

TRABAJO FINAL INTEGRADOR

Especialización en Derecho Penal

Facultad de Ciencias Económicas

Universidad Nacional de la Patagonia

“San Juan Bosco”

Sede Trelew

Tema: “¿Se cumplieron los fines de la reforma al Código Penal implementada mediante la ley N° 26.791?”.

Alumna: María Laura Martensen.

Director del Trabajo: Dr. Alejandro Defranco.

INTRODUCCIÓN. PLANTEO DEL TEMA.

El punto de partida de la presente investigación se centra en el análisis de la incorporación de la figura del Femicidio al Código Penal Argentino mediante la sanción de la Ley N° 26.791 en fecha 14 de noviembre de 2012 y los resultados de dicha reforma al Código Penal.

Este trabajo busca demostrar que el fin perseguido por la mencionada reforma al Código Penal, no es otro que el de disminuir el número de femicidios a través de la prevención general negativa, alejándose del fin de la pena establecido por nuestra Carta Magna, art. 18, que no es otro que el de la resocialización del condenado, esto es, el de la prevención especial positiva.

El mismo comienza con la observación y estudio de, en primer término, los objetivos buscados por el Poder Legislativo al sancionar dicha ley.

En segundo término, se analizará el fin de la pena, cuestión no menor, pues el sistema penal se construirá en función a cómo se conciba la pena, y al derecho penal se le asignará una función en base al fin que persiga la pena.

Surge del texto de la Expresión de Motivos de dicha norma legal que “El derecho penal opera con retraso, una vez que los hechos ya han ocurrido y son un problema social creciente en nuestro país; más adelante continúa diciendo que Visibilizar el femicidio tiene, por lo tanto, un valor simbólico y promocional de conductas en el ámbito jurídico”.

Por ello, sostenemos que, y de acuerdo al fin de prevención general negativa que de manera implícita se le ha asignado a la incorporación de la figura de femicidio al Código Penal, dicho objetivo no se ha logrado, toda vez que se verifica un aumento significativo de los casos de homicidios de mujeres en contexto de género desde el año 2.008 al 2.021.

A continuación, se realizará el análisis del concepto “violencia de género” y de la figura del femicidio y de algunas figuras vinculadas. Asimismo, se estudiarán los casos de femicidios durante el período de tiempo establecido.

Para llevar adelante el presente trabajo, se utilizaron diferentes métodos de investigación. Así, se procedió al análisis de material bibliográfico, doctrinario y jurisprudencial. Asimismo, se emplearon distintos informes estadísticos elaborados tanto por organismos estatales como por observatorios, cuyo objeto de estudio es la violencia de género, y su forma más extrema, el femicidio.

El término temporal seleccionado es el comprendido entre los años 2008 hasta el año 2021, es decir, los tres años anteriores a la incorporación de la figura de femicidio y los años posteriores a la misma. Este término ha sido seleccionado con el fin de poder analizar cuál era el número de homicidios de mujeres en contexto de género con anterioridad a la mencionada reforma del Código Penal al año 2012 y con posterioridad a ella.

En relación al marco espacial de referencia de este estudio, es Argentina, pues éste constituye el espacio geográfico sobre el cual las modificaciones del Código Penal Argentino vierten sus efectos.

Como objetivo secundario, este trabajo se propone analizar la problemática de la violencia de género a la luz de otras disciplinas (sociología y psicología social), y no desde un enfoque netamente punitivo.

Ambos temas serán tratados de manera conjunta, atento a la estrecha relación que existe entre ambos.

1) EL PROYECTO DE LEY.

El texto original, de la que a la postre fuera la Ley 2.6791, era muy diferente al que posteriormente fuera aprobado y sancionado.

Así, aquél, en su artículo primero, establecía que:

“Sustitúyase el art. 80 del Código Penal (Ley. 11.179 T.O. Decreto 3992/84 y sus modificatorias) a tenor del siguiente texto:

“Artículo 80 – Se impondrá reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare:

- 1. A su ascendiente o descendiente, sabiendo que lo son;*
- 2. A su cónyuge o conviviente;*
- 3. A una mujer por su condición de género;*
- 4. A una persona con vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad con una mujer, cuando mediare violencia de género;*
- 5. Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;*
- 6. Por precio o recompensa remuneratoria;*
- 7. Por placer, codicia, odio racial o religiosa o hacia la orientación sexual;*
- 8. Por un medio idóneo para crear un peligro común;*
- 9. Con el concurso premeditado de dos o más personas;*
- 10. Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito*
- 11. A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición;*
- 12. Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario;*
- 13. A su superior militar frente al enemigo o tropa formada con armas;*
Cuando en el caso de los incisos primero y segundo de este artículo, mediaren causas o circunstancias extraordinarias de

atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de 8 a 25 años”.

Luego de varias modificaciones en ambas Cámaras, el 14 de diciembre de 2012 se aprobó la ley 26.791.

El texto del Proyecto de Ley individualizado como S-0535/12, dice lo siguiente: *“La República Argentina ha incorporado al Art. 75 inciso 22, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer aprobada por Resolución 34/80 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por Ley 23.179 de fecha 8 de mayo de 1985.*

También ha suscripto la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - “Convención De Belem Do Para”, suscripta en Belem Do Para, República Federativa del Brasil el 9 de junio de 1994, ratificada por Ley 24.632 de fecha 13 de marzo de 1996.

Parte de las disposiciones contenidas en estas normas internacionales, fueron internalizadas 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, sancionada el 11 de marzo de 2009, y cuyas disposiciones son de orden público.

Con precisión, en el artículo 1 de la “Convención De Belem Do Para” se define la violencia contra la mujer “...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.”

Por otra parte en el capítulo III de dicha Convención Internacional se establecen los deberes de los estados signatarios, entre ellos el consagrado en el artículo 7, apartado c., que dispone: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] c. incluir en su

legislación interna normas penales [...] que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [...]”

Una de las formas más extremas de violencia contra la mujer es el femicidio/feminicidio, término esgrimido por primera vez por Diana Russell¹, destacada feminista, ante el Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres que sesionó en Bruselas en el año 1976 y que definió como “el asesinato de mujeres a manos de hombres, debido a que son mujeres”.

Dicho concepto evolucionó a una definición más abarcativa que caracteriza al femicidio como la “muerte de mujeres asociadas a su condición de género”, conforme sostiene con mayor precisión la jurista boliviana Julieta Montaña -integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-, se trata del asesinato de mujeres (homicidio calificado en algunas legislaciones), que tiene “como patrón común el intento de los agresores de dominar, poseer y controlar a las mujeres”.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 16 de noviembre de 2009, definió al femicidio como “el homicidio de mujer por razones de género”, en un fallo dictado como consecuencia de la acción iniciada por la abogada de los familiares de ocho mujeres brutalmente violadas y asesinadas en Ciudad Juárez, México, en un lugar conocido como “campo algodnero”. Estos asesinatos se produjeron durante 2001, pero la aparición de cadáveres femeninos en esta ciudad había comenzado en 1992.

El concepto ha tenido recepción legislativa, conforme surge del informe del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), “Contribuciones al Debate sobre la Tipificación penal del Femicidio/Feminicidio”, cuatro países latinoamericanos han tipificado el femicidio como el asesinato de mujeres: El Salvador (2002), Costa Rica (2007), Guatemala (2008) y Chile (2010)...”.

Más adelante dice que *“El derecho penal opera con retraso, una vez que los femicidios ya han ocurrido y son un problema social creciente en nuestro país. No obstante ello, entendemos que proyectos de este tenor ponen en evidencia la realidad cotidiana del asesinato de mujeres, las cuales son privadas de la vida, en un ejercicio de control y de poder, lo que no ocurre con los homicidios de varones* **Otro argumento a favor de la penalización y explicitación del femicidio, es que ayuda a cambiar la mentalidad patriarcal de algunos jueces y juezas., obligándolos a desterrar la utilización de la llamada “emoción violenta” para aplicar atenuantes que disimulen la situación de violencia extrema utilizada contra las mujeres. Visibilizar el femicidio tiene, por lo tanto, un valor simbólico y promocional de conductas en el ámbito jurídico.** *Y compromete al Estado en la formulación de políticas públicas con orientación de protección de género. “No nombrar el femicidio, no tipificarlo, significa allanarse a un discurso pasivo, reproduciendo y perpetrando las relaciones de poder que existen. Es necesario un discurso radical, un lenguaje que rompa con el androcentrismo, en vez de seguir reproduciendo el discurso de las instituciones sociales dominantes”. Haydée Méndez Illueca, abogada panameña, integrante del CLADEM.*

El impulso de odio con relación a la mujer se explica como consecuencia de la infracción femenina a las dos leyes del patriarcado: la norma del control o posesión sobre el cuerpo femenino y la norma de la superioridad masculina. La reacción de odio se produce cuando la mujer ejerce autonomía en el uso de su cuerpo desacatando reglas de fidelidad o de celibato, o cuando la mujer accede a posiciones de autoridad o poder económico o político tradicionalmente ocupadas por hombres, desafiando el delicado equilibrio asimétrico. En este sentido, los crímenes del patriarcado son crímenes de poder, es decir, crímenes cuya doble función es la retención o manutención, y la reproducción del poder.

Así como el femicidio, los crímenes racistas, de religión o por orientación sexual también son crímenes de odio, que merecen reproche penal. Los avances logrados por nuestro país, que se reflejan entre otras, en la Ley 23.592 de actos discriminatorios han sido significativos, y en el marco de los nuevos derechos y garantías de tercera generación consagrados en la reforma de la Constitución Nacional, se considera necesario tratarlos de idéntico modo, equiparando el quantum de la pena. A los efectos de que las consideraciones de hecho y de derecho detalladas se plasmen en la normativa penal de forma efectiva, proponemos en el presente proyecto la reforma del Art. 80 del Código Penal, incorporando entre las agravantes al femicidio, al femicidio vinculado y al homicidio por orientación sexual. Se incorpora un inciso, agravando el homicidio al que matare “A una mujer por su condición de género”, caso de femicidio. O al que matare “A una persona con vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad con una mujer, cuando mediere violencia de género” que recepta el supuesto de femicidio vinculado. Y finalmente, se incorpora al actual inciso 4. la agravante por “odio... hacia la orientación sexual” de la víctima. Por último se desglosa el actual inciso 1., separando la agravante relacionada con los ascendientes y descendientes, del caso del cónyuge, al que se incorpora la figura del conviviente, reconociendo así una realidad social innegable, que justifica una equiparación en la aplicación del tipo penal. Por todas las consideraciones expuestas, y en el convencimiento de que las mismas son compartidas por esta Honorable Cámara, solicito la aprobación del presente proyecto de ley”.

2) EL DEBATE PARLAMENTARIO.

El día 14 de noviembre de 2012, la Cámara de Diputados aprobó por unanimidad una norma que agrava la pena del homicidio de una mujer o persona trans cuando esté motivado en su condición de género. El femicidio no fue incorporado como figura penal autónoma, sino que se lo considera un agravante.

Así, la Cámara de Diputados de la nación, aprobó, en segunda vuelta y por unanimidad, la ley que castiga los crímenes considerados de género.

La pena indicada es la de prisión perpetua, mayor que la condena por homicidio simple, fijada entre 8 y 25 años.

El proyecto había tenido media sanción de Diputados en abril de ese año, y en octubre, al pasar por el Senado, sufrió modificaciones que devolvieron el expediente a la Cámara de origen. No obstante, la Cámara de Diputados insistió en su propio proyecto. En ese sentido se expresó la diputada del bloque de FPV, Diana Conti: “En realidad el Senado no modificó el proyecto, sino que lo reordenó, y en ese reordenamiento se perdió el agravante por lesiones. Nosotros ahora lo reincorporamos”.

En marzo pasado, los Diputados iniciaron el proceso de discusión sobre los proyectos para condenar el femicidio. El impulso lo dio el caso del avenimiento de La Pampa que terminó con la muerte de Carla Figueroa.

Aunque el debate llegó en realidad tras un reguero de muertes, algunas recordadas por su eclosión mediática, como el caso de Wanda Taddei, el 18 de abril Diputados sacó, con media sanción, el proyecto con 204 votos a favor y una abstención.

Durante aquel debate hubo coincidencia sobre la necesidad de que el Estado implemente acciones que no remitieran únicamente a la cuestión penal. En aquel momento, la diputada radical María Luisa Storani sostuvo que *“lo que sigue es quitarles la patria potestad a los hombres que hayan matado a sus parejas”*.

La iniciativa, en el Senado, sufrió modificaciones. Aprobada por unanimidad por los 47 senadores presentes, mantenía la aplicación de perpetua “al hombre que matare a una mujer o a una persona que se autoperciba con identidad de género femenino y mediare violencia de género”. Pero lo hacía en un artículo nuevo agregado al Código Penal, el 80 bis. Es decir, creaba el femicidio como una figura penal autónoma y no como agravante del homicidio.

También modificaba dos incisos del artículo 80. En uno, incluía la perpetua no sólo para quien matare al ascendiente, descendiente o cónyuge (tal como existía hasta ahora), sino que lo hizo extensivo a los y las ex parejas, fueran cónyuges, convivientes o ex convivientes. Cerró además la posibilidad de los atenuantes para quien ya tuviera antecedentes de violencia de género. Y agregó la perpetua por crímenes de odio a la orientación sexual, a la identidad de género o su expresión.

También, el proyecto del Senado agregaba un nuevo inciso al artículo 80 del CP, el 11º, por el que se impone perpetua al que mate a alguien con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o se ha mantenido una relación.

El texto aprobado debió volver a Diputados, que tenía la facultad de aprobarlo o rechazarlo, pero ya no de modificarlo. Lo aprobó habiendo acordado previamente la unanimidad y que se votaría sin lista de oradores. *“El Senado no hizo modificaciones de fondo, mantuvo las penalidades y solamente reordenó, acortó, pero no cambió en esencia”* –explicó la diputada Diana Conti–

En ese reordenamiento, se filtró el agravante de los casos en que no se llega a la muerte, pero que termina en lesiones. Ese agravante estaba en nuestra media sanción, pero en la del Senado se perdía.”

Por su parte, señaló Oscar Albrieu (FpV), presidente de la Comisión de Legislación Penal, *“Insistimos con el texto originario porque algunas modificaciones no nos convencían”* y que *“En el Senado dejaban afuera el agravante cuando no fuera cónyuge o conviviente o ex. Nosotros habíamos sancionado con el agregado de si fuera novio o ex novio. Además, en el Senado creaban un artículo, el 80 bis, en lugar de agregar la nueva figura al 80. Hubo otras modificaciones un poco más complejas. El Senado, por ejemplo, castigaba por violento y no por lo que había cometido, con lo que entraba en lo que se denomina delito de autor. Nuestra Constitución no admite esa mirada porque toma en cuenta lo que cometió y no lo que es.”*

En relación a si este articulado penal resuelve la cuestión, el mencionado diputado expresó que *“No. En general la ley penal no soluciona, es un instrumento más, no es el más efectivo porque llega cuando ya sucedió. Hacen falta cambios culturales, modificar las instituciones que están involucradas en las denuncias de las mujeres, las policiales, la Justicia, los hospitales. Con poner leyes más duras no se resuelve”*.

3) LA PENA.

Como ya lo adelantáramos, el fin de la pena resulta una cuestión trascendental, toda vez que el sistema penal se construirá en función a cómo se conciba la pena, y al derecho penal se le asignará una función en base al fin que persiga la pena.

La cuestión de la pena ha suscitado numerosos debates y teorías, pudiendo clasificar éstas, principalmente, en dos grandes grupos: por un lado, encontramos las “Teorías Relativas”, denominadas “Utilitaristas, y en contraposición están las “Teorías Absolutas”, denominadas “Retribucionistas”.

Veamos entonces qué postula cada una de ellas:

a) Teorías Legitimadoras o positivas de la pena.

El factor común de estas teorías radica en que parten de la base que la pena, es decir, el poder coercitivo del estado, es un bien, es un algo positivo, tanto para la sociedad como para el individuo penado. De esta forma legitiman el ejercicio del poder punitivo del Estado, el cual mediante la aplicación de la pena tendería a alcanzar fines altruistas.

Dentro de este grupo se pueden subdividir entre teorías absolutas (retributivas y reparadoras), relativas (prevención general y especial: positivas y negativas), y mixtas (retributiva y preventiva especial retributiva y preventiva general, preventiva general y especial).

b) Teorías Absolutas:

Estas teorías derivan de la famosa “Ley del Talión”, es decir, del “ojo por ojo y diente por diente”.

Para Marcelo Riquert, consideran la pena como un fin en sí mismo, es decir, no es un medio para un fin extrínseco, sino que sólo constituye la mera sanción del delito.

La pena es un mal (quita bienes) que sigue necesariamente al delito sin importar su influencia futura: los efectos de intimación o corrección son, en todo caso, efectos concomitantes favorables que nada tienen que ver con la naturaleza misma de la pena.

Mary Beloff sostiene que el sustento ideológico de esta posición se encuentra en concebir al Estado como un guardián de la justicia terrenal, cuya misión frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual, y al hombre como alguien libre, capaz de auto-determinarse.

Aquí no importa si la pena es útil, sino que la misma sea justa, proporcional al daño causado por el autor del hecho.

En resumen, se trata de causar un mal al autor del ilícito para compensar el mal ocasionado por éste.

Esta corriente se enrola dentro de las llamadas “Teorías Retribucionistas”, es decir, retribución del daño causado.

Uno de los avances de esta teoría consiste en que por primera vez se puso un límite al poder punitivo del Estado, ya que la idea central era ocasionar un mal igual al ocasionado, pudiéndose vislumbrar así lo que posteriormente se denominó “principio de proporcionalidad”, y que actualmente es de aplicación al momento de determinar una pena. Es decir, la pena debe ser justa, y para ello es necesario que exista correspondencia entre su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense.

Así, la retribución puede entenderse como la natural expiación. Los defensores de esta teoría asumen que el autor del daño ocasiona libremente el delito, parten desde el libre albedrío.

A las Teorías retribucionistas se le han formulado distintas críticas, entre ellas y a modo de ejemplo que resulta imposible determinar con exactitud la proporción entre el daño causado por el autor y la pena que debe recaer sobre el mismo, imposibilidad de demostrar la existencia del autor del daño, existencia de un fin de venganza, y que la imposición de una pena no elimina el mal ocasionado por el delito, sino que se suman.

c) **Teorías Relativas.**

Éstas parten de la idea de que las penas deben ser útiles. La pena se legitima por finalidades que le son trascendentes, el hecho punible es sólo una condición de la pena y no su fundamento. Se dividen Teoría de la Prevención General y Prevención Especial. A su vez, éstas se subdividen en positivas y negativas.

c.1) **Teorías de la Prevención General.**

El eje central radica en que la punición estatal pretende accionar sobre las personas que no han delinquido para que no lo hagan en el futuro, sea mediante la disuasión o el miedo (prevención general negativa), sea por el reforzamiento del ordenamiento o la confianza en el sistema (prevención general positiva). En resumen, se trata de prevención general porque todas consideran que la pena previene delitos por parte del resto de la comunidad.

- **Prevención General Positiva.**

Esta teoría busca reafirmar la norma. Quienes sostienen esta posición, afirman que si bien la pena se dirige a la sociedad toda para evitar la comisión de delitos, no se trata de una advertencia o amenaza, sino de una forma de reforzar la vigencia de las normas y valores de la comunidad.

Su máximo exponente es Jakobs, para quien, al imponerse una pena al autor del delito, lo que se produce es la reafirmación de la norma, es decir, cuando el sujeto delinque comunica socialmente que la norma no está vigente, por lo que, al aplicársele la sanción, el ordenamiento transmite como mensaje que al aplicar la pena la norma está vigente.

- **Prevención General Negativa.**

Para ésta línea de pensamiento, la persona que delinque sirve como medio de intimidación. Así, el sujeto condenado es utilizado como objeto social, para que la sociedad no delinca por el temor de que se le imponga una pena si comete un delito.

Se basa en la coacción que la ley provoca de modo general sobre la sociedad.

La pena se erige como una amenaza, como una intimidación de lo que produciría mediante la pena, respecto del condenado, disuadiendo de esta forma a los demás sujetos de cometer un delito.

Se trata de una advertencia que se le formula a la sociedad instando a que no delinca.

Se entiende que al procurar evitar el delito, se refuerza la idea de un derecho penal dirigido a la protección más que a la represión.

c.2) Prevención Especial.

Para estas posturas, la pena tiene un fin determinado sobre la persona que delinquiró, el cual no es otro que el de evitar que no cometa nuevos delitos.

La pena, entonces, actúa sobre la persona en concreto, procurando su corrección, para que en el futuro no delinca nuevamente.

Aquí la pena es entendida como la educación del autor para lograr su reinserción social y como seguridad social tendiente a lograr que el penado no vuelva a delinquir.

Uno de sus principales exponentes es Franz Von Liszt, quien sostenía que, al delincuente ocasional había que intimidarlo, para los delincuentes susceptibles de ser corregidos debía aplicarse corrección, y para los habituales inocuización.

2.a) Prevención Especial Positiva.

El fin primordial de la pena es el de resocializar al condenado, procurando remover la disposición psíquica que lleva al individuo a delinquir, ello a través de un tratamiento re-socializante.

Es decir, busca evitar que una persona cometa un delito, corrigiéndolo, mejorándolo socio-psicológicamente, a fines de que no recaiga nuevamente en el camino delictual.

2.b) Prevención Especial Negativa.

Esta teoría también se basa en la coacción, al igual que en la prevención general, pero dirigida al autor del hecho, su fin es evitar que el condenado cometa nuevos hechos delictivos en el futuro.

Para quienes se enrolan dentro de esta postura, la pena opera sobre la persona que delinque, pero no para mejorarla, sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, ello a costa de un mal para para persona condenada, pero un bien para la sociedad.

Es decir, la pena es entendida como una coacción física que impide que el sujeto delinca nuevamente.

d) Teorías de la Unión o Dialéctica.

Para esta teoría la pena sólo es legítima cuando resulta justa y útil. Considera que la pena tiene como fin la retribución, la prevención general y la especial.

Según Marcelo Riquert (1), buscan, de algún modo, un punto de síntesis entre las anteriores. Esto es, la pena es retribución, pero las finalidades que la legitiman son trascendentes a ella, y radican en evitar la comisión de nuevos delitos.

-Teorías de la retribución y prevención especial: se le reconoce a la pena una naturaleza retributiva, considerando que respecto de algunos sujetos es imprescindible recurrir a criterios de prevención especial.

De éstas surge la doble vía del derecho penal: penas y medidas de seguridad.

-Teorías de la retribución y prevención general: aquí se combinan la retribución con la prevención general, pues la pena es un mal en respuesta al delito, y a la vez constituye un fortalecimiento de la norma vulnerada y una amenaza dirigida a la sociedad.

-Teorías de la prevención general y especial: aquí se reconoce que el Derecho Penal tiene un carácter esencialmente preventivo, intentando unir los criterios de prevención general con el de prevención especial.

e) Teorías deslegitimadoras o negativas de la pena.

Esta postura entiende que el poder punitivo estatal es violencia directa e indirecta por parte de un Estado hacia sus ciudadanos, cuya legitimidad no puede ser justificada totalmente, puesto que importa una respuesta irracional frente a los conflictos sociales.

Entonces, la pena, entendida como privación de la libertad ambulatoria, no puede ser la solución para que la sociedad mejore y se extingan los problemas de violencia y se conviva en paz.

f) Teorías moderadas.

En el marco de lo mencionado en relación a las teorías negativas de la pena, este grupo limitan el poder coercitivo penal estatal deslegitimándolo en los casos que dicho poder es ejercido de forma irracional o arbitraria, violando derechos y garantías de los habitantes.

g) Teorías extremas o abolicionismo penal.

Esta postura fue impulsada por autores del norte de Europa, como una crítica sociológica al sistema penal.

Parten de la deslegitimación del poder punitivo y de su incapacidad para resolver conflictos, postulando la desaparición del sistema penal y su reemplazo por modelos de solución de conflictos alternativos, preferentemente informales.

2.1 Disposiciones constitucionales y emanadas de instrumentos internacionales relativas a la pena. La pena en el Código Penal Argentino.

Legitimación Doctrinaria del derecho a castigar. De la defensa social al Derecho Penal Mínimo.

Si se considera la evolución material de la pena, es posible observar una correspondencia entre los modelos políticos determinados en el curso de la historia y las formas de política criminal, que en cada caso han sido característicos y funcionales con el ejercicio del poder.

En ese sentido, la teoría del derecho penal mínimo propone un modelo normativo que se legitima en razón del pacto constitucional. Siguiendo a Ferrajoli (2), quien expresa que “Las dos finalidades preventivas (...) están conectadas sobre esta base: se legitiman conjuntamente la necesidad política del derecho penal como un instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél, en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos”.

La pena, dentro de este modelo garantista, responde a una serie de principios que se encuentran consagrados en la Constitución Nacional, en los pactos y reglamentos internacionales que conforman nuestro bloque constitucional.

Dichos principios, siguiendo el esquema propuesto por Ferrajoli, se ajustan a dos niveles del problema sancionador: el cuándo castigar, que corresponde al sistema principios propio de la teoría del delito y principalmente a los principios de legalidad (*nullum crime nulla poena sine lege*), retributividad (*nulla poena sine crimine*) y culpabilidad (*nulla actio sine culpa*); y el cómo castigar, que se establece en un nivel de principios contravencionales establecidos para la minimización del arbitrio penal en

cuanto a la calidad y cantidad de la sanción, en relación a los criterios utilitaristas y humanistas de la pena:¹

Principio de necesidad: fundamentado en que la pena debe ser la mínima de las posibles respecto al fin de prevención de nuevos delitos, así, la necesidad estaría dada de acuerdo a la utilidad que el castigo representa.

El respeto a la persona o principio de humanidad de las penas: basado en un criterio moral, el cual fue enunciado por Kant y Baccaria, mediante la máxima de que ningún hombre debe ser tratado como un medio o una cosa, sino como un fin en sí mismo, y siempre como persona. Así, el valor de una persona se impone como la limitación fundamental para la proscripción de penas crueles e infamantes.

Principio de Proporcionalidad: su significado en el derecho penal moderno y contemporáneo es consecuencia de la evolución de las penas corporales hacia el advenimiento de las penas de privación de derechos, que admiten la posibilidad de graduación y medición, es decir, que logran cumplir con el presupuesto técnico de la cuantificación de la pena imposible de lograr con las penas aflictivas dada su indivisibilidad.

En la actualidad, existen al respecto dos criterios en los que se basa dicha cuantificación: el principio de lesividad de la conducta y el principio de culpabilidad que miden la gravedad del delito y el grado de responsabilidad.

El principio de certeza de las penas: éste está ligado al principio de proporcionalidad de la pena, e implica la prohibición de la modificación del término de la pena, en función del cumplimiento o ejecución, subordinados a presupuestos correccionalistas, según los cuales el único fin perseguido por la pena es la reeducación del condenado.

El primordial fundamento de la pena, según las disposiciones de nuestra Carta Magna y de los distintos Tratados Internacionales que

⁴ Teoría del garantismo penal, con prólogo de Norberto Bobbio, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995; forma parte de la colección Estructuras y Procesos (serie Derecho). Título original: Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale. Gius. Laterza & Figli, 1989. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés

conforman el bloque constitucional en virtud del art. 75. Inc. 22 de la Constitución Nacional, implica, ante todo, que de ninguna manera puede afectarse la dignidad de la persona.

Así, surge del art. 18 de la CN que las cárceles no son para castigo del condenado, sino para su resocialización que no es otro fine que el de la prevención especial positiva.

Sin embargo, consideramos que el fin perseguido por la reforma al Código penal, no es el de la reinserción del condenado, sino el de la prevención general negativa, es decir, lo que se procura es disuadir o coaccionar a los miembros de una sociedad de cometer delitos de género mediante la tipificación del femicidio, la aplicación de la pena de prisión perpetua y la prohibición de acceder a los institutos de libertad condicional y salidas transitorias y laborales.

La ejecución de la pena privativa de la libertad tiene, en todas sus modalidades, y según nuestro ordenamiento jurídico, por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando que mantenga o adquiera pautas de comportamiento y de convivencia aceptadas por la sociedad.

Para lograr dicho fin, la Ley de Ejecución Penal N° 24.660, prevé distintos institutos de libertad anticipada, y de manera progresiva y paulatina, a efectos de “probar el comportamiento del condenado” hasta que adquiera la libertad definitivamente.

No obstante, y según el texto de la Expresión de Motivos de dicha norma legal al expresar que “visibilizar el femicidio tiene, por lo tanto, un valor simbólico y promocional de conductas en el ámbito jurídico”, evidencia un claro fin de prevención general negativa que se le ha asignado a la incorporación de la figura de femicidio al Código Penal.

4) VIOLENCIA DE GÉNERO. CONCEPTO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. FUENTES NORMATIVAS NACIONALES Y PROVINCIALES.

Al estudiar la figura del femicidio, resulta imprescindible analizar, previamente, el concepto de violencia de género.

Así, se sostiene que la violencia de género también es violencia, pero se nutre de otros componentes, diferentes de aquellos que caracterizan a los crímenes violentos convencionales. Sus elementos específicos son: un sujeto pasivo femenino, uno activo masculino y un contexto característico en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima.

Violencia de género es violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género. Ésta presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor. La violencia es de género, precisamente, porque recae sobre la mujer.

La violencia es poder y genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento.

La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder.

El ejercicio de esta clase de violencia, en sus más diversas manifestaciones (física, psicológica, económica, sexual, laboral, simbólica, etc.) como herramienta de poder y dominación, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia de la humanidad. Como ya lo dijéramos, la cuestión no es nueva.

Lo nuevo es el interés que ha despertado en la sociedad moderna la efectiva protección de los derechos humanos de quienes sufren el impacto de esta violencia.

La violencia contra las mujeres abarca una serie de atentados cuyo factor común es la presencia de un sujeto pasivo femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia al género femenino, y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al género masculino. Pero además de la existencia de una caracterización binaria de sus protagonistas (hombre - mujer), existe otro componente subjetivo, misógino, que el que guía la

conducta del autor: causar un daño por el hecho de ser mujer. Por lo tanto, no cualquier violencia contra la mujer es violencia de género, sino sólo aquella que se realiza contra una persona por el hecho de pertenecer al género femenino.

3.1 ¿De qué estamos hablando cuando hablamos de violencia de género? Delimitación conceptual.

El concepto de violencia de género es relativamente nuevo. Así, si se realiza un análisis comparativo en el tiempo, puede observarse, por ejemplo, que en el año 1921, año en el que se sancionó el Código Penal argentino, no se hablaba de violencia de género.

Los tipos delictivos fueron creados en base a términos de neutralidad con respecto a los sexos, y salvo algunas excepciones, la gran mayoría de los preceptos aún continúan así.

El código penal no nos suministra una definición de violencia de género, ni nos brinda herramientas conceptuales que nos permitan obtener una respuesta unívoca para todas las figuras incorporadas por la reforma legislativa.

En la evolución legislativa de nuestro país la cuestión de la violencia contra la mujer permite diferenciar dos etapas bien definidas: una primera etapa, en la que se puso el acento exclusivamente en los casos de malos tratos en el ámbito familiar.

En este período, se observa una protección muy limitada a los casos de violencia doméstica, que afectan física y psicológicamente a todos los miembros del grupo familiar. Es decir, todo se reduce a la intimidad de la familia. Aquí el punto de interés radica en el empleo de la violencia doméstica sin ninguna distinción de género. Esto se vio plasmado en la sanción de la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar.

En una segunda etapa, la cual representa un importantísimo avance en la lucha contra la problemática de la violencia de género, se sanciona 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 Interpersonales. Esta norma fue sancionada en fecha 11 de marzo de 2009.

El antecedente más inmediato de la citada ley es la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, más conocida como Convención de Belem do Pará, la cual circunscribe su protección exclusivamente a la mujer, instalando en el centro del debate la problemática de género.

Es decir, ahora ya no se trata de la presencia de un sujeto pasivo integrante de un grupo familiar, sino de una persona que ha sufrido violencia por su pertenencia al género femenino, incluso cuando este sujeto haya sido víctima de la violencia desplegada en el seno del grupo familiar.

En resumen, en esta segunda etapa se considera que la violencia contra la mujer implica una cuestión de género que trasciende el ámbito privado, para convertirse en una cuestión de interés público.

Una tercera etapa se inicia con la incorporación de la figura del femicidio (y figuras afines) al artículo 80 del Código Penal en el año 2012.

El concepto de la violencia de género se encuentra atravesado por la compleja problemática que plantea el fenómeno, por lo que inicialmente existieron opiniones divergentes en relación a la cuestión terminológica.

Así, hemos de comenzar por analizar el concepto de violencia de género establecido por la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW)*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1.979 y ratificada por nuestro país en el año 1.985 por Ley N° 23.179, cuyo Protocolo Facultativo se aprobó mediante Ley N° 26.171 e incluida en el bloque constitucional federal por el art. 75. 22 de la Constitución Nacional. Esto constituye un instrumento internacional que alude a la cuestión de género que condena de forma expresa la discriminación contra las mujeres en todas sus formas. A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual controla la ejecución de la

Convención, incluyó expresamente a la violencia de género como un acto de discriminación contra la mujer.

Luego, el 15 de septiembre de 1.995, se llevó a cabo la *IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer*, celebrada en Beijing, y aprobada en la 16° sesión plenaria. Aquí se decanta por la perspectiva de género al delimitar el alcance de la violencia de género, la cual se ha manifestado históricamente como una manifestación desigual de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, como una forma de discriminación contra la mujer y como una interposición de obstáculos hacia su pleno desarrollo.

En lo que hace a nuestro ordenamiento interno, 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 Interpersonales*, es una norma orienta pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres. No se trata de una ley de género en sentido estricto, si bien la violencia por razón de género implica una categoría comprendida dentro de la violencia contra las mujeres.

Es una Ley que habla de la mujer, se pensó para la mujer y regula situaciones y establece derechos específicamente determinados para las mujeres, es por ello que no es una ley de género, porque se pensó para la mujer no para el género opuesto.

El concepto de violencia de género se encuentra establecido en el art. 4° de la mencionada ley, la cual la define 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 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 u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”*.

A nivel provincial, en Chubut, el 29 de noviembre de 2011, se sancionó la Ley III N° 36, la cual adhiere a la ley nacional N° 26.485.

Asimismo, el 22 de noviembre de 2018 se sancionó la Ley XV N° 26 *“Ley de Protección Integral e Igualdad de Oportunidades y Equidad de Género”*. Esta última, en su art. 2°, establece que *“Para los efectos de esta Ley debe entenderse por violencia de Género la ejercida contra la mujer adulta, niña o adolescente, adulta mayor, lesbianas, gais, bisexuales, trans, intersexuales, Queer, que conforman el colectivo LGBTiQ, de cualquier acción, conducta u omisión, inclusive las amenazas, que basadas en su género, identidad de género o su orientación sexual, cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

De ello se desprende que, para el legislador argentino, si bien no ha utilizado el término género en la definición de violencia contra la mujer, debe entenderse que la expresión “violencia de género” está limitada y equivale a la “violencia contra la mujer), y no a otra clase de violencia que pueda ser utilizada en las relaciones interpersonales.

El concepto de violencia de género o contra la mujer, ha sido extendido por el legislador,² hacia todas aquellas personas que tienen o sienten una identidad sexual diferente al esquema corporal y órganos genitales manifestados en su nacimiento.

En resumen, la violencia de género, radica esencialmente en el desprecio hacia la mujer por el simple hecho de serlo, en considerarla carente de derechos, en rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera.

En ese sentido, dice Maqueda Abreu (3), que la violencia contra la mujer no es una cuestión biológica ni doméstica, sino de género. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, es una consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el cual se

³ La violencia de género “Entre el concepto jurídico y la realidad social” - María Luisa Maqueda Abreu, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN-e 1695-0194, N°. 8, 2006

adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura le atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otros exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género. Ésa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica –concluye- es la que define la perspectiva de género.

Una misma orientación ha seguido la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en los que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, cuya sanción ha sido justificada en el entendimiento de que aún persisten las inequidades basadas en un sistema jerárquico de relaciones sociales, políticas y económicas que, desde los roles estereotipados de género y con la excusa de la diferencia biológica, fija las características de la masculinidad como parámetro de las concepciones humanas y así institucionaliza la desigualdad en perjuicio de las mujeres.

Por ello, la normativa tiene como objetivo primordial el de garantizar a las mujeres la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos símbolos, imágenes o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienda a:

- a- Perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros;
- b- Promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas;
- c- Desvalorizar o sobrevalorar las tareas desarrolladas mayoritariamente por alguno de los géneros;

- d- Utilizar imágenes desvalorizadas de las mujeres, o con carácter vejatorio o discriminatorio;
- e- Referirse a las mujeres como objetos.

A lo largo de estos últimos años, se ha podido observar un alarmante crecimiento en las estadísticas en relación a los delitos de género. En nuestra sociedad resultan abundantes las denuncias que encuentran al sexo femenino como víctimas de hechos delictivos por su sola condición de tal.

La violencia de género se ha convertido en un fenómeno global, de crecimiento constante, en cada uno de los estratos sociales.

En la actualidad la problemática se ha instalado mediáticamente, con una alta repercusión social, generando e impulsando un cambio legislativo y estatal. El estado se encontró obligado a brindar una respuesta a la demanda social sobre este conflicto.

La jurisprudencia no se mantuvo al margen, así el Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chubut dijo *“...Porque los Magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socioculturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o dos empresas, sino que deben juzgar con perspectiva de género. Porque si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres”*. Más adelante se sostuvo que *“El crimen de Ruth fue el desenlace del vínculo de poder asimétrico entre ambos, signado por la cosificación, el rechazo sentimental por parte de la víctima, el control y el sometimiento físico, psicológico y económico del hombre hacia la mujer”*. (Expte. 100.745 STJCh.”Pcia. del Chubut c/ Marchan, Abel s/ Investigación Fiscal”).

A nivel nacional, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 16, este expresó *“La violencia contra las mujeres abarca una serie de atentados cuyo común denominador no es otro que la presencia de un sujeto pasivo*

femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia a ese género y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al género opuesto. La violencia de género tiene también, además de esta caracterización binaria de sus protagonistas (hombre-mujer), un componente subjetivo, misógino, que el que guía la conducta del autor: causar un daño por el hecho de ser mujer” (Causa N° 4.026 “H. A.E.” Sentencia del 31/05/2013).

En ese sentido, el 03 de diciembre de 2.015 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó firme la primera condena por femicidio, que tuvo como víctima a María Rita Valdez en la provincia de Catamarca.

Por su parte, en el plano internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la violencia contra las mujeres es una clara manifestación de la discriminación en razón del género, y que es una manifestación de costumbres sociales que relegan a la mujer a una posición de subordinación y desigualdad, colocándola, en consecuencia, en una situación de desventaja en comparación con el hombre (2° Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en el Perú (2.000), pág. 18, Informe sobre los Derechos de la Mujeres en Chile: La Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política (2009) párr. 43).

3.2 Incorporación de la figura de femicidio al Código penal argentino. Modificación del art. 80 del C.P.

Hace aproximadamente diez años, precisamente el 14 de noviembre de 2012, la Cámara de Diputados de la Nación, en una breve sesión, sin debate y de manera unánime, convirtió en ley el proyecto original sobre femicidio y figuras afines, por considerarlo más completo y abarcativo que el texto que fuera enviado a revisión al Senado.

Dichas reformas se implementaron mediante la Ley N° 26.791, e introdujo una serie de novedosas modificaciones al artículo 80 del Código

Penal, entre ellas, y siguiendo una marcada tendencia en América latina, se incorporó la figura de femicidio a dicho cuerpo normativo.

Así, el art. 80 del Código Penal, luego de la mencionada modificación, quedó redactado de la siguiente manera: *“Se impondrá reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare:*

- 1) A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.*
- 4) Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.*
- 11) A una mujer, cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.*
- 12) Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inc. 1°.*

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

Aquí, al igual que en las restantes clases de homicidios, el bien jurídico protegido es la vida humana.

Hemos de analizar ahora las de las modificaciones originadas a partir de la reforma de la Ley 26.791, es decir, de los llamados delitos de género.

Homicidio agravado por el vínculo.

Así, siguiendo Jorge Buompadre (5) en el inciso 1° del art. 80 del C.P., la novedad radica en la incorporación del agravante por la

³muerte del “ex cónyuge” sin hacer distinción alguna acerca de la existencia o subsistencia del vínculo matrimonial, porque quedan incluidos los matrimonios desavenidos, separados de hecho, con o sin voluntad de unirse, o divorciado vincularmente; pues todas ellas son circunstancias que nada tienen que ver con la razón de ser de la agravante, por lo que importa a la hora del incremento de la pena es la existencia (presente o pasada) del vínculo entre el agresor y la víctima, lo mismo ocurre con la persona con la que mantiene o ha mantenido una relación de pareja, con o sin convivencia (femicidio íntimo).

El tipo penal no exige que la muerte haya ocurrido en un contexto de género, resultando, además, indistinto el género de los sujetos activo y pasivo.

Homicidio de agravado por odio (art. 4° C.P.).

El delito consiste en matar a otro por odio, en razón del género, o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

Este tipo de homicidio se caracteriza por el móvil del autor, que es el odio o aversión que siente por la víctima, por su condición de pertenecer a un determinado género (masculino o femenino), por su orientación sexual (por ser heterosexual, homosexual o bisexual), por identidad de género (por sentirse de un sexo distinto al que posee biológicamente).

El término “identidad de género” es un elemento normativo del tipo extrapenal, por lo que para su integración es necesario recurrir a la Ley N° 26.743 de Identidad de Género, la cual en su artículo 2° expresa que *“Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido.*

⁵⁹ Los delitos de género en la reforma penal (ley N° 26.791), Revista pensamiento Penal- año 2013.

También incluye otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar o los modales”.

Femicidio (inc. 11° CP).

El término femicidio tiene su origen en estudios realizados por movimientos feministas anglosajones que introdujeron el concepto en los años '90 del siglo pasado, para denominar el asesinato de una mujer y se lo puede definir como la muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino, es decir, porque es mujer.

Dicho término (femicide) fue utilizado por primera vez por Diana Russel ante el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres celebrado en Bruselas, en el año 1976.

En los primeros tiempos de vigencia del Código Penal, la penalización no estaba orientada a brindar una protección especial de las mujeres ni a sancionar la violencia contra ellas, más bien el castigo estaba destinado a la violencia familiar o intrafamiliar, es decir, la que tenía lugar en la intimidad, y ello mediante figuras de poca entidad lesiva y en el marco de un derecho fundado sobre la base de una neutralidad de género, en el que también podía ser sujeto pasivo el hombre, y como bien dice Buompadre, eran los tiempos de “las mujeres honestas” y no de las Mujeres vulnerables.

En Argentina, contrariamente a lo ocurrido en otros países, no se discutió el tema porque simplemente no existía; la cuestión era sencilla: la mujer y sus derechos no eran objeto de debate. La respuesta penal a estos problemas aparece muchas décadas después de la sanción del Código Penal, y a través de distintas modificaciones a dicho cuerpo legal, ninguna de ellas trascendental.

En el año 1.999, se sancionó la Ley N° 25.087, referida a los delitos sexuales, modificando ciertos modelos que estaban impregnados por el mundo masculino, a modo de ejemplo, se eliminó el concepto de “honestidad” como bien jurídico tutelado, también el de “mujer honesta” en el estupro, también se modificó la figura de la rufianería, todos estos

cambios constituyeron una revalorización del rol de la mujer en la agenda punitiva.

Por otra parte, la sanción de leyes y ratificación de tratados internacionales, como la Ley 26.485, junto a la incorporación de la CEDAW a la Constitución Nacional, conformaron un bloque normativo de vital importancia en materia de violencia de género, poniendo de manifiesto el interés del Estado en la erradicación de la violencia contra la mujer.

En esta modalidad de homicidio, el cual se agrava por la condición del sujeto pasivo y por su comisión en un contexto ambiental determinado (de género), y éstas son precisamente los motivos de la mayor penalidad.

De aquí que el asesinato de cualquier mujer, en cualquier circunstancia, no implica siempre y en todo caso femicidio, sino sólo aquella muerte provocada en un ámbito situacional específico, en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer hacia el varón, basada en una desigual relación de poder.

Es decir, se trata de la muerte de una mujer por su condición de tal, en un contexto de género, a manos de un hombre.

Siguiendo a Buompadre (2), el femicidio puede ser definido como *“La muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género (por ser mujer)”*.

Los elementos que requiere esta figura penal son, en cuanto a los sujetos, uno pasivo que sólo puede ser mujer, y otro activo que únicamente puede ser un varón. Asimismo, se exige que el autor mate a la víctima por ser mujer, y que se produzca en un contexto de violencia de género.

Esta formulación penal implica, por un lado, una hiperprotección de la mujer, y, por otro lado, demuestra una pena severa para los casos producidos en un contexto de violencia de género.

El concepto de violencia de género es un elemento normativo del tipo, extralegal, pues no se encuentra en el Código Penal sino fuera de él, lo brinda la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en

los que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, en su artículo 4°, al definir qué es la violencia de género.⁴

Como ya dijéramos, se trata de un concepto extra legal del cual el juez no puede apartarse, es decir, no puede ser sometido a una interpretación judicial libre ni creado judicialmente, en síntesis, violencia de género es lo que la ley dice que es.

Se trata de un tipo penal incompleto, toda vez que tiene un elemento normativo, que debe ser llenado por el intérprete, lo cual genera un problema de inseguridad jurídica, lo cual pone en riesgo la función de garantía del tipo.

Dicho de otro modo, el tipo de femicidio requiere, para su configuración, que la muerte se produzca “mediando violencia de género”, pues no dice “violencia contra la mujer”, y el término género es una palabra que puede ocasionar equívocos o interpretaciones distintas, poniendo en peligro la seguridad jurídica y la función de garantía de la figura penal.

Es por ello, y siguiendo a Buompadre (6), se entiende que una razonable exégesis del elemento “violencia de género” debe ser entendido como equivalente a “violencia contra la mujer”.

Homicidio transversal o vinculado (art. 80 inc. 12 C.P).

El inciso 12 del art. 80 del Código Penal impone la pena máxima que nuestro ordenamiento jurídico prevé, esto es, la prisión perpetua, a quien haya cometido el homicidio con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que mantiene o ha mantenido una relación en los términos de la inc. 1° del art. 80 del C.P. (es decir, con quien se mantiene o se ha mantenido una relación de pareja, haya existido o no convivencia).

La figura exige, para su configuración, que se ocasione la muerte de una persona (cualquiera) para que otra sufra por esa muerte. Lo que caracteriza a este delito es su configuración subjetiva, es decir, la finalidad del autor: causar sufrimiento; siendo suficiente para la perfección

⁶ LOS DELITOS DE GÉNERO EN LA REFORMA PENAL (LeyNº 26.791), Jorge Eduardo Buompadre, revista Pensamiento Penal año 2013).

del tipo que se haya matado con dicha finalidad, aunque no haya logrado el fin propuesto. Aquí se mata para que otra sufra.

3.3 Alcances de la inclusión de la figura de femicidio al Código Penal. Prisión Perpetua. Ejecución de la pena. Ley N° 24.660.

a- Prisión Perpetua.

Tal y como surge del texto del art. 80 del C.P., la pena que se impone a los delitos de femicidio es la prisión perpetua.

Numerosas son las críticas y debates que se han suscitado entorno a la constitucionalidad de la prisión perpetua.

Así, si bien la Corte Suprema Justicia de la Nación ya se ha expedido en cuanto a que la pena de prisión perpetua es constitucional, se ha sostenido que la misma resulta inconstitucional, por constituir una pena inhumana, cruel y degradante, lo cual está prohibido no sólo por nuestra Carta Magna sino por los distintos tratados internacionales que nuestro país ha suscripto y que forman parte del bloque constitucional en virtud del ar. 75.22 de la Constitución Nacional.

Lo primero que resulta necesario destacar es que, si bien es facultad del legislador determinar el contenido de lo injusto punible y la pena aplicable, no menos cierto es el hecho que los jueces tienen el deber de aplicar las leyes de conformidad con los principios, garantías y derechos asegurados por la Constitución Nacional y el Bloque de Convencionalidad.

En este sentido, la primera misión que tienen los Jueces es la de salvaguardar la Constitución, atendiendo al control difuso de constitucionalidad que rige en nuestra legislación.

Es preciso recordar que el efecto de la sentencia declarativa de constitucionalidad se limita al caso resuelto, es decir, aplicando la norma al caso concreto, dejando en consecuencia subsistente la norma. Vale decir que no sería válido, conceptualmente hablando, rechazar el planteo de inconstitucionalidad, porque ese ha sido el criterio fijado en casos

anteriores o porque así lo tiene dicho nuestro máximo tribunal provincial, desechando sin más el planteo efectuado. Es decir, el planteo de inconstitucionalidad se formula sobre la pena en concreto, y su aceptación o rechazo deberá realizarse conforme los elementos de la causa.

Dicho esto, la imposición de la pena de prisión perpetua colisiona con los siguientes principios:

1) Principio de Culpabilidad: siendo la prisión perpetua una pena fija, ésta supone que la relación del individuo con el hecho es siempre la misma, estandarizada, omitiendo las circunstancias particulares que impliquen un agravamiento o morigeración del reproche que debe dirigirse al individuo, en violación al art. 19 C.N. - Es decir, se afecta el principio de culpabilidad cuando una sanción no puede ser mensurada en virtud del hecho cometido. -

2) División de poderes: prescribir una única pena posible para todos los casos que encuadran dentro de una figura legal, supone vedar al juez la posibilidad de conocer nada en materia de individualización de la pena; esto implica en los hechos que el legislador se arrogue el conocimiento de las causas pendientes en transgresión a la división republicana de poderes. -

5) Mandato resocializador: Nuestra Carta Magna adhiere al principio resocializador de las penas privativas de libertad (Art. 18). Recordemos asimismo lo establecido en el art. 5 inc. 6° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que dispone: "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación de los condenados. En el mismo sentido el art. 10 inc. 3° del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

La resocialización implica que el condenado, en un momento determinado del cumplimiento de la pena, tenga la posibilidad de recuperar la libertad para confirmar el ideal de la reinserción, lo que virtualmente se imposibilita con una pena de duración perpetua, de cara a

la normativa penal. En este punto, a nadie escapa que, analizada la cuestión desde la óptica de los fines de la pena, ha quedado definitivamente incorporado el concepto de “prevención especial”

En el considerando 33 de su voto en el fallo Estévez, Zaffaroni indicó que: “no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos el término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral...”

Ello resulta compatible con el voto del Dr. Petrachi en Gramajo donde establece que “la prisión sólo se justifica si se la ejecuta de tal modo que se asegure que el individuo, en algún momento, habrá de poder convivir en sociedad, concepción que impone al legislador y a los jueces el deber de asumir los posibles riesgos de libertad del condenado, pues no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad.”

4) Principio de estricta legalidad: que impone no sólo el derecho a la individualización de la pena sino además la certeza sobre la finalización de la sanción, la cual se ve obstaculizada con esta pena.

El derecho a la individualización de la pena se ve obstaculizado por la prisión perpetua porque no existe certeza si al cabo de los 35 años de encierro que prevé el art.13 del C.P. el condenado podrá acceder a la libertad condicional.

Esta duda prácticamente se ve disipada -afirmando aún más la violación al principio de estricta legalidad- con la última reforma del art. 14 del C.P., que impide la obtención de la libertad condicional en los delitos previstos en el art. 80 del C.P., entre otros casos.

La falta de certeza de cuándo va a recuperar la libertad atenta contra la dignidad humana. En este caso la prisión perpetua es conceptual y realmente indefinida, porque la mera posibilidad de acceder a la libertad condicional en un futuro se desvanece ante la reforma penal ya mencionada.

5) Prohibición de imposición de penas crueles inhumanas y degradantes: una pena perpetua, en estas condiciones, es claramente atentatoria de la dignidad humana y violatoria de los art. 5 y 16 de la Convención contra la Tortura y otros actos crueles, inhumanos y degradantes. La pena del art. 80 es indefinida.

Nuestra Corte Nacional, en un fallo que parece haber pasado desapercibido, resolvió en fecha 4/7/2006, remitiéndose a la doctrina del precedente Trusso (del 7/9/1999), el caso Giménez Ibáñez donde expresamente dijo: "... la pena privativa de libertad realmente perpetua lesiona el principio de intangibilidad de la persona humana, en razón de que genera graves trastornos de la personalidad, por lo que resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormentos consagrada en el art. 18 de la C.N..-

Si partiéramos de la base que la pena máxima prevista en el Art. 55 del código penal es la de 50 años, podemos observar que el imputado tendrá transcurrir casi toda su vida útil privado de su libertad. Esto se traduce claramente en una pena inhumana, degradante

No puedo dejar de destacar la irracionalidad punitiva de nuestro digesto penal ya señalada por Zaffaroni en su voto en disidencia en la causa ESTEVEZ de la CSJN, donde recordó que la sanción de la ley 26200 (Estatuto de Roma) incorporó a nuestro ordenamiento los delitos más graves considerados por la comunidad jurídica internacional (genocidio) los que tienen prevista una pena menos lesiva (25 años) que la contemplada por nuestro ordenamiento para los homicidios agravados. La asistematicidad obliga a los jueces a una prudente aplicación de la ley, a fin de no derivar en una aplicación injusta e irracional en el caso concreto.

b- Libertad Condicional y Ley de Ejecución Penal (24.660).

Dicho esto, la imposición de la prisión perpetua para los casos de femicidio no es la única consecuencia que esta acarrea.

Así, El art. 14 del Código Penal fue modificado en el año 2004 por la Ley 25.892, el cual establece que el instituto de la Libertad Condicional no será otorgado a las personas condenadas por alguno de los homicidios agravados por el art. 80 del C.P.

El art. 14 del Código Penal quedó redactado de la siguiente manera: *“La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:*

- 1) *Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.”*

El Instituto de La Libertad Condicional permite al condenado obtener la libertad de manera anticipada, una vez que haya cumplido dos tercios de la pena privativa de libertad.

En ese mismo sentido, fue modificada la Ley de Ejecución Penal N° 24.660, esta se produjo en el año 2017 mediante la Ley N° 27.375. Dicha modificación implica la imposibilidad de que el condenado por femicidio acceda tanto a las salidas laborales como a las transitorias, ello en el marco del art. 56 bis de la Ley 24.660.

El art. 56 bis de la Ley 24.660 establece que: *“No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el periodo de prueba a los condenados por los siguientes delitos:*

- 1) *Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal”.*

Vale aclarar que los referidos beneficios del Período de Prueba son el de las salidas transitorias y las laborales. Éstos permiten al condenado salir del establecimiento carcelario, de manera transitoria, por un periodo de tiempo que se va incrementando de manera paulatino, regresando nuevamente a aquél, ello con fines de afianzar los lazos familiares, o para realizar tareas laborales, ello con el objetivo de lograr de manera progresiva su vuelta a la vida libre.

Es decir, todas estas modificaciones convierten a la pena de prisión perpetua en una que se equipara a la pena de muerte, pues ya no

hay posibilidades de que el condenado acceda a algunos de los institutos de libertad anticipada.

Estas modificaciones, tanto al art. 14 del Código Penal como a la ley 24.660, también fueron objetos de cuestionamientos por considerarlas violatorias del principio de igualdad, toda vez que se le niega dicha posibilidad a algunos condenados y se les concede a otros basado en el delito por el que fueran condenados. En ese sentido, otra de las críticas formuladas reside en que de esta manera resulta imposible lograr la resocialización de la persona condenada.

Las restricciones tanto a la libertad condicional como a las salidas transitorias y laborales, imposibilitan el fin de reinserción social y echan por tierra el programa que prevé la Ley de Ejecución Penal en cuanto a un regreso progresivo a la vida en libertad.

6) ANÁLISIS DE CASOS DESDE EL AÑO 2008 AL 2021.

Al inicio del presente trabajo, se expuso que luego de la incorporación de la figura de femicidio al Código Penal, y con un claro fin de prevención general negativa, es decir, con el objetivo de lograr evitar la comisión de femicidios, los casos no sólo no han disminuido, sino que, por el contrario, han aumentado. Debe ponerse de resalto que, desde la incorporación de dicha figura penal, han transcurrido diez años.

Existen numerosos observatorios y organizaciones dedicados al estudio de casos de delitos de género y al relevamiento de los mismos.

A modo de ejemplo, pueden mencionarse los siguientes observa:

- “Mumalá”.
- “Ahora sí nos ven”.
- “Lucía Pérez”.
- “Casa del Encuentro”.
- “Adriana Maricel Zambrano”.
- Observatorio de la Defensoría del Pueblo de la Nación.
- Oficina de la Mujer del Superior Tribunal de Justicia de Chubut.
- Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Ellos han servido como fuente de datos, toda vez que realizan relevamiento de los casos de femicidio y confeccionan las estadísticas que sirvieron de base para el presente trabajo.

Uno de los puntos del presente trabajo consiste en el análisis de casos previos a la incorporación de la figura de femicidio al Código Penal, luego de que transcurrieran aproximadamente diez años desde la sanción de la Ley N° 26.791, el análisis de las cifras de femicidios durante este extenso periodo de tiempo nos permitirá analizar si dichas modificaciones legales en materia de género lograron o no el fin perseguido por ellas.

He de comenzar por analizar los datos que brinda el **Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJN)**. El mismo,

desde el año 2014, realiza un relevamiento, a nivel nacional, de los femicidios ocurridos al año 2021.

Desde el año 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación elabora un registro de datos estadísticos de las causas judiciales en las que se investigan muertes violentas de mujeres cis y de mujeres trans/travestis por razones de género. Para llevar adelante esta tarea, la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (OM-CSJN), junto con todas las jurisdicciones del país, quienes aportan la información relativa a las causas judiciales, las víctimas y los sujetos activos de femicidio, construyen de forma federal el Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA).

El Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA) está compuesto por el informe anual de las causas judiciales iniciadas por año donde se investigan muertes violentas de mujeres cis y de mujeres trans/travestis por razones de género, los informes Observatorio de seguimiento de las causas y sentencias de femicidio de dicho año, y las bases de datos abiertos del año correspondiente.

A modo de ejemplo, y según el registro mencionado (RNFJA), en el año:

- 2014, 225 casos.
- 2015, 235 casos.
- 2016, 254 casos.
- 2017, 251 casos.
- 2018, 255 casos.
- 2019, 252 casos.
- 2020, 251 casos.
- 2021, 251 casos.

Tasa de femicidios por jurisdicción correspondiente al año 2014:

Calculado en base a población estimada al 1º de julio de 2014 por el INDEC según proyecciones elaboradas en base al Censo Nacional de Población y Viviendas 20101.

| Jurisdicción | Proyección población femenina 2014 | Víctimas | Cada 100.000 mujeres* | 1 víctima cada |
|---------------------|---|-----------------|------------------------------|-----------------------|
| Chaco | 571.938 | 15 | 2,62 | 38.129 mujeres |
| Salta | 664.245 | 16 | 2,41 | 41.515 mujeres |
| Santiago del Estero | 460.778 | 9 | 1,95 | 51.197 mujeres |
| Formosa | 287.899 | 5 | 1,74 | 57.579 mujeres |
| Río Negro | 345.661 | 6 | 1,74 | 57.610 mujeres |
| Entre Ríos | 666.671 | 11 | 1,65 | 60.606 mujeres |
| Misiones | 587.658 | 9 | 1,53 | 65.295 mujeres |
| Tierra del Fuego | 72.535 | 1 | 1,38 | 72.535 mujeres |
| Santa Cruz | 151.363 | 2 | 1,32 | 75.681 mujeres |
| La Pampa | 171.145 | 2 | 1,17 | 85.572 mujeres |
| Buenos Aires | 8.411.300 | 92 | 1,09 | 91.427 mujeres |
| CABA | 1.626.722 | 14 | 0,86 | 116.194 mujeres |
| San Luis | 236.959 | 2 | 0,84 | 118.479 mujeres |
| Córdoba | 1.807.209 | 15 | 0,83 | 120.480 mujeres |
| Jujuy | 364.224 | 3 | 0,82 | 121.408 mujeres |
| Mendoza | 949.068 | 6 | 0,63 | 158.178 mujeres |
| Tucumán | 796.820 | 4 | 0,50 | 199.205 mujeres |
| Santa Fe | 1.731.050 | 8 | 0,46 | 216.381 mujeres |
| Corrientes | 537.336 | 2 | 0,37 | 268.668 mujeres |
| Chubut | 278.000 | 1 | 0,36 | 278.000 mujeres |
| Neuquén | 306.643 | 1 | 0,33 | 306.643 mujeres |
| San Juan | 369.490 | 1 | 0,27 | 369.490 mujeres |
| Catamarca | 196.541 | 0 | - | - |
| La Rioja | 182.042 | 0 | - | - |

Resumen Informe de Femicidios 2018 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Introducción

La Oficina de la Mujer de la CSJN publicó la edición 2018 del Informe de Femicidios de la Justicia Argentina. Se identificaron 255 víctimas directas de femicidios en la República Argentina entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2018. Esta cifra incluye 4 travesticidios/transfemicidios.

La tasa de víctimas directas de femicidios cada 100.000 mujeres en 2018 fue 1,1, idéntica a la de 2017. También se identificaron 231 víctimas de femicidios vinculados². Al sumar ambas categorías, la cifra de víctimas letales de la violencia de género en Argentina durante 2018 asciende a 278.

| Tabla 1. Total País 2018. Tipo de víctima. <i>En absolutos.</i> | |
|---|-----|
| Víctima directa de femicidio | 255 |
| Víctima de femicidio vinculado ¹ | 23 |
| Total | 278 |

Siguiendo el registro realizado por el Observatorio “**Adriana Maricel Zambrano**”, según el “**Informe de Investigación de Femicidios en Argentina**”, entre los años 2008 a 2020 se registraron 3.551 femicidios vinculados.

Se relevaron, asimismo, los siguientes casos en:

- Año 2008, 208.
- Año 2009, 231.
- Año 2010, 260,
- Año 2011, 282.
- Año 2012, 255,
- Año 2013, 295.
- Año 2014, 277.
- Año 2015, 286,
- Año 2016, 290.
- Año 2017, 295.

- Año 2018, 273.
- Año 2019, 299.
- Año 2020, 300.

Según el **Informe Final del Observatorio de Femicidios del Defensor de Pueblo de la Nación**, se relevaron los siguientes datos:

- Año 2017, 292 casos.
- Año 2018, 281 casos.
- Año 2019, 280 casos.

De los datos recabados por el observatorio **“Casa del Encuentro”**, surge información de trascendencia para el presente análisis, puesto que, desde el 1 de enero de 2022 al 30 de abril del mismo año, es decir, en tan sólo cuatro meses, en Argentina se registraron más de 100 femicidios, 104 para ser precisos, lo que significa que se produce uno cada 28 horas.

Obsérvese que en el año 2.020, ocho años después de que se incorporara la figura de femicidio con la imposición de la pena de prisión perpetua, se produjeron 300 femicidios en nuestro país.

Esas mismas cifras registraron los observatorios **“Mumalá”**, **“Lucía Pérez”** y **“Ahora que sí nos ven”**.

Por último, vale poner de resalto que, según datos que recolectados por las organizaciones **“Multisectorial Vivas y Libres Nos Queremos”** de la ciudad de Trelew y la **“Multisectorial Feminista”** de la ciudad de Comodoro Rivadavia, en el año 2021 la provincia del Chubut se encontraba entre las que contabilizaban la mayor tasa de femicidios.

Las cifras que arrojan las estadísticas confeccionadas por los distintos observatorios son alarmantes, y demuestran claramente que los femicidios, lejos de disminuir, han aumentado exponencialmente, principalmente en lo que va del año 2022, registrándose en tan sólo cuatro meses 104 femicidios.

7) LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE UN ASPECTO SOCIOLOGICO.

Como ya dijéramos anteriormente, el fenómeno de la violencia de género que va en aumento, aún después de producidas todas las modificaciones mencionadas: tipificación del femicidio, imposición de la pena de prisión perpetua, prohibición de acceder a la Libertad Condicional, Salidas Transitorias y Laborales.

Si bien el derecho penal ha intentado dar respuesta a esta problemática, lo cierto es que ello no ha dado los resultados esperados.

Como se planteara al comienzo del presente trabajo, y tal y como surge del texto de la Expresión de Motivos de la Ley N° 26.791, la cual incorpora la figura del femicidio al Código Penal, que existe de fondo un fin de la pena de prevención general negativa, pero luego de diez años los casos de este tipo de delito han ido en aumento, registrándose actualmente uno cada 30 horas en nuestro país, según datos brindados por la organización “Casa de Encuentro”.

En ese sentido, distintos estudios e informes, refieren que de manera consciente o inconsciente existe una continuidad de los estereotipos que contribuyen a la validación del “deber ser” tanto del hombre como de la mujer, sustentando su relación en un ejercicio de poder y desigualdad que contribuye en gran medida a que la violencia y el femicidio no disminuyan.

Al parecer, lo común es que a un femicidio le antecede una relación violenta.

Distintos observatorios han establecido, de acuerdo a su base de datos, una división entre femicidios íntimos y no íntimos. Los primeros son los perpetrados por personas que la víctima conocía (pareja, ex pareja, compañero de trabajo, amigo, etc.) y corresponden al 90% del total de casos. En el caso de los no íntimos, el crimen es perpetrado por desconocidos.

Esto nos refleja un contexto sociocultural que normaliza la violencia, partiendo de la idea de que el hombre tiene el control y el derecho a decidir sobre la vida de las mujeres y que se puede manifestar en su peor forma.

Otro punto a tomar en cuenta tiene que ver con el cambio de roles, específicamente cuando las mujeres llegan a espacios como la política, la educación, las direcciones, el trabajo, o en general, a espacios que tradicionalmente estaban reservados para los hombres.

Desde la sociología, el femicidio se aprecia como una resistencia al cambio, es decir, se nota que incrementa esta violencia justamente como un mensaje porque subyace un tema cultural, estructural.

Estela Serret (7) expresa que el género como un ordenador primario de la cultura está presente, entonces cuando las mujeres salen al espacio público y además tienen protagonismo donde tradicionalmente no lo tenían, lo que opera es lo que Bourdieu denomina “un llamado al orden”, para que las mujeres regresen al lugar que tradicionalmente les corresponde. Esto opera de manera simbólica, no de forma directa, pero al fin y al cabo es un mensaje social.

La Academia de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP) refirió que psicología las definiciones de los roles dentro de una familia tienen que ver con la parte de la socialización, dividida en: primaria: que se da en el seno familiar, luego el sistema relacionado a la escuela, universidad o capacitación laboral, y la socialización terciaria en el plano laboral. Estos tres espacios, señala la Dra. Pérez Torres, darán un perfil al individuo y cambian según la época.

La Dra. Pérez Torres (8) señala que el padre de familia, quien era el pilar de la autoridad, tendrá la posibilidad de seguir con este poder, pero la madre, quien era catalogada como abnegada y con roles muy

específicos, empieza a cambiar cuando este modelo de familia llega a la gran ciudad. ⁵

Ahora la mujer tiene que salir a buscar un salario para compensar el ingreso familiar y la feminización en el plano laboral dará a la familia un cambio, aunque no necesariamente romperá con el esquema de obediencia entre el padre y la madre.

La mencionada autora encuadró los cambios que han sufrido a lo largo de las épocas los integrantes de la familia, y señala, a modo de ejemplo, que en los años 40 la mujer se convierte en la “gran secretaria”, tiene que ser sigilosa, guardar secretos, estar callada, bonita, y al mismo tiempo ser eficiente. En los años 70, la mujer asume un papel protagónico y empieza a ser jefa de familia, se produce una reestructuración del sistema familiar porque ya es independiente, trabaja y cría sola a sus hijos. En los '90 las mujeres se convierten en científicas y líderes, aunque no por eso dejan de atender a la familia, lo que implica una doble carga de trabajo y un desgaste constante.

Estas formas de adoptar nuevos espacios y roles de conducta se reflejan en la educación de los hijos, quienes reafirman patrones culturales de conducta que observaron en sus padres.

Una de las palabras que fortalece el contexto femicida es que al perpetrador le hayan dicho que en su casa que “siempre tenía la razón” o “tú eres el que manda”. Por eso, cuando llegan a esa violencia extrema está la parte de “no me dejé”, porque para su concepción las mujeres estaban intentando abusar, es decir, ¿Cómo voy a dejar que me dejes o me digas qué hacer?

Las cifras de femicidio reflejan la cara más trágica del patriarcado.

El femicidio sólo puede ser entendido como síntoma extremo de una cultura patriarcal que se sostiene a través de un complejo entramado circuito lingüístico, político, económico, jurídico, religioso, etc. Es

⁸ “ El femicidio, una mirada desde la academia” Dra. Dulce maria Judith Torres, CONSEJO MEXICANO DE CIENCIAS SOCIALES abril 2018.

necesario comprenderla desde las condiciones de producción de subjetividades donde la mujer queda en una posición de mero objeto esclavo y el hombre en una posición de amo, dueño de la vida y la muerte de quien dicen amar.

Resulta necesario analizar cómo se construyen esas subjetividades, para el sociólogo E. Pichón Riviére no existe lugares especiales donde se conforman. Estas subjetividades se van produciendo en la más absoluta cotidianeidad de los vínculos y las prácticas sociales habituales y constantes (9).

En la familia, debido al posicionamiento vincular en la trama de interrelaciones, el rol, la función de la mujer queda subordinado en relación al del hombre. Aparece naturalizado que la mujer sea la que postergue sus intereses egoístas en función del cuidado de otros (marido, hijos, casa, etc.), se naturaliza que no necesita descansar, cuando retorna de su trabajo debe asumir las tareas domésticas y de ama de casa, esposa, etc.

En el lenguaje del género femenino, está subordinado o subsumido frente al masculino. La palabra hombre se supone neutra, cuando lo masculino y lo femenino se transforman en plural, siempre se transforma en masculino.

En la más absoluta cotidianeidad, la niña comprende desde temprano el inter juego de roles en la familia, las jerarquías, que impone su visión del mundo, la calidad de las relaciones de género, etc.

Si bien puede parecer una caricatura, para el varón machista la mujer es menos inteligente, incapaz de pensamientos abstractos, menos aún científicos, no es perspicaz ni ingeniosa, y si en cambio es sagaz, es pícara y tramposa.

El lenguaje reproduce la realidad, en ese sentido, Heidegger señala que el lenguaje no es algo acces⁶orio, no es un instrumento, sino

⁹ Violencia de género: los vínculos patriarcales. Perspectiva desde la Psicología Social- Dra. Gladys Adamson, Escuela de Psicología Social del Sur.

que es un existenciario, constitutivo. El ser humano es un ser de lenguaje, éste articula y promueve una comprensión del mundo, una interpretación del mundo y de las relaciones entre las cosas del mundo (9).

El femicidio se presenta como el nuevo objeto de estudio de la psicología social, según la Lic. Silvia Valencia Abundis, (10) el cual debe abordarse con compromiso, ética, humanismo y con un enfoque científico.

En el mundo, una de cada tres mujeres ha sufrido violencia de género, pese a que en las dos terceras partes del mundo la violencia doméstica está prohibida en su legislación, ello según un informe presentado en la conferencia sobre “Factores Psicosociales para el estudio del Femicidio”, dictada en el marco del Seminario Ignacio Martín Baró celebrado en el año 2018.

La especialista señala que en 52 países penalizan la violencia en el matrimonio, 14 de 25 países con la mayor tasa de femicidios se encuentran en América Latina.

Así, desde diferentes ámbitos de la sociedad se ha coincidido en la necesidad de profundizar acciones⁷s de concientización para producir un cambio cultural respecto a la violencia de género.

La exhortación surgió de un conversatorio realizado en el marco del “Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer” por el Instituto de Género de la Universidad Nacional de Formosa, llevado a cabo el 29 de noviembre de 2013.

En dicho conversatorio, se concluyó que es responsabilidad de todos vivir en una sociedad sin violencia, por lo que resulta importante que desde los espacios académicos se reflexiones e interpele acerca de esta problemática, y que la erradicación de la violencia de género no es una cuestión o cosa de mujeres únicamente.

10 El femicidio representa el nuevo objeto de estudio de la Psicología Social; Silvia Valencia Abundis, Centro Universitario de Ciencias de la Salud, Universidad de Guadalajara, año,2018.

La cultura de la violencia de género está enraizada en los patrones de crianza, en el sistema patriarcal, en los factores socioculturales; la violencia contra las mujeres es aceptada como algo natural en nuestra sociedad misógina y machista. Para la violencia de género no existen fronteras territoriales ni distinción de clase social, color, credo y grado de escolaridad. Es imperceptible debido a que es solapada.

Se trata de una violencia que se ejerce a todo nivel, que es ilimitada y que no sorprende, no indigna y no enoja.

Entendemos que la raíz de la violencia de género se encuentra en la cultura patriarcal, debemos entonces definir el término patriarcado, el cual consiste en un sistema de dominio institucionalizado que mantiene la subordinación e invisibilización de las mujeres y todo aquello considerado como “femenino”, con respecto a los varones y lo “masculino”, creando así una situación de desigualdad estructural basada en la pertenencia a determinado “sexo biológico”. Este sistema patriarcal tiene su origen histórico en la familia, cuya jefatura la ejerce el padre y se proyecta a todo el orden social, el patriarcado se justifica en razón del “sexo biológico”.

Rasulta interesante lo expresado por la antropóloga y especialista en cuestiones de género, Rita Laura Segato⁽¹¹⁾, quien refiere que “Un femicidio no surge de la nada, surge de una sociedad violenta y cuyas relaciones de género son violentas y, dentro de ese ámbito violento de la sociedad, en la punta de esa pirámide aparece el femicidio. No es un hecho aislado”. Agrega que *“Pero dentro de la argamasa jerárquica hablo de un orden jerárquico desigual, donde la mujer es siempre encaminada a una posición de subordinación, donde sobre la mujer recae una sospecha moral permanente. Pero de esa máxima violencia surgen innumerables violencias cotidianas que son normales y que no podrán jamás ser tipificadas como crímenes. Entonces, lo que hay que modificar*

*es esa argamasa de la sociedad, hay que modificar la sociedad para que en la cumbre de esa pirámide no surja el crimen letal”.*⁸

El patriarcado es un sistema opresor sobre lo femenino que está diseminado en hechos y prácticas sociales de modo capilar en las sociedades en que vivimos. El metalenguaje de la muerte opera como verdadera causal simbólica del sistema patriarcal.

11 Rita Segato: “Los femicidios se repiten porque se muestran como un espectáculo” Mural de Género, septiembre 13, 2019_ 1621

8) CONCLUSIONES.

Por todo lo expuesto, y en base al interrogante planteado al inicio del presente trabajo, esto es, si se lograron los fines perseguidos por la reforma del Código Penal Argentino mediante la sanción de la ley N° 26.791 y 23.731, considero, en primer término, que el mismo no es otro que el de disminuir el número de femicidios a través de la tipificación de del homicidio en contexto de género; en segundo lugar, y de acuerdo al relevamiento de casos y cifras efectuado por distintos observatorios, entiendo que el mismo no se ha cumplido.

Asimismo, y como objetivo secundario, este trabajo propuso analizar la problemática de la violencia de género a la luz de otras disciplinas (sociología y psicología social), y no desde un enfoque netamente punitivo.

Así, y analizando el texto de la Expresión de Motivos de la Ley N° 26.791, surge que, de manera implícita, el fin que ha perseguido el legislador con la sanción de la mencionada ley, es el de la prevención general negativa.

Ya se ha tratado el tema de los distintos fines que se le pueden asignar a la pena, y que esta cuestión del fin de la pena es de suma importancia, pues el sistema penal se construye en función a cómo se conciba la pena, y al derecho penal se le asignará una función en base al fin que persiga la aquella.

Siguiendo el planteo formulado, la sanción de dicha ley conlleva implícitamente el objetivo de generar una amenaza dirigida hacia los miembros de la sociedad, a efectos de disuadirlos de cometer femicidios.

Puede leerse del del texto de la Expresión de Motivos de dicha norma legal que *“El derecho penal opera con retraso, una vez que los hechos ya han ocurrido y son un problema social creciente en nuestro país; más adelante continúa diciendo que Visibilizar el femicidio tiene, por lo tanto, un valor simbólico y promocional de conductas en el ámbito jurídico”*.

La Prevención General Negativa consiste en utilizar al sujeto condenado como objeto social, para que la sociedad no delinca por el temor de que se le imponga una pena si comete un delito.

A efectos de reforzar este objetivo, se endurecieron el art. 14 del Código Penal, impidiendo el acceso al instituto de la Libertad Condicional a los femicidas, y la Ley 24.660 al prohibir la concesión de las Salidas Transitorias y laborales a las personas condenadas por el delito de femicidio.

Puede observarse que las cifras que han arrojado las estadísticas elaboradas por distintos observatorios, demuestran de manera palmaria que el fin de disuadir a la sociedad de cometer delitos mediante la imposición de una severísima pena como lo es la prisión perpetua, ha fracasado. Al punto tal que en el año 2022, 10 años después de la sanción de la ley 26.791, se comete un femicidio cada 28 horas, y en el año 2.020 se contabilizaron 300 víctimas en Argentina. Claramente los casos no sólo no disminuyeron, sino que aumentaron exponencialmente.

Así, surge del relevamiento efectuado por el observatorio “Adriana Maricel Zambrano”, según el *“Informe de Investigación de Femicidios en Argentina”*, entre los años 2008 a 2020 se registraron 3.551 femicidios vinculados. En el año 2008 ocurrieron 208 casos, mientras que en año 2020 fueron 300 los femicidios.

Por su parte, la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicó un artículo denominado “Repensando la violencia de género desde una perspectiva sociológica”, expresó que *“Las estadísticas indican que todavía no se ha logrado reducir el número de femicidios registrados por año en nuestro país. En lo que va del 2016, según el observatorio de la organización Mujeres de la Matria Latinoamericana (MuMaLá), 226 mujeres fueron asesinadas por su condición de género. Solo en 17 días del pasado mes de octubre, hubo 19 casos. En todo 2015, de acuerdo con el informe anual que publica la ONG “La Casa del Encuentro”, fueron 286, cifra similar a las del 2014 (277) y 2013 (295)”*.

La presente crítica tiene por objeto demostrar que la violencia de género, y su forma más extrema, el femicidio, no se erradicará de la sociedad si el cambio no se plantea desde lo más íntimo de la sociedad, erradicando patrones culturales machistas y patriarcales, pues la respuesta penal como única herramienta, resulta inútil.

La respuesta penal no resulta suficiente, pues el femicidio - como la forma de violencia más extrema contra la mujer- no es sólo un problema jurídico, pues importa una problemática que está asociada a conflictos de distinta índole: políticos, sociales, económicos, etc.

Es decir, si se opta por una política punitiva, como se ha hecho en Argentina, si no se instrumenta al mismo tiempo una política de Estado multisectorial que abarque a todos los sectores, desde el ámbito municipal, provincial y nacional, en todas las áreas de la sociedad (educación, trabajo, economía, etc.), que acompañe la reforma penal en la lucha contra la violencia de género, esa reforma penal redundará en un completo fracaso.

Como parte de las obligaciones que tiene el Estado, no sólo están la de investigar y sancionar el femicidio, también tiene la responsabilidad de prevenir, y la circunstancia de que se verifique un incremento en la cantidad de casos lleva a pensar que son urgentes las acciones tendientes a la prevención de la violencia hacia la mujer en todos los espacios en los que se desenvuelve.

En ese sentido, la Sociología y la Psicología Social son herramientas absolutamente útiles para erradicar la violencia de género y erradicar de nuestra sociedad el sistema patriarcal que tan enquistado y arraigado se encuentra.

Para lograr ese cambio social, que saque de nuestras vidas la violencia contra las mujeres, es necesario abordar la problemática desde el ámbito familiar, educativo, laboral, político, desde los medios de comunicación que desde hace décadas vienen cosificando a la mujer ejerciendo violencia simbólica contra ellas, y para ello es necesario efectuar un análisis sociológico y psicológico de estos patrones machistas y de sus consecuencias.

Se requiere un cambio de modelo, de paradigma que destierre la relación de supremacía del hombre respecto de la mujer, la relación desigual de poder.

Resulta imprescindible desnaturalizar la violencia de género, la cual se encuentra tan arraigada que resulta invisible para la sociedad.

La Sociología y la Psicología Social resultan útiles para llevar a cabo este cambio social, pues las mismas estudian y analizan el porqué de estos patrones y comportamientos, lo cual importa una reflexión sobre la problemática, nos ayuda a entender el porqué, y su origen; a visibilizar patrones comportamientos machistas y patriarcales que se encuentran en el inconsciente colectivo de la sociedad, tan enquistados que se requiere de una profunda y permanente reflexión sobre nuestras creencias y sobre nuestros comportamientos.

La reflexión es de vital importancia para poder emprender la erradicación de la violencia contra las mujeres.

ÍNDICE.

| | |
|---|----------|
| Introducción. Metodología de Estudio. | Pág. 2. |
| El Proyecto de Ley..... | Pàg. 4. |
| El debate parlamentario..... | Pàg. 9. |
| La Pena. | Pág.12. |
| Presupuestos Constitucionales e Internacionales en materia penal..... | Pág.18. |
| Violencia de Género. Concepto. Evolución Histórica..... | Pág.21. |
| Femicidio. Modificación del art. 80 C.P..... | Pág. 28. |
| Femicidio. Prisión Perpetua. Ley 24.660..... | Pág. 34. |
| Análisis de casos de femicidios | Pág.40. |
| La violencia de género desde un aspecto sociológico | Pág. 45. |
| Conclusiones..... | Pág. 51. |

Bibliografía.

- Manual de Derecho Penal, Jorge Buompadre, Año 2019. Edit. ConTexto.
- Código Penal Argentino.
- Lineamientos de la determinación de la pena Año 2013, Edit. Rústica.
- Ley Nro. 24.660.
- Expresión de Motivos Ley Nro. 26.791.
- “La pena y los intentos de justificación. Las teorías de la pena y su problemática”. Artículo Revista Pensamiento Penal.
- “Principios y Desafíos del Derecho Penal de hoy” Artículo de la Universidad de Salamanca, Curso de especialización en Derecho Penal.
- “Violencia de Género: delitos de género en el Código Penal Argentino. Estándares para una correcta reacción punitiva del Estado”, artículo Revista pensamiento Penal on-line.
- “Violencia de Género: los vínculos patriarcales. Perspectiva desde la Psicología Social”. Escuela de Psicología Social del Sur.
- “El femicidio representa el nuevo objeto de estudio de la Psicología Social de la Dra. Silvia Valencia Abundis”, Universidad de Guadalajara.
- “La cultura de la violencia de Género” Instituto de Género de la Universidad nacional de Formosa.
- Informe del Registro nacional de Femicidio de la Justicia Argentina.
- Informe elaborado por el Área de enero del Defensor del Pueblo de la nación.
- Informe del observatorio “Casa del Encuentro”.
- Informe del observatorio “Adriana Maricel Zambrano”, “Lucía Pérez”, “Mumalá” y “Ahora que sí nos ven”.
- Artículo de “La Izquierda Diario”.