

¿ES NECESARIO ACREDITAR EN EL PROCESO LA “POSICION DE DOMINIO O ACTITUD MACHISTA” EN CASOS DE VIOLENCIA DE GENERO?. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE FEMICIDIO.

Por: Jorge Eduardo Buompadre

I. Introducción.

Históricamente, aunque limitada a un ámbito de privacidad sólo percibible por los miembros de un mismo entorno doméstico o parental y alimentada por factores de distinto signo, económicos, psicológicos, laborales, adicciones, celos, problemas de personalidad, etc., la violencia de género ha sido una forma invariable de dominación y discriminación de la mujer o de los integrantes más vulnerables del grupo familiar. De allí, la poca atención prestada por el legislador penal, teniendo en cuenta, sobre todo, que las consecuencias resultantes del empleo de esta forma de violencia, tenían (y aun la tienen en muchos aspectos) su propia respuesta en la figuras neutrales del código penal (homicidio, lesiones, amenazas, etc.).

La Ley N° 26.791, de reformas al código penal, promulgada el 11 de diciembre de 2012 y publicada en el Boletín Oficial de 14 de diciembre de 2012, introdujo al artículo 80 del digesto punitivo varias y novedosas figuras que no tienen precedentes en el derecho argentino ¹, como respuesta a diversos episodios ocurridos en tiempos recientes, los cuales, en la mayoría de los casos, han desembocado en la muerte de las víctimas, en particular víctimas mujeres agredidas por sus cónyuges o parejas masculinas. Basta como ejemplos, recordar los casos emblemáticos de Carla Figueroa y de Wanda Taddei, por mencionar sólo dos de los múltiples homicidios cometidos en contextos de violencia de género en Argentina en los últimos años.

La mencionada ley de reformas no sólo ha hecho público un problema sociocultural (que ya se venía haciendo evidente en los hechos) sino que ha

¹ Sobre estas nuevas figuras, véase Buompadre Jorge Eduardo, “Violencia de género, femicidio y derecho penal –los nuevos delitos de género-”, Editorial Alveroni, Córdoba, 2012. Ibidem, “Los delitos de género en la reforma penal (Ley N° 26.791)”, Editorial ConTexto, Resistencia, Chaco, 2012.

significado una firme respuesta punitiva contra esta forma de violencia, en un paso más en la lucha contra el fenómeno de la violencia de género.

Entre las diversas figuras delictivas incorporadas por la reforma penal, nos vamos a ocupar específicamente de ciertos y determinados aspectos que tienen relación con el delito de **femicidio**, previsto como un subtipo agravado de homicidio, con el siguiente texto: “*Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: ... (inc.11) A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género*”.

Independientemente de los errores o aciertos que se pudiere predicar de la redacción dada por el legislador argentino al delito de femicidio y de sus probables implicancias en clave constitucional por el hecho de prever una pena agravada cuando el sujeto activo del delito es del sexo masculino, no así en el supuesto inverso, la novedosa normativa presenta diversos problemas de interpretación de los cuales, en esta oportunidad, nos ocuparemos de dos de ellos en particular, por cuanto, según nos parece, se trata de cuestiones que habrán de generar, con seguridad, inconvenientes de difícil solución a la hora de aplicar la ley en la praxis: el concepto de violencia de género y la problemática relativa al elemento abusivo o discriminatorio (posición de dominio) en el tipo de femicidio.

II. El concepto de violencia de género.

Desde las primeras instancias internacionales orientadas a tratar la problemática de la violencia contra la mujer, surge la idea de que este tipo de violencia es aquella que se manifiesta en el limitado recinto del entorno doméstico, específicamente en el ámbito familiar. De allí el concepto de “violencia familiar”, un concepto restringido y delimitado a meras conductas individuales de agresión realizados por los miembros más fuertes sobre los más débiles del grupo familiar² o de su círculo íntimo parental, o fácticas, en cualquier sitio.

Desde esta perspectiva, la violencia familiar se caracteriza por constituir un tipo de violencia que reúne dos elementos específicos: por un lado, se

² Conf. Machado Ruiz María Dolores, La perspectiva de género en derecho comparado, en La Violencia de Género en la Ley, Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España, Ed. Dykinson S.L., pag. 43, Madrid, 2010.

centra en un ámbito concreto de realización (el ámbito familiar, sea en la propia sede del hogar familiar o en cualquier otro lugar), y por otro, comprende no sólo a la mujer sino también al hombre y a otros grupos de personas vulnerables, ancianos, niños, discapacitados, etc., ligados, precisamente, por relaciones familiares o meramente de hecho y con prescindencia de su condición sexual. De este tipo de violencia nos habla la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar cuando, en su artículo 1º, circunscribe la protección legal a los “integrantes del grupo familiar”, debiendo entenderse como tal al “originado en el matrimonio o en las uniones de hecho”.

Este no es, por cierto, el concepto de violencia de género que ha recogido la ley penal. El inciso 11 del artículo 80 del digesto punitivo habla de “*violencia de género*” como uno de sus elementos típicos (no de violencia familiar, aunque aquella pudiere tener su caldo de cultivo más propicio en un ámbito de relaciones de familia, formal o de hecho), pero ésta es una expresión lingüística que no está definida en el código penal, de manera que, para su interpretación, debemos recurrir a otras normativas para integrar el tipo penal en cuestión.

En el derecho argentino existen dos normas que hacen referencia a esta problemática: una, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "*Convención de Belem do Pará*"-³ y la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales⁴.

La Convención Internacional dice en su artículo 1º que 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; y en su artículo 2 establece que se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

³ Aprobada por la Ley N° 24.632/96.

⁴ Publicada en el B.O. del 20/7/2010.

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

A su turno, la Ley Integral N° 26.485 establece en su artículo 4 que se debe entender por violencia contra las mujeres a toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, *basada en una relación desigual de poder*, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los 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.

Ambas normativas han sido trazadas para proteger los derechos “de las mujeres”, aun cuando sólo la Convención Internacional hace una referencia expresa a la palabra “género” cuando circunscribe el concepto de “violencia contra la mujer” a aquella violencia que se emplea “*basada en su género*”, esto es, por su pertenencia al sexo femenino, mientras que la ley nacional, en cambio, identifica la violencia contra las mujeres como aquella forma de violencia que se ejerce “*basada en una relación desigual de poder*”, esto es, cimentada en una idea de “inferioridad de las mujeres o 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” (art. 4 del Decreto Reglamentario N° 1011/2010).

De todo ello se puede deducir que la violencia de género a que alude el inciso 11 del artículo 80 no es aquella violencia que, como concepto neutral, es exigida como elemento típico en algunas figuras del código penal, por ej. en el robo o en la extorsión, sino una categoría específica de violencia que, además de estar orientada concretamente hacia una mujer como sujeto pasivo del delito (por el hecho de ser mujer), requiere que ella se haya desarrollado en un ámbito especial que hunde sus raíces en un contexto de dominio, de poder, de discriminación, del sexo femenino.

Por lo tanto, no toda violencia contra una mujer es violencia de género, por cuanto –como ha señalado Maqueda- no se trata de una cuestión que deba dilucidarse como una mera diferencia entre los sexos ni por la sola circunstancia de la existencia de una posición de superioridad física entre el hombre y la mujer, sino de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal ⁵. Lo contrario, implicaría, en todos los casos, la imposición de la mayor penalidad cuando el homicidio fuere de una mujer, por su sola condición de tal, por su sola pertenencia al sexo femenino, circunstancia que podría plantear problemas de constitucionalidad por violación del principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

La violencia de género, como concepto jurídico-penal, es aquella forma de violencia que se ejerce en un contexto de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que confluye en una posición de dominio de la mujer por parte del hombre y que hace que aquella se sumerja en una situación de subordinación hacia el sexo masculino. Se trata, como se ha puesto de relieve, de una categoría sociológica con entidad propia, que se distingue de otras formas de violencia social ⁶.

Hablar sobre violencia de género –al menos en nuestro derecho- es hablar sobre violencia contra la mujer, no contra el sexo opuesto, por más que la palabra género, en su acepción lingüística, comprenda a los dos sexos. Se trata –como señala Lorenzo- de una forma de violencia que tiene su razón de ser en el sexo de la víctima, en su condición femenina. Son las mujeres –dice esta autora-, por ser mujeres, por pertenecer a este sexo, las que son blanco de esta clase de violencia, pero no por los rasgos biológicos que las distinguen de los hombres, sino por los roles subordinados que le asigna la sociedad patriarcal ⁷. La violencia contra la mujer, como dice Maqueda Abreu, no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género ⁸.

⁵ Conf. Maqueda Abreu María Luisa, La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología (RECPC), 08-02, 2006.

⁶ Conf. Lorenzo Copello Patricia, Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo, disponible en Internet en www.cijc.org/Libro%20CGP

⁷ Lorenzo Copello Patricia, Violencia de género y derecho penal..., cit.; lo que marca la diferencia y dota de sentido a la violencia de género como categoría específica –señala esta autora- no es el sujeto activo sino el pasivo –la víctima mujer-, porque se trata de atentados a la integridad que encuentran su razón de ser en la perpetuación de unos determinados roles asignados de manera exclusiva a las mujeres. Sin embargo, en el estudio del delito de femicidio en el derecho penal argentino, no puede dejar de tener importancia el sujeto activo, ya que –según el texto de la ley- no puede ser otro que el hombre.

⁸ Conf. Maqueda Abreu María Luisa, La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social, RECPC, 08/02\$2006, disponible en Internet en www.criminet.ugr.es

Y, precisamente, la pertenencia al sexo femenino es uno de los factores que justifican el incremento punitivo, o la razón de ser de lo que se ha dado en llamar “agravante de género”. Se trata de uno de los factores determinantes, por cuanto el fundamento de la mayor penalidad no reside únicamente en la sola condición sexual de la víctima (se mata por el hecho de ser mujer) sino también en la señalada relación de desigualdad entre el hombre y la mujer, desigualdad que conlleva, desde luego, una mayor dosis de lesividad en la conducta del sujeto masculino. Al hombre se le conmina con mayor pena –alega Larrauri Pijoan- no sólo, o no necesariamente, porque le mueva un ánimo discriminatorio, sino porque en general el acto del hombre hacia su pareja femenina es más grave, y ello se debe a dos motivos: el mayor temor que la agresión de un hombre ocasiona y la mayor posibilidad de que se produzca un resultado lesivo⁹. Desde ya que, si no concurriera el fundamento que justifica la mayor penalidad, el precepto no sería de aplicación, sino que debería reconducirse la cuestión al delito de homicidio simple del artículo 79 del código penal, a excepción que concurra alguna otra circunstancia agravatoria del artículo 80.

En esta dirección se ha dicho que lo relevante en este tipo específico de violencia es el sujeto pasivo, la mujer, no el sujeto activo. La violencia de género es la expresión de un sistema de dominación por el que perpetúa la desigualdad entre mujeres y hombres, como estrategia de control sobre ellas¹⁰.

Violencia de género es, entonces, violencia contra la mujer, en el sentido dado por las leyes antes señaladas; se trata de términos equivalentes y así deberá ser interpretado este elemento en el análisis del delito de femicidio previsto en el inciso 11 de artículo 80 del código penal.

Tratándose el concepto “violencia de género” de un elemento normativo del tipo penal, de carácter extralegal, no hay que buscarlo en el código

⁹ Conf. Larrauri Pijoan Elena, Igualdad y violencia de género, InDret 1/2009-11.

¹⁰ Conf. Laurenzo Patricia, Género, violencia y derecho, pags. 344 y sig., Edición Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Es verdad que la nota distintiva de la violencia de género es que se la ejerce contra una mujer (al menos, en la mayoría de los casos), pero recuérdese, sin embargo, que esta autora comenta la problemática de género planteada en España con motivo de la LO Nº 1/2004, que introdujo varias figuras al código penal relacionadas con este fenómeno, pero no ha incorporado un delito (el de femicidio) con un texto similar al artículo que estamos comentando, de manera que, para nuestro derecho penal, sujeto activo del delito de femicidio no puede ser cualquier persona sino sólo un hombre, sujeto masculino, elemento que debe ser entendido en sentido biológico no en sentido formal o normativo, tesis que lleva a excluir del ámbito de los sujetos activos a aquellas personas de sexo femenino que se hubieren registrado con el sexo opuesto, de acuerdo a los derechos y exigencias establecidos por la Ley Nº 26.743 de Identidad de Género. De manera que, entre nosotros, no sólo es relevante el sujeto pasivo (mujer), a efectos de delimitar el concepto de violencia de género, sino que también es relevante el sujeto activo (hombre), a efectos de delimitar los elementos del tipo penal del femicidio, cuya normativa exige que autor del delito sólo puede ser un hombre.

penal sino en la ya referida Ley de Protección Integral N° 26.485, cuyo artículo 4° -como se dijo anteriormente- nos suministra la definición que viene a integrar el tipo penal en cuestión, de cuya interpretación el juez no puede apartarse ¹¹.

III. El elemento de dominio o discriminatorio en el delito de femicidio. Su prueba en al proceso.

Tal como se ha observado más arriba, el tipo penal del femicidio requiere como elemento del tipo objetivo que se haya dado muerte a una mujer, **mediando violencia de género**, vale decir, “en el medio de un contexto basado en una relación desigual de poder entre el sexo femenino y el sexo masculino”, que permite inferir la existencia de una relación especial entre el hombre y la mujer, que se caracteriza, precisamente, no por tratarse de una mera relación esporádica, ocasional o pasajera de maltrato que presupone una forma de violencia ejercida de manera individual, sino por una relación continuada, permanente, de hostilidad hacia la mujer, lo cual puede ser posible no sólo en un ámbito relacional de pareja, formal o informal o de convivencia familiar, sino también en otros ámbitos y situaciones, por ej. en cualesquiera de los supuestos de violencia previstos en los artículos 5 y 6 de la Ley N° 26.485, siempre y cuando la conducta desplegada haya sido dirigida a matar a la víctima.

Creemos que, aun cuando el tal elemento abusivo (de dominio) o discriminatorio no esté previsto en forma expresa en el tipo penal del femicidio, el hecho de que se requiera que la muerte de la víctima se produzca “mediando violencia de género”, vale decir, en un contexto de dominación masculina (actitud machista) caracterizado por una relación desigual de poder entre el hombre y la mujer, indica que se trata de un elemento del tipo que debe ser materia de acreditación en el proceso por homicidio. Si se trata de un elemento del tipo objetivo, como nosotros creemos, o del tipo subjetivo, que convertiría al delito en un tipo de tendencia subjetivamente configurado ¹², es otro tema que no vamos a desarrollar aquí.

Sostener lo contrario, conduciría a la aplicación automática del inciso 11 del artículo 80 cuando la conducta homicida provenga de un hombre y la

¹¹ Confr. para mayores detalles, Buompadre Jorge Eduardo, *Violencia de género, femicidio y derecho penal*, cit., pags.155 y sig.

¹² Cobre esta cuestión, véase De Paúl Velasco José Manuel, *Aspectos penales de la L.O. 1/2004: experiencias de su aplicación*, en *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, cit., pags. 234 y sig.

víctima sea una mujer, por cuanto implicaría una suerte de presunción *iuris et de iure* -inaceptable en derecho penal- de la situación de discriminación o posición de dominio del hombre sobre la mujer. Como ha puesto de relieve Gómez Martín, tal manifestación (de discriminación, de desigualdad, etc.) no puede presumirse, ni *iuris et de iure* ni *iuris tantum*, corresponde a las acusaciones acreditar que la conducta típica se habría cometido en el aludido contexto de discriminación, desigualdad y relación de poder del hombre sobre la mujer, y no a la defensa la *probatio diabólica* de que ello no habría sucedido ¹³.

Consecuentemente, si en el proceso penal no se acredita el contexto de violencia de género (prueba que deberá estar a cargo, naturalmente, del Ministerio Público) –cuya existencia –como antes se dijo- justifica, entre otros factores, el incremento de la pena, el artículo no sería de aplicación pues, como también ya se pusiera de relieve, no toda violencia de género es violencia contra la mujer ni toda violencia contra la mujer de la cual resulta su muerte, es femicidio. En todo caso, la mayor penalidad estará justificada cuando el sujeto activo sea de sexo masculino, el sujeto pasivo femenino y la muerte de éste se produzca en un contexto de violencia género, como literalmente se lee en el inciso 11 del artículo 80 del código penal.

¹³ Conf. Gómez Martín Víctor, ¿Comparaciones odiosas?. Acción positiva y violencia de género ocasional, en Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales, Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez (Dir.), Silvia Fernández Bautista (Coord.), pag. 296, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. En un mismo sentido, Larrauri Pijoán Elena, Igualdad y violencia de género, cit., pag. 14. Sostiene lo contrario Roig Torres Margarita, La delimitación de la violencia de género: un concepto espinoso, en Estudios Penales y Criminológicos, vol.XXXII, 2012.