo, como bien ha destacado Asúa, se da la paradoja de que quien menos encaja en esta perspectiva tuitiva centrada en las relaciones familiares de sujeción y vulnerabilidad es precisamente la mujer, ya que en su caso no hay razones jurídicas ni menos aún naturales que la releguen a una posición de dependencia o subordinación en el contexto doméstico. Al contrario, la ley le reconoce plena igualdad con su pareja y, salvo casos excepcionales que nada tienen que ver con el sexo, sus características físicas y psíquicas no permiten calificarla como un ser “naturalmente” débil (…)”.

¹¹² Cf. Larrauri Pijoan, E. (2009) Igualdad y violencia de género. *InDret*. 1/2009, p. 13.

¹¹³ Debe tenerse presente la distinción entre igualdad e igualitarismo. Hay diferencias justas que deben tomarse en cuenta, para no incurrir en el trato igual de los desiguales. En tal sentido, *vid.* Bidart Campos, Germán J., *op. Cit.*, p.141.

invocar ninguna desigualdad en materia de capacidades cognitivas-intelectuales, o bien, aquellas que se corresponden con el ámbito moral.

Sin ánimo de reiteración, no media contradicción alguna con pretensiones legítimas de igualdad en otros ámbitos del derecho, porque en este último caso de lo que se trata es de una lucha por lograr un efectivo reconocimiento de igualdad en cuanto a dignidad humana (a fin de gozar de las derivaciones prácticas de tal reconocimiento), cuya concurrencia no está supeditada al hecho de revestir determinadas condiciones físicas o de fuerza.

En otras palabras, no se puede extraer de una general desigualdad física consecuencias morales¹¹⁴.

Por último, y como tercera crítica a la modalidad de vulnerabilidad citada, se ha indicado que existen otros grupos estimados como vulnerables, los cuales resultarían excluidos de protección, a pesar de que el desvalor material de la conducta emprendida (en un contexto de sometimiento) contra aquellos resultaría equiparable a las agresiones cometidas hacia la mujer.

Si nos atenemos únicamente a la mayor gravedad, en términos deontológicos, de la figura en cuestión, podría plantearse una eventual subinclusión de la normativa en estudio respecto a otras situaciones igualmente graves. No obstante, y en función de lo expuesto hasta el presente momento en el desarrollo del trabajo, la razón de ser de la agravante se justifica no sólo en función de la mayor gravedad del ilícito previsto, sino que a su vez juegan razones de prevención que no es posible obviar.

En otras palabras y a fin de ejemplificar, cuando la sociedad, situada en un momento témporo espacial determinado, considere (por su frecuencia de aparición, significación social u otras razones) que deba adoptarse una determinada política criminal que implique un agravamiento de pena respecto a sucesos tales como homicidios que impliquen un previo sometimiento de menores de edad, ancianos o discapacitados¹¹⁵, incluyendo supuestos no contemplados en el inc. 1 del artículo 80 del C.P. (o eventualmente sin que encuadre en el homicidio calificado por placer – inc. 4), así lo hará saber normativamente, sin que tal circunstancia afecte en términos de legitimidad las protecciones normativas ya previstas en el digesto punitivo (debido a

¹¹⁴ Cf. Larrauri Pijoan, E., *Loc. Cit.*

¹¹⁵ El hecho de colocar en el mismo plano a la mujer que a los niños, ancianos y discapacitados, no implica que la vulnerabilidad en todos los casos posea la misma raíz (edad, condiciones psicológicas). En el caso de las mujeres, más allá de la diversidad física mencionada, median innegables condiciones sociales de sometimiento y subordinación respecto al género masculino.

que las mismas – sobre todo en lo que se refiere al femicidio – no están fundadas en argumentos meramente preventivos).

Tal como afirmamos en el capítulo 1, desde el ámbito del Derecho Penal, los tipos penales no surgen aleatoriamente. Por el contrario, aparecen como consecuencia de cierta política criminal, encontrándose tales creaciones normativas impregnadas por nuestras valoraciones personales respecto de la realidad. Las normas reflejan los valores que acuña la sociedad en un momento determinado¹¹⁶.

Estamos en un ámbito en el que a medida que la sociedad va reconociendo, por diversos motivos, bienes jurídicos dignos de protección, tal amparo se prevee normativamente (o al a inversa: puede mediar un cambio de paradigma de valores que incentive la desafectación de una determinada figura jurídica, como en el ejemplo precitado).

Si el legislador efectuó una previsión separada del femicidio es, en parte¹¹⁷, porque ha pretendido visibilizar el problema puntual de la violencia de género a fin de no convertirlo en un caso más dentro de un cúmulo de relaciones de subordinación y dominio, relegando a la mujer en un segundo plano, y buscando la causa de este tipo de violencia en un contexto mucho más amplio.

Lo afirmado no obsta a considerar que– de lege ferenda – podría preverse en nuestro digesto punitivo agravante/es fundadas en un elemento que no resulta privativo de un género particular: el homicidio cometido mediando sometimiento de una persona que se encuentre en alguna situación de vulnerabilidad¹¹⁸. (v.g.: supuestos donde no

¹¹⁶ Así podemos ver en la historia de nuestro país como a partir de los años 80 comenzó un cambio de paradigma legal con la ley de divorcio vincular y posteriormente, con la derogación del delito de adulterio.

Ley 23515, promulgada el 12 de junio de 1983.

Artículo 118 de la ley 11.179, derogado por ley 24.453 de 1995: “Serán reprimidos con prisión de un mes a un año: 1. La mujer que cometiere adulterio; 2. El delincuente de la mujer; 3. El marido, cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal; 4. La manceba del marido”.

Tal como observamos en la redacción, la mujer incurría en adulterio si engañaba una sola vez al marido, a diferencia de este último en el que se debía acreditar una relación continuada: los engaños esporádicos no constituían delito para el hombre.

Posteriormente y de conformidad a la evolución en las valoraciones efectuadas por la sociedad, se procedió a derogar la figura respectiva.

¹¹⁷ En este sentido, sí resulta de relevancia el alto índice de femicidios cometidos en el último tiempo.

Tal como hemos afirmado precedentemente, no se debe ignorar la función simbólica porque la misma configura una realidad en el Derecho Penal. No obstante, la misma debe encontrarse limitada por aspectos preventivos y deontológicos.

¹¹⁸ Cf. Molina Fernández, F., *Ib.* p 64 y 65: “ (...) por buscar un ejemplo más próximo al caso examinado, el hecho de que los jóvenes cometan muchos más delitos que los ancianos puede condicionar estrategias de prevención dirigidas especialmente a aquéllos y no a éstos, como por ejemplo establecer una mayor

sólo el sujeto pasivo sea un niño, incapaz o anciano, sino que por las circunstancias - psicofísicas o bien de carácter social y/o estructural- en la que se encuentre la víctima al momento del hecho, la misma vea disminuída sus posibilidades de defensa real contra una agresión¹¹⁹⁾

Respecto a la vulnerabilidad de carácter estructural, o si se prefiere, la económico-social, resulta ineludible hacer mención a ciertas circunstancias sociológicas que permiten una mejor comprensión del fenómeno en estudio.

En este sentido, se tiene conocimiento que desde antaño, se visualiza en ocasiones una asimetría de poder que coloca a la mujer en un contexto delicado, sobre todo partiendo de la propia organización familiar tradicional.

Tal circunstancia frecuentemente se ve agravada en el supuesto de mediar hijos, lo que en general coloca socialmente a la mujer trabajadora en la disyuntiva de elegir el cese de la actividad laboral, o bien de aunar esfuerzos a fin de compatibilizar sus horarios laborales con las exigencias derivadas de la crianza familiar, lo que repercutiría en un detrimento salarial y por el que debería priorizar el salario del hombre.

La situación descrita coadyuvaría a que la mujer, aumente su tolerancia frente a determinados comportamientos violentos por parte del hombre, precisamente por el daño y pérdida económica que la eventual ruptura relacional ocasionaría¹²⁰.

En función de lo expuesto, no obstante haber mencionado al principio que la consecuencia que deriva de la general diversidad morfológica entre ambos sexos¹²¹, como es un mayor riesgo de lesión y de temor, facilita la conformación de un contexto específico de sometimiento, consideramos que este último no se limita a tal arista.

La trama de dominación que caracteriza la violencia de género se encuentra a su vez íntimamente ligada a una vulnerabilidad de carácter social y que se ve reflejada en la discriminación estructural que algunas mujeres han padecido como consecuencia de una inequitativa distribución de roles sociales.

La necesidad – o no – de comprobar en cada caso concreto una animosidad en el autor en tal sentido, será el quid del presente trabajo.

vigilancia policial en discotecas que en asilos, pero el delito concreto de, por ejemplo, homicidio, cometido por un joven o un anciano merece, si las demás circunstancias son idénticas, el mismo trato". (...).

¹¹⁹ Claro está que se cita supuestos que no estarían contemplados en el inc. 80 inc. 2)

¹²⁰ Larrauri Pijoan, E., *Op. Cit.*, pp.12-13.

¹²¹ Extremo que, entre otros, deberá evaluarse en el caso concreto a fin de contemplar eventuales excepciones.

3.c. ¿Por qué no hablar de masculinicidio?

En relación a este último cuestionamiento planteado, si bien estimamos que se encuentra suficientemente respondido en función de las argumentaciones vertidas ut supra, resulta pertinente efectuar algunas consideraciones.

Realizar una crítica como la expuesta implicaría aseverar que la regulación de género revestiría carácter discriminatorio. Sin embargo, tal aseveración tendría asidero si únicamente la frontera entre lo típico agravado y no agravado se trazara por el mero dato del sexo de la víctima. Ya hemos visto que la legislación argentina, a diferencia de otras regulaciones, no limita los términos de la normativa a la invocación de los sexos de cada sujeto interviniente. En el inciso 11 del artículo 80 se hace expresa mención al concepto de violencia de género, sin perjuicio de reconocer su indeterminación conceptual.

Tal como afirmamos con anterioridad, la sociedad es la que impulsa la realización de las reformas legislativas en función de las necesidades que vayan surgiendo. Esto no quiere decir que no pueda ocurrir la circunstancia de que un hombre se encuentre en situación de sometimiento respecto a una mujer, y que resulte víctima de esta última por tal circunstancia, pero las políticas criminales no se perfilan en función de hechos aislados, como manifestaciones individuales e indiferenciadas de la violencia emergente en la sociedad. El legislador generalmente las considera comprendidas en otras figuras delictivas de carácter neutro previstas en el Código.

En otras palabras, si se excluye toda consideración preventiva¹²² y se invoca la situación de sometimiento como única legitimante de la figura en estudio, no sólo

¹²² Lo que implica a su vez negar que el sexo de la víctima contribuye a generar con mayor frecuencia este tipo de contexto.

En este sentido *Vid.* Lorenzo Copello, P., *Op. Cit.*, p. 14: “(...) si se niega la premisa legitimadora de tal medida, que no es otra que el reconocimiento de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en la sociedad de nuestros días. Sólo cuando no se admite esa posición subordinada de la mujer respecto del varón en el contexto social y se parte, por el contrario, de una pretendida paridad entre hombres y mujeres, tiene sentido que se reclame el trato igualitario de todos ellos frente a eventuales –e indiferenciados- actos –mutuos- de violencia (...).

carecería de sentido la previsión específica del femicidio¹²³, sino que no habría razones para excluir, entre otros, a los hombres como sujetos pasivos del tipo¹²⁴.

En este sentido, y si nos limitamos únicamente a discernir elementos deontológicos legitimantes, el inc. 11 del artículo 80 del C.P. se presentaría no sólo como una norma sub-inclusiva, sino que en definitiva se negaría los ribetes particulares de este tipo particular de violencia.

Por otra parte, no podría hablarse de masculinicidio debido a que el desvalor de los comportamientos no resulta equivalente. Ya hemos visto que el temor generado por la conducta emprendida y la probabilidad de lesión¹²⁵, no tendría su paralelismo en el género masculino.

Son precisamente los elementos mencionados los que, junto con aquellos derivados de una vulnerabilidad estructural discriminatoria¹²⁶, los que van facilitan la conformación del contexto de sometimiento requerido para la aplicación del agravante en estudio; variables que sencillamente no concurren en los supuestos de agresiones cometidas por mujeres contra hombres.

Por último, en cuanto a la diferencia de agresiones cometidas por hombres y aquellas emprendidas por mujeres, las mismas no son producto de comportamientos idénticos debido a que sus propiedades relevantes no lo son. En este sentido: “(...) Hay supuestos de ‘comportamientos idénticos’ que tienen consecuencias distintas, así por ejemplo el hecho de que una mujer sea seguida por un grupo de hombres en la noche, o que un hombre sea seguido por un grupo de mujeres, es un comportamiento idéntico con significados y consecuencias diversas; del mismo modo que no es lo mismo tocar el pecho a un hombre que a una mujer”¹²⁷(...).

Como conclusión del presente capítulo, estimamos que determinar si resulta o no justa la institución jurídica como la estudiada, depende lisa y llanamente que se acepte - o no - esta modalidad particular de violencia.

¹²³ Peralta, M.(2011) El femicidio y el derecho penal. *Comercio y Justicia*. “En este sentido, un homicidio por odio a las mujeres no es diferente de cualquier homicidio por motivos abyectos”.

¹²⁴ Cfr. Peralta, M.J. (2013) Homicidios por odio como delitos de sometimiento. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2013, p. 20.

¹²⁵ Respecto a la diversa constitución física, ya se han efectuado las consideraciones pertinentes en el apartado anterior, por lo que nos remitimos a las mismas en honor a la brevedad.

¹²⁶ Como se aseveró en la Tercera Conferencia Mundial de la mujer, que tuvo lugar en Nairobi en 1985: “Es la violencia misma la forma de discriminación; la discriminación deja de ser una cuestión de trato y se convierte en una cuestión de status”.

¹²⁷ Larrauri Pijoan, E. *Op. Cit.*, p. 11.

En otras palabras, la respuesta se encuentra condicionada a reconocer -o no- que la condición de mujer implica un factor adicional de riesgo¹²⁸.

Por otra parte, este factor de riesgo adicional (biológico y social) es el que facilita la conformación de un determinado contexto, y es dentro de este último en el que se debe indagar en dónde radica el mayor desvalor de la conducta.

Tal como hemos desarrollado precedentemente, el factor de riesgo adicional de carácter estructural o social, allana el camino dirigido hacia un tipo arraigado de violencia que se produce en un contexto de dominación de raíz discriminatoria.

Amén de ello, nos preguntamos si el componente discriminatorio mencionado se presupone que concurre en un determinado contexto objetivo caracterizado por una situación de sometimiento¹²⁹, o bien, si además debe comprobarse que el autor haya actuado con una determinada motivación en el caso concreto, debido a que parecería que el género de la víctima debe resultar la raíz de su conducta.

En caso de resultar afirmativa la respuesta a la última pregunta formulada: ¿tal animosidad debería ser valorada como una característica del autor o bien, debería considerarse como efecto proyectado en el hecho cometido? Tales aristas de la problemática serán desarrolladas a continuación.

¹²⁸ Vid. Tribunal Oral en lo Criminal Nº 9 de la Capital Federal, en autos: “Mangeri, Jorge Néstor s/ Femicidio en concurso ideal con el delito de abuso sexual y homicidio agravado por su comisión criminis causae”, p. 314: “Ello no implica desconocer que ante la sanción han existido numerosos cuestionamientos que han oscilado entre posiciones burdamente negacionistas que sostienen que el femicidio no existe porque “acá, en la Argentina, nadie sale a la calle a matar a una mujer porque es mujer” y que en cuanto a la violencia de género “también está la actitud de la mujer: hay mujeres que le dan un sillazo en la cabeza y se terminó”. Hasta razonamientos más sutiles que desde la excusa dogmática ponen el acento en la imposibilidad de determinar el concepto de violencia de género o del vocablo *mediare*. Es una muestra más de que, en este aspecto, el pensamiento dogmático de Argentina lejos de buscar la interpretación de la ley que haga más efectiva su aplicación en la protección de los derechos de las personas, agota su energía agitando las sábanas como en *Le rêve de D'Alembert*”.

¹²⁹ Tal presunción de un móvil discriminatorio cuestionaría el principio de culpabilidad y consiguiente responsabilidad personal.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS NORMATIVO.

Hemos visto que al momento de la creación legislativa de un tipo penal, no puede desconocerse que la génesis de aquél se produce en un marco social, político y cultural proyectado hacia una determinada política criminal. Lo afirmado no obsta a que, posteriormente, el contenido del ilícito previsto normativamente deba ser tamizado ontológicamente a fin de obtener, a través de las premisas liberales propias de un Estado de Derecho, una justificación que legitime el plus de injusto que será el que en definitiva repercutirá en la punibilidad.

A nivel internacional advertimos que la necesidad de brindar una adecuada protección penal a la mujer surgió a partir del carácter pluriofensivo del delito en cuanto a la cantidad de derechos fundamentales vulnerados, reconociéndosele el carácter de violación de derechos humanos.

En este orden de ideas, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la violencia Contra la Mujer (1993), coloca por primera vez la violencia contra las mujeres en el marco de los Derechos Humanos y observamos cómo destaca que el núcleo de la violencia respectiva se basa en el género: “Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada”¹³⁰.

A su vez, en el ámbito latinoamericano, es dable recordar el avance producido en lo que se refiere a los derechos humanos de las mujeres desde la década de 1980 debido al incremento y severidad de femicidios cometidos en ciertas regiones del continente, principalmente en Centro América y México¹³¹.

¹³⁰ Artículo 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la violencia (ONU, 1979). Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/convencion_sobre_todas_las_formas_de_discriminacion_contr_a_la_mujer.pdf.

¹³¹ Toledo Vázquez, P., 2014. *Femicidio/Femicidio*. Buenos Aires: Didot, p.36-37.

No obstante, recién a partir del año 2007 comenzó en la región un proceso de tipificación en los códigos penales de las muertes violentas de mujeres por razones de género, mediante reformas legislativas (ad. Ex. Argentina, Chile) o leyes especiales (Guatemala, Colombia)

Por otra parte, y en lo referido al ámbito político, la evolución en la protección de los derechos de las mujeres se vio acompañada y favorecida mediante la instauración de gobiernos constitucionales en la región a principios de la década de 1990.

La obligación de adoptar las medidas legislativas que tiendan a asegurar el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las mujeres emana de tratados internacionales sobre la violencia de género: Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas – como de las recomendaciones efectuadas por el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belém Do Pará (2008)

El 15 de agosto de 2008 el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belem do Pará elaboró una Declaración sobre el Femicidio que lo caracteriza como “La muerte violenta de mujeres, por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”¹³².

En cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente, la República Argentina incorporó a su derecho interno dos instrumentos fundamentales en lo referido a la tutela de la violencia contra la mujer: a través de la ley 23.179 (1985)¹³³ se trató la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw, según su sigla en inglés) y mediante la ley 24.632 (1996)¹³⁴, la Convención

¹³² Declaración sobre el femicidio: Organización de los Estados Americanos. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/DeclaracionFemicidio-ES.pdf>

¹³³ Ley 23.179 Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Buenos Aires, 8 de mayo de 1985 B.O. 03/06/1985.

¹³⁴ Ley 24.632: Aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". Publicada en el Boletín Nacional del 09-Abr-1996.

BDP, adscribiéndose a la conceptualización derivada de tales documentos a fin de brindar la especificidad que requiere el concepto de violencia de género¹³⁵.

De este modo, el artículo 4 de la Convención reza: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

El documento mencionado no sólo constituye el máximo referente a nivel jurídico internacional en materia de violencia contra las mujeres, sino que se introduce por primera vez una referencia expresa a la muerte de las mujeres como consecuencia de la violencia ejercida contra las mismas.

A su vez, a partir del artículo 1 de la CEDAW se introduce el concepto de discriminación ínsito en todo supuesto de violencia contra la mujer y a partir de la cual se logra comprender que la violencia de género es aquella que se dirige a la mujer porque es una mujer¹³⁶: “A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Si bien a partir de la definición contenida en el artículo 1 de la CEDAW comprendemos el origen de esta modalidad particularizada de violencia, perfilando el concepto teórico-sociológico de este fenómeno, de ningún modo es posible inferir que tales fundamentos son aquellos que proporcionan legitimación desde el ámbito penal.

En otras palabras, no obstante estimar que la discriminación es un elemento distintivo de este tipo de violencia, de ello no deriva que la justificación de la figura penal en estudio encuentre su basamento en el principio de no discriminación.

Empero, el análisis que efectuamos en el presente trabajo se encuentra íntimamente vinculado a tales construcciones teóricas debido a que, tal como veremos a continuación, este concepto contenido en la CEDAW implica tácitamente una

¹³⁵ Arocena, G. y Cesano, J., 2017. *El delito de femicidio*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, p. 24-28 y 49.

¹³⁶ Toledo Vázquez, P., 2014. *Femicidio/Femicidio*. Buenos Aires: Didot, p.60.

discriminación estructural que gravita de modo determinante en la interpretación de la situación objetiva que ineludiblemente debe concurrir en todo femicidio: contexto de dominación.

Es decir, subordinación y discriminación son dos parámetros que necesariamente deben tenerse en cuenta en el análisis penal del fenómeno pero lo que debe discernirse es precisamente la interrelación entre ambos en el ámbito del derecho penal que, tal como vimos, tiene sus propias reglas.

En definitiva, la violencia de género importa una exteriorización de las relaciones de poder desiguales que son las que han conllevado a la dominación y discriminación de la mujer por el hombre¹³⁷.

Por una parte, nos encontramos frente a un delito pluriofensivo en lo que se refiere a la afectación de bienes jurídicos tutelados por el sistema pero, por otra parte, tales vulneraciones también las visualizamos en otros ilícitos de carácter gravoso.

Por consiguiente, advertimos en el femicidio un elemento adicional caracterizado por la discriminación y subordinación implícita en la violencia de que las mujeres son víctimas y es precisamente este elemento subjetivo el que caracteriza al femicidio de otros homicidios cometidos en un contexto de dominación y le proporcionan especificidad al fenómeno. La definición de la CEDAW resulta ser entonces una suerte de elemento normativo implícito en el tipo, necesario para la interpretación del mismo.

Como no consideramos que tales elementos constituyan un bien jurídico diverso, veremos en los siguientes capítulos cuál es el rol que juegan en lo que se refiere a la justificación de la agravación de la pena prevista.

Regresando al análisis del concepto previsto en el artículo 1 de la CEDAW, y tal como afirma Toledo Vázquez¹³⁸, la definición mencionada recoge la teoría radical dentro de las corrientes feministas que basa su análisis de la realidad en la modalidad binaria de “dominación masculina” y “subordinación femenina”, las cuales en definitiva se terminan reflejando en la noción misma de “patriarcado” como sistema de dominación. “(...) Esta violencia es usada por los hombres para controlar a las mujeres, propósito que subyace a todas las expresiones de violencia contra las mujeres”¹³⁹.

¹³⁷ Arocena, G. y Cesano, J., 2017. *El delito de femicidio*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, p. 121

¹³⁸ Toledo Vázquez, P., 2014. *Femicidio/Femicidio*. Buenos Aires: Didot, p.46.

¹³⁹ Kelly, 2002, citado por Toledo Vázquez, 2014, p. 85.

Es por ello que a partir de las definiciones y regulaciones proporcionadas desde el ámbito de los derechos humanos, se obtiene una mejor comprensión del fenómeno en su integralidad como la trascendencia y magnitud a nivel global.

La sistematicidad y masividad son parámetros de aplicación general en materia de derechos humanos y son precisamente los tratados de derechos humanos que abordan este fenómeno los que permiten reconocer que la modalidad más masiva y persistente de violencia de género es aquella que se ejerce contra las mujeres¹⁴⁰.

Si bien la obligación asumida por los Estados de adoptar medidas específicas para prevenir y sancionar esta forma particularizada de violencia permite en parte comprender la necesidad preventiva de tipificar el femicidio¹⁴¹, el tratamiento normativo específico, y sobre todo en materia penal, deberá efectuarse en atención a la gravedad puntual y características que reviste en una sociedad determinada¹⁴².

Otro aspecto a analizar es el compromiso internacional asumido por los Estados de erradicar y/o modificar patrones socioculturales de conducta discriminatorios hacia las mujeres.

En este sentido, la CEDAW¹⁴³, en su artículo 5 señala: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

A su vez, la Convención Belém Do Pará expresa en su artículo 8¹⁴⁴: “Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: (...)b. Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.49.

¹⁴¹ En el artículo 7 letra C de la Convención Belém Do Pará se impone a los Estados la obligación de incluir en sus legislaciones internas, incluida la penal, normas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. *Cónfer Arocena, G. y Cesano, J., Ibid.*, p. 73.

¹⁴² En este sentido, observamos que hay ciertos países que únicamente incluyen el femicidio íntimo como Estados Unidos e Israel, y otros como Italia que incluyen todas las muertes violentas de mujeres por razón de su sexo, ya sea en el ámbito familiar, de vecindad o de clientela en el ámbito de la prostitución.

¹⁴³ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU, 1979). Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/convencion_sobre_todas_las_formas_de_discriminacion_contr_a_la_mujer.pdf.

¹⁴⁴ Artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, aprobada por la ley 24.632).

costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer (...).”

En este sentido, estimamos que si bien el Estado contrae obligaciones específicas a fin de impactar, y por consiguiente, de perfilar la “sensibilidad ética de las personas”, para ello tiene a su disposición la posibilidad de adoptar una multiplicidad de medidas desde diversos lugares de actuación, fundamentalmente desde el ámbito de la educación y capacitación.

Por otra parte, nos encontramos con el derecho penal, el cual lejos está de pretender (o por lo menos no debería en un Estado Social y Democrático de Derecho) etizar a la sociedad o procurar que sus integrantes piensen de un determinado modo.

Es decir, más allá de la aspiración de que se logre visualizar este fenómeno particular y asegurar la vigencia de la norma en el futuro¹⁴⁵, el Estado no puede hacer uso de una figura penal a fin de modificar patrones socioculturales arraigados en la sociedad porque en definitiva estaría atentando contra la libertad de pensamiento (Art. 19 CN), ni el fundamento de la agravación se puede hacer radicar en el “mayor respeto” que el hombre debe a la mujer, puesto que ambos son iguales ante la ley.

En otras palabras, la interpretación de los tratados internacionales tienen como valladar infranqueable los principios de derecho públicos establecidos en la norma fundamental y así lo ha entendido el constituyente argentino al establecer en el artículo 75 inc. 22 de la CN que las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Ya vimos en el Capítulo II que desde una perspectiva preventiva, la justificación del Derecho Penal no emana de su eficacia directa en la resolución de los conflictos sociales.

¹⁴⁶ V. Pascua, Francisco Javier, 2018. *Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*. Mendoza: ASC, p.25-26.

3. Respuesta punitiva a la problemática de género en el Código Penal Argentino.

En virtud del contexto mencionado en el acápite precedente, y como nuestro país no podía resultar ajeno a las obligaciones contraídas internacionalmente, en el año 2009 se dictó la ley 26.485, de protección integral a la mujeres y en diciembre de 2012 se sancionó la ley 26.791, la cual introdujo una serie de modificaciones en la tipificación de los homicidios calificados en el Código Penal.

La reforma de la ley 26.791¹⁴⁷, implicó la instalación definitiva de la problemática de género en el Código Penal Argentino¹⁴⁸, sustituyéndose los incisos 1 y 4 del artículo 80 del Código Penal e incorporándose los incisos 11 y 12, quedando redactado del siguiente modo:

“Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua 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, mediare o no convivencia.

4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género, o su expresión.

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

12° 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°.

Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.

Este análisis se centrará, en lo que se refiere a la violencia de género, en el femicidio. Si bien la reforma ha tenido como objetivo central los casos de víctimas

¹⁴⁷ Art. 80 del CP (incisos modificados e incorporados por los artículos 1-3 de la ley N° 26.791. B.O. 14/12/2012.

¹⁴⁸ Cf. Buompadre, J., 2013. *Violencia de género, femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género*. Córdoba: Alveroni., p. 136.

mujeres¹⁴⁹, circunscribiendo *expressis verbis* la violencia de género al inc. 11, ello no obsta a reconocer la amplitud del concepto social de género, el cual se diferenciaría del sexo o condición biológica del individuo en cuanto a sus características anatómico-fisiológicas¹⁵⁰.

Si bien en el presente trabajo no se pretende efectuar una interpretación del texto de la ley, sino evaluar la legitimidad de su trasfondo en lo referido exclusivamente a la figura del femicidio, advertimos que al limitarse la expresión violencia de género al inc. 11, se ha empleado el término género para describir aquellas características socialmente asignadas a las mujeres y a los hombres que determinan los roles de género y terminan repercutiendo en las relaciones de poder entre ambos.

La violencia contra las mujeres es una “...consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que les han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género”¹⁵¹.

A pesar de lo expuesto y debido a los diversos posicionamientos ideológicos que tal expresión eventualmente puede suscitar, hubiera resultado preferible utilizar la expresión violencia sexista o violencia hacia la mujer, explicitando claramente de la

¹⁴⁹ Sin perjuicio de las restantes modificaciones e incorporaciones efectuadas por la reforma citada en la que no se efectúa distinción alguna entre hombres y mujeres. En los supuestos de los incisos 1 y 12, el sujeto tanto activo como pasivo son indistintos al sexo. Por su parte, respecto al inc. 4, no se hace alusión textual a la violencia de género. En su lugar, se menciona la condición de pertenecer a un determinado género, limitándolo al masculino y al femenino, en razón de contemplar en un supuesto aparte la identidad de género.

A su vez, y como se indicó en el Capítulo I, nos referiremos a mujeres en un sentido biológico y no en un sentido normativo, al advertir que tal ha sido el sentido que ha tenido en cuenta el legislador al tipificar el fenómeno. No obstante, lo afirmado no implica que, de *lege ferenda*, se compatibilice la normativa vigente a la ley 26.743 de Identidad de Género, en un eventual proyecto de reforma.

¹⁵⁰ “Género (del *lat. genus, -ëris*) es un término técnico específico en ciencias sociales que alude al «conjunto de características diferenciadas que cada sociedad *asigna* a hombres y mujeres». (...) Según la [Organización Mundial de la Salud](#), se refiere a «los roles socialmente construidos, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad considera como apropiados para hombres y mujeres», (...) Dentro de las causas de la confusión de "género" y "sexo", se ha señalado la prolongada práctica de socializar lo biológico y biologizar lo social”. (...) Género (ciencias sociales). En Wikipedia. Recuperado el 6 de noviembre de 2020 de: [https://es.wikipedia.org/wiki/G%C3%A9nero_\(ciencias_sociales\)](https://es.wikipedia.org/wiki/G%C3%A9nero_(ciencias_sociales))

¹⁵¹ V. Maqueda Abreu, María Luisa. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 8 (2006), p. 2.

direccionabilidad de este tipo de agresión. De *lege ferenda* sería oportuno en un futuro la modificación en la redacción del término; no obstante es el término generalizado y aceptado.

En cuanto a las expresiones femicidio y feminicidio, las mismas fueron desarrolladas por primera vez por Diana Russell a principios de la década de 1990 en su artículo –escrito junto a Jane Caputi– “Femicide: Speaking the unspeakable”.

Si bien en una primera instancia definió al *femicide* como “el asesinato de mujeres por hombres motivado por odio, desprecio, placer o sentido de propiedad sobre una mujer”¹⁵², posteriormente, ya por el año 2001, redefinió el concepto como “el asesinato de personas de sexo femenino por personas del sexo masculino debido a su condición de ser personas del sexo femenino”¹⁵³, en la que se decidió excluir el elemento odio o misoginia como la palabra mujeres, para incluir de este modo, los asesinatos de niñas y bebés de sexo femenino. (A los fines de este estudio es una definición que en cierto modo “peca por defecto”)

No obstante, la autora proporcionó un concepto en el que se incluían situaciones que excedían la esfera de lo penal, a pesar de que la expresión *femicide* aludía principalmente a crímenes¹⁵⁴.

Ahora bien, en lo que se refiere al neologismo empleado para designar al delito en estudio, si bien nuestro código de fondo no efectúa mención alguna, suelen emplearse dos términos en una suerte de sinonimia conceptual (Buompadre, 2013), seleccionando uno u otro de acuerdo al énfasis que se asigne a su uso: femicidio o feminicidio, recurriendo a este segundo concepto cuando se pretenda hacer hincapié en la responsabilidad estatal al favorecer la impunidad de este tipo de ilícitos¹⁵⁵.

¿Qué se entiende por femicidio? Diversos autores hay intentado brindar definiciones, adoleciendo algunas de la suficiente precisión requerida en este campo del derecho. En este sentido, Arocena proporciona una definición legal en los siguientes términos: “Es la muerte dolosamente causada por un hombre a una mujer, mediando violencia de género”¹⁵⁶.

¹⁵² *Ibid.* Toledo Vázquez, p. 90.

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ “El femicidio es el extremo de un continuum de terror que incluye violación, tortura, esclavitud sexual, abuso sexual infantil incestuoso y extrafamiliar, maltrato físico y emocional, hostigamiento sexual, mutilación genital, operaciones ginecológicas innecesarias, esterilización forzada (...) Cuando estas formas de terrorismo resultan en muerte, se transforman en femicidios”. Russel y Caputi, 1990:35, citado por Toledo Vázquez, 2014, p. 87.

¹⁵⁵ *Ibid.*, Toledo Vázquez, 2014, p. 27.

¹⁵⁶ *Ibid.*, Arocena, p. 100.

Por su parte, Buompadre logra un mayor ajuste del concepto a con arreglo a los elementos del tipo legal vigente en el ordenamiento argentino, construyendo el concepto en los siguientes términos: “la muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino”¹⁵⁷.

Respecto a las exigencias previstas en la formulación legal, Buompadre indica que se trata de un tipo agravado de homicidio, especial impropio, cuya perfección típica exige la concurrencia de las siguientes condiciones: a) que el autor del homicidio sea un hombre; b) que la víctima sea una mujer; c) que el agresor haya matado a la víctima “por ser mujer” y d) que el asesinato se haya perpetrado en un contexto de violencia de género, en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima¹⁵⁸.

Si bien coincidimos con el maestro correntino en que la normativa en estudio no incluye la totalidad de clasificaciones de femicidios proporcionadas desde el ámbito de la sociología¹⁵⁹, disentimos en cuanto a la supuesta exclusión implícita del femicidio no íntimo.

No obstante reconocer los complejos problemas de interpretación que puede implicar analizar en cada caso la concurrencia de la perspectiva de género, estimamos que el inciso 11 del C.P. de ningún modo excluye aquellos supuestos en los que no ha mediado relación alguna entre el sujeto activo y pasivo, siempre y cuando medie la *condictio sine qua non* del sometimiento como configurativa del contexto de género requerido.

Retomando la elaboración conceptual del entuerto en estudio, parecería que en lugar de precisar el concepto de femicidio, debiéramos previamente comprender lo que se entiende por violencia de género. En definitiva, y tratándose de un elemento normativo del tipo, no es posible conocer la locución mencionada sin acudir a una segunda norma de carácter escrito, no bastando las definiciones que apelan a una sinonimia conceptual genérica basada en el maltrato del hombre hacia la mujer¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Vid. Buompadre. Violencia de género, femicidio y Derecho penal. Los nuevos delitos de género. *Pensamiento Penal*, p. 128. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>

¹⁵⁸ 73 BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Los delitos de género en la reforma penal (ley n°26.791)” (<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>) p. 32.

¹⁵⁹ Diana Roussel, investigadora sudafricana, distingue tres tipos: el femicidio íntimo - aquel cometido por un hombre contra una mujer con la cual tenía una relación previa, el femicidio no íntimo – en el que no media relación previa alguna y generalmente implican un ataque sexual previo – y el femicidio por conexión, en el que mujeres resultan asesinadas en la línea de fuego de un hombre, tratando de matar a una mujer-. En este sentido, Vid. Toledo Vázquez, 2014, p.128.

¹⁶⁰ Cfr. *Ibid.* Arocena, p. 106. Ya hemos afirmado en el capítulo I¹⁶⁰ que se advierte un defectuoso empleo de la herramienta del tipo penal en blanco¹⁶⁰. Tal circunstancia ha provocado que las definiciones que integran el tipo puedan obtenerse apelando a otros cuerpos normativos no definidos por el tipo del inciso

Si nos atenemos a la definición proporcionada por la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (2009), 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 agentes¹⁶¹.

Esta definición contiene algunos puntos muy importantes, entre los cuales encontramos el concepto de desigualdad de poder entre varones y mujeres. Pero, ¿Qué debería entenderse por esta noción?

Advertimos no sólo la no adopción de la expresión femicidio en la legislación respectiva, utilizándose la figura del homicidio agravado, sino que la definición contenida en la ley 26.485 resulta de difícil aplicación en un área que exige conceptos precisos y determinados¹⁶².

En este sentido, se ha afirmado: “Sin embargo, conviene recordar que el principio de legalidad penal (art. 18 CN) impone la interpretación restrictiva de la ley criminal que requiere que, en casos de expresiones vagas, de textura abierta y carentes de autonomía semántica como “violencia de género”, el jurista práctico eche mano de herramientas interpretativas distintas del canon gramatical o literal, tales como el criterio sistemático que mira la ubicación de la norma a interpretar en el específico texto de la ley que la comprende y en el genérico marco de todo el conjunto normativo que compone el ordenamiento jurídico vigente”¹⁶³.

A pesar de lo expuesto, resulta inevitable que, debido a la complejidad en ciertas materias y a determinadas consideradas político criminales como lo es el caso de la violencia de género, las leyes que se dicten en consecuencia adolezcan de algún grado de indeterminación en su contenido. Es por ello que en lo que se refiere al fenómeno en estudio, y debido a la esencia de su contenido, los esfuerzos interpretativos deberán ser mayores.

11 al mencionarse genéricamente el “contexto de género”, lo que ha repercutido en divergencias interpretativas.

¹⁶¹ Art. 4 de la ley 26.485.

¹⁶² Hemos visto en el Capítulo I (p.17) las divergencias jurisprudenciales suscitadas a partir de la falta de uniformidad en la interpretación de la normativa contenida en el inc. 11 del C.P.

¹⁶³ Arocena, G. y Cesano, J., 2017. *El delito de femicidio*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, p. 111.

Empero, lo afirmado no obsta a reconocer que hubiera resultado acertado, a fin de resguardar el principio de legalidad, que la normativa enumere contextos de violencia de género de modo no taxativo, como es posible visualizar en el derecho comparado. En concreto, mencionando contextos situacionales que demuestren que el hombre tiene algún tipo de posesión sobre la mujer, considerándola inferior y por consiguiente, librada a su voluntad y sometimiento (*ad. ex.* en aquellos supuestos de delitos contra la integridad sexual en los que la mujer es cosificada por el agresor, quien dispone a su voluntad del cuerpo de la víctima para luego quitarle la vida).

Retomando el dilema originado por la definición que debería asignarse a la expresión: “relación desigual de poder”, está claro que la misma integra el concepto de violencia de género, pero “es absurdo deducir de ahí que cada golpe, cada insulto, cada amenaza, deben realizarse con el específico “ánimo de dominar” a la mujer en la situación concreta”¹⁶⁴.

Es precisamente esta relación desigual de poder la que distingue el contexto de género, este último como característica definitoria central del entuerto y es esta modalidad de acción el motivo por el cual se incorporó el femicidio dentro del catálogo de los homicidios calificados del artículo 80 del C.P.

Ello sin perjuicio de reconocer, como venimos afirmando en el presente trabajo, la existencia de un especial elemento del ánimo, característico de la figura en cuestión, el cual deriva del contexto exigido por la figura. No obstante, y adelantándonos en lo que se refiere a la hipótesis sostenida, consideramos que tal extremo no configura el motivo particular que funda la agravante, dentro del repertorio de fundamentos contenidos en el artículo 80 del C.P.

Si bien todo el mundo comprende lo que se entiende por relación desigual de poder, implicando el concepto la presencia en la figura penal de un componente estructural y sexista que a su vez permite entender por qué son víctimas las mujeres¹⁶⁵, se advierte que a la ley penal le hace falta algo más: describir en forma clara los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la conducta típica¹⁶⁶.

En función de lo expuesto, surge la necesidad de apelar a un conjunto de elementos característicos que se den inexorablemente en todos los femicidios y que a su vez,

¹⁶⁴ Laurenzo Copello. Hacen falta figuras de género específicas...*Op. Cit.* p.37.

¹⁶⁵ *Vid.* el desarrollo argumental contenido en el Capítulo II.

¹⁶⁶ *Cf.* Laurenzo Copello. Hacen falta figuras de género específicas...*Op. Cit.* p.35.

deriven de un elemento distintivo de la violencia contra la mujer (aparte de mencionar la especificidad del sexo respecto a cada sujeto interviniente): el contexto de género.

Este último implica no sólo objetivamente una situación de sometimiento, sino que, de conformidad a las exigencias derivadas desde un ámbito sociológico, posteriormente adaptadas al ámbito internacional de los Derechos Humanos, tal contexto resultaría ser producto de un especial elemento del ánimo y que a su vez, permitiría comprender el fenómeno en su integralidad: hablamos de una motivación discriminatoria (sin soslayar la dificultad probatoria que acarrea tal afirmación, la cual será abordada en el próximo capítulo) .

De lo contrario, si no se tiene presente este componente particular, no sólo se restaría especificidad al ilícito investigado, sino que no habría lugar en el ámbito penal para incorporar aquello que caracteriza a la violencia de género y sobre todo, a su expresión más extrema como es el femicidio: “matar a una mujer por ser mujer, matar a una mujer por su género”.

En otras palabras, no es posible ignorar en la figura la creencia del hombre respecto de la mujer víctima, debido a que sin la misma no hay situación de subordinación posible: (...)“lo que rige la conducta del hombre violento es la creencia que tiene sobre la mujer a la que considera un objeto de su pertenencia sobre la que puede ejercer su dominación de modo arbitrario y con toda la naturalidad”¹⁶⁷(...).

Respecto a este último elemento subjetivo, veremos en el transcurso del capítulo la distinción entre las exigencias previstas en el inc. 11 y aquellas correspondientes al delito específico de odio de género (inc. 4 C.P.). En este último supuesto advertiremos cómo de modo aleatorio se presenta el elemento configurado por el sometimiento y una exigencia subjetiva particular configurada por la misoginia u odio de género.

¹⁶⁷ CAGIGAS ARRIAZU, Ana, “El patriarcado como origen de la violencia doméstica”, publicado en el sitio web de la Fundación Dialnet, link: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/206323.pdf>.

2. Alcance y significado del elemento motivacional.

El significado y alcance del elemento motivacional del que venimos hablando ya se venía perfilando jurisprudencialmente con anterioridad a la ley 26.485, y es en este sentido que discernimos un elemento intencional en la figura penal, al exigirse para su configuración que: el comportamiento esté dirigido a provocar la muerte de una mujer por su condición de tal, en un contexto de violencia de género y ante la imposibilidad del agresor de continuar perpetuando el dominio sobre la víctima¹⁶⁸.

En tales términos fue descripta la conducta de Javier Claudio Weber, quien fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de Capital Federal para fecha 23 de agosto de 2012 a veinte años de prisión por haber intentado quitarle la vida a su ex pareja, Corina Fernández, mediante varios disparos con un arma de fuego.

En esa época, como no estaba receptada la figura en la normativa argentina, se lo condeno como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por haber sido cometido con arma de fuego, en grado de tentativa, en concurso real con portación de arma de fuego de uso civil sin autorización, aunque se consideró que su conducta merecía un mayor reproche al tratarse de un real femicidio pues había provocado la muerte de su ex pareja, por su condición de tal, en un contexto de violencia de género y ante la imposibilidad de continuar perpetrando el dominio sobre ella¹⁶⁹.

Es decir, observamos a partir del fallo mencionado cómo se venía advirtiendo un desvalor adicional en la conducta reprochada, al estar esta última destinada a provocar la muerte de la mujer, por el hecho de serlo, y ante la imposibilidad de continuar perpetuando el dominio sobre ella. De este modo, no sólo se hace alusión al contexto de violencia de género, sino que tal conceptualización se lo enuncia como un eslabón más dentro de los elementos objetivos/subjetivos que concatenan la violencia de género.

En este orden de ideas, cabe destacar que jurisprudencialmente, y con el transcurso de los años, se fue perfilando con mayor nitidez que el contexto fáctico en el

¹⁶⁸ La cuestión analizada es al margen de la dificultad probatoria que implica, lo que será debidamente desarrollado en el siguiente capítulo.

¹⁶⁹ Tribunal Oral n° 9 de la Capital Federal, causa n° 3674, “Javier Claudio Weber s/ homicidio en tentativa”, 23 de agosto de 2012, publicada en <http://www.cij.gov.ar/nota-9686-Difunden-fallo-que-condeno-a-20-anos-de-prision-a-un-hombre-por-tentativa-de-homicidio-de-su-exmujer.html>

que se desplegaba la conducta del agresor necesariamente trasuntaba en una peculiar concepción del género femenino que a su vez, facilitaba una situación de sometimiento.

Por otra parte, el elemento subjetivo requerido por la figura fue objeto de no pocos debates. En este sentido y a modo ejemplificativo, nos encontramos frente a sentencias en las cuales se ha afirmado: “(...)Giujusa mató a una mujer con la cual había tenido una historia en común, vivencias y experiencias, y no a una anónima mujer con la que hubiese tenido una relación fugaz o menos aún; en otras palabras, Giujusa no mató a Melo por ser una mujer, sino porque era su mujer (no debiéndose reputar aquí el —su como indicativo de posesión); no fue el género mujer lo que determinó su accionar sino que mató a su pareja Soledad Melo, que no era cualquier mujer sino alguien con quien se había interrelacionado durante unos siete años(..)”.¹⁷⁰

Si bien el tribunal a quo había desestimado el uso de la figura del inciso 11, reemplazándolo por la del inciso 1, en el fallo emitido por la Cámara Federal de Casación Penal, para fecha 31/06/2016, se pronunció el Dr. Hornos, quien a modo de obiter dictum, consideró: “(...)A la luz de las directrices antes delineadas, considero, de adverso a lo sostenido en la sentencia impugnada, que de los elementos convictivos obrantes en la causa es dable inferir que entre Maximiliano Gastón Giujusa y Andrea Soledad Melo existía efectivamente una relación desigual de poder en cuyo marco Melo no podía moverse con total libertad debido a los celos enfermizos de su pareja y a los constantes controles que sobre ella ejercía (llamados reiterados por teléfono, hostigamiento a su lugar de trabajo)”(...). Así, lo cierto es que en la especie no puede ser otro el corolario pues se advierte que la conducta llevada a cabo por el imputado contra la damnificada y el contexto fáctico precedente en el que se inscribió su accionar trasuntan una peculiar concepción del género femenino que lejos de reconocerle a Melo un espacio de autonomía y libertad para construir las relaciones intersubjetivas que ella deseara, la objetivizó reduciéndola a un estado semejante al de una posesión.(...)”¹⁷¹.

A pesar de los avances jurisprudenciales, la percepción y valoración del elemento subjetivo en estudio ha adolecido (y actualmente adolece) de graves problemas

¹⁷⁰ Voto del Dr. Fernández en TOC nro. 26 de la Capital Federal en c. CCC 005203/2013/TO01 - —GIUJUSA s/ HOMICIDIO SIMPLE QUERELLANTE: MELO JORGE EDUARDO Y OTROS GIUJUSA s/HOMICIDIO SIMPLE QUERELLANTE: MELO JORGE EDUARDO Y OTROS del 10/11/2014. Recuperado de: <http://www.cij.gov.ar/sentencias.html>. Se condenó a Maximiliano Gastón Giujusa, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por haber sido cometido contra una persona con la que mantenía una relación de pareja y de convivencia y con alevosía, a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas.

¹⁷¹ CFCP - Sala I - c. CCC 5203/2013/TO1/CF1, caratulada “Giujuza, Maximiliano Gastón s/ recurso de casación”, del 31/8/16. Recuperado de: <http://www.cij.gov.ar/sentencias.html>.

interpretativos derivados de su falta de claridad: expresiones como “dar muerte a una mujer por su condición de mujer, por ser mujer o por su género”, son locuciones desentrañadas de modo simplista, lo que genera una inadecuada comprensión del fenómeno en estudio¹⁷².

Es en este sentido que reconocidos autores niegan la posibilidad de afirmar la existencia de un especial elemento del ánimo en el autor. Arocena considera que la figura pareciera no consagrar implícitamente elemento subjetivo alguno distinto del dolo, sino sólo este último en el que el autor actúa sabiendo y queriendo realizar actos que se traducen en una situación de violencia de género¹⁷³.

Por su parte, Buompadre, estima que el delito únicamente admite dolo directo, no resultando admisible ningún elemento subjetivo especial distinto de aquél¹⁷⁴.

A su vez, este último autor se pregunta si la ley hace referencia al tipo de femicidio en su concepción tradicional, esto es, a los casos de muertes en los que la víctima es una mujer y ha sido asesinada por su condición de tal en un contexto de género o si, por el contrario, también quedan abarcados por la norma otros tipos de homicidios en los que resulta indiferente la motivación que pudiere haber tenido el sujeto activo para ocasionar la muerte.

Consideró que de conformidad al debate en las sesiones de las Comisiones de la Cámara de Diputados, se ha optado por una concepción ampliada de femicidio en la que resulta indiferente la consideración del género de la víctima por el autor.

En este aspecto disentimos con el autor. Advertimos una cierta contradicción en su elaboración conceptual, debido a que en primer lugar, establece que el agresor debe haber matado a la víctima “por ser mujer” (pertenencia al género femenino) como exigencia para lograr la perfección típica¹⁷⁵ para luego aclarar que la ley ha adoptado una concepción amplia de femicidio, incluyendo supuestos en los que resulta indiferente la motivación del agente al momento de ocasionar la muerte, siendo indistinto el género de la víctima.

¹⁷² Caracterizado este último por una discriminación hacia el género que facilita la situación de sometimiento de la víctima.

¹⁷³ *Ibid.*, Arocena, p. 115.

¹⁷⁴ Buompadre, Jorge E., 2015. *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género*. Córdoba: Alveroni, p. 164.

¹⁷⁵ A su vez, no invoca en qué estrato de la teoría del delito debería evaluarse tal exigencia.

Consideramos que la motivación resulta exigida implícitamente por el inciso 11. Si bien resulta asequible teóricamente a partir de sus raíces culturales o sociológicas, ello no la exime de su naturaleza como tal, es decir, como especial elemento del ánimo.

En otras palabras, sigue siendo una motivación¹⁷⁶.

Efectuar distinciones entre motivaciones colectivas (y por consiguiente, presumibles *iure et de iure*) e individuales (como en el supuesto del inciso 4)¹⁷⁷, habilitaría a presumir en todos los casos la concurrencia de una motivación de carácter cultural y, en tal sentido, resultaría dificultoso sortear el valladar constitucional infranqueable constituido por el principio de responsabilidad personal.

Es decir, no puede presuponerse culturalmente una determinada motivación, sobre todo cuando es el propio autor mencionado el que, citando al autor Eduardo Ramón Ribas, parte del siguiente presupuesto de elaboración conceptual: (...) No siempre que se haya cometido, en perjuicio de una mujer, un delito enmarcado en un contexto de violencia familiar, existirá un delito de violencia de género, sino que, para que esto último suceda, debe comprobarse que el acto se manifieste como una discriminación del primero (varón) respecto de la segunda (mujer), por razón, precisamente, de la condición femenina de la víctima, evidenciándose en el acto una situación de desigualdad, una relación de poder del autor sobre la mujer(...)¹⁷⁸.

En el siguiente acápite, continuaremos con el desarrollo de las distinciones conceptuales efectuadas y veremos cómo una inadecuada interpretación del elemento subjetivo no sólo genera dificultades a fin de distinguir al figura delictiva prevista en el inciso 11 respecto al delito de odio de género, sino que, en definitiva, se habilitaría a inferir que en contraposición a un elemento subjetivo motivacional de carácter individual (presente en el inciso 4 como veremos *ut supra*) nos encontraríamos frente a un componente subjetivo de carácter colectivo.

¹⁷⁶ “(...) el objetivo de un acto voluntario está fundamentado en un interés profundo, que son las motivaciones o los móviles. La motivación es la fuerza y energía interna que activa el comportamiento (...)”. *Vid.* Díaz López, Juan Alberto (2012), *Ibid.*, p. 249 *apud* KARSTEDT, “Emotions and Criminal Justice”, TC, 2002, pp. 299-317.

¹⁷⁷ *Ibid.* Arocena, p. 94-95: “Existe tal “odio” cuando el sujeto activo mata a la víctima por su aversión hacia el género, la orientación sexual, la identidad de género, o la expresión de la identidad de género de aquella. Dicha aversión es, entonces, la motivación individual y de corte psicológico- que no ya cultural o sociológica, como sucede en el femicidio, que pone en marcha la acción homicida”.

¹⁷⁸ Arocena, G. y Cesano, J., 2017. *El delito de femicidio*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, p. 123.

3.b. Odio de género.

La ley 26741 amplió el catálogo de supuestos que agravan la pena del homicidio en razón del motivo que estimula el comportamiento del agente. El Artículo 80, en su parte pertinente, reza: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: ... 4°. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión ...”.

El odio de género es el odio a alguien sólo por pertenecer a un género específico, independientemente de cuál género sea. Esta clase de odio de género, si está dirigido a las mujeres, estaría configurado por el odio a la mujer por ser mujer y, en el supuesto de tratarse de un destinatario masculino, como el odio al hombre por ser hombre.

“El agresor no mata porque con ello persiga algún fin determinado; por lo general, lo hará por odio al género humano, constituido por los sexos masculino y femenino, sea por las diferencias o desigualdades que ello implica o bien por misoginia, esto es, por desprecio a la víctima porque es del sexo femenino”¹⁷⁹.

Tal como se mencionó precedentemente, y en cuanto a la condición de pertenecer a un determinado género, se procedió a limitar este último concepto al sexo masculino y al femenino, en razón de contemplarse en el mismo artículo un apartado relativo a la identidad de género.

En función de lo expuesto, si bien se encuentra prevista la posibilidad de que un hombre resulte víctima, lo afirmado no conlleva a la conclusión (sin ánimos de reiteración) de estimar que no habría razones para incluir el denominado “masculinicidio”. (a tal fin, Vid. los argumentos expuestos en el apartado correspondiente - Capítulo II)

En este ámbito, resulta interesante constatar que el concepto de femicidio se desarrollara inicialmente mediante el análisis efectuado por Russell y Caputti a partir del caso de Marc Lépine: el asesinato masivo de 14 alumnas de una Facultad de Ingeniería de Montreal, ocurrido en diciembre de 1989 por un joven que no fue

¹⁷⁹ Buompadre, Jorge E., 2015. *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género*. Córdoba: Alveroni, p. 153

aceptado en dicho establecimiento. Él mismo había declarado su odio hacia las mujeres al ocupar éstas espacios tradicionalmente reservados a los hombres.

Aquí vemos un supuesto típico de delito de odio. En este caso, la motivación de odio hacia las mujeres fue la que permitió a Russell y Caputi evidenciar que la misoginia resultaba equiparable al racismo, antisemitismo o la homofobia en otros crímenes de odio¹⁸⁰.

Si bien sociológicamente podría encasillarse este supuesto en una concepción amplia de femicidio, entendemos que ello no es viable una vez adentrados en el ámbito penal. La hiperlaxitud de tal concepto terminaría atentando contra los principios que sostienen y fundamentan el Derecho Penal.

En otras palabras, si intentamos discernir elementos en común entre el caso mencionado y algún supuesto de femicidio íntimo, únicamente tendremos como resultado la identidad biológica de sujeto activo y pasivo y algún tipo de elemento subjetivo cuyo contenido parecería no ser del todo preciso.

Retomando la idea plasmada *ut supra* en el acápite relativo a la valoración del especial elemento motivacional, la confusión suele visualizarse cuando comienzan a hacerse distinciones entre elementos subjetivos motivaciones individuales, propios de los delitos de odio, y una aversión cultural o sociológica, colectiva (no individual) presente en el femicidio¹⁸¹.

En este orden de ideas, se ha afirmado: “(...) Sin embargo, una interpretación del tipo legal del art. 80 inc. 11 del Código Penal en necesaria clave cultural y sociológica – que repara en el pensamiento misógino, justamente, como fenómeno cultural-sociológico, y no como motivación individual de una determinada conducta homicida (...)”¹⁸².

En primer lugar, la misoginia, valorada de este modo como un mero fenómeno cultural-sociológico y no una motivación individual, presentaría dificultades al evaluar su compatibilidad con un derecho penal de acto, caracterizado por asignar responsabilidad individual al autor en función de lo actuado (objetiva y subjetivamente).

Se presumiría que el autor cometió un femicidio porque culturalmente debe sentir misoginia hacia la víctima en función de la idea de una responsabilidad colectiva como producto de una reiteración de casos ocurridos en el pasado.

¹⁸⁰ *Ibid.*, Toledo Vázquez, p.88-89.

¹⁸¹ Arocena, G. y Cesano, J., 2017. *El delito de femicidio*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, p. 95.

¹⁸² *Ibid.*, p. 123.

Como hemos afirmado en el Capítulo II, al pasar la violencia de género por el tamiz del Derecho penal, debe abandonarse el componente colectivo, propio de una argumentación sociológica debido a que nos encontramos frente a sujetos individuales.

En segundo término, si se valora la misoginia como un elemento colectivo – no subjetivo individual- resultaría sumamente dificultoso distinguir entre la figura del inc. 11 y la del inc. 4.

Incluso, al transpolar esta limitación del concepto misoginia al ámbito de los delitos de odio, advertimos una cierta contradicción: la misandria (debido a que el odio de género, tal como mencionado ut supra, no se limita a la mujer como víctima) debería acreditarse como elemento subjetivo y no así la misoginia.

Es decir, más allá de reconocer y validar la importancia sociocultural en cuanto a explicación del fenómeno en estudio (lo que, como veremos en el siguiente acápite, repercutirá en el modo de prueba de este especial elemento de ánimo) no advertimos que media algún argumento consistente que permita diferenciar conceptualmente la misoginia de otra aversión que el sujeto activo puede tener respecto a cualquier otra condición de la víctima.

Piénsese como sujeto pasivo a una persona nacida varón pero que posteriormente decidió rectificar su sexo y cambiar su nombre de pila (ley 26.143), supuesto en el cual el victimario actúa por aversión a la identidad sexual de víctima. ¿Por qué la conducta de dar muerte a la mujer basándose en su género (Art. 1 de la Convención de Belem Do Para) no implicaría una motivación especial pero sí en el caso de aversión a la identidad sexual?

Sostenemos que el único modo de encontrar puntos de unión entre el femicidio y los hate crimes en cuanto a delito de odio de género (femenino) es apelando a comprobar un contexto de género que en sus ribetes esenciales puede asimilarse a una situación de verdadero sometimiento, como desenlace o proyección de un determinado elemento subjetivo discriminatorio que en ocasiones (inc. 4) derivará en una real misoginia.

Es en este sentido que diferimos con la opinión que sostiene que en los hate crimes media siempre una situación de sometimiento¹⁸³.

¹⁸³ Cfr. Peralta, M.J. (2013) Homicidios por odio como delitos de sometimiento. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2013, p.5: “La manera en que las víctimas pueden evitar la agresión en estos casos es sometiéndose a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida; la contracara es que el autor las mata porque no se han sometido. Esta idea de sometimiento no se presenta en los homicidios comunes en los cuales la víctima, para no ser tal, no necesita someterse a la voluntad de

El sometimiento configura una definición que implica que el autor desea imponer sus propios parámetros de conducta a la víctima, de tal manera que esta únicamente sobrevivirá si se ajusta a tales reglas. En los denominados delitos de odio, no siempre el autor pretende imponer una heteronomía que no corresponde, resultando rechazada por la víctima.

La heteronomía es un concepto que se aplica a un ser que vive según reglas que le son impuestas, y que en el caso del ser humano se soportan contra la propia voluntad o con cierto grado de indiferencia.

Para hablar de heteronomía debe haber aunque sea un mínimo campo de juego que permita una interacción inicial entre homicida y víctima, y a partir de la cual se termine imponiendo la voluntad y/o reglas que aquél considera correctas.

Consideramos que tal circunstancia no se corrobora cuando pensamos en aquellos casos de homicidas que ingresan a templos religiosos y comienzan un tiroteo que termina cobrando varias vidas.

Piénsese en los numerosos casos cometidos en Estados Unidos, en los que los autores de las masacres cometidas publican en las redes sociales manifiestos en contra de la inmigración. En estos casos únicamente podría pensarse en una idea de sometimiento por parte del autor en función del efecto disuasivo que tal masacre potencialmente podría provocar en los restantes inmigrantes pero no respecto a la víctima en concreto.

En cuanto a la estrecha vinculación que los femicidios tienen con la figura de los *hate crimes*¹⁸⁴, resulta interesante constatar gran parte de los debates a nivel latinoamericano sobre la tipificación del ilícito también se relacionan con estas figuras.

En este sentido, el artículo 6 de la ley guatemalteca tipificó el femicidio como: “Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias: (...) f. Por misoginia (...)”.¹⁸⁵

ningún autor concreto. Esto es lo que marca la diferencia entre ambas clases de homicidios y justifica su trato diferenciado”.

¹⁸⁴ Diversas legislaciones consagran expresamente una agravante de responsabilidad relativa a los móviles discriminatorios que motivan al autor a cometer el delito, tendencia que se vincula a los llamados *hate crimes* o crímenes de odio. Si bien estas figuras se han extendido en gran parte de Europa y diversos países latinoamericanos, el concepto y su posterior debate teórico se concentró en Estados Unidos a partir de la década de 1980.

¹⁸⁵ Artículo 6 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer. Decreto número 22-2008. B.O. 07/05/2008.

En el caso de El Salvador, la figura está contemplada como: “Art. 45. Femicidio. Quien le causare muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años”(…) ¹⁸⁶.

En el año 2013 se reformó el Código Penal hondureño, incorporando el tipo penal de femicidio. El artículo 118 establece que: “(…) Incurrir en el delito de femicidio, el o los hombres que den muerte a una mujer por razones de género, con odio y desprecio por su condición de mujer (…)” ¹⁸⁷

En parte, ello encuentra su explicación al advertirse elementos comunes entre el femicidio y los delitos de odio, lo que ha dado lugar a acepciones amplias proporcionadas desde la sociología.

Es en este último ámbito en el que se termina definiendo a la figura como el asesinato de mujeres por parte de sus maridos, novios, padres, conocidos y desconocidos, caracterizado por poseer un sustrato común: la misoginia. De este modo, el *femicide* constituye “la fórmula más extrema de terrorismo sexista (….) motivada por odio, desprecio, placer o sentimiento de propiedad sobre las mujeres”. ¹⁸⁸

Es por expuesto que estimamos que, si bien de acuerdo a una acepción amplia de femicidio, ambos conceptos podrían ser integrados, media una relación de género a especie entre el delito de femicidio y el homicidio motivado por odio de género cometido contra el género femenino ¹⁸⁹. Precisamente es el contexto de sometimiento lo que caracteriza a la figura del inciso 11 en cuanto a femicidio en sentido estricto, lo cual puede concurrir o no en casos de mediar odio hacia las mujeres como disparador de la conducta.

Retomando los conceptos detallados ut supra, decimos que cuando hablamos de la figura delictiva prevista en el inciso 11, hacemos referencia a un contexto en donde, en lugar de regir la autonomía, rige la heteronomía ¹⁹⁰.

Es por ello que cuando el sujeto activo reacciona frente a una mujer por su mera condición biológica, y no porque esta última ejerció algún derecho por el cual el agresor

¹⁸⁶ Artículo 45 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Decreto N° 520. 25/11/2010.

¹⁸⁷ Se adiciona el artículo 118-A al Decreto No.144-83, contentivo del Código Penal.

¹⁸⁸ Russel y Caputi, 1990:34, citado por Toledo Vázquez, 2014, p. 86.

¹⁸⁹ En este sentido, disintimos con Toledo Vázquez, la cual afirma que al incluirse en la legislación argentina la expresión “odio de género”, se vinculan los hates crimes (género) con el femicidio, siendo este último una de sus posibles manifestaciones (especie). *Id.*, p. 225.

¹⁹⁰ T.S. de Córdoba, sentencia N° 250, 28/05/2014, “Morlacchi”.

se sintió provocado, correspondería hablar de odio de género y no de femicidio en sentido estricto¹⁹¹.

Es decir, en este tipo de supuestos, en lugar de dar lugar a una agravación automática por femicidio, debería vincularse más bien a casos de ataques indiscriminados a mujeres en atención al carácter misógino del sujeto activo.

“En definitiva, no es lo mismo un delito machista (especialmente en el ámbito de la pareja) que un delito motivado por misoginia”¹⁹². Es decir, la violencia de género puede ser considerada como tal sin requerir la presencia de odio¹⁹³.

En efecto, si hablamos de un sujeto heterosexual que comete un acto de agresión sexual contra una mujer, la idea de cosificación de esta última vuelve a aparecer, empleando el sujeto activo violencia sexual como medio para someter a la víctima. Si bien, prima facie, puede pensarse en una mera motivación sexual, en el fondo no es más que un mero placer vinculado a una situación de dominación.

No obstante, en este caso, en general, no concurrirá en el agente odio por razón del sexo: no se trata normalmente de un sujeto misógino, salvo que el delito fuese su único modo de expresar este odio hacia el género femenino. Así como cometió un delito contra la integridad sexual de la víctima, podría haber cometido un homicidio o lesiones de las previstas en los artículos 89, 90 o 91 del C.P.

Por otra parte, si se estima que la muerte de mujeres en contexto de género debe considerarse como un *hate crime*, se presumiría (con la dificultad probatoria que a su vez conllevaría) que el autor actuó por el odio hacia la víctima en cuanto integrante de un determinado colectivo, lo cual distaría bastante – y a su vez dificultaría la verdadera comprensión del fenómeno- de la comprensión tradicional de esta modalidad de violencia como expresión de un deseo de posesión o de cosificación de la víctima.

Asimismo, resultaría de nula aplicación el inciso 11 al tener que acreditar previamente que el autor haya matado a una mujer porque “odia a las mujeres” en cuanto colectivo. Que tal circunstancia haya concurrido en ciertos casos, no implica que en todo femicidio suceda.

En función de ello, y tal como mencionamos en el acápite anterior, estimamos que el elemento especial del ánimo presenta ribetes discriminatorios, que en ciertos

¹⁹¹ Estas consideraciones las desarrollaremos con mayor detenimiento al momento de analizar el fallo Azcona.

¹⁹² Díaz López, Juan Alberto (2012) *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Universidad Autónoma de Madrid, p.314.

¹⁹³ CRUZ BLANCA, “Igualdad, Control Social y Derechos Humanos”, *Panóptica*, 2010, p. 144.

casos puntuales, podrá transmutarse a una verdadera misoginia (inc. 4)¹⁹⁴, pudiendo calificarse como un concurso ideal o aparente respecto a la figura del inciso 11 por aplicación del principio de especialidad, de acuerdo al caso y al criterio adoptado.

En este último caso, se recurrirá a la figura del inciso 4 cuando el sujeto no solo pretenda perpetuar unos determinados roles de género, sino cuando además con ello procure consumir su deseo de causar un mal a su víctima por el sólo hecho de ser biológicamente mujer.

El ámbito de aplicación se ceñiría a motivaciones misóginas, no necesariamente consistentes en imponer una cultura machista de sometimiento de la mujer por su género¹⁹⁵.

Asimismo, tampoco consideramos que en los denominados delitos de odio se adopten medidas de acción positiva. Si bien estimamos que en estos supuestos el fundamento radica en el principio de igualdad, sancionando a quien actúe con motivos discriminatorios¹⁹⁶, nos acogemos a la tesis que sostiene que este tipo de delitos no sanciona hechos cometidos contra algún colectivo socialmente discriminado, sino contra ciertas personas que revisten determinadas características generales.

Es decir, no hablamos de grupos selectos (*ad. ex.* el inciso 4 no especifica a cuál religión o raza hace referencia y en el supuesto de odio de género, tampoco podríamos considerar a las mujeres como una minoría). Por consiguiente, si bien en los delitos de odio el fundamento se sustenta en el principio de igualdad (*animus model*), no por ello se lo utiliza como mecanismo compensador de diferencias padecidas por minorías históricamente discriminadas.

¹⁹⁴ En este orden de ideas, se puede visualizar como en ciertas legislaciones, como la ley de femicidio de Guatemala, se menciona a la misoginia como uno de los supuestos que hacen presumir la existencia de un contexto de género. En estos casos, y de mediar un contexto de sometimiento en conjugación con el elemento misoginia, se aplicaría directamente la figura de femicidio, sin necesidad de recurrir específicamente a la figura de los *hate crimes*, disipando las oscuridades interpretativas que podrían suscitarse.

¹⁹⁵ *Mutatis mutandi* Díaz López, Juan Alberto (2012) *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Universidad Autónoma de Madrid, p.318.

¹⁹⁶ Asumimos un concepto de odio alejado de la noción aristotélica o mecanicista de concreta emoción como deseo de causar un mal, haciendo incapié en el prejuicio de su motivación. En este sentido: "(...) Por ejemplo: supongamos que un sujeto no se dedica a matar a víctimas homosexuales porque "les odie". Puede que no lo considere un mal, puede que en su fuero interno rija la compasión: para él, quizás son sujetos enfermos, imposibles de redimir, que causan un mal a la sociedad. La muerte, en ese sentido, podría ser considerada un bien, una liberación. O supongamos que el sujeto actúa por el asco que le produce contemplar a dos sujetos del mismo sexo dándose un beso. En ambos supuestos, puede que no se produjera en el cerebro del autor la reacción biológica correspondiente al odio (...)". *Ibid.*, p. 248.

En el caso del inciso 11, al partir de una diversa fundamentación, debido a que se especifica el destinatario de la ilicitud¹⁹⁷, el elemento especial del ánimo presente en la figura necesariamente se valorará de modo diverso, tal como veremos en el acápite relativo a la repercusión del elemento subjetivo mencionado en la investigación del ilícito penal.

Ya hemos visto que la figura en estudio no encuentra su razón de ser (limitándonos al ámbito exclusivamente penal) en lograr erradicar la discriminación hacia la mujer debido a que la sociedad no tolera esta modalidad de segregación del género femenino y a fin de lograr una igualdad entre hombre y mujer.

Por el contrario, la figura penal encuentra su basamento en múltiples factores, entre los que advertimos algunos de carácter simbólico, otros preventivos y principalmente deontológicos en función de la gravedad de este tipo particularizado de violencia.

Si bien en este supuesto, y a diferencia del inc. 4, sí se parte de un colectivo que históricamente puede considerárselo discriminado (sin ánimo de reiteración), no por ello deberíamos encontrar su fundamento en el principio de igualdad y su derivación en la prohibición de discriminación.

No obstante, de lo afirmado podemos comenzar a discernir la clave de la cuestión: es precisamente esta discriminación, elemento distintivo de la violencia de género, la que se proyecta como efecto en el contexto relacional de que se trate¹⁹⁸, circunstancia última que es la que deontológicamente aporta la mayor gravedad en estos casos.

Si no mediara este elemento discriminatorio hacia la mujer (“matar a una mujer por el hecho de serlo o por su género”) no habría contexto de dominación, o mejor dicho, una situación de sometimiento por razones de género que justifiquen su previsión legal diferenciada.

¹⁹⁷ Ya no hablamos de género en sentido amplio sino particularmente de mujeres.

¹⁹⁸ *Mutatis mutandi* Díaz López, Juan Alberto (2012) *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Universidad Autónoma de Madrid, p.318.

3.c. Caso Azcona.

Un fallo ilustrativo de las diferencias mencionadas en el acápite anterior es el dictado en el caso Azcona¹⁹⁹. Si bien el Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de la Capital Federal empleó la figura del femicidio para el caso de un hombre que seleccionó por su género a una mujer para darle muerte, consideramos acertado el razonamiento explicitado a través del voto minoritario del Dr. Decaria, quien entendió que correspondía aplicar el agravamiento por odio de género del artículo 80 inciso 4 del C.P., y no el femicidio del inciso 11 de igual norma.

Veamos.

Para fecha 15 de julio de 2014, alrededor de las 06:00 horas, frente a la puerta de acceso del edificio donde vivía la víctima, Lucas Ariel Azcona, aprovechando el estado de indefensión de Nicole Teresa Sessarego, le propinó a esta última once lesiones de arma blanca en cara, cuello, tórax y miembro superior izquierdo, causándole padecimientos innecesarios que le ocasionaron la muerte.

Previo al hecho, aproximadamente a las 05:40 horas, Azcona había salido de la boca de una estación de subterráneos. Luego de caminar por cercanías del lugar y esperar unos minutos, merodeando la zona, regresó a la salida de la estación de subte y detectó a su víctima, quién egresó de la referida estación a las 05:51 horas. Siguió sus pasos unas cuadras hasta el lugar de los hechos.

Ahora bien. Durante el desarrollo del juicio, prestaron declaración un grupo de mujeres que señalaron a Azcona como aquél que las agredió en circunstancias similares, pero claramente con un resultado diverso del padecido por Nicole.

Respecto a la acusación formulada por el Fiscal interviniente en la causa, el mismo sostuvo que el móvil del crimen fue por placer, encontrándose Azcona motivado en asesinar a Sessarego por su condición de mujer, por odio a su género. Consideró que el encuadre típico no implicaba sostener la ausencia de los presupuestos previstos en el inc. 11 del artículo 80 del C.P., sino que el agravante de odio de género desplazaba el correspondiente al específico de femicidio, al aplicarse las reglas del concurso aparente.

¹⁹⁹ TOC N° 15, 21/11/16, “Azcona”.

En este sentido, el Dr. Ignacio Mahiques sostuvo: “(...) porque en definitiva más allá del nombre jurídico que se le asigne al caso, el crimen de Nicole Sessarego Borquez, se produce por su condición de mujer, es decir, que fue una muerte violenta, intencionada, basada en su género, en su condición, a partir, del desprecio de la consideración de minusvalía, de subordinación, de dominación, de control, que pretendió Azcona a través de sus actos (...)”²⁰⁰.

Fundamentó su posición a través de una serie de argumentaciones referidas en primer lugar al origen del concepto de femicidio dentro del ámbito de la sociología, en el que se definió a este fenómeno como la muerte violenta de mujeres ocasionada por hombres que se han visto motivados por diversas razones tales como odio, desprecio, placer o sentimiento de propiedad sobre las mujeres, o simplemente por el hecho de ser mujer. La esencia de tal concepto fue posteriormente incorporada al ámbito jurídico, definiéndose en términos generales el ilícito en cuestión como toda muerte de una mujer basada en su pertenencia al género femenino²⁰¹.

Tras mencionar normativas específicas contenidas en la Convención Belém Do Pará y fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Campo Algodonero, González y Otros, s/México de la CIDH – enunció la clasificación efectuada por el modelo del protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones género, en el que se diferenció el femicidio sistémico por ocupaciones estigmatizadas como la prostitución, el femicidio íntimo, cuya definición surge del concepto mismo y, por último, el no íntimo caracterizado por la falta de relación entre víctima y victimario, categoría última que el Magistrado a cargo de la investigación consideró corroborada en el caso de autos.

Añadió que tales conceptos y clasificaciones contenidas en la norma internacional como fallos dictados en tal sentido, tuvieron su repercusión en el ámbito nacional, y en el propio debate parlamentario, se consensuó que el femicidio se diferencia de otros homicidios, tales como aquellos resultantes de accidentes de tránsito o bien, o aquel ocasionado a una mujer en ocasión de un robo, porque precisamente en estos últimos no posee relevancia la condición de mujer como detonante del hecho.

Posteriormente, el Dr. Mahiques invocó en su alegato la clasificación adoptada por el legislador argentino, distinguiendo este último entre el femicidio de pareja íntimo, contenido en el inc. 1 del art. 80 C.P., el femicidio cometido por razón de odio

²⁰⁰ p.39.

²⁰¹ p.40.

de género, en cuanto fuese femenino y que consideraba aplicable al caso, previsto en el inc. 4, el supuesto de violencia de género estándar contenido en el inc. 11°, como concreción de una relación desigual de poder, y, por último, el homicidio transversal contenido en el inc. 12.

Aclaró que en determinados supuestos puede concurrir más de una agravante, debiendo aplicar las reglas del concurso ideal o aparente de acuerdo al supuesto en cuestión.

Profundizó en la agravante configurada por el odio de género que invocó en su acusación, explicando que a los crímenes de odio ya contemplados desde los años 60', se incorpora a través de la ley 26.971, aquellos homicidios cometidos por odio de género, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de la identidad de género, denominándose en su conjunto crímenes por prejuicios debido sentimiento de animosidad dirigido hacia determinadas personas consideradas como “no yo”, es decir, diferentes, lo que justificaría el plus punitivo.

En este sentido, el mayor reproche se produciría al configurar el supuesto contenido en la agravante, en términos generales, un ataque al género humano y en el caso en análisis, un ataque al género femenino en atención a la aversión o falta de confianza en las mujeres como disparador del homicidio específico cometido.

Afirmó que en función de los elementos probatorios incorporados en autos mediante debate (declaración testimonial de varias mujeres que padecieron ataques de Azcona, informes de ADN, psiquiátricos y psicológicos, necropsia, entre otros) y ya adentrados en el terreno de la tipicidad, se corroboraba la situación prevista en el inc. 4.

Agregó que las motivaciones siempre se encuentran presentes en todo comportamiento, como el sumido por el sindicado en su modo predatorio de ataque, en su acecho previo al merodear y buscar una situación equiparable a la de un cazador en busca de una presa en quien descargar su misoginia y banalizando la voluntad de agredir y atacar a una mujer por su condición.

A tal efecto, citó a unos de los peritos intervinientes en la causa: “(...) Además, Toro Martínez, el psiquiatra, dijo que los motivos, quizás nos lo ves, pero los motivos siempre están, las conductas que motivan a las personas, puede que a la vista de alguien puedan no tener motivos pero en su interior los tienen, y en el caso, insisto, el motivos ha sido el odio”.

A su turno, la Dra. Patricia Marcela Llerena, se apartó de la calificación sostenida por el Fiscal de Instrucción en cuanto a la concurrencia de la agravante por

odio de género, entendiendo que la plataforma fáctica que se encontraba por demás acreditada y sin haber sido objeto de discusión en debate, debía ser subsumida legalmente en el delito de homicidio agravado por alevosía y femicidio.

Indicó que en la discusión parlamentaria se tuvieron en cuenta cuestiones vinculadas al odio de género, invocando en primer lugar, el concepto brindado por el Diccionario de la Real Academia, como: “...antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea...”.

En este orden de ideas, consideró que media el agravante genérico del inc. 4 cuando el homicida actúa motivado en su aversión o rechazo a la víctima en cuanto a que esta última está expresando un derecho, ya sea en el marco de su identidad sexual o por la adopción de una determinada religión, aclarando que en supuestos específicos ello no es posible por razones biológicas.

De este modo, el odio estaría representado como una reacción a los derechos reconocidos a las mujeres, circunstancia que consideró fuera de toda discusión y acreditación en el caso en concreto.

Cimentó su posición, a través de las argumentaciones efectuadas por el autor José Milton Peralta, en el artículo: “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, (PAG. 202), el cual reza en su parte pertinente: “*“...lo que hace el autor con el homicidio por odio es, además de matar, censurar la acción de la víctima, manifestar que no existe derecho a travestirse o, por lo menos, que esa no es, mientras el autor exista, una opción inteligente...”* Ahora bien, con relación al homicidio agravado por odio racial, el autor sostiene que éste se encuentra agravado no por la elección libre de la raza a la que se pertenece, lo que resulta imposible, sino debido a que es una reacción al reconocimiento de sus derechos (ver obra citada, página 12).

Luego de efectuar un repaso de los antecedentes normativos internacionales y nacionales que entendía aplicables al caso - Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer [ONU, 18/12/79], aprobada por la República Argentina por Ley 23.179 y Protocolo facultativo aprobado por Ley 26.171, Recomendación General n° 19, XI período de sesiones, de junio de 1992, IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, llevada a cabo en Beijing (15/09/1995), la Convención de Belem do Pará, ratificada por nuestro país por Ley 24.632, La Declaración sobre Femicidio del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), Ley 26.485 –_entendió

que el homicidio por alevosía cometido por Azcona debía subsumirse asimismo en el supuesto previsto en el inc. 11 del artículo 80 del C.P.

Azcona había seleccionado de este modo a su víctima, precisamente por el hecho de ser mujer. La magistrada preopinante arribó a tal conclusión mediante la valoración probatoria explicitada en el fallo, resaltando el resultado de los estudios psicológicos y psiquiátricos a los que fue sometido y apreciando el indicio configurado por el tatuaje que tenía Azcona de una mujer con un corte en su cara y suturada.

Apartándose parcialmente de la calificación legal escogida por la Dra. Patricia Llerena, el Juez Hugo Fabián Decaria asintió la calificación propuesta por el Fiscal y consideró que debía adunarse el agravante por odio de género al que alude el inc. 4 del artículo 80 del Código Penal.

Previo a efectuar una valoración de la plataforma fáctica de la cual se desprendía a su criterio la existencia de la agravante, al desarrollar Azcona una verdadera “cacería” motivado en el odio de género, trajo a colación lo referido por Petro Ellero en su obra *“De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal”*: (...) *“el hombre no se determina a realizar acción alguna sin un motivo: es éste un principio inconcuso, el cual se manifiesta en todos los actos de la vida, sin exceptuar los que caen bajo el imperio de la justicia. Nadie viola las leyes naturales y civiles, nadie delinque sin una causa que lo determine; la existencia de un crimen gratuito es completamente absurda, digan lo que quieran antiguas y modernas sentencias. Así, cuando en una instrucción penal cualquiera no fuese dable señalar el impulso criminoso, ya mediante prueba, ya por presunciones, el delito no puede considerarse como averiguado. En rigor, si para toda acción, por leve que sea, existen siempre un motivo impelente, éste será doblemente necesario cuando aquélla sea un delito, ya que no se trata de decidirse entre dos cosas lícitas, sino entre una lícita y otra ilícita que implica un castigo moral, religioso y penal(...)”*.

Seguidamente, señaló que la reforma operada por ley 26791 tuvo por objeto imponer *“un plus punitivo cuando la acción de matar conlleva la motivación de odio que se siente por la víctima por pertenecer a un determinado género, sea masculino o femenino. En este caso, el agresor mata por odio al género humano –constituido por los sexos masculino o femenino, sea por las diferencias o desigualdades que ello implica”* (Buompadre, Jorge *“Violencia de Género, femicidio y derecho penal – los nuevos delitos del código penal”* ed. Alveroni 2013, Córdoba, pag 153).

Amén de ello, conforme a su entender, existieron pautas más que suficientes para incluir el agravante de odio, sobre todo a partir de los elementos de convicción que enumeró, entre los que figuraban los datos fílmicos regidos en debate en los que se logró visualizar al encausado siguiendo a la víctima para luego constatar la huida del aquél, conducta parangonada con una auténtica cacería humana.

Tampoco relegó a un lado los dos tatuajes que presentaba Azcona en diversos sectores de su cuerpo: “una calavera con la hoz” y la figura de una mujer con cuernos “Una diablita zombi”, tal como el sindicado la nombró, figuras que a criterio del a quo remitían a la muerte.

A tales elementos de juicio, sumó algunos parámetros surgidos de las evaluaciones psicológicas, a cuyas resultas se detectó que prevalecía en aquél: “(...)cosificación del otro ... tendencia a establecer vínculos dominantes sincrético y posesivo (...)“elementos que dan cuenta de conflictiva ligada a la sexualidad con presencia de componentes regresivos, agresivos y de calidad sádico dominante(...) presenta elementos paranoides asociado a lo femenino estableciendo con ello aislamiento y control, lo femenino aparece devaluado teñido con carga ambivalente, vivencias de desafectivización asociado a lo femenino”.

Por otra parte, consideró que no podía dejar de soslayarse ciertos ribetes esenciales en la relación de Azcona con dos de las mujeres más importantes de su vida: su madre y la madre de su hijo.

Obraba como prueba agregada a debate la circunstancia de haber padecido en su infancia maltrato físico y verbal por su progenitora en oportunidad de convivir con ella en la provincia del Chaco, como así falta de cuidados debidos por parte de esta última, especialmente en atención a la falta de suministro de medicación ante las convulsiones que padecía Azcona, para posteriormente ser expulsado a fin de ser realojado en el hogar paterno en Buenos Aires. Asimismo, en su primera juventud le fue negada la paternidad de su hijo, encontrando en tales datos el origen de la conflictividad de Azcona con el mundo femenino.

Por último, en el orden de valoración de los elementos considerados a fin de fundar su convicción, consideró de relevancia las manifestaciones de las distintas declaraciones vertidas en juicio de las mujeres a las que atacó Azcona en el último tiempo: “Así: a) D. M. C., lo reconoció en los medios como aquel que procurara agredirla sin éxito, por cuanto en el ataque Lucas Azcona perdió su teléfono celular. b) C. A. M. C., quien reconoció al aquí imputado como aquél que la sometiera

sexualmente (y que las muestras de ADN rescatadas, coinciden con las de Azcona) c) S. C. P., quien lo reconoció como aquél que la asaltara sustrayéndole distintos efectos a cuyas resultas la llamó por teléfono manifestándole, a modo de acoso u hostigamiento “que linda que sos, soy el chico que te robo el celular”. d) C. Y. S., vecina del imputado, quien lo reconoció como aquel que la persiguiera en un par de ocasiones. (situación similar a la que sufriera la víctima en autos). e) M. I. P., quien lo reconoció en los medios de comunicación como aquel que luego de seguirla subrepticamente, intentara quitarle a su hijo, al tiempo que también le asestó un corte en el cuello, por el que debió ser suturada en un hospital y; f) M. P., a quien Azcona la acechaba, siguió y al alcanzarla le provocó cortes en el codo y en la cintura, ataque por el cual Azcona resultó “ajusticiado” por vecinos quienes lo hirieron de bala en una pierna”.

A su turno, el Dr. Adrián Norberto Martín coincidió con la magistrada preopinante que la inclusión del odio de género en el artículo 80 inc. 4 del C.P., conjuntamente con el de odio racial y religioso, constituía un criterio hermenéutico razonable. Que por tal motivo, y ante la falta de acreditación de que el accionar de Azcona tenía por objeto a integrantes indiferenciados de todo un colectivo, estimaba que no era posible aplicar el agravante en el presente caso, lo que se corroboraba con la circunstancia de haber concurrido a juicio una gran cantidad de mujeres, en especial compañeras de trabajo de Azcona, que dieron cuenta de su buena relación con ellas.

Al finalizar la fundamentación de su voto, indicó: *“en el caso se pudo establecer a través del desconocimiento que Azcona tenía de la víctima, de la forma en que espera que alguien que tuviera determinadas características saliera de la boca de subte, y las referencias que sobre lo femenino hicieron los expertos, dan cuenta de que el homicidio fue realizado hacia una mujer y motivado por su condición de tal. En consecuencia, ello permite, luego de descartar el agravante del art. 80.4 CP, tener por acreditado el del art. 80.11 CP.”.*

Tras efectuar un breve repaso del fallo citado, y con la debida aclaración que nos adherimos al voto minoritario, advertimos que es posible alcanzar diversas conclusiones en función de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y reafirmando lo desarrollado en el acápite precedente, resulta claro que el supuesto del inc. 11 del C.P. no implica per se odio de género en cuanto este último agravante únicamente se configuraría cuando se verifica en el caso en concreto un patrón de comportamiento generalizado en el sujeto activo que derive en

aversión hacia el género femenino a partir de una percepción de minusvalía y subordinación.

Nos apartamos del sector de la doctrina que considera que el agravante del inc. 4 se configura únicamente cuando la acción emprendida se produce como reacción al reconocimiento de un derecho porque basta pensar en el ejemplo del presente fallo para comprender que tal concepto no se corrobora.

Resulta ostensible que Azcona no asumió un comportamiento parangonado a una verdadera cacería contra la víctima de autos porque consideró que esta última estaba seleccionando una opción poco inteligente en cuanto al ejercicio de sus derechos. En definitiva, Azcona concretó en la persona de Sessarego el resultado de la expresión de violencia más extrema, precisamente por ser una mujer en sentido biológico.

Azcona espero a la salida del subte una víctima que revistiera determinadas características que no eran otras que las de ser mujer. No conocía a Nicole Teresa, ni a las múltiples víctimas mujeres que padecieron los comportamientos del condenado, de tal manera que sólo hay un elemento en común entre ellas: pertenecer al género femenino.

La reacción del agresor no se produce, en este caso específico, en razón de encontrarse la mujer ejerciendo los derechos que le son reconocidos. Tal aversión se produce respecto a la esencia o naturaleza intrínseca misma de la mujer, es decir, una reacción a su propia biología y no a las manifestaciones en cuanto formas asumidas por aquella. Si bien el inciso 4 engloba una serie de circunstancias caracterizadas por la aversión a un grupo de personas por poseer determinadas características en común, no por ello debe generalizarse que el mecanismo - no así el origen - por el cual se produce el sentimiento de rechazo debe ser idéntico.

Un elemento privativo del inc. 4 está dado por la existencia de misoginia, es decir, este sentimiento de aversión hacia la mujer: se comete un asesinato contra la mujer por el hecho de pertenecer al género femenino, que es precisamente lo que lo distingue de otros homicidios, tales como aquellos provocados en el contexto de tránsito y de un robo.

Una de los parámetros a tener en cuenta a fin de proceder a distinguir los incisos analizados estaría dado por la conducta precedente del autor: patrones de conducta repetitivos que dan lugar a exteriorizar un sentimiento generalizado de aversión hacia la mujer, y que no solo se visualizan con la última víctima, sino como un modo habitual de

reaccionar frente a un grupo indeterminado de mujeres, es decir, accionar que tiene por objeto a integrantes indiferenciados de todo un colectivo.

En este sentido, coincidimos con Frederick Lawrence, quien afirma que para que un ilícito revista la característica de *hate crime*, la víctima debe ser intercambiable²⁰².

La víctima debería ser fungible, pero no de modo hipotético²⁰³ sino real (*ad. ex.* exigiéndose previamente que el sujeto activo haya propinado ataques a mujeres con anterioridad), produciéndose el ataque por el simple hecho de ser mujer. En este sentido, la exigencia de una mínima o inexistente relación previa con la víctima facilitaría la aplicación de esta figura debido a la ausencia de otro tipo de motivación asequible.

No obstante lo expuesto, disentimos parcialmente con la postura del autor mencionado en lo que se refiere a excluir a los crímenes contra mujeres de los *hate crimes*.

Reiterando lo expuesto en el acápite anterior, estimamos que es posible que un femicidio pueda revestir las características de un *hate crime* en la medida que medie el elemento misoginia proyectado sobre una situación específica de sometimiento. Es por ello que estimamos que no habría motivo alguno para excluir a integrantes del género femenino como eventuales sujetos pasivos del ilícito en cuestión.

Si se decide aplicar el inciso 4, en cuanto a las modalidades probatorias, deberá estarse al resultado de la serie de indicios sobre la motivación recolectados durante la investigación penal preparatoria, como conjunto de elementos con los que el juez construirá la verdad forense²⁰⁴.

A fin de no extendernos en demasía en este supuesto especial debido a que no constituye el objeto central del presente trabajo, consideramos sumamente valioso remitirnos al exhaustivo trabajo elaborado por Juan Alberto Díaz López (2012), autor que no sólo explicita el fundamento de los delitos de odio discriminatorio (como

²⁰²“Las razones para ello, siguiendo a Frederick Lawrence (2002:14) son que los crímenes contra mujeres no cumplirían con dos requisitos fundamentales de los *hate crimes*: 1) Que las víctimas sean intercambiables en cuanto comparten una misma característica; 2) que las víctimas generalmente posean una mínima o inexistente relación previa con el perpetrador, de modo que no haya otro motivo para cometer el delito más allá del odio contra el grupo.

Cuando existe una relación previa con el perpetrador, se sostiene, es difícil probar que la motivación del crimen sea efectivamente el odio o prejuicio y no algún otro componente de la relación”. (Lawrence, 2002:15) Frederick Lawrence (2002), *apud* Toledo Vázquez, p. 181.

²⁰³ Un derecho penal de acto no puede fundarse en el comportamiento futuro que pueda asumir el acusado, afirmándose que así como atacó a la víctima podría hacerlo con cualquier otra mujer con quien el perpetrador estuviere involucrado.

²⁰⁴ Se habla de verdad forense y no de reconstrucción del perjuicio exacto que poseía el autor al momento del hecho.

circunstancia agravante de la responsabilidad penal), sino que expone la prueba del mismo²⁰⁵.

Enumera de modo ejemplificativo una serie de parámetros a tener en cuenta a la hora de evaluar la concurrencia o no de la motivación propia de un *hate crime*: “(...)Manifestaciones realizadas por el autor inmediatamente antes, o bien durante, la comisión del delito (insultos referidos a estereotipos); la presencia de determinados “símbolos del odio” en vestimentas, *graffittis* (pintar una esvástica); la pertenencia del autor a uno de los llamados “grupo de odio”; la reivindicación por parte de ese grupo de la “autoría” del delito o la enemistad existente entre los grupos a los que pudieran pertenecer víctima y autor (piénsese en tribus urbanas ideológicamente enfrentadas); si se atenta contra una propiedad, el valor simbólico de la misma (mezquitas, etc.)., El valor simbólico de la fecha en que se cometen los hechos; el conocimiento, real o percibido, de que su víctima tenía la condición personal que originó el odio discriminatorio (por ejemplo, indagaciones para confirmar que el local donde se comete el delito es “de ambiente gay”, etc.); excluir al seleccionar a su víctima a quienes no revisten sus características (por ejemplo, en un autobús lleno de blancos, se ataca al único sujeto negro); ausencia de móvil alternativo.; si el delito es violento, cometerlo con especial virulencia.; antecedentes de comisión de otros crímenes de odio por parte del autor; que la víctima se escoja al azar, siendo desconocida (o apenas conocida) por el autor antes de cometer su delito - *fungibilidad de la víctima*²⁰⁶ -.

Este conjunto de indicios deberá superar el cánón de razonabilidad suficiente a fin de aplicar la agravante en cuestión.

A diferencia de la modalidad probatoria expuesta ut supra, y ya dentrándonos en la figura del inciso 11, veremos en el próximo capítulo cómo debe resolverse el particular problema que presenta la atribución de este particular elemento del ánimo. Para ello, previamente deberemos desentrañar su naturaleza jurídica, evaluando su repercusión en cada uno de las categorías que componen la teoría del delito.

²⁰⁵ Remisión que deberá efectuarse teniendo en cuenta las diferencias de regulación entre la normativa argentina y la española. Vid. Díaz López, Juan Alberto (2012), *Ibid.*, p. 459-476.

²⁰⁶ Díaz López, Juan Alberto (2012), *Ibid.*, p. 465-466.

CAPÍTULO IV: NATURALEZA JURÍDICA DEL ELEMENTO

MOTIVACIONAL.

Ya hemos visto a lo largo del desarrollo del presente trabajo que el entuerto objeto de investigación posee la particularidad de exigir para su configuración que el autor no sólo actúe dentro de un contexto determinado, sino que además parecería que el género propio de la víctima debe resultar el detonante de su conducta.

Es por ello que nos preguntamos si el mayor reproche jurídico penal en el ilícito investigado radica únicamente en cuestiones objetivas o si se ha considerado asimismo la abyección de los motivos presentes en el agente al momento de cometer el hecho.

Como afirmamos en el capítulo I, es claro que tener en cuenta la motivación del autor de femicidio podría generar dos reacciones opuestas. Por un lado, la agravante parece intuitivamente acertada debido a la sensación de rechazo de gran intensidad que genera el hecho de que un hombre mate a una mujer por la sola circunstancia de serlo, y a su vez, parecería ser más grave que otro delito cometido con una motivación diversa.

Por otro lado, podría considerarse emblemático el hecho de desvalorar la motivación concreta del agente, sobre todo teniendo presente ciertas premisas liberales.

Durante la elaboración de la tesis, hemos partido del reconocimiento de que las motivaciones no son ajenas a la conducta del agente. Resulta evidente que las mismas han sido consideradas por la legislación penal en ciertos casos como en supuestos de legítima defensa, estado de necesidad, o bien, a fin de evaluar si el agente actuó con premeditación o para evaluar si el mismo persiguió un fin ulterior con la comisión del injusto.

Es en función de lo expuesto, y adentrados ya al ilícito en estudio, que trataremos de dilucidar si los motivos presentes en el sujeto activo han resultado relevantes para la determinación de la responsabilidad penal, y en caso afirmativo, si tal aseveración resulta compatible con los principios y limitaciones que conforman nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Por el contrario, y en caso negativo, evaluaremos cuál es el fundamento que justificaría el mayor reproche jurídico penal.

Efectuamos la aclaración de que, en función de la finalidad del presente trabajo, no abordaremos el estudio general relativo al papel de las motivaciones abyectas en el Derecho Penal. Ello debido a la complejidad y extensión de la materia respectiva y en razón de exceder el objetivo de la presente tesis.

Realizaremos una aproximación a la naturaleza jurídica de la motivación presente en el autor del ilícito previsto en el inciso 11 del artículo 80 del Código Penal. Se inquirirá en las eventuales repercusiones que el especial elemento del ánimo presente en el femicida (detallado en el capítulo III) tiene en cada estrato de la teoría del delito.

La ubicación del presente capítulo de modo posterior al fundamento de la institución general (Capítulo II) no se torna antojadiza. Es precisamente este fundamento el que se va a permitir interpretar adecuadamente el elemento motivacional en estudio, dentro de la teoría del delito, la cual debe servir para asegurar la legitimidad del castigo frente al individuo que lo padece.

A su vez, el presente análisis y las conclusiones a las que arribemos tienen una vinculación inexorable con la concepción de Estado social y democrático de derecho de la cual partimos. “El problema acerca de los elementos subjetivos relevantes para la medición de la pena es una parte del problema, más amplio, acerca de los elementos relevantes para la justificación del castigo en general. Cuando se brinda una respuesta al respecto, también se está respondiendo acerca de la concepción de Derecho penal adecuada a ciertas premisas político-criminales”²⁰⁷.

No obstante, lo afirmado no implica necesariamente que las motivaciones, en caso de resultar relevantes a los efectos de determinar la responsabilidad penal, deban ser necesariamente evaluadas en la antijuridicidad o culpabilidad. En este sentido, expondremos nuestra opinión personal debido a que las soluciones doctrinales a este respecto son diversas. Así, hay quienes evalúan las motivaciones como un elemento subjetivo, mientras que otro sector pretende que el análisis debe radicarse desde un anclaje de carácter objetivo.

Ahora bien, el óbice de la cuestión será indagar si es posible afirmar y sostener la existencia de este elemento motivacional, sin que ello implique que es al sujeto a quien se está sancionando por su modo de pensar. Por el contrario, veremos cómo es el propio disvalor de su conducta el que determina la agravación de la pena.

²⁰⁷ Peralta, J.M. (2009) Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 63, Fasc/Mes 1, p. 252.

Frente al interrogante de admitir elementos subjetivos en la determinación de la pena, se han elaborado diversas argumentaciones.

Es decir, ya hemos visto en el Capítulo I que las razones que se invocan a fin de justificar que un hecho sea reprimido con mayor pena son de tres tipos: mayor lesividad, mayor reproche personal a su autor o por último, ciertas circunstancias ajenas al “sí o no de la pena pero que condicionan su necesidad.

En este último caso, vemos que parte de la doctrina ha intentado brindar una respuesta exclusivamente desde las teorías de la pena, justificando un aumento punitivo debido a consideraciones éticas o bien, desde una perspectiva puramente utilitarista: “La medición de la pena se basa directamente en la teoría del castigo que se tiene por correcta y el delito cometido no cumple más que una función de permisión de graduación, pero no es relevante para esta graduación. Por ello, la gravedad del delito sólo tiene una importancia eventual en la medida que funcione como indicio de necesidad de pena”²⁰⁸.

Aclaremos que no se realizará un análisis profundizado de esta postura debido a que, no sólo no es posible escindir terminantemente las propiedades relativas al sí o no de la pena de aquellas correspondientes al quantum, sino que resulta evidente que en un Estado social y democrático de derecho las teorías del castigo no pueden, por sí mismas, justificar una agravante basada en la animosidad del agente.

Por una parte, y en lo que se refiere a teorías retributivas, el Estado terminaría interviniendo en sectores de la esfera de la vida privada de los ciudadanos, vulnerando de este modo el principio de responsabilidad por el hecho. “Un Estado liberal sólo debe interferir en la vida de las personas en la medida en que esto sea útil y necesario para asegurar una convivencia pacífica y en la medida en que con esto no se afecte la esfera de derechos no negociables de los individuos”²⁰⁹. “Si un Estado liberal no puede sancionar pensamientos, entonces, si lo hace estará violando ciertos principios morales básicos: aquellos que dicen que el Estado, para actuar moralmente, debe permitir la inmoralidad de sus ciudadanos implicada en el derecho a una esfera de privacidad”²¹⁰.

Por otra parte, desde una perspectiva meramente utilitarista no sería posible, por más necesidad de pena que se invoque en razón de una mayor peligrosidad del autor,

²⁰⁸Peralta, J.M. (2009) *op.cit.*, p.253.

²⁰⁹ Ferrajoli, Derecho y razón, 222 ss., *apud* Peralta, J. en *Motivos Reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons, p. 43.

²¹⁰ *Id.*

mayor cuestionamiento de la norma o mayor conmoción social, fundamentar una responsabilidad superior debido a las limitaciones impuestas por el principio constitucional de proporcionalidad en el que la pena no puede superar los confines máximos demarcados por la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del autor.(todo análisis de proporcionalidad debe satisfacer un triple estándar de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto).

En razón de lo expuesto, intentaremos encontrar una explicación plausible, analizando dos estratos particularizados de la teoría del delito: injusto y culpabilidad.

En este ámbito, así como se ha sostenido la relevancia de estos elementos desde el ámbito del injusto, al entender su composición objetiva-subjetiva ²¹¹, hay quienes afirman que los motivos no puede efectuar ningún tipo de aportación al ilícito de acuerdo a una concepción de injusto liberal, debiendo analizar aquellos en el ámbito de la culpabilidad²¹².

A continuación veremos el problema que plantea esta última solución.

1. Inconvenientes surgidos desde la óptica de la culpabilidad.

Podría sostenerse que la motivación más reprochable del femicida incidiría en la presencia de una mayor culpabilidad, lo que en definitiva repercutiría en una mayor sanción penal. Si bien la doctrina mayoritaria estima que las motivaciones deben ser valoradas en el presente estrato de la teoría del delito, tal como veremos a continuación, este planteamiento adopta un concepto de culpabilidad ampliado.

²¹¹ Autores como Hörnle que consideran que las intenciones y los motivos forman parte del concepto del desvalor de acción al entender la composición objetiva-subjetiva del injusto. El injusto no sólo abarcaría el resultado y riesgo generado como elementos objetivos, sino también la imprudencia y el dolo como relación subjetiva del autor con el hecho (disvalor de acción)

²¹² Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, 133.

Ya hemos visto en el Capítulo I que de acuerdo a una clasificación tripartita, podría concebirse a la culpabilidad de tres maneras diversas: como culpabilidad de actitud interna, entendiéndola de manera preventiva o bien, como centro de imputación subjetiva del hecho²¹³.

En el primer caso, el objeto de la culpabilidad estaría configurado por la actitud espiritual del autor en relación al hecho cometido. La culpabilidad sería entendida como algo subjetivo pero, a diferencia de lo que ocurriría con los elementos subjetivos del ilícito, estaría más bien vinculada al sujeto individualmente considerado.

Esta vertiente de opinión, sin embargo, se encontraría con una objeción: las motivaciones internas podrían ser relevantes para la moral, pero no para un Derecho penal liberal.

A su vez, la culpabilidad entendida como relación psicológica entre el autor y el hecho ha quedado obsoleta, habiéndose comprobado con el paso del tiempo la insuficiencia del concepto y dando lugar, a partir del finalismo, a un concepto purificado de reproche inicialmente propuesto por el normativismo, y mediante el cual se trasladó el aspecto psicológico de la culpabilidad al tipo penal, conformándose la teoría normativa de la culpabilidad.

Si se asigna un efecto agravatorio a la conducta del agente por presentar una motivación abyecta, se daría la contradicción de abandonar una culpabilidad de actitud interna o reproche de carácter en lo que se refiere a la fundamentación de la pena, y por el otro acoger implícitamente este concepto de culpabilidad en la determinación de la pena.

Lo dicho nos lleva a analizar una segunda definición de culpabilidad caracterizada de manera preventiva, en donde ésta debe ser determinada exclusivamente de acuerdo a los fines de la pena. De este modo, si se considera que un sujeto es más peligroso porque sus motivos indican mayor peligrosidad, se puede afirmar que es más culpable. (Jakobs).

Es decir, se analiza la culpabilidad desde el punto de vista político criminal, por lo que se afirma que habrá culpabilidad cuando exista merecimiento de pena o de modo más radicalizado, necesidad de pena.

²¹³ Clasificación expuesta por Peralta, J. en *Motivos Reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons, p. 175 y ss.

Como afirmamos de modo precedente en el trabajo, se ha criticado tal elaboración conceptual debido a que se transformaría la culpabilidad en una categoría bajo la cual se podrían introducir los motivos para fundamentar la pena, utilizando aquella como un “cajón de sastre”. Es decir, en dicho estrato se haría ingresar cualquier elemento subjetivo repudiado socialmente con el mero pretexto de presunta necesidad de pena²¹⁴, pudiendo incluso, *Ad exemplum*, llegarse a sancionar injustamente a un inculpable aún en el hipotético supuesto de necesidad de pena²¹⁵.

De este modo, no habría posibilidad alguna de conciliar un concepto de culpabilidad como el mencionado con el presupuesto del cual partimos: un Estado social y democrático de Derecho. Es decir, esta categoría de la teoría del delito debe elaborarse en función de la imagen del Estado del cual partamos. Y es precisamente de la configuración del Estado del cual partimos que afirmamos que la necesidad o no de pena no puede constituir un parámetro de aumento de culpabilidad, sino que esta última debe revestir el carácter de límite normativo para la imposición de una pena.

Es en función de lo expuesto, y ya de acuerdo a la última categoría expuesta en la clasificación tripartita mencionada ut supra, la culpabilidad debe entenderse desde otro ángulo: a partir de la función motivadora de la norma²¹⁶.

Al respetarse las limitaciones propias de un Derecho Penal liberal, la culpabilidad se vincula esencialmente con la función motivadora de la norma y por consiguiente, se producirá una ausencia de la misma cuando el sujeto que ha cometido un hecho indeseable para el ordenamiento jurídico, no reúne determinadas condiciones psíquicas.

Resulta claro que quien actúa sin culpabilidad, ha visto afectado su proceso motivacional de toma de decisión en mayor o menor medida, encontrándose en desiguales circunstancias de aquel ciudadano medio que se encuentra en mejores condiciones para adoptar una decisión que implique resistirse a la tentación criminal. En definitiva, si el Estado pretende hacer cumplir las expectativas de comportamiento de los ciudadanos normales, no puede exigir sino al hombre medio integrante de la sociedad.²¹⁷

²¹⁴ Ibid., p. 189.

²¹⁵ Mir. Puig, S., *Id.*, p. 102 y ss.

²¹⁶ Mir Puig, S., 1982. *Función De La Pena Y Teoría Del Delito En El Estado Social Y Democrático De Derecho*. Barcelona: Bosch, p.90.

²¹⁷ *Ibid.*, p.108.

En este sentido, parecería que la culpabilidad sólo podría cumplir una función negativa: se evalúa hasta qué punto se le puede imputar el injusto al autor. En otras palabras, podría atenuar o excluir la responsabilidad por el hecho pero nunca agravar la situación del autor. “Esto se debe a que sólo se puede ser culpable de algo ya existente. Como señala Honrle, bajo una concepción liberal de culpabilidad, las graduaciones de la medida de la culpabilidad solo son posible en una dirección: en caso de concurrencia de causas de disminución de la culpabilidad pero no en forma de incremento de la medida de la culpabilidad”²¹⁸.

Proyectando en concreto la elaboración teórica precedente al delito de femicidio, si consideramos que debe cuestionársele al autor la circunstancia de conocer la magnitud del injusto y a pesar de ello ejecutarlo, no motivándose en la norma, encontrándose en condiciones psíquicas normales, resulta difícil justificar desde el ámbito de la culpabilidad un reproche mayor a quien mató mediando violencia de género respecto a quien lo hizo a una persona lisa y llanamente.

Si la culpabilidad se vincula exclusivamente con la presencia de imputabilidad, conocimiento de la prohibición y exigibilidad²¹⁹, entendiéndola como juicio de reproche al autor cuando el hecho antijurídico le es subjetivamente imputable, no se encuentra diferencias significativas entre la figura en estudio y otro tipo de homicidio.

Amén de lo expuesto, la agravación de la responsabilidad por la presencia de una motivación abyecta no logra una explicación plausible desde la perspectiva de la culpabilidad. Incluso, ni siquiera debería evaluarse en el presente estamento de la teoría del delito, al considerársela como un centro de imputación subjetiva. No se observa que de concurrir este elemento motivacional, se derive una mayor exigibilidad de comportamiento adecuado a derecho.

Mención aparte merecen, no ya las motivaciones jurídicamente individualizadas y exigibles para la concurrencia del tipo, sino las circunstancias generales que deben tenerse en cuenta a los efectos de la determinación de la pena y que precisamente tienen su origen en el ámbito de la culpabilidad, influyendo en forma directa en la configuración de la sanción a imponer.

Es decir, la teoría del delito se encuentra indisolublemente vinculada a las teorías de determinación de la pena. La culpabilidad resulta graduable y por consiguiente, no

²¹⁸ Jakobs, El concepto, 123; Hornle, Determinación 54 ss., *apud* Peralta, *Loc. Cit.*, J. *Motivos Reprochables*, p.193.

²¹⁹ Molina Fernández, F., *Id.*

sólo se evalúa en dicha categoría que, a los efectos del sí o no de la pena, se verifique en el agente que el mismo es una persona adulta imputable que tenga capacidad de formar la voluntad²²⁰, sino que además se evalúan ciertas circunstancias que implican una mayor o menor exigibilidad, traduciéndose en una determinada medida de pena.

En este sentido, se ha afirmado: “La determinación de la pena constituye, pues, la continuación cuantitativa de la teoría del delito. Como señala FRISCH, “la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad (...) no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito”²²¹.

Al momento de determinar la pena, el juez no sólo deberá tener en cuenta argumentos relativos al hecho cometido, vinculado a reglas dogmáticas de imputación, sino también argumentos propios de la teoría de la pena, en las que podría entrar consideraciones político criminales.

Si bien el quantum de pena de merecimiento y necesidad de pena deberá limitarse por el sistema de reglas proveniente de la teoría del delito, ello no quita que pueda tener presente ciertos miramientos preventivos²²².

En concreto y como derivación lógica de lo expuesto, podríamos llegar a la conclusión de que la motivación presente en el femicida justifique un aumento en el injusto pero que, dadas determinadas circunstancias, el juez llegue a la conclusión de que el comportamiento criminal resultó menos evitable para el autor que para otras personas. “Así que es posible que el incremento del injusto se vea rebajado o incluso compensado en el ámbito de la culpabilidad²²³.

Resultaría posible que en determinadas circunstancias, el medio social de desarrollo del sujeto activo si bien no resulta determinante en un sentido mecanicista, liminarmente pueden revestir una influencia de gran magnitud, interfiriendo en el

²²⁰ Se sostiene que esta posibilidad de motivarse conforme a la norma se refiere a una construcción social y no a una realidad natural. Por consiguiente, no haría falta demostrarla en el caso en concreto debido a que se parte de la base que toda persona adulta imputable (que cuadran dentro de un parámetro de normalidad) tienen capacidad de formar la voluntad. CORDOBA, Fernando. De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad, *EN LETRA: DERECHO PENAL*, Año II, número 4, 2017, p.1.

²²¹ FRISCH, «Straftatsystem und Strafzumessung», en WOLTER(Hrsg.), 140y FRISCH,FS f. Müller-Dietz, p. 247. *Apud* Silva Sánchez, J.M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo. *InDret. Revista para el análisis del derecho*–2/2007,p. 8.

²²² “Ahora bien, el hecho de que la única política criminal que deba realizar el juez sea la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas no implica dejar de atender a los criterios preventivos”. Silva Sánchez, J.M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo. *InDret. Revista para el análisis del derecho*–2/2007,p.6.

²²³ FRISCH, FS f. Müller-Dietz, pp. 257-258 *Apud* Silva Sánchez, *ob.cit.*,p. 12.

proceso de motivación racional del sujeto, provocando que el mismo tienda a asumir una reacción automática ante una determinada situación.

Podría plantearse, *ad.ex.* y ya adentrados en el caso que nos ocupa, que el agente, previo a cometer el femicidio, se encontraba psicológicamente con una mayor predisposición a cometer el hecho en comparación a cualquier otro hombre debido a su condicionamiento sociocultural y su historia de vida, en la que desde que nació interiorizó y normalizó patrones de conducta violentos asumidos en el seno de su familia de origen por su padre contra su madre.

En este supuesto, el juez deberá evaluar, ya no si concurre o no culpabilidad en el sujeto, sino cómo determinar su magnitud. Como verificamos en la conminación penal absoluta endilgada al ilícito investigado, tal ponderación no sería posible debido a que la decisión última acerca de si pueden o no ser tenidas en cuenta dichas dificultades, va a estar determinada por razones de prevención general positiva.

Al asignarse una pena perpetua, se predetermina que estas circunstancias no atenúan la responsabilidad penal debido a que en definitiva afectan la vigencia del orden jurídico²²⁴. A su vez, tal afirmación no implica que las circunstancias antedichas son valoradas como agravantes, sino, simplemente, no pueden ser empleadas como atenuantes.

Esto es lo que explica que si no se hubiera receptado una perspectiva de género, no se habría suprimido la posibilidad de aplicar circunstancias extraordinarias de atenuación en el caso del inciso 11.

Sostener lo contrario sería disfuncional al cambio de identidad cultural y normativa que se quiere lograr. Si no se adopta una perspectiva de género, se podría perpetuar la creencia cultural de que los asesinatos de mujeres en manos de hombres, sobre todo si se producen en el marco de una relación sentimental, se encuentran motivados *ad.ex.* por la “ira pasional o sentimental” de hombres cegados por un arrebatado de celos.

De este modo, y como referimos anteriormente, considerar este tipo de circunstancias en los casos de femicidios llevaría implícita y gravemente a justificar el accionar del autor, y en ocasiones a cuestionar la conducta asumida por la víctima.

Es aquí donde nos remitimos a las consideraciones vertidas en el Capítulo II cuando mencionamos que el Estado Argentino reviste una configuración democrática

²²⁴*Mutatis mutandi*, CORDOBA, Fernando. De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad, *EN LETRA: DERECHO PENAL*, Año II, número 4, 2017., p.5.

como producto de un Estado social y liberal, siendo las dos caras de una misma moneda.

Al suprimir la posibilidad de aplicar circunstancias extraordinarias de atenuación en estos casos, observamos claramente como el Estado democrático, a través de su modalidad social, interviene estipulando medidas claras de protección hacia la mujer víctima de violencia de género, proporcionando una herramienta que permite el desarrollo integral de las mismas.

Más allá de las limitaciones fundamentales impuestas a partir de Estado liberal, hemos visto que el Estado no puede aislarse el términos absolutos de la sociedad.

Por consiguiente, y en razón de estas consideraciones de prevención general positiva, podríamos decir que no es del todo cierta la afirmación que indica: “la culpabilidad será menor cuanto mayor haya sido la dificultad experimentada por el autor para motivarse con arreglo a la norma y, en cambio, será mayor cuanto más fácil le haya sido al autor rendir esa motivación”²²⁵.

Como conclusión, habría que rechazar la posibilidad de estimar como agravante la motivación del agente si partimos de la concepción de la culpabilidad como la que sostenemos, como fundamentadora de pena. En función de lo expuesto, sólo restan dos alternativas: o bien se desestima totalmente la consideración de los móviles como efecto agravatorio o bien, se integran en el concepto de injusto²²⁶. Esto es lo que veremos a continuación.

2. **Mayor injusto subjetivo.**

Podría pensarse que la motivación abyecta presente en el autor del femicidio incrementa el injusto subjetivo del hecho. De esta manera, este particular elemento del ánimo añadiría un plus al disvalor de la acción.

²²⁵ Cf. KAUFMANN, ARMIN, *Normentheorie*, ps. 216 y ss.; idem, *Eb. Schmidt-FS*, p. 33; RIGHI, *Derecho Penal*, ps. 344, 522 y 528, *apud* CORDOBA, Fernando. De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad, *EN LETRA: DERECHO PENAL*, Año II, número 4, 2017, p. 2.

²²⁶ Silva Sánchez, *ob.cit.*, p.9.

Como sabemos, el injusto constituye una categoría graduable y compleja, abarcando no sólo el resultado y el riesgo (cuestión objetiva) sino también elementos subjetivos. Es por ello que se sostiene que la motivación ingresaría en esta última categoría, aportando a determinar la gravedad del hecho.

A su vez, hay quienes partiendo del desvalor subjetivo, consideran que la motivación no debe ser tenida en cuenta literalmente como tal, sino referida a una finalidad como elemento subjetivo intencional. Nos encontraríamos por consiguiente ante un mayor injusto subjetivo al cometerse el hecho por una motivación abyecta. En otras palabras, no se sanciona el motivo en sí, sino la intención que el autor particularmente expresa cuando comete el hecho²²⁷.

De este modo, el motivo originaría la intención de cometer el ilícito. Se parte así de la idea de que el motivo discriminatorio origina la intención de cometer el delito, por lo que no se sancionaría el motivo en sí, sino la intención que dicho motivo expresa cuando el autor comete el hecho.

Si proyectamos lo afirmado al ilícito en estudio, se podría aseverar que la mayor gravedad que justificaría un aumento punitivo estaría dada por la intención de causar un daño a la víctima o bien, al colectivo de mujeres a la cual pertenece.

Pero el problema que presenta esta tesis²²⁸ deriva no sólo de su incompatibilidad con el concepto mayoritariamente sostenido de dolo, al limitar este último a un factor intencional, sino que se valoraría de modo independiente y aislado un elemento subjetivo en relación al hecho cometido, dando lugar a la proscripta sanción del pensamiento²²⁹.

Si partimos de un concepto normativo del dolo, lo que distingue el dolo directo del eventual no es que la intención sea más intensa en un caso que en otro sino el conocimiento del riesgo derivado de la conducta, y en este sentido decimos que los motivos no afectan este conocimiento²³⁰. De este modo, la intensidad del castigo será

²²⁷ Mir Puig, S. (2011) Derecho Penal. Parte General, p. 638 y ss, apud Díaz López, J.(2012). El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho, p 373.

²²⁸ Más allá de que motivos e intención son dos cosas distintas. *Ad ex.*, cualquier motivación para cometer un delito crea la intención y sólo la motivación abyecta sería que la implicaría un castigo más intenso. A su vez, los motivos tampoco explicarían la presencia de una intención con un mayor o menor grado de intensidad. A este respecto Vid. Peralta., *Ibid.*, p.165.

²²⁹ Díaz López, Juan Alberto (2012), *Ibid.*, p.374.

²³⁰ *Id.*

legítima si se corresponde directamente con el grado de riesgo que el sujeto conocía que estaba generando. Si se lo castiga más allá de ello, la sanción será ilegítima²³¹.

Ya hemos afirmado que si se procede a efectuar un cuestionamiento jurídico penal de las motivaciones en sí mismas, se estaría legitimando tácitamente la punición de meras formas de pensar o actitud interna, configurando la sanción penal una reacción frente a la conducción de vida del autor, lo cual implicaría una contradicción con las premisas liberales propias de un derecho penal de acto.

En otras palabras, si se considera la motivación como una intencionalidad extra que aumenta el disvalor de la acción, ineludiblemente se estaría sancionando de modo independiente una actitud interna del agente que no superaría el estándar constitucional frente al principio de responsabilidad por el acto.

A su vez, ello se encuentra vinculado al concepto de disvalor de acción del cual partamos. Si se lo entiende como la relación subjetiva del autor con su hecho, nos remitimos necesariamente al concepto de dolo e imprudencia.

Sostener que en el presente ilícito medie un elemento intencional diverso del dolo, no constituye una premisa lógica que conlleve a la conclusión que el mismo determina un mayor disvalor de acción, sino que permite comprender subjetivamente la conducta que se pretende evitar.

Es por ello que de ninguna manera se podría evaluar un elemento integrante del injusto subjetivo de modo independiente a una conducta objetiva que supere el riesgo no permitido: “La evaluación de la parte subjetiva del ilícito sólo debe estar dirigida a evaluar la posibilidad de imputarle al sujeto la parte objetiva”²³².

Si se valora un elemento especial del ánimo en el supuesto del femicidio, se lo hace partiendo de que se valora un comportamiento realizado, no una motivación de modo aislado. Sostener lo contrario no sería legítimo en nuestro ordenamiento.

En función de esta observación y del fundamento de entuerto en estudio, sería plausible reinterpretar la motivación como algo ajeno al aspecto meramente psíquico, y así objetivar el mismo por los efectos que produce en la víctima. Las motivaciones internas pueden ser relevantes para la moral pero no para un Derecho penal del hecho, salvo en la medida en que manifiesten efectos externos, aumentando la lesividad del acto.

²³¹ Vid. Peralta, *op.cit.*, p.169.

²³² Sancinetti, *Disvalor*, p. 319.

Concluyendo, la motivación sexista del autor tendrá relevancia penal sólo si implica una mayor lesividad. Ello nos sitúa en el próximo acápite, en el que indagaremos si la agravación radica en una mayor lesividad presente en el hecho. Parecería que será en un mayor injusto objetivo donde deban articularse los motivos del agente.

La circunstancia agravante, en esta línea argumental, no responde al aspecto subjetivo del tipo penal, por cuanto la motivación que se haya generado en el fuero interno del agente para llevar a cabo el delito es intrascendente, ya que lo que vulneraría el bien jurídico no sería que el autor tuviere una u otra motivación, sino que la hubiera exteriorizado a través de sus efectos²³³.

3. **Mayor injusto objetivo.**

Hemos visto que el problema principal de evaluar los motivos como un elemento más reprochable desde el punto de vista de la culpabilidad o aumentando el injusto subjetivo es que ineludiblemente conducen a evaluar los mismos como procesos psíquicos motivacionales.

En efecto, consideramos que para que se justificar legítimamente la agravante se hace necesario acreditar que el motivo suponga una situación mayormente lesiva, pues ésta será el resultado que justifica la habilitación de mayor respuesta punitiva.

Es por ello que a través del presente trabajo se propone, en función del fundamento expuesto oportunamente del inciso 11, reinterpretar los motivos como algo totalmente ajeno a los procesos psíquicos del autor. Sostenemos que estos motivos se refieren realmente a una situación fáctica subyacente.

Este tipo de razonamiento adaptado al ilícito en estudio ha sido originariamente desarrollado por STRATENWERTH, quien al analizar los llamados “elementos de actitud interna” indicó que la idea es que cuando legislativamente se opta por hacer alusión a elementos motivacionales (en este caso a través de una norma extrapenal), se

²³³ *Mutatis mutandi, Vid. Díaz López, Ibid.*

hace debido a la imposibilidad material de enumerar todos los contextos fácticos en los que cobraría significado la relevancia de la sanción penal²³⁴.

Si bien sostenemos la existencia de un motivo como elemento especial diverso del dolo, el mismo no debe ser probado por sí mismo como proceso psíquico motivacional. Lo que debe acreditarse, por el contrario y como veremos en el próximo acápite, es el contexto relacional concreto como exteriorización (efecto) del ánimo de subyugación del autor y es precisamente este resultado el que ocasiona un mayor injusto.

De este modo, la justificación de la naturaleza jurídica de este particular elemento motivacional resultaría concordante y coherente con el fundamento del inciso 11 del C.P. que persigue precisamente otorgar un plus de protección a la mujer.

Adoptamos en este sentido las argumentaciones expuestas por Lorenzo Copello, quien expuso en su obra que lo que caracterizaría a la violencia de género sería el efecto discriminatorio que padece la víctima concreta del autor aunque esta última pertenezca a un colectivo tradicionalmente discriminado. Se sancionaría únicamente la carga ofensiva humillante que el delito ha supuesto para la víctima individualmente considerada²³⁵.

En este sentido, el desvalor de resultado estaría configurado por el mayor daño ocasionado a la víctima. Por consiguiente, lo esencial para la aplicación de la agravante sería comprobar si el contexto en el que se comete el delito permite hablar de una verdadera dominación.

De este modo, el elemento motivacional proyectado objetivamente no afectaría al dolo, el cual se limitaría al mero conocimiento por parte del sujeto activo de estar realizando una conducta por fuera del marco del riesgo permitido, comportamiento que, debido al actual contexto social, debiera conocer que resulta catalogado como violencia de género.

El motivo proyectado objetivamente se explica en función de ser cometido contra un integrante de un colectivo históricamente discriminado y no en función de las condiciones personales de la víctima (ad ex el inciso 4 del artículo 80 no se refiere a un grupo vulnerable en particular. Esto último habilitaría, en este tipo de ilícitos, a encontrar un fundamento último vinculado al principio de igualdad).

²³⁴ STRATENWERTH, “Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale”, *apud* Díaz López, *ob. cit.*, p.377.

²³⁵ Vid. LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código... op. cit., p. 281.

¿Por qué motivo la alegada situación de sometimiento implicaría una mayor lesividad padecida por el sujeto pasivo?

Se ha afirmado que el mayor reproche estaría justificado por la mayor agresividad que implica en sí el hecho por el cual se somete a la víctima²³⁶.

No obstante, si partimos de tal afirmación nos encontraríamos con un obstáculo: si bien la mayoría de los casos suelen presentar una fenomenología aberrante al cometerse de modo especialmente violento, resultaría una redundancia incorporar una nueva agravante al artículo 80 del C.P., debido a que la mayor agresividad desplegada por el autor a fin de hacer sufrir padecimientos innecesarios a la víctima sería una situación ya contemplada en el homicidio calificado por ensañamiento²³⁷.

Por su parte, Buompadre, sin mencionar el concepto de sometimiento, y negando la presencia de algún elemento motivacional, considera genéricamente que el plus de injusto estaría dado únicamente por la condición del sujeto pasivo y la relación desigual de poder presente en todo femicidio, como componente adicional que acompaña la conducta típica²³⁸.

En nuestra opinión, la mayor gravedad estaría dada al tratarse de un contexto en el que el agente utiliza la fuerza para imponer su posición a la víctima, la cual, a su vez, no ha efectuado ningún tipo de aporte a fin de merecer tal agresión. Se trataría de un padecimiento innecesario provocado en la víctima.

La idea de sometimiento nos remite a la solución novedosa propuesta por el autor José Milton Peralta, quien, a través de su obra *Motivos Reprochables*, considera que lo relevante en estos casos no sería la anormalidad de la razón para actuar, sino lo determinante sería si el ilícito se encuentra atenuado o no y ello va a depender si la víctima resulta o no corresponsable por el hecho²³⁹.

La tesis fue inicialmente desarrollada por MÜSSIG, quien en su obra *Mord und Totschlag*, concluyó que en todo homicidio simple existe alguna especie de provocación penalmente relevante y que es lo que lo diferencia del asesinato²⁴⁰.

Es decir, a fin de evitar reproches de carácter moral, Peralta invierte el planteo clásico de análisis de la relevancia de las motivaciones: ya no se trataría de que los

²³⁶ Macchiavelli, N. (2019). Violencia contra la mujer y delitos. *DiarioDPI*, pág. 7.

²³⁷ Vid. Peralta, M., Homicidios por odio como delitos de sometimiento, *op.cit.*, p. 4-6.

²³⁸ Buompadre, *op. cit.*, p. 154.

²³⁹ Cf. Peralta, J. (2013). Homicidio por odio como delitos de sometimiento. InDret – Revista para el análisis del Derecho – N° 4/2013, p. 15 y ss.)

²⁴⁰ *Ibid.*

motivos abyectos agraven o no un hecho determinado, sino que su presencia no atenúa (no justifica) aquél.

Aquí si bien continuamos dentro del ámbito de la antijuridicidad, ingresaríamos al terreno de las causales de justificación, específicamente aproximándonos a las reglas de la legítima defensa.

En cuanto a las críticas formuladas a esta teoría, coincidimos con Javier Teodoro Álvarez en considerar que una de las implicancias probatorias que tiene esta tesis es que en definitiva se deberá acreditar el motivo discriminador del actuar del agente para poder realizar la pretendida exclusión de cualquier tipo de aporte por parte de la víctima, por lo que la motivación no sólo terminaría siendo relevante jurídicamente sino que se vería reflejada en la conducta concreta. De este modo, lo que esta tesis pretendería evitar constituiría su base fundamental²⁴¹.

A su vez, y reiterando los argumentos expuestos en el capítulo III, esta tesis no podría aplicarse de modo generalizado a los delitos de odio previstos en el inciso 4 del artículo 80 del Código Penal. Como afirma Álvarez: “Es que no pareciera ser que el agente pretenda con su hecho que la víctima viva según sus reglas, sino más bien que esas personas desaparezcan por la aversión que les genera”²⁴². Asimismo, la víctima debería tener la chance de cumplir con los deseos del agente, circunstancia que no se corrobora en todos los casos.

Lo que proponemos a través del presente trabajo es no desconocer que las motivaciones sí resultan relevantes para la determinación del injusto pero el plus estaría dado por el mayor daño ocasionado a la víctima como situación fáctica subyacente a la motivación. Esta dominación resulta más gravosa debido a la falta absoluta de responsabilidad en la víctima.

No obstante, a fin de evitar que recaiga la entera responsabilidad en la víctima, en lugar de corroborar su falta de provocación, sobre todo al tratarse de materia de género, el mero hecho de comprobar en el caso concreto un contexto de real sometimiento se excluirá la necesidad de comprobar qué tipo de aportes efectuó o no la víctima en el hecho concreto padecido como el proceso psíquico motivacional presente en el agente al momento de cometer el hecho.

²⁴¹ Álvarez, J.T., Delitos agravados por las motivaciones del autor: la prueba del odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. Publicado en: *RDP* 2020-8, 07/08/2020, p.7.

²⁴² *Id.*

Retomando las argumentaciones plasmadas en primera instancia, decimos que no resulta suficiente para justificar la previsión normativa del inciso 11 la mera agresión fatal de un hombre hacia una mujer en un determinado contexto si este último no resulta ser una exteriorización de discriminación, dominación y subyugación de la víctima.

Debe acreditarse que el hecho cometido constituye una manifestación de ese patrón de dominación y que no obedezca a un motivo diverso. Resulta determinante que la conducta responda a un patrón de sometimiento propio de la violencia de género, aún con los problemas que eventualmente podría pensarse que ocasionan a nivel probatorio.

La dominación masculina no es un mero dato sociológico, sino un objetivo singular de cada hombre en cada caso concreto y no es constatable sino a través del contexto en el que ocurre la agresión.

A su vez, y como indicamos en el Capítulo III, este ánimo de dominación no resulta una exigencia antojadiza sino que se desprende de una interpretación teleológica del precepto en relación a la norma extrapenal que la introdujo: la ley 26.485. A su vez, dicha interpretación debe atender a la realidad social del momento en el que se aplica. Ambos criterios permitirán alcanzar un sentido por encima del estricto tenor literal de la norma.

En cuanto al contexto de dominación, el mismo tampoco surge de la literalidad de la ley. No obstante, el mismo integra de modo inexorable el tipo en cuestión y resulta ser la clave para entender el fenómeno en estudio ya que es precisamente el mismo el que proporciona sentido político criminal a la tutela reforzada proporcionada a la víctima.

Si bien cuando mencionamos que lo verdaderamente relevante son los efectos, prefiriendo de este modo colocar el acento en una definición descriptiva de las circunstancias que subyacen a este tipo de violencia, no por ello se abandona la exigencia típica de que el agresor debe actuar con ánimo de dominación.

De lo contrario, si se ignora la exigencia del elemento específico del ánimo en el agente, se procedería una aplicación automática del precepto ante cualquier agresión de un hombre contra una mujer, lo que no se ajustaría al principio de culpabilidad.

La conducta típica palmariamente debe ser una manifestación de discriminación, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo.

En definitiva, sostenemos que las motivaciones del deben ubicarse dentro del aspecto subjetivo del tipo penal como un elemento distinto del dolo. Esto no significa que deba evaluarse individualmente tal animosidad como proceso psíquico interno,

realizando de este modo el derecho penal una intromisión a la esfera íntima del agente en desmedro del principio de acto.

Partimos de un concepto complejo de injusto, en el que a pesar de sostener la presencia de esta motivación, no derivamos automáticamente su relevancia jurídico penal desde una perspectiva de mayor disvalor de acción. Es decir, no se trata de un juicio que se reduce a una evaluación del origen de la decisión de la voluntad.

En el supuesto del inciso 11 el motivo no es evaluado en sí mismo, sino que es atendido en la medida en que se proyecta en el hecho cometido. Es decir, resulta relevante para la determinación de la responsabilidad penal en la medida que se vea reflejados en la acción emprendida.

Precisamente esta situación objetiva subyacente es que la exterioriza una verdadera situación de sometimiento, y es la que deontológicamente confiere mayor gravedad al entuerto en estudio. Por consiguiente, lo afirmado no implica que deba evaluarse moralmente al autor ni realizar una intromisión del derecho penal a su esfera íntima en desmedro del principio de acto.

A su vez, estos efectos jurídicamente valorados lo son en relación a la víctima en concreto y no al grupo al cual pertenece, más allá de alegarse y reconocerse un eventual poder comunicante del injusto cometido²⁴³. No consideramos que se extienda tal efecto a todo el colectivo que integra, transmitiendo un mensaje a todo el grupo social al que pertenece. En este sentido, enfatizar en el aspecto simbólico del injusto como mayor negación al derecho no justificaría por sí misma una agravante²⁴⁴, por lo menos partiendo de un Estado social y democrático de Derecho.

²⁴³ No desconocemos con la presente afirmación la existencia de un mandato primario dirigido al sujeto activo: “no mates mujeres, sacando provecho de una situación asimétrica”.

²⁴⁴ Silva Sánchez propone adoptar un concepto real de injusto, alejándose de aquellos conceptos clásicos de injusto que se fundan exclusivamente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (y en el que posteriormente se integran los elementos subjetivos) o bien, en la desatención o no reconocimiento del Derecho, entendido no sólo como orden abstracto sino comprendiendo también la relación jurídica con la víctima o la generalidad. Considera que la negación del Derecho que implica el injusto abarca no sólo una dimensión empírica (lesión del bien jurídico abarcada por el dolo, peligrosidad de la conducta, corresponsabilidad de la víctima), sino también comunicativa.

De lo contrario, habría dificultades en explicar todos los casos de injusto penalmente relevante, siendo la única dimensión que permite la valoración de una serie de factores como los motivos del agente: “Esta perspectiva justifica el traslado de la actitud interna, en tanto que trascendente intersubjetivamente, a una concepción comunicativa del injusto, en la que, además de la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico, se tenga en cuenta el aspecto simbólico de mayor o menor negación del Derecho”. Silva Sánchez, J.M., La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo, *InDret* 2/2007, p.12.

La agravación de la pena no puede ser una manifestación más de lo que se denomina un Derecho penal simbólico.

Afirmar la proyección sobre el colectivo discriminado puede ser una respuesta desde el ámbito sociológico, pero no resistiría las exigencias propias del ámbito penal, donde se requiere efectuar un mayor ajuste de tal fundamentación y a fin de adecuar una institución jurídica como la evaluada en autos a un Derecho Penal de acto (más allá de los inconvenientes probatorios que acarrearía: Si se fuese necesario probar el daño a cierto colectivo, la posibilidad de aplicación de esta agravante sería prácticamente nula).

Una argumentación de este estilo es la que podría realizarse de acuerdo a una interpretación sociológica del hecho, pero es dudoso que la mujer agredida y el varón agresor vean su acto en clave colectiva y que ello contribuya por un lado a un mayor sufrimiento de la víctima y por otro a un aumento de las agresiones de los varones en general. “A la mujer le afectan los golpes y sobre todo el miedo continuo y la rebaja de su dignidad que procede de estos actos, pero no como exponentes de la dominación masculina sobre la mujer, sino, mucho más simple, como exponente crudo de la violencia (especialmente intensa) de una persona sobre otra, de cualquier persona sobre cualquier otra en contextos de agresiones habituales entre personas próximas y en condiciones de inferioridad física de una de ellas. Por otro lado, tampoco parece muy plausible que el agresor en la mayor parte o en todos los casos (aunque en alguno pueda ser así) vea su acto y le dé el significado de un desprecio a la dignidad del colectivo femenino, sino más bien como un acto de violencia sin más contra una persona próxima y vulnerable (...)”²⁴⁵.

Más allá que el comportamiento asumido por el agente implique una carga expresiva ofensiva hacia su víctima por razón de la pertenencia de ésta a un colectivo tradicionalmente discriminado, de ello no deriva que deba comprobarse en el caso concreto el mencionado efecto producido sobre el grupo en cuestión.

En virtud de lo expuesto, es posible afirmar que es el mayor disvalor del resultado generado el que tienen una gravitación determinante en la fijación de la sanción más alta de la escala penal del Código Penal Argentino.

Por consiguiente, si bien el motivo resulta jurídicamente relevante, aquello que determina un mayor contenido de injusto es precisamente el resultado producido: el contexto de sometimiento de la víctima, en el que se reflejaría la motivación

²⁴⁵ Molina Fernández, *op. Cit.*, p.19 y 20.

implícitamente exigida para la configuración del tipo. En definitiva, se sanciona el efecto subyugante producido.

El disvalor adicional del resultado añadido al injusto propio del delito base se encontraría en el efecto producido en el sujeto pasivo por el entuerto estudiado. Es decir, la posición de dominio del hombre sobre la mujer, como síntoma discriminatorio, representando un plus de antijuridicidad respecto del homicidio simple.

A su vez, el disvalor del resultado estaría dado no sólo por la situación de sometimiento referida sino porque esta última deriva en un mayor atentado a la dignidad. En la violencia de género este atentado es patente, traducéndose en agresiones aberrantes a la integridad física y psíquica como a su libertad y, en el caso de violencia íntima, con la amenaza constante de nuevas agresiones.

En función de lo expuesto, se produciría una doble afectación: al bien jurídico vida y a un valor implícito en la norma penal: la dignidad. Entendemos que podría llegar a catalogárselo como un bien jurídico escurridizo, es por ello que no reviste autonomía sino que su existencia depende de su interrelación con la lesión de otros bienes: “ los atentados contra la dignidad «en la inmensa mayoría de los casos no son sino un peculiar modo de lesionar otros bienes jurídicos de indudable mayor aferrabilidad”²⁴⁶.

Es decir, partimos de un concepto mixto de injusto, el cual comprende no sólo la lesión a un objeto como la relación del objeto con el sujeto, sino también el daño al valor que está detrás de esta norma jurídico penal.

De este modo y concluyendo, rechazamos no sólo aquellas argumentaciones fundadas en la mayor repugnancia ocasionada por la abyección del motivo respectivo²⁴⁷ sino también, y ya en el caso específico del femicidio, aquellas que alegan la necesidad de erradicar la discriminación hacia la mujer²⁴⁸.

Tal afirmación entrañaría no sólo avalar un Derecho penal de autor, sino implicaría una etización del Derecho penal. Lo que se considera repudiable no es la

²⁴⁶ Molina Fernández, op. Cit., p.20.

²⁴⁷ Id., p.8.

²⁴⁸ Toledo Vázquez, op. Cit., p. 187: “Otra de las alternativas es considerar que estos delitos poseen un mayor contenido de injusto, lo que hace recomendable su penalización separada- y agravada. Este plus de injusto y mayor antijuridicidad puede ser identificado en aquellas conductas que constituyen una manifestación de la discriminación contra las mujeres, en cuya erradicación se encuentra comprometido el Estado ya sea a nivel constitucional – en diversos países – o legal, a través de los tratados internacionales de derechos humanos sobre la materia que ha ratificado”.

motivación en sí, sino la situación de sometimiento generada, como padecimiento innecesario provocado en la víctima.

Lo que el derecho penal sanciona es que una persona mate a otra en un contexto de sometimiento, pero no le prohíbe los prejuicios que el autor tenga con respecto a las mujeres.

4. Repercusión del especial elemento del ánimo en la investigación del ilícito penal.

Luego de haber superado una serie de obstáculos hasta el presente punto de desarrollo del trabajo en lo que se refiere a la fundamentación de la figura como el esclarecimiento y consiguiente determinación de la específica motivación que consideramos requerida por la figura en estudio, nos encontramos con uno de los mayores inconvenientes de la presente construcción teórica: la acreditación de la especial motivación del autor.

El obstáculo que presentaría corroborar en el ámbito subjetivo y caso por caso, el componente discriminatorio y subyugante que implica la conducta violenta del hombre hacia la mujer, estaría dado por la dificultad de los jueces de comprobar tal elemento (sobre todo teniendo presente la gravitación del estado de jurídico de inocencia del imputado), lo que podría conllevar a una menor aplicación normativa de la perspectiva de género.

Es decir, parecería un camino complejo el intentar comprobar circunstancias que hacen a la esfera íntima y subjetiva del agente. Resultaría muy difícil de traducir este componente discriminatorio, propio de esta clase de violencia, en términos aceptables desde el punto de vista del principio de legalidad.

¿Cómo los operadores de la justicia van a resolver con perspectiva de género sin mayores dificultades si no median criterios probatorios delimitados que aseguren la

posibilidad de acreditar tal elemento subjetivo? En un primer momento podría pensarse que se trata de un componente subjetivo que sólo podría ser contrastado objetivamente a través de indicios, al igual que en los supuestos de delitos de odio.

Si bien hemos delimitado precedentemente qué implicaría matar “por su género” (art. 4 Convención Belém Do Pará) o matar a una mujer por el hecho de ser mujer, la falta de precisión o desconcierto respecto del contenido del concepto (*ad. ex.* al presuponer la misoginia como sustrato común) como la real extensión de los elementos típicos a probar, genera que el Poder Judicial efectúe interpretaciones en exceso restringidas que obstaculizan el fin protector de la norma: “la mató por celos, no por el hecho de que fuera mujer”.

En el ejemplo citado se iría incluso más allá de pretender comprobar la mera creencia o prejuicio del sujeto activo²⁴⁹, incurriendo en la confusión de acreditar la concreta emoción del mismo, lo cual no sólo será imposible de saber a ciencia cierta (si tal emoción realmente concurría en el cerebro del autor) sino que acarraría el riesgo de considerar verdaderas conductas sexistas como supuestos de inimputabilidad²⁵⁰.

No obstante lo expuesto, la principal dificultad que encontramos en supuestos como el mencionado es que hacer hincapié en la emocionalidad del sujeto activo²⁵¹ conllevaría a ignorar que las motivaciones se encuentran compuestas de diversos elementos, entre los que sobresale el prejuicio hacia un estereotipo²⁵². Es decir, se desconocería el componente cognoscitivo presente en toda motivación.

En el caso particular del femicidio, se perdería de vista el elemento caracterizante de este fenómeno como es la discriminación de carácter cultural basada en una idea de dominación – sometimiento.

En función de lo expuesto, si se simplifica la expresión: “matar a una mujer por su género”, efectuando una hermenéutica limitada a la literalidad de los términos, se desconocería la discriminación y consiguiente subordinación como explicación de este

²⁴⁹ Innecesaria de comprobar en los casos de femicidios. Incluso, como vimos en el título anterior, en los propios delitos de odio el prejuicio concreto que motivó al autor resulta imposible de comprobar sino a través de indicios. Es por ello que en este ámbito se prefiere hablar de verdad forense.

²⁵⁰ La Asociación Americana de Psiquiatría, en su Manual Diagnóstico y Estadístico de Desórdenes Mentales, clasifica la celopatía como un subtipo del trastorno delirante.

En otras palabras y tal como desarrollaremos a continuación, una visión mecanicista o meramente biológica de las emociones, supuestamente neutra y sin tener presente las creencias o prejuicios, daría lugar a situaciones que perpetuarían una determinada moralidad (sometimiento de género), operando como un atenuante de la responsabilidad penal. Cf. Díaz López, Juan Alberto (2012), *Ibid.*, p. 265-266.

²⁵¹ Lo afirmado no implica negar el componente emocional que media en toda motivación.

²⁵² Cf. Díaz López, Juan Alberto (2012), *Ibid.*, p. 249.

fenómeno²⁵³. Este modo de razonamiento es precisamente el que ha conllevado a que importantes juristas afirmen que: “lo que tipificaron no existe (...) la ley no tendrá eficacia porque nadie sale a la calle a matar a una mujer por ser mujer”²⁵⁴.

No obstante las consideraciones efectuadas, debemos destacar que a pesar de que sostenemos que en los casos del inciso 11 media en el autor una determinada motivación, a diferencia de los *hate crimes*²⁵⁵, no se requiere comprobar específicamente y como proceso psíquico la creencia o prejuicio que motiva la conducta²⁵⁶.

Es decir, su existencia deriva del propio factor diferencial de la violencia de género: agresión que es utilizada como modo de dominación en una situación relacional específica.

²⁵³ Es por ello que, a pesar de reconocer y respetar las limitaciones propias dentro del ámbito penal, destacamos la importancia de comprender sociológicamente los ribetes particulares de este tipo de violencia a los fines interpretativos.

²⁵⁴ Halfon, Florencia y Álvarez, Lucía (2012) en una entrevista exclusiva al Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni. “La libertad condicional no está controlada en el país”. Tiempo Argentino. Recuperado de: <http://tiempo.infonews.com/2012/12/02/sociedad-92039-zaffaroni-la-libertad-condicional-no-esta-controlada-en-el-pais.php>

²⁵⁵ Evidentemente, ya sea de que se trate de femicidio en sentido estricto o bien, de un delito de odio de género, advertimos que el fundamento siempre influye de modo decisivo en las exigencias probatorias para su aplicación. De allí gran parte de la importancia de la fundamentación de la figura delictiva en estudio, desarrollada oportunamente en el capítulo II.

²⁵⁶ En este sentido, resulta interesante la distinción que el autor Juan Alberto Díaz López (2012, 250-271) efectúa entre la concepción mecanicista y evaluativa de las emociones. Afirma que si se concibe a las emociones de acuerdo a la primera teoría, podría aseverarse que las emociones podrían impedirle al agente actuar libremente al estimárselas probablemente irrefrenables. No obstante, frente a dicha concepción, se alza la concepción evaluativa de las emociones que otorga importancia al aspecto cognoscitivo de las motivaciones.

Esta concepción parte de la posibilidad de responsabilizar al individuo (en estos supuestos de odio) a pesar de su concreta emoción debido a que si se concibe, como debe ser en toda democracia, al ciudadano como un ser racional con madurez mínima, podría haber controlado con anterioridad la creencia que originó aquella emoción. Si bien se reconoce que resulta costoso eliminar totalmente ese prejuicio, es posible que el sujeto lo module, citando a tal fin numerosa bibliografía de carácter científico que avala que la asunción de los prejuicios no sólo es fruto de un proceso mental capaz de ser controlado (p. 269) sino que citando a Dozier (p.271), asevera que los avances en las neurociencias demuestran que el carácter “innato” del prejuicio no implica necesariamente que de él se derive un sentimiento irrefrenable de odio, por lo que el prejuicio, y con él el odio, pueden ser controlados e incluso erradicados. “El Derecho penal, en tanto que constructo para la convivencia social, no puede obviar la perspectiva evaluativa. Asumamos que los ciudadanos no son únicamente unos peones pasivos ya sea de sus padres o de la sociedad en la que nacen; son capaces de razonamiento crítico y reflexión, y por ello están obligados a cumplir las normas de convivencia incluso cuando aquéllos a su alrededor no lo hacen”. Díaz López, Juan Alberto (2012), *Ibid.*, p. 267, *Apud* KAHAN/NUSSBAUM, “Two conceptions...”, pp. 270-374, cit. p. 301.

No se efectúa una evaluación de la creencia en sí, es decir, si resulta la misma aceptable (razonable) o no conforme a los valores reinantes en nuestro ordenamiento²⁵⁷, en cuanto a parámetro a tener en cuenta en la agravación de la responsabilidad penal.

Por el contrario, este especial elemento del ánimo se proyecta sobre la situación caracterizante de la violencia de género como es el contexto de sometimiento de la mujer.

Como conclusión, estimamos que debería comprobarse en cada caso este contexto de dominación, debiéndoselo formular en términos objetivos²⁵⁸.

A modo ejemplificativo, ciertas legislaciones enumeran una serie de circunstancias, las cuales podrían ser evaluados como indicios probatorios no taxativos (no se trataría de una especie de prueba legal o tasada) por parte del magistrado interviniente en la causa. Ad Ex, el artículo 6 de la ley guatemalteca comienza su enunciado del siguiente modo: “comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer por su condición de mujer, valiéndose de cualquier de las siguientes circunstancias(...). De este modo, menciona determinados contextos a lo largo de los incisos, entre los que podemos mencionar: “haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima; en menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación”, entre otras circunstancias enumeradas.

Como en el ejemplo citado, podrían emplearse inferencias probatorias normativas, sin negarse su base epistémica, no bastando la concurrencia de un solo indicio del contexto de sometimiento mencionado, sino que deberá arribarse a una conclusión mediante la valoración del conjunto total de elementos probatorios incorporados a la causa, cobrando especial relevancia la fundamentación que ofrezca el juez en la causa respecto a la valoración de los indicios de cargo como de descargo.

²⁵⁷ Es decir, si la creencia o prejuicio se aparta de lo que nuestro ordenamiento considera admisible, carecerá de fundamento.

²⁵⁸ , ROIG TORRES, Margarita, propone de lege ferenda, en lo que se refiere a la legislación española, la incorporación de un “elemento de dominación” en los tipos de violencia de género: La delimitación de la violencia de género: un concepto espinoso, en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXII (2012), p. 302.

A su vez, y teniendo presente los particulares ribetes de este tipo de violencia, no sólo debería evaluarse el hecho concretamente cometido, sino la totalidad de las circunstancias, tanto anteriores, concomitantes y posteriores al hecho.

La motivación discriminatoria que caracteriza al femicida, es aquella misma que se encuentra representada en los hechos al proporcionar el agente un trato peyorativo, humillante, y dominante con respecto a la víctima, cosificada en su dignidad, circunstancias que objetivamente configurarían el contexto de género requerido normativamente para la concurrencia de la figura típica en cuestión.

En este sentido, se ha afirmado: “(...) Se impone analizar si, en el sub lite, existen pruebas suficientes de un contexto de desigualdad real que permita inferir que el agresor le infería tratos violentos, como manifestaciones de poder, dominio o control frente a alguien a quien denigra, cosifica o trata como inferior. Aclaro que no basta cualquier caudal probatorio: es necesario que la prueba permita arribar a esa conclusión, más allá de cualquier duda razonable; esto es: con un estándar de certeza; porque si el espíritu del juzgado no llega a esa convicción, en virtud del principio favor rei, el extremo debe desecharse(...)”²⁵⁹.

Reiteramos que una falta de precisión en nuestra legislación local en lo relativo a la enumeración de indicios claros, conllevará a una mayor labor interpretativa para el magistrado que intervenga en el caso concreto y que deba resolver una determinada situación expuesta a su consideración. Será sin duda el necesitado debate jurisprudencial sobre este precepto el que despeje los supuestos de aplicación en la práctica forense.

²⁵⁹ Precedente Oroná, Cámara en lo Criminal y Correccional de 7ma. Nominación de la Ciudad de Córdoba, sentencia N 41, 29/12/16 (magistrado ponente: José Daniel Cesano).

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

Al comenzar el presente trabajo, se postularon dos problemas de investigación que impulsaron el desarrollo de la presente tesis.

En primer lugar, inquirimos respecto a la existencia de un elemento especial de ánimo en la figura del inciso 11 del artículo 80 del C.P. para luego investigar, de ser positiva la concurrencia de este componente subjetivo, si era posible compatibilizar el cuestionamiento jurídico penal surgido a partir de las motivaciones del autor de femicidio con un derecho penal de acto, propio de un estado liberal de derecho.

A su vez, y a fin de contrastar o refutar las hipótesis inicialmente trazadas frente a los interrogantes planteados, nos propusimos a través de la presente tesis partir, a fin de lograr una mejor y más cabal comprensión del fenómeno, de un análisis del fundamento de la institución jurídica objeto de estudio para luego focalizar en el significado y alcance del elemento motivacional presente en el autor del ilícito en cuestión, todo ello en términos de responsabilidad penal.

En primer lugar se plasmó en el Capítulo I el estado actual de la problemática y los puntos de partida que no debían perderse de vista a lo largo del desarrollo de la tesis.

Posteriormente, en el Capítulo II se efectuó un desarrollo sobre el fundamento de la agravante, explicitando el modelo legislativo adoptado. Mencionamos las principales problemáticas suscitadas por dicho modelo como las soluciones propuestas con el objetivo de lograr un correcto entendimiento de la temática abordada.

La metodología de evaluar en primera instancia el fundamento del inciso 11 se justificó al configurar este último el principal criterio interpretativo de la naturaleza de uno de sus componentes en particular, como lo es el elemento motivacional.

Advertimos que una institución no puede revestir suficiente fundamento si no salvaguarda valores considerados supremos por nuestro ordenamiento. Si afirmamos que el modelo adoptado es inobjetable constitucionalmente, resultando adecuado a nuestro Estado de Derecho, nos encontraríamos dentro de los límites de lo admisible. Sería a partir de ese momento en que estaríamos habilitados para evaluar su razón de ser y posteriormente adentrarnos en nuestro análisis.

Efectuamos una breve mención a ciertos principios constitucionales y filosóficos inherentes a nuestro Estado Democrático de Derecho y arribamos a la conclusión de que

la conformación de nuestro Estado es liberal y social, no resultando posible encontrar un fundamento que se aparte completamente de nociones preventivas, no alcanzando las argumentaciones de carácter deontológico.

Es por ello que tal desarrollo nos llevó inexorablemente a inquirir sobre la vinculación entre prevención y femicidio, evaluando la forma y el contexto en el que se introdujo esta circunstancia agravante en nuestro ordenamiento.

Se advirtió que a partir de la incorporación de la figura se produjo un cambio de perspectiva que logró que la mujer se posicionara de otro modo. Al comprender los ribetes particulares de este tipo de ilícitos, la norma debía destinarse a tutelar de modo específico a la mujer, la cual ocupó el foco central de atención en el análisis en la configuración misma del tipo penal.

A su vez, se arribó a la conclusión de que en una gran cantidad de casos habían ciertos elementos comunes caracterizados por un sentido de posesión. Ya desde el debate parlamentario se perfilaba este concepto de dominación o sometimiento como reflejo de un preconceito por parte del sujeto activo, conformado por la idea de inferioridad de la mujer, lo que conllevaba a esta última a encontrarse, en los hechos, en una posición subordinada, a partir de la cual el agente consideraba plausible perpetrar el hecho.

En el acápite relativo a “Prevención y femicidio” se precisó la influencia que ejerció el Estado sobre la génesis y recepción legislativa de la figura del femicidio, arribando a la conclusión de que la configuración de nuestro Estado democrático configura la síntesis de la relación dialéctica entre Estado Social y Liberal: un Estado construido a partir del consenso social, el cual, si bien debe garantizar un mínimo de seguridad jurídica a todos los ciudadanos, a fin de evitar las arbitrariedades cometidas desde el poder, consagrando determinados principios que le son inherentes a su constitución, no puede aislarse en términos absolutos de la sociedad, porque de este modo no alcanzaría el propósito de lograr el pleno desarrollo integral de sus ciudadanos.

Posteriormente, llegamos a la conclusión de que la reforma incorporada mediante la ley 29.741 no implicó una mera manifestación de un Derecho Penal simbólico ni constituyó una derivación de lo que se denomina como “Derecho penal del enemigo”.

Vimos cómo el tipo penal analizado implica un enfoque dirigido a la víctima, lo que justifica su razón de ser. Por tal motivo, se parte de las características del sujeto

pasivo y no activo a fin de elaborar una estrategia de género, sobre todo al detectar un colectivo expuesto a un riesgo especial de sufrir violencia.

Por otra parte, concluimos que el autor no es visto como un enemigo público de la sociedad, ni se avala implícitamente un Derecho Penal de autor. No olvidamos que el autor del femicidio, a fin de ser condenado, debe ser culpable como si cometiera cualquier otro delito, aplicándosele las reglas procesales generales sin mediar excepción alguna.

En cuanto al modelo adoptado, advertimos que el mismo se funda en brindar mayor protección a la mujer y no en las características personales del autor. En este sentido, es lógico que el ordenamiento positivo haya tenido en cuenta la desvaloración social histórica de mujeres como un riesgo adicional al que se encuentran sometidas.

Es por ello que afirmamos que si bien la fundamentación del modelo adoptado parte del sujeto pasivo y no del activo, es este mismo enfoque, basado en un especial merecimiento de tutela por parte de la víctima, el que generó la raíz de la discusión: si estamos frente a comportamientos iguales, en dónde radica la mayor gravedad en la conducta emprendida por el hombre y si esta gravedad se produce siempre en toda agresión.

Afirmamos que determinar si resulta o no justa la institución jurídica como la estudiada, depende lisa y llanamente que se acepte - o no - esta modalidad particular de violencia. En otras palabras, la respuesta se encuentra condicionada a reconocer -o no- que la condición de mujer implica un factor adicional de riesgo.

Tal como desarrollamos, el factor de riesgo adicional de carácter estructural o social, allana el camino dirigido hacia un tipo arraigado de violencia que se produce en un contexto de dominación de raíz discriminatoria.

Posteriormente, en el capítulo III analizamos el contexto legal de regulación del femicidio, tanto a nivel nacional como internacional, inquiriendo sobre este fenómeno social desde un punto de vista normativo.

Logramos abordar los antecedentes legislativos y la reforma de la ley 29.791, como respuesta punitiva a la problemática de género en el Código Penal, resultando ser el eje central del trabajo el punto 2, en el que se partió de un análisis específico del tipo subjetivo del delito de femicidio.

Realizamos una prospección pormenorizada de los elementos característicos de esta motivación, evaluando si el inc. 11 del artículo 80 del C.P. implicaba per se odio de

género, entendido como aversión hacia el género femenino a partir de una percepción de minusvalía y subordinación, o bien, si únicamente corresponde hablar de discriminación.

A fin de lograr tal objetivo precisamos el concepto, logrando delimitar un elemento tan conocido como controvertido: la misoginia.

Advertimos en el femicidio un elemento adicional caracterizado por la discriminación y subordinación implícita en la violencia de que las mujeres son víctimas y es precisamente este elemento subjetivo el que caracteriza al femicidio de otros homicidios cometidos en un contexto de dominación y le proporcionan especificidad al fenómeno.

En este orden de ideas, percibimos que jurisprudencialmente, y con el transcurso de los años, se fue perfilando con mayor nitidez que el contexto fáctico en el que se desplegaba la conducta del agresor necesariamente trasuntaba en una peculiar concepción del género femenino que a su vez, facilitaba una situación de sometimiento.

Constatamos que no es lo mismo un delito machista que un delito motivado por misoginia y que en aquellos supuestos en los que el sujeto activo reacciona frente a una mujer por su mera condición biológica, y no porque esta última ejerció algún derecho por el cual el agresor se sintió provocado, correspondería hablar de odio de género y no de femicidio en sentido estricto.

Posteriormente, y ya habiendo delimitado el elemento motivacional, analizamos a través del capítulo IV la naturaleza jurídica de este último. Examinamos la gravitación que tienen los motivos del agente en la culpabilidad y en el injusto, a efectos de evaluar su adecuación con las premisas consideradas valiosas por un Derecho Penal Liberal.

Comprendimos que el problema principal de evaluar los motivos como un elemento más reprochable desde el punto de vista de la culpabilidad o aumentando el injusto subjetivo es que ineludiblemente conducían a evaluar los mismos como procesos psíquicos motivacionales.

En efecto, consideramos que para que se justificar legítimamente la agravante se hace necesario acreditar que el motivo suponga una situación mayormente lesiva, pues ésta será el resultado que justifica la habilitación de mayor respuesta punitiva.

Afirmamos que a pesar de sostener la existencia de un motivo como elemento especial diverso del dolo, el mismo no debe ser probado por sí mismo como proceso psíquico motivacional. Lo que debe acreditarse, por el contrario, es el contexto

relacional concreto como exteriorización (efecto) del ánimo de subyugación del autor y es precisamente este resultado el que ocasiona un mayor injusto.

Advertimos que debía acreditarse que el hecho cometido constituye una manifestación de ese patrón de dominación y que el hecho no obedezca a un motivo diverso, resultando determinante que la conducta responda a un patrón de sometimiento propio de la violencia de género.

Por último, arribamos a la conclusión que el disvalor adicional del resultado añadido al injusto propio del delito base se encontraría en el efecto producido en el sujeto pasivo por el entuerto estudiado. Es decir, la posición de dominio del hombre sobre la mujer, como síntoma discriminatorio, representando un plus de antijuridicidad respecto del homicidio simple.

A su vez, el disvalor del resultado estaría dado no sólo por la situación de sometimiento referida sino porque esta última deriva en un mayor atentado a la dignidad. En la violencia de género este atentado es patente, traducéndose en agresiones reiteradas a la integridad física y psíquica como a su libertad y, en el caso de violencia íntima, con la amenaza constante de nuevas agresiones.

En función de lo expuesto, logramos contrastar las hipótesis inicialmente planteadas, las cuales resultaron corroboradas en función de la investigación emprendida:

- La conducta del agresor necesariamente trasunta en una peculiar concepción del género femenino que a su vez, facilita una situación de sometimiento. Existe en el femicidio un elemento adicional caracterizado por la discriminación y subordinación implícita en la violencia inferida a la mujer. Es precisamente este elemento subjetivo el que caracteriza al femicidio de otros homicidios cometidos en un contexto de dominación y le proporcionan especificidad al fenómeno.
- Si se procede a efectuar un cuestionamiento jurídico penal de las motivaciones individualmente consideradas, se estaría legitimando tácitamente la punición de meras formas de pensar o actitud interna, configurando la sanción penal una reacción frente a la conducción de vida del autor, lo cual implicaría una contradicción con las premisas liberales propias de un derecho penal de acto.
- Los motivos presentes en el autor, como elementos subjetivos distintos del dolo, son jurídicamente relevantes en la medida en que se proyecten como efecto en el contexto relacional. El disvalor adicional de resultado que justificaría la agravante se encontraría en la situación fáctica que subyace al motivo: la posición de dominio del

hombre sobre la mujer, como síntoma discriminatorio. Lo que se sanciona es el efecto subyugante producido.

- La mayor lesividad estaría configurada por tratarse de un contexto en el que el agente utiliza la fuerza para imponer su posición a la víctima, la cual padece una mayor vulnerabilidad contextual al no haber efectuado ningún tipo de aporte para merecer tal agresión. Se trataría de un padecimiento innecesario provocado en la víctima. A su vez, este contexto de sometimiento derivaría en un mayor atentado a la dignidad, como valor implícito en la norma penal.

En síntesis, las conclusiones alcanzadas en el presente trabajo han permitido contrastar las hipótesis iniciales, de tal manera que es posible afirmar que la motivación presente en el autor del ilícito previsto en el inciso 11 sí resulta ser jurídicamente relevante en la medida que se proyecte objetivamente en una situación de sometimiento padecida por la víctima. Ello implicaría un plus de injusto al aumentar el desvalor del resultado.

Antes de finalizar el presente trabajo, no podemos dejar de mencionar que más allá del punto de vista adoptado, consideramos que el tema abordado debe abrirse a debate. En este aspecto y a los fines de enriquecer la dialéctica, resultaría fructífero adoptar frente a este tipo de dilemas jurídicos una postura escéptica que nos permita continuar activamente indagando y cuestionando, sin cerrarnos a que algo sea de una determinada manera.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, J.T., Delitos agravados por las motivaciones del autor: la prueba del odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. Publicado en: *RDP* 2020-8, 07/08/2020.
- Arocena, G. y Cesano, J., 2017. *El delito de femicidio*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Balmaceda, Tomás, 2019. *Piénsalo. Diez Casos para la Filosofía*. Buenos Aires: Lea.
- Bidart Campos, Germán J., 2013. *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires: Ediar
- Borja Jimenez (2012). *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Buompadre, J., 2013. *Violencia De Género, Femicidio Y Derecho Penal*. Córdoba, Argentina: Alveroni.
- Buompadre, J. (2013). Los delitos de género en la reforma penal. *Pensamiento Penal*.
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, Expte. N° CCC29907/2013f02/CNC2, caratulado: "Mangeri, Jorge Néstor s/ recurso de casación",07/06/2017.
- Cagigas Arriazu, Ana, "El patriarcado como origen de la violencia doméstica", publicado en el sitio web de la Fundación Dialnet, link: <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/206323.pdf>
- CFCP - Sala I - c. CCC 5203/2013/TO1/CFC1, caratulada "Giujuza, Maximiliano Gastón s/ recurso de casación", del 31/8/16. Recuperado de: <http://www.cij.gov.ar/sentencias.html>
- CIDH. Caso Perozo y ots. vs. Venezuela.

CIDH Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.

Código Penal de la Nación Argentina.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), aprobada por la ley 24.632.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU,1979).Recuperadode:http://www.oas.org/dil/esp/convencion_sobre_todas_las_formas_de_discriminacion_contra_la_mujer.pdf.

Corcoy Bidasolo, M., Mir. Puig, S., 2010. *Política Criminal y reforma penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.

Córdoba, Fernando. De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad, *EN LETRA: DERECHO PENAL*, Año II, número 4, 2017

Coussirat, Jorge, 2013. *Código Procesal Penal comentado de la Provincia de Mendoza*. Buenos Aires: La Ley.

Cruz Blanca, “Igualdad, Control Social y Derechos Humanos”, Panóptica, 2010

D’Alessio, J. 2009. *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*. Buenos Aires: La Ley.

Decreto reglamentario N° 1011/2010, reglamentario de la ley 26.485, Ley de protección integral de las mujeres, publicado en el Boletín Oficial el 20-07-2010.

Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la violencia (ONU, 1979). Recuperadode:http://www.oas.org/dil/esp/convencion_sobre_todas_las_formas_de_discriminacion_contra_la_mujer.pdf.

Declaración sobre el femicidio: Organización de los Estados Americanos. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/DeclaracionFemicidio-ES.pdf>

- Díaz López, J.(2012). El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho.
- Esteban Righi, 2016. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Garland, D., 1990, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI Editora Iberoamericana.
- Halfon, Florencia y Álvarez, Lucía (2012) en una entrevista exclusiva al Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni. “La libertad condicional no está controlada en el país”. Tiempo Argentino. Recuperado de: <http://tiempo.infonews.com/2012/12/02/sociedad-92039-zaffaroni-la-libertad-condicional-no-esta-controlada-en-el-pais.php>
- Jakobs, G., 1997. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Jakobs, G., Manuel Cancio Meliá (2007). *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi.
- Larrauri Pijoan, E. (2009) Igualdad y violencia de género. *InDret*. 1/2009.
- Laurenzo Copello, P. (2015) ¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres? *Dialnet*. ISSN 1137-7550, N° 35.
- Laurenzo Copello, P. (1999) La discriminación por razón de sexo en la legislación penal. *Dialnet*, ISSN 1133-0627, N°34
- Laurenzo Copello, P. (2005) La violencia de género en la ley integral. Valoración político criminal. *Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 07-08.
- Ley N° 26.791, B.O. 14/12/2012.
- Ley 23.179 Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Buenos Aires, 8 de mayo de 1985 B.O. 03/06/1985.

Ley 24.632: Aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". Publicada en el Boletín Nacional del 09-Abr-1996.

Maqueda Abreu, María Luisa. "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 8 (2006),

Macchiavelli, N. (2019). Violencia contra la mujer y delitos. *DiarioDPI*

Mir Puig, S., 1982. *Función De La Pena Y Teoría Del Delito En El Estado Social Y Democrático De Derecho*. Barcelona: Bosch.

Molina Fernández, F., Desigualdades penales y violencia de género, *Dialnet*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N°. 13, 2009, F.

Observatorio de femicidios en argentina "Adriana Marisel Zambrano", Asociación civil la casa del encuentro, 2020, CABA.
<http://www.lacasadelencontro.org/index.html>

Pascua, Francisco Javier, 2018. *Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*. Mendoza: ASC.

Peralta, J.M. (2009) Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 63, Fasc/Mes 1.

Peralta, J. (2011). El "feminicidio" y el derecho penal. *Comercio y Justicia*.

Peralta, J. en *Motivos Reprochables* (2012). Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal. Madrid: Marcial Pons.

- Peralta J. (2013). Homicidios por odio como delitos de sometimiento (sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*.
- Precedente Oroná, Cámara en lo Criminal y Correccional de 7ma. Nominación de la Ciudad de Córdoba, sentencia N 41, 29/12/16
- Proyecto legislativo de Reforma del Código Penal.
- Polaino Navarrete, M. (2008) La legitimación constitucional de un Derecho Penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2008
- Ragués Valles, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4.
- Real Academia Española (RAE).2019.
- Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de diciembre de 2003.
- Roig Torres, Margarita, La delimitación de la violencia de género: un concepto espinoso, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII (2012)
- Roxin, Claus. 1981. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Sancinetti, Marcelo. (2005)*Teoría del delito y disvalor de la acción*. Hamurabi. Buenos Aires.
- S.C.J. Mendoza, en autos N° 71433, “Fiscal c/ Cousau Villarino Cecilia AM. p/ Aband. Pers. Agrav. s/ Casación”, 8/11/2001, L.S. 303-372, Rev. Jurisp. Mendoza n° 63, p. 200/201.

Silva Sánchez, J.M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo. *InDret. Revista para el análisis del derecho*— 2/2007

Toledo Vázquez, P., 2014. *Femicidio/Femicidio*. Buenos Aires: Didot

TOC nro. 26 de la Capital Federal en c. CCC 005203/2013/TO01 - —giujusa s/ homicidio simple querellante: melo jorge eduardo y otros giujusa s/homicidio simple querellante: melo jorge eduardo y otrosl del 10/11/2014. Recuperado de: <http://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

TSJ de Córdoba, Sala Penal, Expte. nro. SAC 2015401, año 2017, en autos: —Lizarralde, Gonzalo Martín p.s.a. homicidio calificado y tentativa de homicidio calificado, año 2017.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 de la Capital Federal. en autos: “Casaballe Colacho, Eduardo s/homicidio doblemente agravado por el vínculo por haber mediado violencia de género”.

Tribunal Oral n° 9 de la Capital Federal, causa n° 3674, “Javier Claudio Weber s/ homicidio en tentativa”, 23 de agosto de 2012, publicada en <http://www.cij.gov.ar/nota-9686-Difunden-fallo-que-condeno-a-20-anos-de-prision-a-un-hombre-por-tentativa-de-homicidio-de-su-exmujer.html>

Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Capital Federal, en autos: “Mangeri, Jorge Néstor s/ Femicidio en concurso ideal con el delito de abuso sexual y homicidio agravado por su comisión criminis causae”.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de la Capital Federal, Causa N° 43.587/2014, seguida contra Lucas Ariel Azcona, 21/11/2016.

Trucco Sergio Daniel p/ amenazas s/ Rec. Casación”, T.S.C., Protocolo de Sentencias, N° 140, tomo 4. Folio: 1073-1082, año 2016.

T.S. de Córdoba, sentencia N° 250, 28/05/2014, “Morlacchi”.

Ynoub, R., 2011. *El Proyecto Y La Metodología De La Investigación*. Buenos Aires:
Cengage Learning Editores S.A. de C.V.

Zaffaroni, E.-Alagia, A.-Slokar, A. 2006. *Manual de Derecho Penal. Parte General*.
Buenos Aires: Ediar,

Zaffaroni, E. R., 2000. *El discurso feminista y el poder punitivo*, en BIRGIN, H.;
(Comp.) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*. Buenos
Aires: Biblos.

Ziffer, P., 2005. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad Hoc.