

La incidencia de las recientes reformas del derecho civil en la interpretación del artículo 80 del Código Penal

Romina Pzellinsky¹ y María Luisa Piqué²

I. Introducción

En estos últimos años, el Estado argentino comenzó a tomarse en serio su obligación de prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres basada en el género, sobre todo cuando esa violencia se presenta en la forma más extrema: el femicidio. Esta tendencia se inscribió en un proceso regional de visibilización del fenómeno, que empezó a manifestarse tímidamente a principio de la década de los noventas.

A fin de lograr este propósito, se abrieron distintos frentes. El Estado Argentino no se limitó sólo a introducir reformas en el Código Penal a través de la ley 26.791 –que amplió las agravantes del homicidio calificado de modo tal de reconocer expresamente aquellos asesinatos de mujeres basados en su condición de tales-, sino que hizo también modificaciones y ajustes en otras ramas del derecho. Fundamentalmente estas reformas se centraron en el derecho civil, y específicamente, en la regulación de las familias y vínculos personales (a través de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial³ y de la de 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 interpersonales⁴) y en el ámbito de la autonomía individual (a través de la modificación del matrimonio⁵ y de la ley de identidad de género⁶). Todos estos ámbitos están íntimamente vinculados con la desigualdad estructural que sufren diferentes grupos entre ellos las mujeres y su falta de regulación, o su regulación deficiente, son caldos de cultivo para que las más extremas

¹ Abogada (UBA), Especialista en Violencia Familiar (UMSA), Titular de la Dirección General de Políticas de Género de la Procuración General de la Nación.

² Abogada (UBA), Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal (UTDT) y Master en Derecho (Universidad de Georgetown). Profesora de Garantías Constitucionales del Derecho Penal y Procesal Penal (UBA). Fiscal de la Procuración General de la Nación.

³ Ley N° 26.994 sancionada el 1° de octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre del mismo año. El Código Civil y Comercial entró en vigencia el 1° de agosto de 2015.

⁴ La ley fue sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada de hecho el 1 de abril de ese mismo año.

⁵ Sancionada el 15 de julio de 2010 y promulgada el 21 de del mismo mes y año.

⁶ Sancionada el 9 de mayo de 2012 y promulgada el 23 de ese mismo mes y año

manifestaciones de la violencia afloren. Por tal razón, estas nuevas regulaciones son un complemento imprescindible de la reforma penal.

En el presente trabajo desarrollaremos en primer lugar la recepción de la noción de femicidio en nuestro Código Penal, analizaremos luego la nueva letra del artículo 80 e intentaremos demostrar que esa norma no fue un fenómeno aislado sino que formó parte de una estrategia más amplia para abordar la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres basada en el género.

II. De “femicide” a femicidio

El concepto de “femicidio”⁷ es una derivación de la palabra inglesa “femicide”, desarrollada principalmente por las sociólogas Diane Russell y Jane Caputi a fines de los años ochentas⁸. Su utilización se expandió sobre todo luego de la publicación del famoso artículo “Femicide: Speaking the unspeakable” en 1990⁹. Allí, las autoras describen a este fenómeno como aquellas muertes violentas de mujeres a manos de varones, motivadas por “odio, desprecio, placer o sentimientos de propiedad sobre las mujeres”¹⁰. En estos casos, la muerte representa la forma más extrema de terrorismo sexista –la culminación de un continuum de violencia que las afecta¹¹. En 1992, Diane Russell, esta vez con Jill Radford, precisaron el contenido jurídico y social del concepto en su texto “Femicide: The Politics of Women Killing” y lo definieron como “el asesinato de mujeres, cometido por hombres, por el hecho de ser mujeres”¹².

⁷ En Latinoamérica también se lo llama “feminicidio” a raíz de los trabajos de Marcela Legarde, quien con esta ligera modificación del concepto destacó particularmente dos elementos: la misoginia y la responsabilidad estatal en tanto favorece la impunidad. Para simplificar el lenguaje, utilizaremos el término “femicidio”.

⁸ Aunque ya había sido utilizado con anterioridad. Véase, e.g., Toledo, Patsilí, *Femicidio/Feminicidio*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2014, págs. 83 y ss.

⁹ Caputi, Jane y Russell, Diane, “Femicide: Speaking the Unspeakable”, publicado en *Women’s Health and Development*, septiembre/octubre 1990.

¹⁰ *Ibid*, pág. 34 (la traducción nos pertenece).

¹¹ *Ibid*, pág. 34 y 35 (la traducción nos pertenece).

¹² Véase *Declaración sobre el Femicidio*, del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), Aprobada en la Cuarta Reunión del Comité de Expertas/os (CEVI), celebrada el 15 de agosto de 2008, OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/DEC. 1/08.

Al tratarse entonces de un concepto elaborado en el campo de la sociología y la antropología y no de la esfera jurídica¹³, “femicide” englobaba un amplio espectro de hechos, que iba más allá de las muertes dolosas y alcanzaba toda muerte de una mujer basada en su género o, en otras palabras, que se explique por la pertenencia al género femenino de la víctima. Por ejemplo, aquellas que son el resultado de abortos clandestinos, o de mutilaciones que se hacen en nombre de la belleza (como las cirugías estéticas o tratamientos para perder peso), o de enfermedades que afectan desproporcionadamente a mujeres y no son tratadas o prevenidas en forma adecuada (VIH-SIDA en África, cáncer de útero u ovarios), y también de la mutilación genital, operaciones ginecológicas innecesarias, heterosexualidad, esterilización y maternidad forzadas, los suicidios originados en la violencia o las condiciones de discriminación, las muertes por desnutrición o falta de atención médica selectivas, entre otros¹⁴.

Claro está, al ser trasladado al derecho penal, el concepto sociológico y antropológico de “femicidio”, necesariamente pierde contenido. Básicamente, el universo de casos queda acotado a aquellos en los que las muertes violentas de mujeres además de estar basadas en el género configuren un delito penal y puedan ser atribuidas a alguna persona¹⁵. Aun así, incluye una amplia gama de supuestos.

Por ejemplo, para seguir una de las posibles sistematizaciones, el *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/femicidio)*¹⁶, identifica el femicidio íntimo (la muerte de una mujer cometida por un varón con quien la víctima tenía una relación íntima, sentimental o sexual), el no íntimo (la muerte de una mujer cometida por un hombre desconocido con quien la víctima no tenía ningún tipo de relación, por ejemplo de una agresión sexual), el infantil, el

¹³ Toledo, Patsilí, *Femicidio*, publicado en Di Corleto (ed), Didot, 2016 (en prensa).

¹⁴ Véase, e.g., Caputi y Russell, *cit.*, y Toledo (2016), *cit.*.

¹⁵ Toledo (2016), *cit.*. Más allá de que ciertas situaciones queden por lo tanto fuera de la tipificación, siguen siendo de todas formas relevantes jurídicamente porque pueden constituir violaciones a los derechos humanos por el incumplimiento de las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la vida de las mujeres – véase Toledo (2014), *cit.*, pág. 111.

¹⁶ Elaborado por la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) en el marco de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, accesible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf> (último acceso: julio de 2016).

familiar, por conexión (el caso de la muerte de una mujer “en la línea de fuego” por parte de un hombre en el mismo lugar en el que mata o intenta matar a otra mujer), el “sexual sistémico” (alude a la muerte de mujeres que son previamente secuestradas, torturadas y/o violadas), femicidio por prostitución o por ocupaciones estigmatizadas, por trata o tráfico de personas, transfóbico, lesbofóbico, racista o por mutilación genital femenina.

Todos estos hechos tienen en común que se trata de expresiones extremas de violencia, pero de un tipo de violencia específico, que está directamente vinculado al género de la víctima “y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer”¹⁷. De ahí que se llame a este tipo de violencia, “violencia de género contra las mujeres”, o “violencia contra las mujeres basada en el género” o “violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres”.

Si bien ese tipo de conductas ya estaba penalizado por la ley (a través de la punición del homicidio y del asesinato), se las englobó bajo el término “femicide” con el propósito de demostrar cómo el lenguaje, cuando tiene un carácter supuestamente neutro o amplio, invisibiliza ciertos sujetos y fenómenos¹⁸, en este caso, la especificidad de ese tipo de muertes violentas de las mujeres, que se produce por su condición de tales. El objetivo político de acuñar el concepto “femicidio”, entonces, fue el de develar el “sustrato sexista o misógino –y por lo tanto político” del fenómeno, que “permanece oculto cuando se denominan a través de palabras neutras como ‘homicidio’ o ‘asesinato’”¹⁹.

III. La recepción del femicidio en Latinoamérica y en la ley penal argentina

Fue recién a mediados de la década de los noventa que el fenómeno de las muertes violentas de mujeres basadas en el género empezó a cobrar visibilidad en Latinoamérica,

¹⁷ Lorenzo Copello, Patricia, “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, publicado en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nro. 07-08 (2005), pág. 5.

¹⁸ Toledo, Patsilí, (2014), *cit.*, pág. 84.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 86.

primero en Centroamérica y luego en el resto de la región²⁰ y se terminó instalando en la agenda pública²¹.

Entre las manifestaciones de este proceso a nivel regional, pueden mencionarse, por un lado, la *Declaración sobre el Femicidio* ya citada, en la cual los femicidios fueron concebidos como muertes violentas de mujeres por razones de género, y se recomendó a los Estados parte de la Convención de Belém do Pará terminar con la impunidad que suele rodear a estos casos y legislar o fortalecer la legislación existente respecto a la autonomía de las mujeres, sus derechos y libertades.

Por otro lado, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” sobre los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, de noviembre de 2009, fue de suma relevancia para visibilizar el fenómeno en la región. Allí, la Corte definió al “feminicidio” como “homicidio de mujer por razones de género” (párr. 143), y sostuvo que estos hechos suscitaban en los Estados obligaciones “reforzadas” de debida diligencia (párr. 258)²².

En paralelo, los países latinoamericanos empezaron a introducir reformas legales en su derecho interno para penalizar específicamente los homicidios de mujeres basados en el género²³.

En Argentina, hasta la sanción de la ley 26.791, la muerte de una mujer basada en el género no estaba tipificada en cuanto tal. En consecuencia, los hechos quedaban subsumidos por la figura neutra del homicidio simple o del homicidio calificado si se configuraba alguna de

²⁰ Toledo (2014), *cit.*, pág. 97 y ss.

²¹ Esto se debió no sólo a la escala del fenómeno, sino fundamentalmente, a la perseverancia de los movimientos feministas de la región y del trabajo de activistas y académicas, entre las cuales se destacan Marcela Legarde, Julia Monárrez, Ana Carcedo, Monserrat Sagot, Rita Segato, Silvia Chejter y Patsilí Toledo, entre otras. Véase Amnistía Internacional/MPD, *Femicidio y debida diligencia. Estándares internacionales y prácticas locales*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2015, pág. 26.

²² El sistema internacional de protección tampoco fue ajeno a este proceso. Véase al respecto el informe temático sobre *homicidios de mujeres relacionados con el género* de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias –ONU, Asamblea General, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo, A/HRC/20/16*, 12 de mayo de 2012 (versión oficial en inglés y chino). Accesible en:

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf (último acceso: julio de 2016).

²³ Costa Rica (2007), Guatemala (2008), Colombia (2008), Chile (2010), El Salvador (2010), Nicaragua (2011), Perú (2011), Argentina (2012), México (2012), Panamá (2013), Bolivia (2013), Ecuador (2014) y Brasil (2015) Fuente: Toledo (2016), *cit.* Las distintas legislaciones han variado tanto en alcance como en técnica legislativa. Algunas contemplan distintos supuestos de muertes violentas, otras sólo un universo acotado –como Chile, que sólo contempla el femicidio íntimo. A su vez, algunas lo han introducido como un tipo penal autónomo, otras lo han hecho por vía de una ampliación del homicidio agravado pero sin utilizar el término “femicidio”.

las agravantes (también neutras) del artículo 80. Entre estas últimas, la que más se acercaba a la figura del femicidio era la del inciso 1, que agravaba el homicidio cuando existía un vínculo conyugal entre víctima y autor (también llamado “uxoricidio”). Sin embargo, su carácter neutral da cuenta de que el plus de disvalor radicaba en la importancia que el derecho le otorgaba al vínculo matrimonial en general.

Además, en el año 2004 el Congreso Nacional había elevado a prisión perpetua la pena del delito que entonces se llamó “violación seguida de muerte” – y que es una figura próxima al “femicidio sexual”²⁴. El foco de esta reforma estuvo puesto, sin embargo, en la seguridad y no en los derechos humanos de las mujeres o en la erradicación y sanción de la violencia de género, tal como surge del debate en ambas Cámaras del Congreso²⁵.

En suma, hasta la sanción de ley 26.791, ninguna de las figuras del Código Penal lograba visibilizar ni expresar la especial gravedad de este tipo particular de violencia.

La falta de interés estatal en el fenómeno se veía asimismo reflejada en el deficiente abordaje judicial de los casos, en la elevada tasa de impunidad y en la inexistencia de información estadística, todo lo cual era denunciado por la sociedad civil y la comunidad internacional²⁶.

²⁴ Sobre las diferencias entre una y otra figura, véase Tribunal Oral en lo Criminal 9, sentencia recaída en “Mangeri, Jorge Ernesto s/ art. 124 CP” (expte. 29907/2013/TO2)”, del 24/8/2015, publicada en MPF-Dirección General sobre Políticas de Género, *Hacia una igualdad de género. Compendio jurisprudencial* (2015) (Disponible en: http://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2016/06/OUT_Ebook_PG_Compendio_2015_Junio1.pdf).

²⁵ La reforma se introdujo a través de ley 25.893, B.O. 26/5/2004, que formó parte del paquete de leyes conocidas como “leyes Blumberg”. De la lectura del debate en ambas Cámaras (Diputados, el 29/04/2004, y Senadores –el 05/05/2004) surge que la principal preocupación de las/os legisladoras/es era la inseguridad en las calles, y constantemente se hacía alusión a casos de niñas que habían sido violadas por extraños en la vía pública, hechos que a su vez fueron caracterizados en sendos debates como de “inseguridad”. En ninguno de los dos debates se aludió a, ni se expresó preocupación por, la violencia de género.

²⁶ Véase, por ejemplo, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Informe sobre Género y Derechos Humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en la Argentina (2005-2008)*, disponible en <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=29&plcontempl=6&aplicacion=app187&cni=14&opc=9&cni14=4>; Amnistía Internacional, *Muy tarde, muy poco. Mujeres desprotegidas ante la violencia de género en Argentina. Prioridades de acción para el Estado Argentino*, 2008 (Disponible en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/MUY%20TARDE,%20MUY%20POCO%20MUJERES%20DESPROTEGIDAS%20ANTE%20LA%20VIOLENCIA%20EN%20ARGENTINA%20PRIORIDADES%20DE%20ACCION%20C3%93N%20ARA%20EL%20GOBIERNO%20NACIONAL?CMD=VEROBJ&MLKOB=19685622307>); AAVV, *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2010, disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/010%20Discriminacion%20de%20Genero%20en%20las%20Decisiones%20Judiciales.pdf>; y los informes del Comité de la CEDAW sobre la Argentina (disponibles en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports.htm>), entre otros.

Finalmente, nuestro país empezó a encolumnarse con el resto de la región. La puesta en funcionamiento en el año 2008 de una Oficina de Violencia Doméstica (OVD) en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁷ además de mejorar la calidad de la respuesta de la justicia penal y civil en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y de impulsar a que las provincias hicieren lo propio, fue un fundamental llamado de atención sobre la necesidad de proteger a las mujeres víctimas de esta modalidad de violencia, que, como se verá más adelante, es una de las más prevalentes y las afecta de forma diferenciada.

También en el año 2008, y ante la ausencia de estadísticas oficiales, la Asociación Civil “La Casa del Encuentro” produjo el primer informe de femicidios en Argentina, basado en la información publicada en medios de comunicación. Al año siguiente la Asociación creó el “Observatorio de Femicidios en Argentina Adriana Marisel Zambrano”, con el objetivo de ampliar y profundizar sus monitoreos²⁸.

Ese mismo año, el Congreso de la Nación empezó a discutir la sanción de una ley que abordara la violencia contra las mujeres basada en el género, la cual fue sancionada en marzo del año siguiente²⁹. La ley 26.485 definió “violencia contra las mujeres”, describió los tipos y modalidades de esa violencia y prescribió las políticas públicas que deberán implementar los distintos organismos estatales. Asimismo, reguló un procedimiento cautelar de protección de las mujeres víctimas de violencia³⁰.

La ley 26.791 se inscribió en este proceso y tuvo varios objetivos; entre ellos visibilizar la temática, expresar el especial disvalor de estos hechos a través de la imposición de la pena más grave y aportar mayor claridad sobre las dimensiones y alcance del fenómeno, de

²⁷ Creada el 27/12/2006 mediante Acordada 39/06.

²⁸ Véase <http://www.lacasadelencontro.org/femicidios.html>. Desde entonces, viene produciendo un informe por año y hasta el año 2015 se trató del único registro de femicidios a nivel nacional.

²⁹ El proyecto original fue presentado por la Senadora Marcía C. Perceval el 3 de marzo de 2008. Los expedientes del trámite legislativo fueron los S-250-578-2684/07 y 38-40-905-1538-3626-3719/08.

³⁰ El procedimiento quedó expresamente exceptuado de los alcances del artículo 1 –es decir, ni es “de orden público” ni de aplicación en todo el país - aunque las jurisdicciones locales podrán, en el ámbito de sus competencias, dictar sus normas de procedimiento o adherir a ese régimen procesal (artículo 19). De acuerdo con el informe confeccionado por Perla Prigoshin, al 14/3/2013 la mayoría de las provincias había adherido a la ley, con excepción de Catamarca, Misiones, San Juan y Córdoba. <http://perlaprigoshin.com.ar/2013/03/14/estado-de-situacion-adhesion-provincial-a-ley-nacional-26-485/>. Misiones finalmente adhirió mediante LEY IV – nro. 68, del 24/9/2015 y Catamarca el 14/12/2014 (ley N° 5434).

modo tal de promover mejores prácticas en la investigación y sanción y en la recolección de información estadística³¹.

La reforma empezó a discutirse en marzo de 2011, cuando se presentó el primer proyecto³² y fue finalmente sancionada el 14 de noviembre de 2012³³. Las discusiones al interior de las comisiones, que contaron con la participación de la sociedad civil, giraron en torno a si convenía o no incorporar el término “femicidio” o “feminicidio” en el texto legal, y a si era preferible crear un tipo penal autónomo o ampliar los tipos ya existentes, entre otras cuestiones³⁴. Finalmente, se optó por ampliar algunas de las agravantes ya existentes del delito de homicidio (incisos 1 y 4) e introducir otras dos nuevas (los incisos 11 y el 12). Además, se impidió la aplicación de las “circunstancias extraordinarias de atenuación” previstas para los casos del inciso 1, a quien “anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.

1) El inciso 11 del artículo 80 –femicidio en sentido estricto.

De acuerdo con el inciso 11, será reprimido con prisión perpetua, *“el que matare ... A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género”*. Se trata del femicidio en sentido estricto³⁵ en tanto es “sexuado”, es decir, exige que la víctima sea mujer y el autor hombre y que medie “violencia de género”.

Precisamente por tratarse de un tipo penal sexuado, se ha topado con algunas resistencias por parte de ciertos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia. Una crítica muy habitual –que también ha surgido en otros países de Latinoamérica y España que incorporaron tipos penales similares- tiene que ver con una supuesta vulneración del principio constitucional de igualdad ante la ley, ya que el abandono de la neutralidad es leído en términos de mayor valor de la vida de las mujeres por sobre la de los varones.

Disentimos sin embargo con esta crítica ya que la agravación en razón de que medie violencia de género no responde a una sobrevaloración de la vida de las mujeres sino que

³¹ Véase, e.g., Amnistía Internacional/MPD, *cit* y el debate parlamentario en ambas Cámaras del Congreso.

³² El proyecto original fue presentado el 02/03/2011 (expte. 0106-D-2011), por las diputadas nacionales Diana Conti, Alicia Marcela Comelli, Juliana Di Tullio y el diputado Mariano Federico West.

³³ B.O. 14/12/2012.

³⁴ Véase, a modo de ejemplo, la exposición de la diputada María Luisa Storani en la sesión del 18 de abril de 2012 (cf. versión taquigráfica).

³⁵ En el mismo sentido, véase Toledo (2016), *cit*.

pretende reflejar el plus de injusto que supone la discriminación y subordinación implícita en la violencia que ellas sufren³⁶.

Por lo demás, el principio de igualdad y no discriminación exige determinados ajustes allí donde ciertos grupos están en una situación de desigualdad. La concepción de este principio en términos puramente formales parte de la ficción de que, en los hechos, todas y todos somos iguales, lo cual puede arrojar resultados discriminatorios respecto de los grupos estructuralmente discriminados. En consecuencia, el mandato de no discriminación va más allá, y obliga a neutralizar, en palabras de Lorenzo Copello, “la desventaja inicial que para ciertos grupos representan los caracteres de identidad que la sociedad minusvalora”³⁷. De lo que se trata, en definitiva, es de “garantizar la igualdad sustancial por vía de remover los obstáculos que supone para ciertos ciudadanos su pertenencia a un grupo socialmente desplazado”³⁸.

La tutela penal diferenciada, entonces, es la aplicación en el derecho penal de esta noción sustancial del principio de igualdad y no discriminación. Es un reconocimiento de que la condición femenina es uno de esos caracteres de identidad minusvalorado por la sociedad, que pone a las mujeres como grupo en una posición subordinada, y las transforma en un blanco más fácil de ciertos ataques. A través de estas figuras sexuadas se pretende proteger de manera más intensa a las mujeres contra las expresiones de violencia a las que están expuestas por su condición de tales.

Este tipo de violencia no tiene paralelo en el género masculino. Las agresiones de las mujeres hacia los varones –que por supuesto existen- son manifestaciones “individuales e indiferenciadas de la violencia emergente de la sociedad”³⁹ y como tales, encuentran una respuesta suficiente en los tipos penales genéricos del Código Penal –como las lesiones, homicidio simple, homicidio calificado, amenazas, etc. Es decir, no existe una expresión de violencia específica que esté asociada a la condición de varón de la víctima y a la condición de mujer de la autora. En consecuencia, consideramos que los tipos penales sexuados en los términos del inciso 11, no violan el principio de igualdad y no discriminación.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Lorenzo Copello, *cit.*, pág. 12.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.* pág. 16.

El inciso 11 también ha suscitado discusiones en la doctrina y la jurisprudencia, en relación con el concepto “mediare violencia de género”. Se ha sostenido que esta expresión puede lesionar el principio de legalidad penal, ya que nuestro sistema jurídico carecería de una definición de ese concepto⁴⁰.

En rigor de verdad, el concepto relevante a los fines de este inciso no es el de “violencia de género” en términos amplios, sino más bien el de ese tipo de violencia cuando está específicamente dirigida contra las mujeres. Ambos conceptos, aunque parecidos, no son idénticos ni intercambiables.

Como explica Toledo⁴¹, la “violencia de género”, a secas, es una noción más amplia que la de violencia de género contra las mujeres. La primera abarca aquella dirigida contra todos los sujetos por su condición de género, es decir, contra las mujeres pero también contra personas con orientación o identidades de género distintas a las dominantes. La violencia contra las mujeres basada en el género es una de las formas de violencia de género y está definida en la “Convención de Belém do Pará”, como “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”. A los fines de la Convención, no cualquier agresión contra cualquier persona de género femenino es violencia basada en el género, sino que debe de tratarse de hechos “especialmente dirigidos contra las mujeres”, es decir, que éstas sean un mayor blanco de ataque “[por su] sexo”⁴².

La ley 26.485 también define este concepto, en términos de “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...”. Aquí el sustrato de género está redactado en términos de una “relación desigual de poder”.

Como se ve, el concepto está legalmente definido en nuestro sistema jurídico. Aún así deberá ser precisado por el/la intérprete y determinar si corresponde o no su aplicación.

⁴⁰ Véase, Buompadre, Jorge Eduardo, *Violencia de género, femicidio y derecho penal. Los nuevos delitos de género*, Alveroni Ediciones, 2013, pág. 182.

⁴¹ Toledo (2014), *cit.*, pág. 30.

⁴² Corte IDH, Caso Perozo y otros vs. Venezuela (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 295 y Caso Ríos y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 279, ambas del 28 de enero de 2009.

Pero esto no es exclusivo del concepto “violencia de género”. El derecho penal utiliza un lenguaje que, en palabras de Beade, “padece de ciertas notas que hacen de su aplicación a casos concretos una tarea imprecisa y equívoca.... Podría decirse que dichas características bien podrían mitigarse mediante la utilización de definiciones técnicas, pero, en modo alguno, eliminarse”⁴³.

Sin ir más lejos, en la propia redacción histórica del artículo 80 nos encontramos con varios conceptos que pueden ser ambiguos o vagos en ciertos contextos y respecto de los cuales ni siquiera contamos con una definición legal, tales como la “codicia”, “alevosía” o “ensañamiento”. Aun así, son y han sido ampliamente utilizados y, ante alguna duda interpretativa, suele apelarse a la producción jurisprudencial y doctrinaria previa.

En el caso de la violencia de género, a esta altura existe una vasta producción doctrinaria y jurisprudencial que puede ser de respaldo para clarificar las dudas cuando se susciten, siempre respetando el principio de legalidad y su manda de “máxima taxatividad interpretativa”⁴⁴.

Otros de los conceptos que incorpora el texto legal son el de “mujer” y “hombre”, los cuales tienen que ser interpretados a la luz de la ley 26.743 de identidad de género, sancionada poco antes que la ley 26.791, la cual reconoce la “identidad de género” y la define como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo”. Esta vivencia de la identidad de género autopercebida reconocida por la ley puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de diferentes medios (farmacológicos, quirúrgicos, etc.) y otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (artículo 2). Así, a los fines del inciso 11, la identificación del género de cada una de las partes involucradas no debe hacerse de manera esencialista, sino en función de la identidad de género autopercebida.

De este modo, el inciso 11 también abarca una modalidad específica de femicidio, que es la llamada “travesticidio/transfemicidio”. Esta noción pretende visibilizar la particular

⁴³ Beade, Gustavo, “El principio de legalidad. Significado y alcance del ‘Nullum crimen sine lege’”, en *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Gargarella y Guidi (coords), Buenos Aires, La Ley, 2016, Tomo II, pág. 415.

⁴⁴ Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 116.

violencia que sufren las travestis y mujeres trans. En el caso de estos colectivos, la violencia basada en el género que padecen se da en la forma de “una cadena de violencias estructurales que responden a un sistema cultural, social, político y económico vertebrado por la división binaria excluyente entre los géneros...”⁴⁵ y que comienza desde una edad muy temprana con la expulsión del hogar, continúa con una cadena de exclusiones (del sistema educativo, del sistema sanitario y del mercado laboral) y luego toma la forma de iniciación temprana en el trabajo sexual –con el riesgo que conlleva de contagio de enfermedades de transmisión sexual-, la estigmatización social y una serie de violencias institucionales (criminalización, patologización, persecución y violencia policial)⁴⁶.

En síntesis, la incorporación del inciso 11 pretendió capturar las diferentes expresiones en las que puede presentarse la violencia letal contra las mujeres basada en el género, es decir, los distintos tipos de femicidios. A diferencia de términos escurridizos y que carecen de definición legal, pero que la doctrina y jurisprudencia penales viene utilizando desde antaño, los conceptos “hombre”, “mujer” y “violencia de género” están definidos en nuestro sistema jurídico. Claro está, es imposible desterrar las posibles vaguedades y ambigüedades que se suscitan en los casos concretos. Algunos serán más fáciles de subsumir, otros merecerán una mayor actividad interpretativa, en cuyo caso la doctrina y la jurisprudencia previas, como también el contexto de la reforma y los debates parlamentarios, podrán ser una herramienta de suma utilidad⁴⁷.

Otra de las dos agravantes introducidas por la ley 26.791 también capturan algunos tipos específicos de femicidio y en consecuencia concurren con el inciso 11, idealmente o por especialidad, según el caso. Se trata de los incisos 1 y 4⁴⁸.

⁴⁵ Véase Radi, Blas, y Sardá, Alejandra, “*Travesticidio / transfemicidio*”. *Coordinadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres trans en Argentina*, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura, Boletín N° 9 – julio 2016, <https://versionanterior.jusbaires.gob.ar/content/travesticidio-transfemicidio-0> (último acceso: 15/7/2016).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Para un ejemplo de cómo el debate parlamentario y el contexto de la reforma puede ser una pauta interpretativa de los crímenes de género, véanse los votos del juez Slokar en CFCP, Sala II- “Cruz Cordero, Cristian Andrés s/recurso de casación” (Causa n° 15744, registro 21064, del 20/12/2012) y en CFCP, Sala II, “Ruiz, Juan Carlos s/recurso de casación” (reg. 826/2014, del 20/5/2014) (en relación con la reforma de los delitos sexuales), publicados en MPF-Programa sobre Políticas de Género, *Hacia una igualdad de género. Compendio jurisprudencial* (2014) (disponible en: <http://www.mpf.gob.ar/ebooks/genero/II.%20Delitos%20en%20particular/3b.%20CFCP%20Sala%20II%202014.05.20%20R%20CJC.pdf>) y del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 9 en el caso “Mangeri”, *cit.*

⁴⁸ La ley 26.791 también incorporó, en su inciso 12 al que matare “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°”. Si bien la

2) El femicidio íntimo y los alcances de la expresión “relación de pareja mediare o no convivencia” del inciso 1

El inciso 1 que contempla el homicidio agravado por el vínculo también fue modificado por la ley 26.791. Entre los supuestos abarcados se encuentran aquellas muertes violentas de mujeres basadas en el género (inciso 11) que ocurren en el ámbito de las relaciones afectivas (inciso 1), también llamados “femicidios íntimos”.

Se trata del tipo de femicidio con mayor prevalencia mundial debido justamente a que la subordinación del género femenino al masculino producto de la cultura patriarcal se manifiesta con mayor evidencia en el marco de las relaciones interpersonales.

Si recurrimos a las estadísticas de la OVD vemos que reflejan claramente esta afirmación⁴⁹.

Por otro lado, estudios y registros tanto a nivel mundial como nacional dan cuenta del alto índice de femicidios íntimos producidos en los últimos años en relación a la cantidad de muertes violentas de mujeres y en comparación a la cantidad de muertes de varones producidas en las relaciones íntimas.

En este sentido, el Informe Mundial sobre Homicidios de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) del año 2011 demuestra que la mitad de las víctimas femeninas fueron asesinadas por miembros de sus familias (35% por cónyuges o ex cónyuges y 17% por familiares), mientras que sólo el 5% de todas las víctimas masculinas fueron asesinadas por cónyuges o ex cónyuges y un 10% por otros miembros de la familia⁵⁰.

norma está formulada en términos neutrales, pretende abarcar hechos de preocupante frecuencia, que son aquellos donde los hombres, en lugar de dar muerte a las mujeres sobre las cuales ejercen dominación, consuman su objetivo de destruirla quitándole la vida a personas que tengan un vínculo familiar o afectivo con ella –la mayoría de las veces, sus hijas/os.

⁴⁹ A modo de ejemplo: en el mes de mayo de 2016 en la OVD se registraron 937 casos, de los cuales el 64% las víctimas son mujeres adultas (mayores de 18 años) frente a un 9% de damnificados varones. El 27% restante de las personas afectadas son niños, niñas y adolescentes. Con respecto a la relación entre la persona afectada y la denunciante, el 48% corresponde a ex parejas, el 18% a convivientes y el 12% a cónyuges. El 22% restante está conformado por otros familiares. Información disponible en: <http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp?ID=100498> (último acceso: julio de 2016).

⁵⁰ UNDOC, Estudio Mundial sobre el Homicidio, 2011, p. 57 y 58. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/BOOK_Global_study_on_homicide_2011_Spanish_ebook.pdf

Esta tendencia fue aumentando con los años, conforme los resultados del Informe sobre Homicidios del mismo organismo internacional realizado en 2013. Allí se pudo observar que casi la mitad (47%) de todas las víctimas femeninas en 2012 fueron asesinadas por sus compañeros íntimos o familiares, en comparación con menos de 6% de las víctimas masculinas⁵¹.

Por su parte, en el ámbito nacional, de acuerdo al informe sobre femicidios realizado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del año 2014, de las 225 víctimas contabilizadas, tan sólo el 7% fue asesinada por extraños y el 57% lo fue por la persona con quien mantenía una relación sentimental (parejas, ex parejas, cónyuges, convivientes, novios). Del 36% restante, la mitad fue cometido por otros familiares y del resto no se tiene información sobre el vínculo entre víctima y victimario⁵².

Datos similares encontramos en el monitoreo del Observatorio “Adriana Marisel Zambrano”. Puntualmente, el informe sobre el año 2014 da cuenta de 277 femicidios de los cuales el 56% fueron cometidos por la pareja o ex pareja de la víctima⁵³. Esta cifra sufrió un leve aumento en el año siguiente – 2015 – en el que se registraron 286 femicidios, con un 60% de casos cometidos por quien compartía o había compartido con la víctima una relación sentimental⁵⁴.

Otros registros de diversos organismos sistematizados en un informe elaborado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) del Ministerio Público Fiscal de la Nación dan cuenta también del alto índice de femicidios ocurridos en el año 2014 en el ámbito de las relaciones intrafamiliares cuyo porcentaje asciende a un 67% frente a un 33% de femicidios en otros contextos⁵⁵.

Como quedara reflejado en párrafos anteriores, antes de la sanción de la ley 26.791, nuestro Código Penal contemplaba entre los homicidios calificados aquellos casos en los que

⁵¹ UNODC, Estudio Mundial sobre el Homicidio, 2013, Resumen ejecutivo, p. 4. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum_spanish.pdf

⁵² Información disponible en: http://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2014.pdf

⁵³ Información disponible en: <https://lacasadelencuentroblog.blogspot.com.ar/2015/03/informe-de-investigacion-de-femicidios.html>

⁵⁴ Información disponible en: <https://lacasadelencuentroblog.blogspot.com.ar/2016/03/informe-de-investigacion-de-femicidios.html>

⁵⁵ Véase “Femicidios y homicidios de mujeres en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2014. Informe diagnóstico y proyecto de relevamiento de casos de UFEM”, disponible en: www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/06/UFEM_Informe.pdf

existía un vínculo conyugal entre víctima y autor, quedando fuera cualquier otra relación sentimental que no hubiere sido formalizada mediante el acta de matrimonio. Si bien la reforma al régimen matrimonial mediante ley 26.618 del año 2010 morigeró los efectos discriminatorios que el inciso 1 tenía en relación con las parejas del mismo sexo, no fue suficiente para responder de forma acabada a las múltiples formas familiares que caracterizan a los vínculos actuales.

Con la reforma bajo análisis, en el artículo 80 inciso 1° se incorporaron dentro de los vínculos protegidos, otras formas de relaciones interpersonales que exceden el estrictamente matrimonial. Puntualmente, además del cónyuge, se incorporó al ex cónyuge y “a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia”.

Esta modificación significó una adecuación de la legislación penal a una realidad social que está lejos de resultar novedosa. La antigua familia tradicional, como sostiene Kemelmajer de Carlucci, “matrimonializada, paternalizada, patrimonializada y biologizada” viene sufriendo cambios desde hace más de un siglo⁵⁶ y la adecuación de las normas a esta realidad resulta por demás imperativa.

En los últimos años se ha producido un llamativo aumento de personas que mantienen vínculos de pareja sin contraer matrimonio. De acuerdo a los resultados del Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda de 2001, del total de personas que se encontraban en pareja –14.577.073– el 74,6% estaba casado (10.875.014); mientras que el restante 25,40% convivía fuera del matrimonio (3.702.059). Diez años más tarde, el porcentaje de personas que conviven sin contraer nupcias creció significativamente conforme los resultados del Censo de 2010. Concretamente, se produjo un aumento al 38,8% que representa a 6.480.434 personas que conviven sin casarse, es decir que hubo un crecimiento de más de 13 puntos porcentuales con respecto al censo anterior. Paralelamente, el porcentaje de personas casadas se redujo al 61,20% (10.222.566) sobre un total de 16.703.000 personas mayores de 14 años que se encontraban en pareja al momento del censo⁵⁷.

⁵⁶ Kemelmajer de Carlucci, A., “Introducción”, en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014*, t.I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 10

⁵⁷ Herrera, Marisa, “Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: una opción legal válida”, Rubinzal online, RC D 1062/2014.

Este dato de la realidad que no puede ni debe ser ignorado, auspiciosamente fue tenido en cuenta en la reciente reforma del CCyC que incluyó un capítulo específico sobre las “uniones convivenciales” en el que se estipuló una serie de efectos jurídicos a las relaciones afectivas de pareja sin base matrimonial.

La necesidad de regular las relaciones no matrimoniales, no sólo encuentra basamento en el principio de realidad graficado recientemente, sino que, como señala Herrera, el principio de solidaridad familiar que implica reconocer un piso mínimo de derechos o efectos jurídicos constituye una obligación supralegal que no puede ser pasada por alto. En este sentido, sostiene Herrera que “...esta regulación básica entrecruzada con los datos demográficos permite concluir que la falta de previsión legal de un piso mínimo de derechos a las personas que no se casan implicaría desproteger a las personas más vulnerables, por lo general, las mujeres de escasos recursos (...) reconocer ciertos efectos jurídicos a las parejas que no se casan constituye una manda supralegal en pos de la mencionada y obligada protección al más débil”⁵⁸.

Como es sabido, antes de la reforma, el Código Civil de Vélez Sarsfield mantenía una postura abstencionista respecto a este tipo de relaciones que fue virando con el tiempo a partir de reformas parciales a dicho cuerpo normativo y mediante la sanción de leyes especiales de tinte asistencial fundamentadas en reconocer derechos a los convivientes frente a terceras personas⁵⁹.

Para que la unión convivencial sea reconocida como tal, debe estar basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable, y permanente de dos personas del mismo o diferente sexo que convivan y compartan un proyecto de vida común (artículo 509, el subrayado nos pertenece). Por su parte, el artículo 510 establece, entre otros requisitos, que las personas convivientes sean mayores de edad y que la convivencia debe durar dos años para que le sean reconocidos los efectos jurídicos estipulados.

Esta adecuación de las normas – tanto penales como civiles - a la realidad social y anclada en el principio de igualdad y no discriminación resulta complementaria en el tema que nos ocupa, a las mencionadas leyes sobre matrimonio e identidad de género.

⁵⁸ Herrera. cit.

⁵⁹ De la Torre, N. “La unión convivencial en el Nuevo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia”. Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre). 4/12/2014, 88 – LA LEY2014-F. Cita Online: AR/DOC/4372/2014.

La ampliación de los vínculos en el inciso 1 del artículo 80, CP de modo tal de abarcar las relaciones no formalizadas respondió a este dato de la realidad, y a que, hoy en día, no hay razones para que desde el derecho penal se valore más el vínculo conyugal por sobre los vínculos convivenciales que se asemejan en varios aspectos a los matrimoniales. Sin embargo, el Código Penal empleó un lenguaje más amplio, ya que no se limitó a proteger especialmente a las personas convivientes o ex convivientes, sino a “a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia”.

Entonces ¿Cuál es el alcance que debemos otorgarle al término “pareja”? ¿Está necesariamente vinculado a las uniones convivenciales? ¿O contempla otros vínculos que no necesariamente cumplen con los requisitos de los artículos. 509 y 510 del CCyC?

Para acercarnos a responder estos interrogantes, en primer lugar, no podemos soslayar que si bien el artículo 80 inciso 1 sobre homicidios agravados por el vínculo resulta neutral en términos de género, la incorporación de las relaciones de pareja vigentes o finalizadas se produjo en el marco de la ley que introdujo las variantes del “femicidio” en nuestra legislación, con el objeto en este caso puntual, de abarcar la mayor cantidad de femicidios íntimos, conforme la descripción realizada anteriormente.

Las datos referenciados en párrafos anteriores reflejan que en el caso de las mujeres el peligro acecha en el entorno cercano a la víctima medie o no una relación matrimonial con el agresor y compartan o no un hogar en común. En este sentido, el alcance de los nuevos vínculos protegidos en la norma no puede ni debe quedar descontextualizada de tal circunstancia.

En segundo lugar, pero en el mismo orden de ideas, la ley 26.485 prevé entre las modalidades de violencia a aquella cometida por un integrante del grupo familiar, denominada “violencia doméstica” (artículo 6). Al referirse al grupo familiar, expresamente reconoce que quedan comprendidos en él, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos vigentes o finalizadas no siendo requisito la convivencia (el subrayado nos pertenece). Esta legislación marca una clara diferencia respecto a la anterior *Ley de protección contra la violencia familiar* – Ley N° 24.417 – que reducía el grupo familiar al originado en el matrimonio y uniones de hecho.

Dado que tanto la ley 26.485 como la 26.791 fueron sancionadas en el marco de un mismo proceso y comparten objetivos comunes, entendemos que la interrelación entre ambas

normas resulta ineludible a la hora de interpretar qué tipo de vínculos se encuentran contemplados en el inciso 1 del artículo 80⁶⁰.

Al igual que el inciso 11, la reforma introducida en el 1 también ha sido cuestionada por cierto sector de la doctrina y en algunos casos jurisprudenciales. Puntualmente, se ha alegado que la expresión “relación de pareja, mediere o no convivencia” es vaga y que incluso podría violar el principio de legalidad penal. A fin de aventar la supuesta violación a dicho principio, se ha sugerido restringir los vínculos protegidos por el inciso 1 a aquellos que el CCyC reconoce como “uniones convivenciales” (vigentes o finalizadas)⁶¹. Sin embargo, entendemos que esta mirada, que pretende valerse de dicha figura que exige que sus integrantes sean mayores de edad y que la convivencia tenga un mínimo de dos años a los fines de interpretar el término “pareja” no se condice con la letra de la ley.

Si la intención hubiese sido solamente contemplar las relaciones de convivencia, tal acepción debería haber quedado expresamente contemplada en el texto sancionado. Justamente, el texto aprobado en la Cámara de Senadores (que actuó como Cámara revisora) suprimía la frase “o a la persona con mantiene o ha mantenido una relación de pareja mediere o no convivencia”, y la sustituida por “conviviente o ex conviviente”. Como sostuvo el senador Pedro Guastavino durante el debate parlamentario⁶² al incorporar al conviviente o ex conviviente lo que se buscaba era equiparar a quienes han formalizado el vínculo con aquellos que no lo han hecho en línea con la reforma en marcha del Código Civil. Sin embargo, la Cámara de Diputados (Cámara de origen) insistió en la redacción original, que fue la que finalmente se aprobó y sancionó mediante la ley en cuestión. Como sostuvo el diputado Oscar Albrieu durante el debate, con la reforma “(...) tratamos de adecuar la ley penal a una situación social y cultural que se ha modificado, ya que las relaciones de pareja tienen estabilidad, haya mediado o no su paso por el Registro Civil⁶³.”

⁶⁰ Véase, a modo de ejemplo, la exposición de la diputada Elsa Álvarez en la sesión del 18 de abril de 2012 (cf. versión taquigráfica).

⁶¹ Figari, Rubén, “Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenuación”, en *Código Penal Comentado de Acceso Libre*, Asociación Pensamiento Penal, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/38333-art-80-inc-1-homicidio-agravado-vinculo> (último acceso: 15/7/2016). En relación con la jurisprudencia, véase Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional, Sala 2, CCC 38194/2013/TOC1/CNC1. Registro N° 168/2015, caratulada “Escobar, Daniela s/recurso de casación”. Sentencia del 18/6/15.

⁶² Véase su exposición en la sesión del 3 de octubre de 2012 (cf. versión taquigráfica).

⁶³ Véase su exposición en la sesión del 18 de abril de 2012 (cfr. Versión taquigráfica).

Por lo demás, equiparar las “relaciones de pareja mediere o no convivencia” del Código Penal a las “uniones convivenciales” de la legislación civil, dejaría arbitrariamente afuera de la agravante a los casos de parejas en las que algún integrante – o ambos – sean menores de edad, incluso cuando de hecho convivieren. También quedarían excluidas las parejas con varios años de relación que por diversos motivos no comparten una vivienda.

La convivencia y la edad resultan requisitos necesarios a la luz de los efectos jurídicos de la legislación pero no deberían incidir en el disvalor de la acción que se pretende expresar en las agravantes del artículo 80 del inciso 1.

En síntesis, la utilización del lenguaje corriente en la legislación conlleva un mayor esfuerzo por parte de sus intérpretes a la hora de precisar sus alcances y determinar si corresponde o no su aplicación. En algunos casos, la existencia del vínculo de pareja resultará evidente y otros requerirán de un análisis más profundo a los fines de subsumirlo en el inciso 1.

El contexto en el que se sancionara la reforma del Código Penal, los debates parlamentarios, la doctrina y legislación vigente en el país sobre la protección de las mujeres contra la violencia, constituyen pautas de interpretación ineludibles a la hora de darle a la expresión “pareja” un sentido jurídico penal en el caso concreto.

Para concluir, entendemos que los vínculos protegidos por el inciso bajo análisis exceden a las uniones convivenciales legisladas y por el contrario se aplicarían incluso a las relaciones de noviazgo vigentes o finalizadas.

3) El inciso 4 y el “odio de género”

A través del inciso 4 la ley amplió los llamados “crímenes de odio”. Históricamente, las categorías sociales protegidas por el artículo 80 eran la raza y la religión. A partir de la ley 26.791, quedaron también incluidas el “género”, la “orientación sexual”, la “identidad de género” y la “expresión de la identidad de género”⁶⁴. Esta modificación, y sobre todo la

⁶⁴ En relación con el crimen de odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión, la reforma tuvo como fin visibilizar que los homicidios motivados por el odio y los prejuicios por esas razones constituyen una realidad cotidiana para muchas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, así como activistas que trabajan en este sector y se caracteriza por un grado de violencia física grave que en algunos casos supera al que se encuentra en otros tipos de crímenes causados por prejuicios (Véase informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, ya

incorporación de la categoría de la identidad de género y su expresión, es conteste con la sanción, ese mismo año, de la ley de identidad de género.

En relación específicamente con el “odio de género”, esta agravante captura aquellos femicidios que están guiados exclusivamente por odio contra las mujeres. Estos hechos, llamados “femicidios por misoginia”⁶⁵ integran el conjunto de los crímenes de odio.

Justamente, en su famoso artículo, Russell y Caputi utilizaron un crimen de estas características para introducir el término “femicide”: el famoso caso de Marc Lepine, un joven de 25 años que en diciembre de 1989 entró armado a una clase de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Montreal, separó a los varones de las mujeres, ordenó a los primeros que se retiraran del aula, y abrió fuego contra las mujeres, mientras gritaba “son todas unas malditas feministas”. Luego de matar a 14 mujeres, y herir a otras nueve y a cuatro varones, se suicidó. Dejó una nota por escrito donde culpaba a las mujeres de sus fracasos. Y también se halló una lista de 15 mujeres canadienses prominentes a quienes pensaba atacar.

Los crímenes de odio –desarrollados principalmente en los Estados Unidos como “hate crimes” hace más de tres décadas- también han sido llamados “crímenes por prejuicio”. El prejuicio es la racionalización de una percepción generalmente negativa respecto de personas o situaciones diferentes. El odio es un tipo de prejuicio, que se presenta en la forma de un “sentimiento de animosidad y disgusto que puede orientarse hacia lo que aparece o necesita ‘marcarse’ como no-yo, como diferente”⁶⁶.

El especial disvalor de estos crímenes radica en que funcionan como “crímenes simbólicos” en el sentido de una violencia ejemplar ejercida para “aterrorizar a un grupo de individuos por ser lo que son... la víctima, a los ojos del perpetrador, ‘representa’ o ‘toma el lugar de’ una cierta colectividad o grupo hacia el cual el perpetrador siente hostilidad”⁶⁷. Como explica Gómez, el crimen simbólico cumple por un lado la función de darle a la víctima una identidad, como parte del grupo que representa y, por otro lado, expresar la hostilidad que

citado, párr. 71).

⁶⁵ Véase Toledo (2016), *cit.*

⁶⁶ Gómez, María Mercedes, “Violencia por prejuicio”, publicado en *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo 2, Motta, Cristina y Sáez, Macarena (Eds.), Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, pág. 99.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 101, notas al pie omitidas.

el autor siente hacia esa identidad⁶⁸. Es en ese sentido que se sostiene que estos delitos tienen un carácter social, porque se cometen con fines expresivos: el mensaje que se transmite es que si una persona se siente parte del grupo atacado, siempre será una víctima potencial⁶⁹.

IV. Algunas conclusiones

Todavía es reciente analizar el impacto de la reforma de la ley 26.791. Aún así, es sabido a esta altura que la creación de tipos penales, la ampliación de los existentes, o el aumento de penas, no son una receta eficaz para erradicar un fenómeno social arraigado en nuestras estructuras más elementales. De hecho, a cuatro años de la sanción de la ley 26.791, Argentina todavía está muy lejos de ser un país libre de violencia de género contra las mujeres. Sin embargo, es innegable que el poder expresivo del derecho penal es una herramienta eficaz para visibilizar el fenómeno y para que el tema quede definitivamente instalado en la agenda pública.

Ese poder expresivo también transmite el mensaje de que nuestra sociedad rechaza la violencia contra las mujeres y es un instrumento útil para que las víctimas –actuales y potenciales- confíen en que recibirán adecuada protección por parte del sistema judicial. Sin embargo, cuando de violencia contra las mujeres se trata, esos son objetivos secundarios, ya que implican un hecho consumado –y en consecuencia, una mujer de carne y hueso que ha sido lesionada o asesinada por su condición de tal. El objetivo principal, entonces, debe ser la prevención como presupuesto necesario para la erradicación total del fenómeno.

Pero lo que sí es posible concluir a partir de nuestra (todavía) reciente experiencia en la materia es que la reforma penal a solas, sería superflua. Ninguno de los objetivos propuestos podrá alcanzarse sin una estrategia integral, que comprometa a todas las ramas del derecho, de modo tal de desarticular la estructura social que crea las condiciones necesarias para que este tipo de violencia se manifieste. En este camino, los avances

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid., notas al pie omitidas.

legislativos de los últimos años, aunque sean sólo el inicio, resultan un comienzo por demás prometedor.