

Femicidio según el artículo 80 inciso 11 del código penal

Por Leonardo Gabriel Feans¹

Resumen: *El Código Penal en el inciso 11 del art. 80 castiga -como figura agravada del homicidio- al que matare: A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. Con respecto a la materia objeto del presente artículo, la misma se centra en desentrañar o cuanto menos efectuar una aproximación a lo que se entiende por mediare violencia de género, al ser este elemento del tipo penal sub examine medular para poder afirmar -cuando un hombre matare a una mujer- que se cumplió con este recaudo de la ecuación normativa allí previsto. Como consecuencia, la labor es acotada, pero de sumo interés.*

Palabras clave: femicidio

I.- Breve introducción y delimitación temática

El Código Penal en el inciso 11 del art. 80 castiga -como figura agravada del homicidio- al que matare: A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. Con respecto a la materia objeto del presente artículo, la misma se centra en desentrañar o cuanto menos efectuar una aproximación a lo que se entiende por mediare violencia de

¹Abogado, Especialista en Criminología por la UNQ, maestrando en la Maestría en Sociología Jurídica de la UNLP, secretario del Tribunal de Impugnación de la provincia de Salta.

género, al ser este elemento del tipo penal sub examine medular para poder afirmar – cuando un hombre matare a una mujer- que se cumplió con este recaudo de la ecuación normativa allí previsto. Como consecuencia, la labor es acotada, pero de sumo interés.

II.- Aproximación a la caracterización de la violencia de género

Doctrinariamente se ha precisado que el femicidio contempla la muerte de una mujer en un contexto de género, o sea que no se estaría en presencia de esta casuística ante un hecho de violencia de cualquier intensidad pero sólo efectuado contra una mujer². El femicidio es la muerte dolosamente causada por un hombre a una mujer, mediando violencia de género, tratándose de la privación arbitraria de la vida de una mujer por parte de un hombre en un contexto de violencia de género³.

Es la muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino -porque es una mujer-⁴. En el tipo objetivo de la figura delictiva encontramos la característica definitoria que se ubica en la situación típica de la descripción legal, esto es, en las modalidades de la acción incluidas en la norma, que designan una circunstancia que determina la punibilidad agravada, a saber: la existencia de violencia de género⁵

Se trata de un homicidio como cualquier otro, con la diferencia de que el sujeto pasivo es una mujer en un determinado

² Figari, R. E. (2020), Tipos de homicidios, Buenos Aires: Hammurabi, p. 231.

³ Arocena, G.; Cesano, J. (2017), El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático- jurídico, Buenos Aires: B de f, p. 100.

⁴Buompadre, E.(2013), Violencia de género, femicidio y derecho penal, Córdoba: Alveroni, p. 128.

⁵ Arocena, G. (2017), Femicidio, Buenos Aires: Hammurabi, p. 58.

contexto de género —fundamento de mayor penalidad— y el sujeto activo necesariamente debe ser un hombre, por lo que abarca aquella muerte provocada en un ámbito situacional específico, que es aquel en el que existe una situación de sometimiento de la mujer hacia el varón, basada en una relación desigual de poder⁶. El uso del concepto de femicidio/feminicidio y su diferencia con el homicidio permite visibilizar la expresión extrema de violencia resultante de la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres⁷.

Al acudir a normas extrapenales se ha considerado que el concepto de violencia de género, de un hombre en detrimento de una mujer, es una actitud que —a diferencia del odio de género del inciso 4—, no tiene en cuenta la cuestión biológica. Se trata de un componente cultural, tomando en consideración los perfiles o roles que devienen de antaño de las tradiciones de tinte patriarcal donde se han resaltado desigualdades entre la identidad masculina y un menoscabo a lo referido a la identidad femenina⁸. La razón política del mayor castigo del femicidio reposa en la singular gravedad que importa el emplazamiento de la conducta que culmina en la muerte dolosa de una persona, dentro del ámbito de la violencia contra la mujer, concebida como manifestación de la configuración de las vinculaciones interpersonales en virtud de relaciones de poder de histórica desigualdad entre el varón y la mujer⁹.

III.- Elemento normativo del tipo

Se trata de un delito doloso, que requiera que el sujeto activo mate a la mujer

mediando violencia de género no consagra un elemento subjetivo distinto al dolo, sino solamente que el agente cause la muerte de la víctima sabiendo y queriendo realizar actos que, desde un punto de vista objetivo, traducen o se ocultan en una situación de violencia de género¹⁰. Por lo cual, el concepto de “violencia de género” —elemento normativo del tipo— hay que buscarlo en 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, donde en su artículo 4° define la violencia contra la mujer como 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 personal¹¹.

De incuestionable claridad en este punto resulta el decreto reglamentario de la ley 26.485 – n.º 1011/2010- el que puntualiza con relación al artículo 4° de esa norma, que relación desigual de poder, es aquella 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.

⁶ Figari R., op. cit., p. 237

⁷ Arocena (2017), op. cit., p. 65.

⁸ Arocena; Cesano, op. cit., p. 107.

⁹ Arocena (2017), op. cit., p. 56.

¹⁰ Arocena; Cesano, op. cit., p. 115

¹¹ Figari, R. op. cit., p. 238.

IV.- En que consiste esa construcción cultural

Aunque parezca una obviedad, la respuesta a este punto está lejos de abarcar el inmenso desarrollo llevado a cabo en el estudio de esta cuestión, por lo que, con las dispensas del caso, simplemente referiré alguno de esos aportes. Lo cual no resta relevancia a la necesidad de delimitar el contenido de lo que puede entenderse como violencia de género, en tanto ello opera como un elemento reductor y limitante a la hora de la caracterización de la agravante en cuestión.

Marcela Lagarde al tratar la violencia conyugal, además de aludir a la violencia sexual en la que el hombre se posiciona como dueño de la mujer, como su propietario; señala que completan ese fenómeno la violencia psicológica y física que ejercen los hombres en distintos grados sobre las mujeres, a quienes agreden de mil formas: las ignoran, les gritan, las ridiculizan, las humillan, las torturan, las golpean y las castigan. Todas estas formas de violencia encuentran justificación en la patriarcal inferioridad natural de la mujer. Ante sus propios ojos que son los de la cultura patriarcal, la víctima es la causante del mal que le han infringido, es el mal. Por ello la mujer no se queja, asume su culpa y se deja. En ocasiones ni siquiera se defiende, se deja violar, como se deja gritar, se deja pegar y, en casos extremos, por los mismos motivos y en circunstancias similares, se deja matar¹².

En palabras de Teresa de Lauretis, puede señalarse que las concepciones culturales de masculino y femenino en cuanto categorías complementarias y al mismo tiempo,

¹² Lagarde, M. (2003). *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México: Editorial Universidad Autónoma de México, pps. 280/283.

mutuamente excluyentes, dentro de las que están colocados todos los seres humanos, constituyen un sistema de género dentro de cada cultura, un sistema de sentido o simbólico, que asocia el sexo a contenidos culturales según valores y jerarquías sociales. Incluso si asume significados diversos en las diferentes culturas, un sistema sexo/genero esta siempre íntimamente unido a factores sociales y políticos en cualquier tipo de sociedad. Desde esta óptica, la traducción cultural del sexo en género y la asimetría que caracteriza todos los sistemas de géneros en las diversas culturas (si bien con modalidades distintas) se consideran sistemáticamente unidas a la organización de la desigualdad social¹³.

En esa orientación, se señaló que no hay nada de natural en lo femenino que justifique su separación de lo público, tratándose de una construcción cultural que tiene que ver con la estratificación sexual que opera el género en tanto que sistema normativo instalado en las instituciones históricas responsables de la socialización de hombres y mujeres y, por tanto, en las estructuras objetivas –y subjetivas– de nuestras sociedades patriarcales. Esa estratificación de género es la responsable del control que se ejerce sobre las mujeres y, por tanto, de los espacios de dominación que degradan y devalúan la identidad femenina¹⁴.

Alessandro Baratta, al aludir al paradigma de género refiere que abarca por lo menos, las siguientes afirmaciones:

¹³ De Lauretis, T. (2000). *Diferencias: etapas de un camino a través del feminismo*. Horas y horas: Madrid, p. 48.

¹⁴ Maqueda Abreu, M. L. (2014). *Razones y sin razones para una Criminología feminista*. Madrid: Dykinson, p. 98

1. Las formas de pensamiento, de lenguaje y las instituciones de nuestra civilización (así como las de todas las otras conocidas) poseen una implicación estructural con el género, es decir, con la dicotomía masculino-femenino.
2. Los géneros no son naturales, no dependen del sexo biológico, sino que constituyen el resultado de una construcción social.
3. Los pares de cualidades contrapuestas que se atribuyen a los sexos son instrumentos simbólicos de la distribución de recursos entre varones y mujeres, y de las relaciones de poder existentes entre ellos¹⁵.

Por lo tanto, en esa construcción social de los géneros deben considerarse no sólo las expectativas de comportamiento asociadas a ellos, sino también su funcionamiento en el constructo lingüístico y su reforzamiento a través de las instituciones¹⁶.

V.- Dolo y elemento normativo

La situación de violencia de género, como elemento normativo del tipo, requiere –al igual que los de naturaleza descriptiva– ser abarcados por el conocimiento del sujeto activo, al tiempo que deben evidenciarse como orientadores de su voluntad realizadora en ese sentido. Esta reconstrucción del tipo subjetivo –dolo– debe efectuarse de manera sumamente cuidadosa, ya que el mismo no puede

presumirse y debe ser debidamente acreditado en todos sus extremos.

Tradicionalmente se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración; en los elementos normativos se pueden hacer ulteriores distinciones, sobre todo entre elementos con valoración jurídica y elementos con valoración cultural¹⁷. Los elementos descriptivos del tipo son perceptibles por los sentidos, en los elementos normativos, en cambio, que requieren para su apreciación la realización de un juicio de valor o que son susceptibles de comprensión espiritual, no es necesario que el sujeto lleve a cabo una valoración o subsunción jurídicamente exacta¹⁸.

En ese sentido, se ha destacado que el dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, ese elemento cognitivo del dolo debe darse en el momento de la comisión del hecho y requiere un conocimiento actual, es decir, presente. El conocimiento de los elementos descriptivos del tipo requiere, que éstos hayan sido percibidos por los sentidos del autor. Los elementos normativos, por el contrario, no se captan por los sentidos, sino que se comprenden en su significación –conocimiento que no debe ser técnico-jurídico sino un conocimiento paralelo en la esfera del lego-¹⁹.

¹⁵ Baratta, A. (1999). El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. Publicado en AA. VV, Las trampas del poder punitivo, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

¹⁶ Baratta, A. (1999), op. cit.

¹⁷ Roxin, C. (1997), Derecho Penal parte general T I, Madrid: Civitas, p. 306.

¹⁸ Cerezo Mir, J. (2008) Derecho Penal parte general, Buenos Aires – Montevideo: B de f, p. 440.

¹⁹ Bacigalupo, E. (1999), Derecho Penal Parte General, Buenos Aires: Hammurabi, p. 316

Respecto de los elementos normativos eventualmente requeridos en los tipos, la captación que de éstos requiere el dolo es de la misma entidad que la requerida respecto de los elementos descriptivos del tipo, en ambos casos se exige un conocimiento efectivo, sólo que respecto de los elementos normativos se demanda el conocimiento normativo del común de las personas, lo que, con variantes menores, se ha dado en denominar valoración paralela en la esfera del autor, del lego o del profano²⁰. Es decir, el sujeto ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de tales elementos²¹.

VI.- Conclusión

De todo lo hasta aquí considerado, al tratarse de un elemento normativo del tipo la exigencia inherente a la existencia de violencia de género, definida esta en una norma, claro está que lejos se encuentra esa precisión normativa – Ley 26.485- de poder dar cuenta del contenido de ese contexto al cual alude. Justamente, como fue aludido más arriba, la construcción cultural de la que deriva el género, enmarca un gran número de circunstancias que actualizan esa dinámica patriarcal y que al mismo tiempo evidencian una significación concretamente ajustada a la violencia de género.

Esas relaciones desiguales de poder, que configuran prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, deben ser visibilizadas, determinadas en los casos concretos en los que está en juego la operatividad de la

agravante bajo tratamiento. De lo contrario no sólo pueden enmarcarse dentro de estas situaciones que no dan cuenta de ese extremo de tipicidad, sino también dejarse de lado aquellas que si responden a ese marco interaccional.

A la vez, su conocimiento –como circunstancia objetivamente significativa de esa coyuntura género violenta- debe haber sido abarcado por el dolo, pues solo así puede afirmarse que la acción emprendida satisfizo los extremos de tipicidad de la figura penal en cuestión. Lo que entonces debe establecerse es si al matar, se da un contexto con características tales, que permita aseverar la existencia de una situación de subordinación de la mujer respecto del hombre, enmarcada en los parámetros socioculturales que actualizan la dinámica que caracteriza a la violencia de género.

Es por ello que el marco probatorio cumplirá un rol preponderante a la hora de la reconstrucción histórica de esa coyuntura específica, propia de ese caso, pero a la vez consustanciada con una dinámica patriarcal, de sujeción de la mujer. Entonces resulta claro que no se requiere por parte del sujeto activo una introyección específica de la definición normativa de violencia contra la mujer, basta con que al momento de cometer el hecho haya podido actualizarse el marco de interacción específico receptado por esa norma en cuestión y que lógicamente, acontezca el mismo.

²⁰Zaffaroni, E. R.; Alaggia A.;Slokar, A. (2002),Derecho Penal parte general, Buenos Aires: Ediar, p. 529.

²¹ Muñoz Conde, F.; García Aran, M. (2010), Derecho Penal parte general, Valencia: Titant lo Blanch, p. 268