

En el artículo *“Violencia de género. Femicidio. Reformas al Código Penal”*, tuve oportunidad de señalar, a principios del año 2013, que si bien veía con beneplácito las reformas introducidas a los incisos 1, 4, y 11, del artículo 80 del Código Penal de la Nación, ése debía ser sólo el comienzo para el dictado de nuevas leyes, si se quiere, complementarias de aquéllas, pues, si bien el aumento de homicidios por violencia contra las mujeres hacía imperiosa su inclusión en nuestro ordenamiento penal, muchos otros casos de grave discriminación también concluyeron con la muerte.

Y textualmente referí: *“...estimamos que, en un futuro no muy lejano, deberían producirse nuevas incorporaciones al citado artículo, similares al femicidio, que contemplen, además, casos agravados de homicidio ... siendo sujetos pasivos de tales conductas otros distintos a la mujer, pues, la característica principal que define este tipo de violencia, es la no distinción de sexos, condición, identidad, o preferencia sexual. Claramente, en todos los casos, lo que debe castigarse es la discriminación e intolerancia de aquel que no acepta a sus semejantes que eligieron una orientación sexual distinta a la suya. Precisamente, la violencia de género es consecuencia de una sociedad violenta, autoritaria y sexista que se considera con derechos y prerrogativas por encima del género que ataca. Dicho de otro modo, para el agresor, el género atacado es inferior y, por tanto, carece de iguales derechos y beneficios. El mensaje debe ser claro: la ley no distingue entre hombre, mujeres, homosexuales, transexuales, travestis, o cualquier otro colectivo de transgénero. En definitiva, si bien merced al dictado de la Ley 26.485, se encuentra avanzado en legislación y políticas públicas respecto a la protección de la mujer por actos de violencias proferidos en su contra, no contamos aún con una ley integral.”*

Hecha la aclaración, habré de referirme a renglón seguido a las razones que me llevaron a esta nueva publicación.

Veamos porqué.

La figura del femicidio (artículo 80, inciso 11, del Código Penal de la Nación), es decir, la imposición de una pena mayor cuando el homicidio es cometido por un hombre contra una mujer mediando violencia de género, plantea algunos interrogantes en cuanto a su constitucionalidad por violación del principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, ya que existen infinitos casos donde, también, quizás no específicamente mediante violencia de género pero sí vinculados a la orientación sexual o identidad de género, se causa la muerte, y no siempre la víctima es mujer, stricto sensu.

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (2013) viene a zanjar esas diferencias y a poner en un plano de igualdad a hombres y mujeres, así como también a los homosexuales, bisexuales, lesbianas, transexuales, etcétera. Sencillamente, la reforma castiga como homicidio agravado al que matare por razones discriminatorias; y, como veremos infra, las define, entre otras, como *“cualquier otra conducta que implique jerarquización”*.

El sentido de este artículo es reconocer como acertadas las nuevas fórmulas que utiliza el Anteproyecto para algunos de los homicidios agravados.

## I.

Con la reforma al Código Penal de la Nación Argentina, mediante el dictado de la Ley 26.791 (B.O. 14/12/2012), su artículo 80 quedó, en lo que aquí interesa, redactado de la siguiente manera:

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

1º 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.

4º 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.

A su turno, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, elaborado por la Comisión, creada por Decreto 678/2012, del 7 de mayo de 2012, Presidida por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni e integrada por los juristas León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, y Federico Pinedo, comenzó a desarrollar sus trabajos a partir de mediados de ese mes: Su labor concluyó el día 10 de diciembre de 2013.

En su redacción, el homicidio agravado, también en referencia al tema *in examine*, se redactó de este modo:

ARTÍCULO 77.- Homicidios agravados.

1. Se impondrá prisión de QUINCE (15) a TREINTA (30) años, al que matare:

a) A su cónyuge o a su conviviente estable, o a quienes lo hayan sido, a su ascendiente o descendiente, a su padre, madre o hijo adoptivos, sabiendo que lo son.

3. Igual pena se impondrá al que lo hiciere:

b) Por placer, codicia o razones discriminatorias.

De una simple lectura comparativa se advierte que, con independencia del inciso 1, claramente se ha modificado el inciso 4 (en el proyecto, artículo 77, inciso 3.b.) y se ha suprimido el inciso 11, esto es, el femicidio como figura autónoma.

Aclara el Anteproyecto, en su exposición de motivos, que:

Con relación al inciso 3. b) *“Explicita y amplía el vigente inciso 4º del artículo 80º. Se mantiene la calificante de placer o codicia en cuanto a la motivación. En cuanto al motivo de odio, configura lo que hoy se conoce en doctrina como crimen de odio, que ha dado lugar a discusiones en la jurisprudencia norteamericana y a disputas doctrinarias. Si bien se trata de una referencia a la culpabilidad (cuestión de motivación), lo cierto es que no es ajeno a este delito un mayor contenido injusto, puesto que siempre lesiona dos bienes jurídicos: la vida de la víctima por*

*un lado, pero también implica un mensaje enviado a todos los partícipes de la condición o categoría a la que se expresa odio homicida mediante este hecho y que, con toda razón, se sienten amenazadas. La fórmula discriminatoria se remite a la definición del apartado u) del inciso 4º del artículo 63º.”.*

Resulta entonces necesario conocer qué refiere ese artículo.

ARTÍCULO 63.- “Definiciones ... 4.u). “Discriminación” y “discriminatorio” comprende toda distinción, exclusión, restricción o cualquier otra conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en religión, cosmovisión, nacionalidad, género, orientación e identidad sexual, condición social, filiación o ideología política, características étnicas, rasgos físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante.”.

Y explican en su exposición de motivos que:

*“Varias veces en el texto se emplean los conceptos de discriminación y discriminatorio. A efectos de evitar reiteraciones y también omisiones que son susceptibles de dar lugar a equívocos interpretativos, se precisa el concepto en el apartado u). El elemento común en todos los casos es la jerarquización de seres humanos. La fórmula empleada es amplia y puede pensarse que la referencia final a cualquier otra semejante no respeta la estricta legalidad. Esta objeción no sería válida, pues el concepto queda definido por el requerimiento de la primera parte, o sea, que discriminación no es cualquier diferencia que se establezca entre seres humanos (como puede ser la idoneidad para la función pública, la edad para la jubilación, el título habilitante, etc.), sino sólo las distinciones que implican jerarquización, es decir, la pretensión de que hay seres humanos que, como tales, son superiores o inferiores. Por ello, el enunciado de la segunda parte de la fórmula no es taxativo, sino ejemplificativo, mencionando los criterios con que se puede discriminar y con los que se lo ha hecho hasta el presente, pero sin cerrar el listado, porque la historia enseña que jamás se puede agotar la imaginación maligna que constantemente filtra jerarquización humana por nuevos*

*itinerarios, pero de cualquier manera marca el nivel de gravedad que debe tener cualquier otra discriminación no enunciada expresamente. Es conveniente hacer notar que no se hace referencia a raza ni racial, en razón de que eso supone la existencia de razas humanas, lo que es más que problemático. De allí que se prefiera emplear prejuicio racial.”.*

## **II.**

Previo a ingresar en el análisis de las nuevas figuras agravadas del homicidio, así como en la supresión de otras, resulta del caso recordar que la Ley 23.592 dispone:

ARTÍCULO 1. “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”.

ARTÍCULO 2. “Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.”.

ARTÍCULO 3. “Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada

religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.”.

Sin embargo, esta ley pretendió ser reformada y así fue que tuvo tratamiento parlamentario en la H. Cámara de Diputados de la Nación, aprobando su modificación el 13 de agosto de 2010, pero luego no fue votada por el H. Senado de la Nación.

Su nuevo texto disponía:

ARTÍCULO 1: Modifíquese el artículo 1º, de la Ley 23.592, que quedará redactado de la siguiente manera:

Actos discriminatorios. "A los efectos de la presente ley serán considerados actos discriminatorios las prácticas, acciones y omisiones, así como las normativas generales o particulares, que tengan como finalidad o resultado impedir, obstruir, restringir, o de algún modo menoscabar el ejercicio pleno sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una norma de carácter general".

"A los efectos del presente artículo se consideraran particularmente los actos discriminatorios motivados en razón de raza, etnia, nacionalidad, idioma, religión, ideología, opinión política o gremial, sexo, orientación sexual, género, identidad de género, o su expresión, edad, estado civil, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, caracteres físicos, capacidad psicofísica, posición económica o condición social o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La presente enumeración no es taxativa".

"Quien cometa tales actos discriminatorios será obligado a dejarlos sin efecto o a cesar en su realización, reparar en forma plena el daño no patrimonial y patrimonial ocasionado".

ARTÍCULO 2. "Incorporase como artículo 2 de la Ley 23.592, el siguiente texto:  
Legitimación. Cuando los efectos disvaliosos del acto discriminatorio tengan incidencia sobre una pluralidad de personas, determinadas o indeterminadas, vinculadas con alguna de las categorías antes mencionadas, la legitimación para exigir la cesación, reparación y recomposición corresponderá a los afectados, al defensor del pueblo, al ministerio público y a las organizaciones de la sociedad civil que tengan por finalidad la tutela de los derechos o personas afectados".

ARTÍCULO 3. "Incorporase como artículo 3 de la Ley 23.592, el siguiente texto:  
Carga de la prueba. "Ante la realización de un acto prima facie discriminatorio en razón de alguna de las clasificaciones citadas precedentemente, la carga de demostrar que el acto no es discriminatorio recaerá sobre quien lo haya realizado. Si el demandado es el Estado deberá acreditar un interés estatal urgente, que los medios utilizados guardan una relación sustancial con el logro de dicho interés, y que no existen otras alternativas menos lesivas para obtener el mismo fin. Si el demandado es una persona privada, debe acreditar un interés legítimo preponderante y la existencia de una relación sustancial entre los actos cuestionados y tales fines".

Lamentablemente su reforma no prosperó, pero hubiera significado un gran avance, en el año 2010, para nuestra actual legislación, teniendo en cuenta que el Código Penal fue reformado (Ley 26.791) recién hacia fines del 2012.

### III.

Sentadas las bases de la normativa, habré de referirme sólo a dos cuestiones vinculadas al actual y vigente artículo 80 de nuestro Código Penal:

1. La modificación al inciso 4;
  2. La supresión o eliminación del inciso 11.
- El inciso 4 del artículo 80 del Código Penal. Homicidio agravado por odio de género.

Como se destacó supra, este inciso fue modificado por la Ley 26.791.

Al que matare: inciso 4º) “por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.”.

Aquí la reforma tuvo por objeto castigar con una pena mayor a la del homicidio simple, a consecuencia que la acción de matar conlleva una motivación de odio, ni más ni menos, que al género sea femenino o masculino.

Pero también castiga severamente a quien diere muerte por odio a la orientación sexual de la víctima, es decir, ya no al género masculino o femenino, sino a su inclinación sexual: homosexual o bisexual y hasta, podría darse el caso, heterosexual. Concretamente el homicida actúa debido a su desprecio por el modo en que la víctima vive su sexualidad y sus relaciones.

Además, la figura también castiga al que matare por odio a la identidad de género de la víctima. La ley 26.743 la define, en su artículo 2º, del siguiente modo: *“...a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*.

Finalmente, el inciso 4, también pena al que diera muerte por odio a la expresión de esa identidad de género de la víctima. En este caso, a diferencia del anterior, la persona no ha cambiado de género sexual pero se comporta y expresa como si perteneciera al género contrario

Para que se entienda con claridad, si respecto del odio por el género hablamos de masculino y femenino, y cuando nos referimos a orientación sexual abarca tanto a homosexuales, bisexuales y heterosexuales, el caso de identidad de género comprende a los transexuales, y la expresión de identidad de género abarca a los travestis.



- El inciso 11 del artículo 80 del Código Penal. Femicidio.

Esta figura también fue incluida por la Ley 26.791, y castiga con pena de reclusión o prisión perpetua: Al que matare: inciso 11. “A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”.

El femicidio o feminicidio es un neologismo creado a través de la traducción del vocablo inglés femicide y se refiere al asesinato de mujeres por razones de género.

El concepto de femicidio fue desarrollado por la escritora estadounidense Carol Orlock en 1974, y lo hizo público Diana Russell cuando utilizó el término femicide por primera vez en 1976 ante el Tribunal Internacional sobre los Crímenes contra la Mujer en Bruselas, para definir las formas de violencia extrema contra la mujer. La misma Russell, junto con Jane Caputi, redefine este concepto en 1990 como “el asesinato de mujeres por hombres motivado por el odio, desprecio, placer o sentido de posesión hacia las mujeres”. Un gran aporte de Russell y Caputi fue visibilizar que los motivos por los que históricamente se han asesinado personas debido a su raza, nacionalidad, religión, origen étnico u orientación sexual, son los mismos por los que se asesina a las mujeres y de este modo enmarca el femicide como un crimen de odio.

Según el Observatorio Ciudadano Nacional sobre Femicidio de México, el femicidio se refiere al asesinato de mujeres por parte de hombres que las matan por el hecho de ser mujeres. Los femicidios son asesinatos motivados por la misoginia, porque implican el desprecio y el odio hacia las mujeres; y por el sexismo, porque los varones que las asesinan sienten que son superiores a ellas y que tienen derecho a terminar con sus vidas; o por la suposición de propiedad sobre las mujeres (OCNF 2009:11). Resultará ilustrativo para el lector echar un vistazo al fallo dictado el 16 de noviembre de 2009, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*González y otras (Campo algodón) vs. México*”, particularmente su punto VII. 1.6.

Con relación a la figura penal descrita por el referido inciso 11, del artículo 80, corresponde señalar que su autor sólo puede ser un hombre y la víctima únicamente una mujer, y debe mediar violencia de género. No todo homicidio que comete un hombre en perjuicio de una mujer puede ser considerado feminicidio.

Por tanto debe definirse qué significa violencia de género. La Ley 26.485 lo aclara con exactitud:

ARTICULO 4º. “Definición. 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.

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

A su vez, el Decreto 1011/2010 que reglamentó la Ley, dispone:

ARTÍCULO 4º. “Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.”.

ARTÍCULO 5º. Inciso 3). “A los efectos de la aplicación del presente inciso deberá atenderse a lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme la cual la violencia contra las mujeres incluye, junto con la física y la psicológica, a la violencia sexual y se refiere tanto a las acciones o conductas que tengan lugar dentro de la familia, como a las que se produzcan en lugares de trabajo, instituciones educativas, establecimientos de salud o en otros espacios, tanto del ámbito público como del privado. Se tendrá en cuenta lo dispuesto por las normas

relativas a la Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas - Ley N° 26.364.”.

ARTÍCULO 6°. “Las definiciones de violencia comprendidas en el artículo que se reglamenta, en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, como excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas. Para ello deberá interpretarse la norma de forma armónica y sistemática con lo establecido en el artículo 4º, segundo párrafo de la Ley N° 26.485, y con lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las observaciones y recomendaciones que efectúen sus respectivos órganos de aplicación.”

Evidente resulta entonces que el concepto violencia de género es amplísimo, y que las propias normas que rigen la materia se encargan de aclarar que sus definiciones no son taxativas ni excluyentes de otros actos de violencia que pudieren sucederse, al tiempo que remarca que no se refiere únicamente a una violencia doméstica o familiar, sino a todo tipo de conductas que importen una sumisión de la mujer hacia el hombre a consecuencia de una relación desigual de poder, de jerarquización, de una mal entendida superioridad del autor para con la víctima, etcétera.

En definitiva la distinción entre la figura del inciso 4, del artículo 80 y la de este inciso 11, radica en que en el primer caso se mata por odio al género (masculino o femenino) y su autor y víctima pueden ser tanto hombres como mujeres; y también se da muerte por odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

Sin embargo, en el femicidio el autor siempre será un hombre, la víctima una mujer, y debe mediar, como condición sine qua non, violencia de género, es decir,

una subordinación de la víctima y una (“errónea”) apreciación de superioridad o poder del autor del homicidio, con base en una relación preexistente entre ambos de desigualdad. Además, debe quedar claro que en nuestro país cuando se habla de violencia de género se hace referencia, exclusivamente, a violencia contra las mujeres.

1. La modificación al inciso 4.

Hemos dicho que se castiga al que matare: “Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.”.

La nueva fórmula del Anteproyecto impone pena de prisión, en su artículo 77.3.b., al que matare: “Por placer, codicia o razones discriminatorias.”.

En primer lugar diré que elimina una forma engorrosa para referirse a quienes no son hombre o mujer (entendido como género). Simplemente, el nuevo artículo castiga al que diere muerte a otra persona por razones discriminatorias, y es su motivación el odio si el homicidio se comete a consecuencia de la “jerarquización de seres humanos” basada en el género, orientación e identidad sexual, entre otras. En definitiva, la fórmula que se propicia es amplia y se castiga a quien no respete, con base en el principio de igualdad, al semejante y que el autor cree diferente, es decir, a estar a lo explicado en el Anteproyecto “...*la pretensión de que hay seres humanos que, como tales, son superiores o inferiores. Por ello, el enunciado de la segunda parte de la fórmula no es taxativo, sino ejemplificativo...*”.

Como se ve, el texto que se propicia es absolutamente más amplio que el actual, no se limita sólo a cuestiones del placer, la codicia, y elección sexual. Agrega, entre otros motivos, la condición social, rasgos físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante. La nueva redacción incluye nuevas razones que, quizás, en la mente de un homicida

pueden ser infinitas; concretamente, quien mate a otro motivado por una razón discriminatoria, cualquiera sea, sufrirá la pena del homicidio agravado.

En segundo término, casi como una verdad de *perogrullo*, afirmo que la discriminación hacia los homosexuales, bisexuales, lesbianas, transexuales (o cualquiera sea la identidad o expresión sexual), no es novedad en el mundo. No hay ley que los proteja en el trabajo, en la asistencia sanitaria, ni demasiadas leyes que le otorguen derechos a la pareja supérstite, y así como se ha incrementado en nuestro país el número de femicidios, tampoco puede ocultarse que, del mismo modo, ha aumentado el grado de violencia contra esos grupos de personas. Los homofóbicos no les reconocen el derecho a la privacidad o el derecho a ser dejado en paz, debido a que, a consecuencia de la condición o elección sexual, no son considerados iguales ante la ley, razón por la cual entienden que no son merecedores de disfrutar de garantías básicas y de vivir una vida de respeto y dignidad, sin ser discriminados, golpeados o asesinados.

Concluyo, la reforma que propicia el Anteproyecto echa luz sobre lo que se denomina homicidio por odio: no hay fórmulas taxativas, ya no se trata de religión, de raza o de orientación sexual, por el contrario, reitero, se castiga a cualquiera que diere muerte a otro por razones discriminatorias.

2. La supresión o eliminación del inciso 11.

Se castiga al que matare: “A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.”.

En el Anteproyecto se suprime este inciso y la conducta disvaliosa se encuadra dentro del nuevo artículo 77.3.b)., es decir, al que matare por razones discriminatorias.

Algunas cuestiones a tener en cuenta:

- Mis reparos, principalmente se vinculan a que la figura como está redactada actualmente, es decir, de manera autónoma irradia más sombras que luces para castigar el femicidio, porque le agrega un elemento al tipo objetivo, que

el Anteproyecto elimina: no debe mediar violencia de género sino sólo razones discriminatorias.

Si como se vio hasta aquí, más allá de que el sujeto activo deba ser hombre y el pasivo mujer, el agregado "*mediare violencia de género*", coloca al juez en la necesidad de indagar acerca del móvil que llevó al autor a darle muerte a su víctima.

Lo obliga a conocer la existencia de ese rol subordinado que tenía la mujer para con el hombre, pues, no rige para el caso ninguna presunción por su sola condición de mujer. No hay dudas en cuanto que el legislador, al castigar el femicidio como figura autónoma, quiso garantizar el derecho de todas las mujeres a vivir una vida sin violencia, malos tratos y sin discriminaciones por quienes, erróneamente, se consideran superiores y, precisamente, con tal grado de impunidad que hasta sospechan que pueden matar a una mujer que por su condición carece de iguales derechos.

Si tenemos en cuenta que, estadísticamente, los mayores casos de homicidios cometidos por hombres contra mujeres, ocurren entre cónyuges o convivientes (114), ex cónyuges o ex parejas (72), otros familiares (29) o sin vínculo aparente (57), conforme datos de fines del año 2013, se advierte con facilidad que los primeros grupos podrían ingresar en la figura del inciso 1º, del artículo 80 del Código Penal, o, en su caso, del inciso 1.a.) del artículo 77 del Anteproyecto, sin necesidad de indagar que medió violencia de género. Lo mismo ocurre respecto del núcleo estadístico de "otros familiares".

De manera ilustrativa transcribo el artículo 80, inciso 1º, del Código vigente: Al que matare: "A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia."

Y también el artículo 77.1.a.) del Anteproyecto que reza: Al que matare: "A su cónyuge o a su conviviente estable, o a quienes lo hayan sido, a su ascendiente o descendiente, a su padre, madre o hijo adoptivos, sabiendo que lo son."

Por su parte, aquellos que hayan cometido el homicidio “*sin vínculo aparente*”, no ingresarán en la figura del femicidio, pues, resulta absolutamente necesario que entre el autor y la víctima medie violencia de género, que, como se pudo ver supra, requiere de una relación previa de poder y subordinación que no existe en una relación ocasional o pasajera (llamado femicidio no íntimo, que no reprime nuestra legislación penal). Estos últimos, es decir, los que carecen de vínculo con la víctima serán castigados en función de la nueva redacción del Anteproyecto, en su artículo 77.3.b.), es decir, por razones discriminatorias.

No ignoro que una mujer es asesinada, aproximadamente, cada 35 horas en nuestro país, pero las noticias no son exactas, pues, conforme lo explicado, no todos los casos encuadran en la figura de femicidio (íntimo), precisamente, insisto, porque, en muchos de ellos no se ha dado esa relación previa que exige el tipo penal: la violencia de género. En definitiva este requisito del tipo importa que, a veces, el autor es condenado por homicidio simple y no por homicidio calificado.

- Otra cuestión que ha sido motivo de debate al sancionarse el actual inciso 11, del artículo 80 del C.P., se vincula al caso del hombre que mata a otro hombre pero “*autopercibido*” mujer, ya que la norma sólo castiga cuando el sujeto pasivo es mujer en términos de género. Pero el artículo 3º de la Ley 26.743 señala que: “Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.”.

Entonces me pregunto, si cuando el inciso 11 del artículo 80 hace referencia a violencia de género, no podría estar incluida la identidad de género en el concepto amplio.

Si bien la discusión concluyó en el sentido que el sujeto pasivo únicamente puede ser mujer y no se incluye a aquel que se autoperciba como tal, no hay dudas en cuanto a que el resto de los requisitos o elementos, esto es superioridad y

subordinación, más un componente misógino, se dan para el supuesto de quien se siente mujer en relación con un hombre.

- Otro tema que permite sostener que la figura de femicidio debe ser, en su redacción actual, eliminada del Código, es la relativa a la necesidad de probar la preexistencia de la violencia de género, pues, no se castiga simplemente al que matare a una mujer por esa sola condición, sino que debe mediar violencia de género; es decir, como se ha sostenido hasta el cansancio, una relación jerarquizada, de poder y sumisión de su autor y de la víctima para con él. Y la pena es mayor porque el hombre tiene per se mayor grado de agresión, fuerza y desigualdad frente a la mujer. En este marco, resulta de suma importancia poner de relieve que, además, la relación entre ellos no es casual u ocasional, sino continua y de hostilidad permanente, sea en el ámbito de la pareja, laboral, institucional, mediática, o en cualquiera de los supuestos que prevén los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 26.485.

En definitiva, la violencia de género a la que alude la figura penal, es un elemento del tipo objetivo, por lo que deberá ser probada en el juicio su preexistencia. Se advierte entonces que de no acreditarse ese requisito, el autor podría ser juzgado únicamente por homicidio simple.

#### **IV.**

Algo más.

Mariana Barbitta, abogada penalista y presidenta de la Asociación de Mujeres Penalistas Argentinas (AMPA), en una nota titulada "*Violencia de Género*", analiza el femicidio. En la entrevista, que puede leerse completa en: <http://www.pensamientopenal.org.ar/mariana-barbitta-no-creo-que-la-intervencion-penal-sea-la-solucion/>, se le preguntó:

¿La intervención penal o criminalizadora es la herramienta más adecuada para solucionar este tipo de conflictos que obedecen principalmente a características socio-culturales?



*-No, no creo que la intervención penal sea la solución, porque no resuelve ningún conflicto. Lo que hace es imponer dolor a los responsables mediante el encierro. Y es un dolor totalmente arbitrario y selectivo, ya que siempre ha "seleccionado a sus víctimas", que por lo general son personas vulnerables, pertenecientes a grupos minoritarios o social y económicamente rezagados.*

*Los delitos que se incorporaron al Código Penal, dentro de los cuales se encuentra el femicidio, prevén pena perpetua. Parece que los legisladores le están diciendo a la sociedad: "Quédense tranquilos, que al aumentar la pena, estos problemas de género se van a reducir". ¿Es esa la respuesta? Yo diría que no. Porque el encierro no genera nada más que violencia. Lo que sucede es que tenemos un Estado deficiente, un sistema judicial absolutamente corrupto, con lo cual creemos que encerrando podremos resolver el conflicto. Y en realidad lo que hay que hacer es revisar culturalmente, desde la educación, desde la salud, cuáles son los componentes de una vida ciudadana en condiciones de igualdad.*

*El derecho penal no es la respuesta, no hay que criminalizar y ampliar la punibilidad, eso nunca sirvió para nada. La primera reacción de una mujer que ha sido víctima de violencia de género es sentirse aliviada cuando el sujeto ingresa a la cárcel. El problema es que ese sujeto en algún momento será liberado, y para entonces, producto del encierro, habrá cultivado tanto odio, tanto resentimiento, tanta violencia, que no saldrá resocializado para generar vínculos desde lo afectivo y desde el respeto. Saldrá con ánimos de venganza. Esto es lo que nos demuestran las cárceles.*

*¿Qué aspectos positivos y qué aspectos negativos encuentra en la incorporación del femicidio al Código Penal?*

*-La reforma opera como un llamado de atención sobre lo que está pasando, como lo evidencian los casos que han surgido y que han sido tratados públicamente. En realidad no es novedoso que mujeres mueran en contextos de violencia de género, lo que ha pasado es que en estos últimos años las mujeres se animaron a contarlo, a denunciarlo. Opino que el lado positivo es que la Argentina se haya*

*preocupado y responsabilizado internacionalmente por proteger a mujeres que son víctimas de actos de violencia. Pero por otro lado, que la respuesta sea la pena perpetua me parece que es negativo. La postura de los legisladores es la de querer tapar el sol con un dedo (“Me estoy ocupando de los casos de violencia de género, por eso los hombres que maten van a tener prisión perpetua”), cuando en realidad lo que sucede pasa por otro lado, requiere otro tipo de medidas. El mensaje de los legisladores se debe a la presión de la sociedad. No es una reforma pensada y entendida desde la base de “buscar la mejor opción”, sino que se la utiliza para tapar los problemas.*

## **V.**

La Dra. María Elena Barbagelata es una reconocida jurista feminista. Fue diputada por el Partido Socialista y actualmente preside la Comisión de Mujer de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA). Integró la Comisión para la Elaboración del Anteproyecto, al que se viene haciendo referencia desde el inicio.

En una entrevista realizada por el diario Página 12, el 16 de marzo del año 2014 (ver en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-241935-2014-03-16.html>), se formuló, entre otras, la siguiente pregunta:

–¿Ya no se habla de femicidio como planteaba la última modificación?

Y respondió:

*–Se le cambió la redacción. Algunos de los aspectos que se planteaban no están incorporados; por ejemplo, cuando se trata de un homicidio de varón hacia mujer, esa tipología no está, pero sí se han incorporado como homicidio agravado al concubino, al ex concubino. Y hay una clasificación de máxima gravedad donde no sólo están los temas de discriminación, sino el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima y los actos de crueldad. Así que indudablemente este juego genera la máxima pena para los casos de femicidio.*

En mi opinión: nada más claro que la visión de la única mujer que integró la Comisión, y que a estar a algunas de las disidencias planteadas por ella, por ejemplo, el de no punibilidad de la mujer que causare su propio aborto, (artículo 84. Interrupción voluntaria del embarazo. 2. “La mujer que causare la interrupción de su embarazo o consintiere en que otro se lo causare no será punible.”), es evidente que las modificaciones propuestas al femicidio son correctas y aún más amplias que en su redacción actual.

## **VI.**

### **Corolario.**

Espero que el Anteproyecto al que se ha venido haciendo referencia finalmente se convierta en ley; y que nuevas reformas penales ocurran, en nuestro país, en un futuro no muy lejano, dándole mayor cobertura no sólo a la mujer sino a todos aquellos que tienen una u otra orientación o identidad sexual. Por lo demás, estoy absolutamente convencido de que la violencia sexista no sólo se combate con normas penales y sanciones punitivas, sino que nos corresponde a todos luchar por una mejor y mayor educación sexual en las escuelas, por una legislación laboral más igualitaria, para que resulte innecesario el dictado de leyes como la Ley 25.689 que impone cupos para personas con discapacidad (cuando en realidad sus contrataciones deberían ser espontáneas), también por una mejor televisión que no “cosifique” al ser humano, y, finalmente, para que referirse a alguien como “puto” deje de ser un insulto y sólo se entienda como la libertad a su sexualidad. Entonces habremos ganado la batalla que hoy, sin sentido, debemos librar cada día quienes creemos en la igualdad, y en algo tan sencillo y privado como son nuestras preferencias sexuales.

En definitiva, y como dije al iniciar estas últimas líneas, no alcanza con modificar el Código Penal de la Nación, no somos más o menos “*progresistas*” por reformar algunos artículos vinculados a la orientación y la identidad sexual; no, de ningún modo, pero sin duda lo seremos, cuando una legislación armoniosa e integral los

proteja y les otorgue derechos en vida, y no simplemente castigando con mayor pena al que matare “*por razones discriminatorias*”, porque, en ese caso, el “diferente” ya estará muerto; también nuestra sociedad.

## **VII.**

En su memoria, concluyo con palabras del ilustre pensador Eduardo Galeano:

*“Hay criminales que proclaman tan campantes ‘la maté porque era mía’, así no más, como si fuera cosa de sentido común y justo de toda justicia y derecho de propiedad privada, que hace al hombre dueño de la mujer. Pero ninguno, ninguno, ni el más macho de los supermachos tiene la valentía de confesar ‘la maté por miedo’, porque al fin y al cabo el miedo de la mujer a la violencia del hombre es el espejo del miedo del hombre a la mujer sin miedo”.*

Asesoría Legal y Técnica.