



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA ABOGACIA – LOCALIZACIÓN CASTELAR

TRABAJO FINAL

Modalidad A: Discusión Teórica

Tema: “*La desprotección de la persona autopercebida femenino en la figura del femicidio*”

Alumna: Ximena Soledad Dezarlo

Tutor: Hernán Moyano

Título a obtener: Abogado

Fecha de presentación: 02 de Febrero de 2021

Correo electrónico: ximena1986@hotmail.com.ar

Teléfono: 11-4940-2716

RESUMEN

Como consecuencia de los múltiples casos de violencia de género, y de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, se ha buscado brindar la máxima protección posible a las mujeres que se ven afectadas en sus derechos y garantías. A razón de ello, nuestro país ha incorporado al Código Penal, la figura del femicidio como agravante del homicidio, en caso de que la víctima sea mujer y haya fallecido producto de la violencia de género ejercida contra ella.

Si bien existe jurisprudencia nacional e internacional que ha considerado que el homicidio de una víctima autopercebida mujer es considerado femicidio, el Código Penal Argentino no incluye dentro del tipo penal de femicidio a las personas autopercebidas como mujer. En este sentido, el presente trabajo de investigación analizará la legislación vigente en materia de género, así como de la figura del femicidio, a los fines de analizar si en base a la finalidad de la modificación misma y a la luz de los tratados internacionales, el tipo penal comprende a las personas autopercebidas como mujer. La hipótesis por confirmar, o descartar, es que el Código Penal no ha contemplado a la mujer autopercebida dentro de lo normado en el Artículo 80, inciso 11, del Código Penal.

Palabras claves: femicidio – identidad de género – violencia de género - mujer autopercebida - interpretación

ÍNDICE

Dedicatoria y Agradecimientos.....	5
Carta escaneada de aceptación del Tutor.....	6
Reserva del tema y tutor designado con la aceptación emitida por la Secretaria	
Técnica de la Carrera.....	7
Certificado de Estado de situación.....	8
Introducción.....	10
Apartado Ciclo de Conferencias Maestros del Derecho.....	14
CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN A LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO	
Introducción.....	15
1.1 La Convención Belem do Pará.....	16
1.2 Definición de violencia.....	17
1.3 Marco protectorio de los derechos de las mujeres.....	18
1.4 Obligaciones internacionales del Estado argentino.....	19
1.5 Mecanismos Interamericanos de Protección.....	21
1.6 La Comisión Interamericana de Mujeres: objeto, funciones y competencias.....	21
1.7 La Ley 26.485.....	23
1.8 Diferencias con el régimen establecido en la Ley 24.417.....	24
1.9 Definición y modalidades de las violencias contra las mujeres.....	25
1.10 Marco protectorio de los derechos de las mujeres.....	26
1.11 Principios rectores de las políticas públicas en la materia.....	27
1.12 Consejo Nacional de la Mujer: objeto, funciones y competencias.....	28
1.13 Observatorio de la Violencia contra las Mujeres: objeto, funciones y competencias.....	29
Conclusión.....	30

CAPÍTULO 2: LA FIGURA DE FEMICIDIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO

Introducción.....	32
2.1 La figura de femicidio en el ordenamiento jurídico argentino.....	33
2.2 La Ley 26.791.....	36
2.2.1 Inciso 11: Femicidio / Feminicidio.....	39
2.2.2 El bien jurídico protegido.....	41
2.2.3 Bien jurídico tutelado.....	45
2.2.4 Tipo objetivo.....	46
2.2.5 Tipo subjetivo.....	47
2.2.6 Sujetos activos y pasivos.....	48
Conclusión.....	49

CAPÍTULO 3: DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA FIGURA DE FEMICIDIO

Introducción.....	51
3.1 Críticas a la figura.....	52
3.2 ¿Sexualización de la respuesta punitiva?.....	56
3.3 Identidad de género autopercebida y femicidio.....	59
3.4 La intersexualidad y el derecho a la identidad de género dentro del ámbito legal argentino.....	62
Conclusión.....	68
Conclusiones finales.....	69
Propuesta.....	72
Bibliografía.....	73
Doctrina.....	73
Jurisprudencia.....	73
Legislación.....	74
Nota de supervisión del Tutor.....	77

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

Dedico el presente trabajo a mi hija Isabella Amani, mi pilar fundamental, quien con su apoyo y amor incondicional me da la fortaleza para cumplir mis metas. Con su corta edad ha sido mi motivación y sostén para no rendirme y llegar a ser un ejemplo en su vida.

También quiero dedicar este trabajo y agradecerles a mis padres quienes siempre me apoyaron incondicionalmente y me motivaron constantemente para seguir adelante, sin duda sin ellos no hubiese sido posible y muchos de mis logros se los debo a ellos.

Agradezco a mi compañero de vida Sergio, quien con su paciencia y templanza me acompañó desde el primer día al último, siendo una parte fundamental en el transcurso de cada año de la carrera, quien me enseñó que todo es posible con esfuerzo y dedicación sin importar las trabas que se presenten.

A su madre Isabel, un eterno gracias por haber estado a mi lado cada vez que la necesité y que de alguna u otra manera ha contribuido para el logro de mis objetivos.

A mis compañeros y amigos de la facultad con quienes compartí conocimientos, momentos alegres y otros no tanto a lo largo de la cursada brindándome su ayuda desinteresada frente a cada obstáculo a lo largo de éstos años.

Un eterno agradecimiento a los profesores de ésta Universidad por sus conocimientos, paciencia y enseñanza con el objetivo de formarnos como profesionales con responsabilidad.

Por último quiero agradecer especialmente a mi tutor el Dr. Hernán Moyano por su apoyo, criterio, dedicación, predisposición y por guiarme en el presente trabajo. Ha sido un privilegio para mí poder contar con su ayuda.

ACEPTACION DE TUTORIA

Autoridades de la Carrera de Abogacía

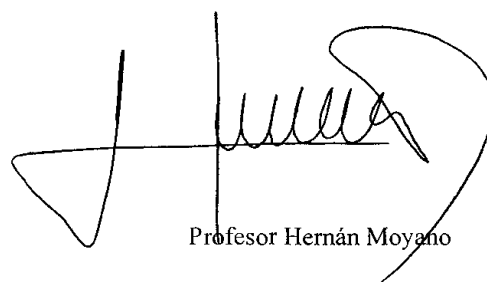
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Abierta Interamericana

S _____ / _____ D

Por medio de la presente como docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas acepto ser el tutor del trabajo final con modalidad de discusión teórica titulado **“LA DESPROTECCION DE LA PERSONA AUTOPERCIBIDA FEMENINO EN LA FIGURA DEL FEMICIDIO”** de la alumna XIMENA SOLEDAD DEZARLO para la obtención del Título de Abogado.-

Sin otro particular, Saludo Atte.-



Profesor Hernán Moyano

**RE: solicitud de la aceptación de la reserva del tema trabajo final
Abogacia**

Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>

Mar 22/9/2020 21:27

Para: ximena dezarlo <ximena1986@hotmail.com.ar>; Laje, Alejandro <Alejandro.Laje@UAI.edu.ar>; Meza, Emiliano <Emiliano.Meza@UAI.edu.ar>

CC: Cespedes, Viviana Elisabet <Viviana.Cespedes@UAI.edu.ar>

Procedo a registrarlo. Atte

De: ximena dezarlo <ximena1986@hotmail.com.ar>

Enviado el: martes, septiembre 22, 2020 9:13 PM

Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>; Laje, Alejandro <Alejandro.Laje@UAI.edu.ar>; Meza, Emiliano <Emiliano.Meza@UAI.edu.ar>

Asunto: solicitud de la aceptación de la reserva del tema trabajo final Abogacia

ATENCIÓN: Este email proviene de un origen externo a la institución. No ingrese a links y tampoco abra archivos adjuntos en el mismo, salvo que Ud. conozca a la persona que se lo envía y sepa que el contenido es seguro.

Secretaría Técnica de la Carrera de Abogacía
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Abierta Interamericana

Estimada Marilina Miceli:

Por la presente en calidad de alumna de quinto año de la carrera Abogacía sede Castelar me dirijo a usted con el fin de reservar el tema de mi Trabajo Final para la obtención del Título Universitario que será presentado en 2021. El mismo será: " LA DESPROTECCION DE LA PERSONA AUTOPERCIBIDA FEMENINO EN LA FIGURA DEL FEMICIDIO" bajo la modalidad de DISCUSION TEÓRICA tal como lo permite el Reglamento Marco para el Trabajo Final de Carreras de Grado de la Universidad bajo la tutoría del profesor universitario Hernán Moyano.

A la espera de su contestación,
la saluda cordialmente,

Ximena Soledad Dezarlo
D.N.I. 32.437.426

Universidad Abierta Interamericana

UAI - CASTELAR - 20/01/2021

Estado de Situación del Alumno

Página 1 de 2

Dezarlo, Ximena Soledad (A0950006531-J1) UN N J1 5 A

Guarani 2169, HAEDO, Buenos Aires, Argentina, C.P. 1706

Teléfono: (CEL) 1549402716; (HOG) 46500793

Documento: DNI - 32437426

Citade

Nacido en: Argentina

Fecha de Nacimiento: 22/05/1986

(J1 18) ABOGACIA (Ingreso: 01/04/2016)

Título Secundario: BACHILLER MODALIDAD EN CIENCIAS NATURALES - Egresado en: 2003

Certif. Analítico Secundario: Entregado legalizado

ASIGNATURAS RENDIDAS

Añ	Asignatura	Descripción	Nota	Fecha	Homologación	Inst. Origen	Campus	Lib	Foli	RT
1	J115 01	INTRODUCCIÓN AL DERECHO	5.00	2016-08-01		-	095	35	048	
1	J115 02	DERECHO POLÍTICO	9.00	2016-08-04		-	095	35	076	
1	J115 03	PROBLEMÁTICA DEL MUNDO ACTUAL	7.00	2016-08-02		-	095	35	058	
1	J115 04	INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO CIEN	9.00	2016-08-10		-	095	35	119	
1	J115 05	TALLER DE INFORMÁTICA I	7.00	2016-08-04		-	095	35	077	
1	J115 06	DERECHO, LITERATURA Y LENGUAJE	6.00	2016-12-14		-	095	35	163	
1	J115 07	DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	7.00	2016-12-16		-	095	35	179	
1	J115 08	TEORÍA DEL DERECHO	8.00	2018-03-12		-	095	37	67	
1	J115 09	SUJETO Y SOCIEDAD	8.00	2016-12-13		-	095	35	155	
1	J115 10	TALLER DE INFORMÁTICA II	7.00	2016-12-15		-	095	35	169	
1	J118 01	INTRODUCCIÓN AL DERECHO	5.00	2016-08-01	RCS N°: J1185/18	UAI	-	35	048	
1	J118 02	PROBLEMÁTICA DEL MUNDO ACTUAL	7.00	2016-08-02	RCS N°: J1185/18	UAI	-	35	058	
1	J118 03	TEORÍA DE LA PERSONA Y DEL HECHO	10.00	2017-08-07	RCS N°: J1185/18	UAI	-	36	115	
1	J118 04	INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO CIEN	9.00	2016-08-10	RCS N°: J1185/18	UAI	-	35	119	
1	J118 05	TALLER DE INFORMÁTICA I	7.00	2016-08-04	RCS N°: J1185/18	UAI	-	35	077	
1	J118 06	DERECHO POLÍTICO	9.00	2016-08-04	RCS N°: J1185/18	UAI	-	35	076	
1	J118 07	TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES	10.00	2017-12-21	RCS N°: J1185/18	UAI	-	-	-	
1	J118 08	TEORÍA DEL DERECHO	8.00	2018-03-12	RCS N°: J1. 2600/19	UAI	-	37	067	
1	J118 09	SUJETO Y SOCIEDAD	8.00	2016-12-13	RCS N°: J1185/18	UAI	-	35	155	
1	J118 10	TALLER DE INFORMÁTICA II	7.00	2016-12-15	RCS N°: J1185/18	UAI	-	35	169	
2	J115 11	DERECHO ROMANO	9.00	2017-08-02		-	095	36	088	
2	J115 12	INTERPRETACIÓN DEL DERECHO	9.00	2017-08-01		-	095	36	079	
2	J115 13	GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DER	9.00	2017-08-04		-	095	36	104	
2	J115 14	TEORÍA DE LA PERSONA Y DEL HECHO	10.00	2017-08-07		-	095	36	115	
2	J115 15	INGLÉS I	9.00	2018-03-14		-	095	37	074	
2	J115 16	MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN	7.00	2017-12-13		-	095	36	185	
2	J115 17	DERECHO CONSTITUCIONAL, REPRESENTACIÓN	10.00	2017-12-11		-	095	36	166	
2	J115 18	DERECHO PENAL I	6.00	2017-12-19		-	095	37	027	
2	J115 19	TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES	10.00	2017-12-21		-	093	26	173	
2	J115 20	ECONOMÍA POLÍTICA	10.00	2017-12-13		-	095	36	186	
2	J118 11	DERECHO ROMANO	9.00	2017-08-02	RCS N°: J1185/18	UAI	-	36	088	
2	J118 12	DERECHO, LITERATURA Y LENGUAJE	6.00	2016-12-14	RCS N°: J1185/18	UAI	-	35	163	
2	J118 13	GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DER	9.00	2017-08-04	RCS N°: J1185/18	UAI	-	36	104	
2	J118 14	DERECHO DE DAÑOS	10.00	2018-08-03		-	095	37	135	
2	J118 15	INGLÉS I	9.00	2018-03-14	RCS N°: J1- 1676/18	UAI	-	37	074	
2	J118 16	NOCIONES DE DERECHO COMERCIAL	7.00	2018-08-02		-	095	37	123	
2	J118 17	MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN	7.00	2017-12-13	RCS N°: J1185/18	UAI	-	36	185	
2	J118 18	DERECHO CONSTITUCIONAL, REPRESENTACIÓN	10.00	2017-12-11	RCS N°: J1185/18	UAI	-	36	166	
2	J118 19	DERECHO PENAL I	6.00	2017-12-19	RCS N°: J1185/18	UAI	-	37	027	
2	J118 20	TEORÍA GENERAL E INTERPRETACIÓN DE	5.00	2018-08-07		-	095	37	153	
2	J118 21	ECONOMÍA POLÍTICA	10.00	2017-12-13	RCS N°: J1185/18	UAI	-	36	186	

ASIGNATURAS RENDIDAS

Añ	Asignatura	Descripción	Nota	Fecha	Homologación	Inst. Origen	Campus	Lib	Foli	RT
2	J118 22	INGLÉS II	10.00	2020-03-25		-	091	88	47	
3	J104 81	CRIMINOLOGÍA	9.00	2018-12-14	J118 30 Optativa	-	096	26	24	
3	J118 23	CONTRATOS. PARTE ESPECIAL	5.00	2018-08-07		-	095	37	154	
3	J118 24	DERECHO PENAL II	4.00	2018-07-30		-	095	37	097	
3	J118 25	DERECHO PROCESAL. PARTE GENERAL	8.00	2018-08-09		-	095	37	181	
3	J118 26	INSTITUCIONES JURÍDICAS ARGENTINA	10.00	2018-07-30		-	095	37	098	
3	J118 27	DERECHO ADMINISTRATIVO I	8.00	2018-08-01		-	095	37	117	
3	J118 28	INTERPRETACIÓN DEL DERECHO	9.00	2017-08-01	RCS N°: J1185/18	UAI	-	36	079	
3	J118 29	DERECHO ADMINISTRATIVO II	7.00	2018-12-12		-	095	38	026	
3	J118 31	DERECHOS REALES I	6.00	2018-12-13		-	091	83	164	
3	J118 32	DERECHO DEL TRABAJO	6.00	2018-12-20		-	095	38	092	
3	J118 33	TALLER DE INTEGRACIÓN: CLÍNICA JUR	10.00	2018-12-17		-	095	38	060	
4	J118 34	DERECHOS REALES II	9.00	2019-08-01		-	091	85	132	
4	J118 35	DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL	8.00	2019-08-07		-	095	39	36	
4	J118 36	DERECHO SOCIETARIO Y CARTULAR	8.00	2019-08-01		-	095	38	195	
4	J118 37	DERECHO PROCESAL PENAL	9.00	2019-08-02		-	095	39	005	
4	J118 38	DERECHO EXTRA PATRIMONIAL DE FAMILIA	10.00	2019-07-29		-	095	38	169	
4	J118 39	DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	8.00	2019-08-08		-	095	39	45	
4	J118 40	DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	7.00	2016-12-16	RCS N°: J1185/18	UAI	-	35	179	
4	J118 41	DERECHO PATRIMONIAL DE FAMILIA	8.00	2019-12-12		-	095	39	95	
4	J118 42	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA	10.00	2019-12-09		-	095	39	65	
4	J118 43	DERECHO SUCESORIO	10.00	2019-12-12		-	095	39	96	
4	J118 44	TALLER DE INTEGRACIÓN: CLÍNICA JUR	9.00	2019-12-10		-	095	39	75	
5	J118 45	CONCURSOS Y QUIEBRAS	8.00	2020-07-27		-	095	39	193	
5	J118 46	ORALIDAD EN LOS PROCESOS	8.00	2020-07-29		-	095	40	09	
5	J118 47	DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO	9.00	2020-07-31		-	095	40	32	
5	J118 48	RÉGIMEN LEGAL DE LOS RECURSOS N°	7.00	2020-07-28		-	095	40	03	
5	J118 49	ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	5.00	2020-07-29		-	095	40	10	
5	J118 50	TALLER DE TRABAJO FINAL I	8.00	2020-07-27		-	095	39	194	
5	J118 51	FILOSOFÍA DEL DERECHO	7.00	2020-12-18		-	090	41	10	
5	J118 52	DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	8.00	2020-12-10		-	095	40	99	
5	J118 53	DEBERES DEL ABOGADO	7.00	2020-12-16		-	091	-	-	
5	J118 54	DERECHO AMBIENTAL Y DESARROLLO SUSTENTABLE	9.00	2020-12-14		-	095	40	112	
5	J118 55	TALLER DE TRABAJO FINAL II	8.00	2020-12-14		-	095	40	113	
5	J118 56	PRÁCTICA PROFESIONAL SUPERVISADA	9.00	2020-12-22		-	091	-	-	

ASIGNATURAS PENDIENTES

Año	Etap	Asignatura	Descripción
5	2	J118 57	TRABAJO FINAL

Fecha de última asignatura: 22 de Diciembre de 2020

Promedio: 8.02 (ocho con 02/100). No se consideran aplazos.

Promedio: 8.02 (ocho con 02/100). Se consideran aplazos.


FABIAN CAVECCHI
 Director
 Localización Castelar
 UNIV. ABIERTA INTERAMERICANA

INTRODUCCIÓN

Justificación, Objetivos y Planteo del problema

En los últimos años se ha tomado conciencia de la gran problemática que implica la violencia ejercida contra las mujeres, la cual a su vez adopta múltiples formas. Así las cosas, se han dado a conocer los innumerables casos de violencia que terminan en la muerte de la mujer.

Es por ello que para asegurar los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica de las mujeres, se han implementado diversas medidas, entre ellas, se incluye el dictado de normas penales destinadas a agravar la pena que se cometa en un contexto de violencia de género.

Así, en el 2009 se sancionó la ley 26.845, de protección integral a la mujeres, y en el 2012, la ley 26.791, la cual introdujo una serie de modificaciones en la tipificación de los homicidios calificados en el Código Penal, incorporando como inciso 11 la figura del femicidio. El Art. 80 inc. 11 dispone que: *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género”*.

A diferencia de la definición internacional, el Código Penal Argentino, hace referencia a la violencia cometida por hombres contra mujeres. En este sentido cabe preguntarse si el Código Penal hace referencia a una definición biológica o de género, y en este caso no termina de quedar claro si dentro del tipo normativo se encuentran incluidas las personas autopercebidas como mujer.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder si de acuerdo a los fundamentos del artículo 80, inciso 11, del Código Penal y de su interpretación auténtica, se encuentra contemplado dentro del tipo penal a las personas autopercebidas como mujer como sujetos pasivos del delito.

Es pertinente destacar que en los últimos años en varios casos, la jurisprudencia ha considerado que el homicidio de una víctima autopercebida mujer es considerado femicidio. Entre ellos se destacan el fallo de la justicia de la Provincia de Salta que el 26 de septiembre de 2016, resolvió sobre el homicidio de una mujer trans como un femicidio, enmarcando el crimen en el contexto de la violencia de género. Gimena fue atacada por dos hombres a los que conocía, que luego le sacaron sus pertenencias y la arrojaron a un canal. Murió en el hospital, al que fue trasladada luego de ser rescatada por personal policial y bomberos y donde fue intervenida quirúrgicamente. El ataque fue presenciado por un niño, que posteriormente testificó. Fueron ese testimonio y las imágenes obtenidas de cámaras de seguridad, que mostraban la plaza donde solían

encontrarse, entre otras personas, los atacantes y Gimena, las pruebas que permitieron a las juezas considerar que habían sido los acusados los co-autores responsables del crimen.

Máxime, las juezas entendieron que el crimen de Gimena fue un homicidio agravado, encuadrado en la figura penal descripta por el artículo 80, inciso 11 del Código Penal, que establece que *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: (...) 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género”*.

En efecto, el tribunal realizó una lectura y análisis contextualizados de los hechos, y sostuvo que el ataque a Gimena estuvo motivado por estereotipos de género y por causas sistémicas que colocan a las mujeres trans en una situación de vulnerabilidad cuando se trata de la violencia de género. Para categorizar este hecho como femicidio las juezas consideraron necesario dar cuenta de la femineidad de Gimena, relatando que ella había obtenido recientemente su identidad como mujer (en realidad, lo que había obtenido era su DNI y partida de nacimiento con su identidad autopercebida y su nombre), y que la víctima era tratada como mujer por su entorno, su familia y sus amigos, desde hacía muchos años. El niño testigo y los dos homicidas se refirieron a ella como mujer. Las juezas mencionan que Gimena se sentía mujer, se vestía y actuaba como tal. Es esa justificación, junto a la introducción de conceptos como los de género o desigualdad estructural, la que, para las juezas, permite sostener que Gimena era una mujer y que, por lo tanto, su homicidio fue un femicidio.

Las juezas introdujeron la noción de género, afirmando que:

La identidad de una persona está compuesta por una parte inmutable como son las huellas dactilares o el genoma humano, y otra parte mutable, dinámica como es el fluido de la personalidad constituida por las características de cada persona. Cada ser humano se percibe asimismo como hombre o mujer, o de una manera menos convencional poniendo un límite al paradigma que durante siglos dominó en la distinción de la sexualidad (varón-mujer) (...) la ley de identidad de género se presenta como una garantía para evitar toda clase de discriminación de grupos históricamente marginados. Existe un sexo biológico que portamos desde el nacimiento y el género que es la construcción social, el plan de vida que se elige, que es autorreferencial. Lo biológico no es elegido, sino dado y el género se construye sobre la base de nuestro deseo que se proyecta en la constitución subjetiva y así debe ser reconocido.

En congruencia con el fallo anterior, también es pertinente mencionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Azul Rojas vs. Perú, del 12 de marzo de 2020. Este caso

se relaciona con la alegada privación de libertad ilegal, arbitraria y discriminatoria de Azul Rojas Marín el 25 de febrero de 2008 en razón de su orientación sexual o expresión de género, así como la alegada violación sexual de la que habría sido víctima mientras estuvo detenida. El caso también se relaciona con la indebida investigación de los hechos y las afectaciones al derecho a la integridad personal que estos hechos habrían generado a la madre de Azul Rojas Marín. La Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado demandado y le ordenó cumplir diversas medidas de reparación.

Por lo expuesto anteriormente es que urge investigar sobre una variante que el Código Penal no ha tenido en cuenta al regular la figura del femicidio como agravante, producto de las modificaciones que introdujo la ley 26.791. Así, la relevancia jurídica de esta investigación es esclarecer los puntos grises o poco claros que presenta esta normativa.

El objetivo general de esta investigación radica en analizar el régimen legal del femicidio como agravante en el Código Penal y determinar si en él se encuentran desprotegidas aquellas personas, autopercebidas como mujeres.

Mientras que, como objetivos específicos se apuntará a examinar la figura del Femicidio, su origen, requisitos formales y características esenciales; analizar las etapas o ciclos de la violencia de género; describir los antecedentes legislativos nacionales; analizar las posturas doctrinarias de la regulación en la ley de violencia de Género (26.485), la Ley 27.981 y la consecuente incorporación del femicidio en el Código Penal (Artículo 80 Inc. 11); evaluar las falencias e incompatibilidades que presenta la figura del femicidio en relación a la autopercepción del género en el caso de transexuales; y analizar cómo es la regulación del femicidio en el derecho comparado.

La hipótesis que motiva el presente trabajo radica en afirmar, que: *“Conforme el texto del artículo 80, inciso 11 del Código Penal Argentino, existe una clara desprotección hacia las personas autopercebidas como mujeres, en el supuesto de ser víctima de un “femicidio”, debido a que la letra de la norma se encuentra específicamente arraigada a las mujeres desde el aspecto biológico, excluyendo al colectivo de personas autopercebidas del género femenino y generando una vulneración a los derechos consagrados de estas personas, en la ley de identidad de género.”*

Retomando a la figura de femicidio, debe resaltarse que se trata de un tipo penal específico, motivo por el cual debe contemplar todos los casos posibles y enunciarlos a efectos de evitar analogías. Asimismo, y al tratarse de un tipo penal no puede acudirse a la interpretación, por ende, no puede analizarse lo que el legislador intentó plasmar en la norma vigente, sino lo que la misma indica y lo que surge de su literalidad.

Ahora bien, respecto del tipo de investigación, se utiliza el tipo descriptivo y exploratorio, a la vez que se asume una estrategia metodológica cualitativa. Para realizar la presente investigación la técnica es la observación de datos y de documentos para poder contrastar las diversas posiciones y los cambios que hubo en términos de legislación de violencia de género y femicidio.

En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizan las estrategias de análisis documental y de contenido, en cuanto que las mismas nos permiten interpretar los fallos y la situación de la legislación en torno a la violencia de género y femicidio.

Esta discusión teórica, si bien toma como centro de análisis la situación jurídica a partir de la sanción de la reforma de la Constitución Nacional, se considerará la evolución en materia de concepción jurídico-penal que hubo en la legislación y jurisprudencia Argentina en torno a la cuestión en la última década.

En lo concerniente a los niveles de análisis, la investigación toma como referencia la jurisprudencia nacional, y la legislación nacional. También se toma como referencia la legislación de otros Estados al momento de analizar cómo se ha compatibilizado un marco constitucional similar al nuestro con la legislación en torno a los femicidios.

Se utilizarán como fuentes, las primarias, secundarias y terciarias. Como fuente primaria, se analizará principalmente el Código Penal, la Constitución Nacional y sus Tratados con rango constitucional; también fallos y sentencias de diferentes tribunales, en especial de la Corte Suprema de Justicia, cámaras y juzgados nacionales y provinciales. Mientras que como fuentes secundarias, se abordarán textos que fijen posiciones doctrinarias sobre el tema tratado, también comentarios a fallos y artículos de revistas especializadas en derecho. Y, finalmente, como fuentes terciarias, se consultarán específicamente libros o manuales que expliquen y analicen las diversas posiciones doctrinarias sobre la materia.

El presente trabajo de investigación se dividirá en tres capítulos. El Capítulo I analizará los aspectos generales de la protección a la mujer en nuestra legislación nacional, y la legislación internacional en materia de género. El Capítulo II abordará la figura del femicidio en nuestro Código Penal, y la ley de identidad de género, cómo se relacionan y cuáles son los bienes jurídicos protegidos.

El Capítulo III analizará el debate doctrinario respecto de la mencionada figura, las críticas inherentes a su sanción y cómo se relaciona con la identidad de género autopercebida. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

APARTADO CICLO DE CONFERENCIAS MAESTROS DEL DERECHO

En la Conferencia dictada por el Dr. Julio Maier (15-07-2015), el Dr. ha expuesto un tópico importante, susceptible de ser relacionado con la temática de este trabajo:

- ❖ “La demora o la rémora de la administración de justicia es un problema nuestro de los juristas, pero no sólo nuestro”. Esta frase pronunciada por el Dr. Maier durante la Conferencia se relaciona con el tema en estudio en sentido de que la demora en administrar justicia (en este caso incluir la figura de femicidio en el Código Penal Argentino) constituye una problemática en donde no sólo es responsabilidad de los juristas, sino de todos los actores involucrados en la administración de justicia, incluido el Estado.

En la Conferencia dictada por el Dr. Vanossi (21-08-2013), el Dr. ha expuesto también un tópico importante, susceptible de ser relacionado con la temática de este estudio:

- ❖ “El derecho se demora, la justicia parece inalcanzable, los hechos se consuman, la jurisprudencia emite signos cambiantes, los pronunciamientos no siempre se cumplen y el pueblo o la sociedad en su conjunto se impacientan. Y por más que conjugue la tecnología en la aplicación de sus intenciones y sus requerimientos, la pulseada no está siempre definida pues el saldo va transmutándose con el cambio de las circunstancias”. Lo que afirma el Dr. Vanossi se puede trasladar al tema en estudio “La desprotección de la persona autopercebida femenino en la figura del femicidio” porque en este caso, existe una demora en el derecho pues existe una desprotección notoria de la persona autopercebida femenino, y aunque existen requerimientos por parte de la sociedad para que exista una protección en el Código Penal, aún la justicia se encuentra demorada en incluir a la persona autopercebida femenino como víctima de femicidio.

CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN A LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

Introducción

La cultura incide directamente en la creación de estereotipos y patrones, los cuales se ven orientados hacia la dominación del hombre sobre la mujer, sintiéndose por tanto dueño y señor de disponer de ella como un objeto más, sin tener en cuenta su personalidad, y su dignidad. En razón de ello, se han venido suscitando eventos de violencia que han traído como resultado la práctica de concepciones discriminatorias en virtud del género. Todo ello sin que instrumentos internacionales, que hacen expreso el reconocimiento de tales derechos, sean suficientes, por lo cual los estados han unido su voluntad de obligarse para protegerlos.

En este sentido, la igualdad ante la ley, el desenvolvimiento pleno de la personalidad, y el ejercicio de derechos civiles, políticos y económicos en paridad de condiciones entre hombres y mujeres, constituyen el principal reclamo de éste sector más vulnerable de la sociedad, el cual precisamente se encuentra victimizado y relegado a una situación de dominación frente a los hombres. Por lo tanto, ello hace que se produzcan movimientos de sublevación en contra de tales prácticas, demandando a los Estados la adecuación del ordenamiento jurídico, el cual ha recurrido a establecer discriminaciones sociales positivas, para el reconocimiento expreso de derechos de los cuales las mujeres son titulares, por medio de instrumentos legislativos especiales. Además de ello, previenen sanciones a los responsables de obstaculizar su ejercicio, con la finalidad de conseguir su erradicación.

Por tal motivo, los instrumentos internacionales con la finalidad de no estancarse en el mero reconocimiento de los derechos, han desarrollado mecanismos de protección y garantías a tales derechos, fortaleciendo el ejercicio de los mismos, empoderando a las mujeres a conquistar nuevos espacios anteriormente dominados sólo por hombres. Además de ello, los Estados adquieren el compromiso de desarrollar las políticas públicas que permitan la materialización de tales derechos, y en caso de que los mismos sean lesionados, les ofrece la oportunidad de reclamar la restitución de los mismos.

A continuación, se analizarán los principales tratados internacionales que se han abocado a la protección de los derechos y garantías de las mujeres, y cómo los mismo han impactado en nuestra legislación nacional.

1.1 La Convención Belem do Pará

Una convención internacional es un acuerdo auspiciado por una organización internacional, en la cual converge el consentimiento de dos o más Estados, con la finalidad de reconocer derechos y establecer sus obligaciones para garantizarlos. En este sentido, la Convención Belem do Pará¹ no es más que un instrumento de carácter internacional, cuya finalidad se centra en hacer una discriminación social positiva a favor de la mujer, con el objeto de ofrecer un marco protectorio de derechos, de los cuales las hace acreedoras. Todo ello basándose en el sexo femenino y su vulnerabilidad dentro de la sociedad, siguiendo estrictos patrones, costumbres, prácticas religiosas, sociales y hasta jurídicas.

Cabe destacar que, los altos índices de violencia hacia la mujer, dentro del continente americano causaron alarma entre los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), razón por la cual orientaron sus esfuerzos para desarrollar un instrumento de carácter internacional que garantice los derechos y las libertades individuales a las mujeres dentro del continente, con el objeto de erradicar la violencia y lograr el cese a la violación de derechos fundamentales en las mujeres.

Sin embargo, pese al desarrollo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer por la Organización de las Naciones Unidas² (ONU), en el año 1979, la cual ha sido suscrita y ratificada por la mayoría de los países del continente americano, la situación de los derechos de las mujeres dentro de los países de América ha ido en decadencia. Por lo tanto, se ha tornado parte de la cotidianidad la desigualdad de género (De Monserrat, 2011).

Es importante mencionar que, en la recomendación número 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se analizó las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979). Luego de ello, señaló al respecto que si bien dentro de la misma no se encuentra regulada explícitamente la violencia contra la mujer, se encontraba de forma implícita y abarcada entre sus disposiciones. Sin embargo, para el año 1991, un grupo de expertos de las Naciones Unidas, analizó los instrumentos internacionales vigentes en materia de derechos humanos, y llegó a la determinación de que no ofrecían una verdadera protección a las mujeres. Además de ello, no tipificaba los supuestos de las conductas que se consideran como violatorias de los derechos humanos de la mujer. Ello incentivó a los expertos a trabajar por un instrumento que reuniera tales especificaciones, por lo tanto

¹Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

²Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer por la Organización de Naciones Unidas. Ley 23.179. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de mayo de 1985.

presentaron el resultado de su trabajo a la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyos miembros la aprobaron bajo el título de Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, en el año 1993 (Rodríguez, 2009).

En vista de tal circunstancia, se requería dentro del continente americano un instrumento de dimensiones internacionales con una delimitación regional. En razón de ello, la Comisión Interamericana de la Mujer (CIM), perteneciente a la OEA se dispuso a trabajar en relación a una propuesta para brindar al continente un instrumento protectorio de los derechos y libertades fundamentales de la mujer. Así como también, el establecimiento de los deberes de los Estados miembros que la hayan suscrito y ratificado, por ser los Estados los principales responsables de garantizar la igualdad de los derechos y la prevalencia de la justicia, a sus administrados.

Esta propuesta fue presentada al pleno de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, aprobándola el 4 de junio de 1994, bajo el título de Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer³, también conocida como la Convención Belém do Pará, la cual se aprobó en la localidad de Brasil, resultando Bolivia y Venezuela los primeros países en ratificarla, siendo entonces un importante avance en materia de garantía de derechos, conllevando a los demás países seguir tal ejemplo, pues la violencia de género, afecta a todos por igual dentro de la sociedad. Asimismo, la Convención contempla veinticinco artículos, los cuales se encuentran organizados dentro de cinco capítulos, referidos a las definiciones, al ámbito de aplicación, los derechos que regula, las obligaciones de los Estados, los mecanismos adscritos a la Organización de Estados Americanos y las disposiciones generales (De Monserrat, 2011).

1.2 Definición de violencia

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁴, de la OEA, contempla una definición sobre la violencia, en el artículo 1⁵ que: 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. Ello significa que cualquier evento cuyo resultado fáctico sea la muerte de la mujer, o le cause un sufrimiento a nivel físico,

³Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

⁴Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

⁵Artículo 1 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

psicológico o sexual, será considerada como una forma de violencia, siempre que dicho evento se encuentre impulsado por el género, es decir, por el simple hecho de ser mujer.

Además de ello, contempla una clasificación dentro de las formas en las cuales puede materializarse la violencia, pues la misma puede ser, física, sexual o psicológica. La violencia física implica el uso de la fuerza, es decir, la agresión por medio de golpes, empujones, pellizcos, contusiones, lesiones, entre otras similares, que pueden perpetrarse en el cuerpo de la mujer y no sean de índole sexual. En este sentido, la violencia sexual no es más que la conminación a la mujer para tener relaciones sexuales sin que medie su consentimiento, tocamientos indecorosos no consentidos, la obligación para satisfacer los deseos sexuales del agresor, entre otras conductas similares de agresión sexual. Por último se encuentra la violencia psicológica, la cual se perpetra por medio de humillaciones, vejaciones, celos, chantajes, intimidaciones, descalificaciones y cualquiera otra conducta que con intención busque la afección de la psiquis (Rodríguez, 2009).

De igual manera, la Convención señala los ámbitos en los cuales puede consumarse la violencia, en el artículo 2⁶, se establece que la violencia es privada, cuando se produce desde el seno de la familia, dentro de la unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal aunque el agresor no viva con la víctima. Aunado a ello, se señalará que la violencia es pública, cuando la misma es ejercida por cualquier persona, llevándose a cabo en la comunidad, en el trabajo, en instituciones de salud, educativas o cualquier otra; y por último la violencia perpetrada o tolerada por el Estado.

1.3 Marco protectorio de los derechos de las mujeres

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁷, de la OEA de 1994, declara una serie de derechos irrestrictos de los cuales la mujer es acreedora en virtud de su género, con el objeto de prevenir los hechos violentos de las cuales las mujeres son víctimas. En los casos en los cuales se perpetren estos hechos dicho instrumento ofrece la posibilidad de que sean sancionados, para lograr de tal manera la erradicación o por lo menos disminuir la violencia contra la mujer, tan sólo por el hecho de ser mujer.

Por lo tanto, son muchos los bienes jurídicos protegidos por éste instrumento internacional, garantizando por lo tanto una serie de derechos inherentes a la personalidad del individuo y en especial a las mujeres, por la condición de su género y la vulnerabilidad a nivel social en la cual se

⁶ Artículo 2 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

⁷Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

encuentra. Por todo ello, los Estados miembros de la OEA, reconocieron el goce y ejercicio pleno de todos los derechos humanos y las libertades que consagran los instrumentos regionales e internacionales en materia de derechos humanos, así como la protección y tutela de éstos mismos derechos, siendo el Estado el principal responsable de su garantía.

De esta manera, entre los derechos consagrados se encuentra en la cúspide el derecho a la vida, asimismo se reconoce el derecho al respeto de su integridad física, psíquica y moral, a su libertad y seguridad personal, al respeto de su dignidad la cual es inherente a su persona, al respeto de su familia, a la igualdad ante la ley, al acceso a la justicia y a profesar cualquier credo. Así como también, a la igualdad de acceso en el mercado laboral, a no ser sometido a tratos crueles o degradantes.

De igual manera, se consagra el derecho a las mujeres a ser libres de cualquier forma de discriminación, el derecho a ser educadas bajo la libertad, sin necesidad de seguir patrones estereotipados de comportamiento, sea sustentado en prácticas sociales o culturales, relegándola a una posición de inferioridad o subordinación.

Por lo tanto, la mujer tiene el derecho a ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, consagrados dentro de los instrumentos de carácter nacional, regional e internacional, ello significa que éste instrumento no colide con el resto de las convenciones, tratados y declaraciones que reconocen los derechos a las mujeres por su condición. Por ende, se podría resumir que la mujer tiene derecho a la vida, al goce y al pleno ejercicio de la libertad de desenvolvimiento de su personalidad, de modo que no se vea empañada la esfera de libertades individuales que han sido reconocidas para la mujer. De esta manera, se considera que es importante que los instrumentos jurídicos de carácter nacional, regional o internacional, no sean tan sólo una mera declaratoria de derechos sino que a su vez los mismos contemplen los mecanismos que permitan su garantía y reclamo.

1.4 Obligaciones internacionales del Estado argentino

En este punto es importante mencionar que, para que esta Convención imponga obligaciones a los Estados parte en ella, requiere que los Estados hayan depositado su ratificación, pues la simple suscripción del mismo, no acarrea obligaciones. Por lo tanto, es imperioso que el Estado haya depositado su ratificación, pues ello permite que la Convención que fue auspiciada por una Organización internacional, pueda vigilar por medio de sus órganos, el cumplimiento de los preceptos y las disposiciones consagradas por la Convención. Esto hace que los derechos allí dispuestos sean no solamente un reconocimiento en letras de los derechos, sino que los mismos puedan ser reclamados.

Por su parte, el Estado Argentino desde el año 1996, en el cual ratificó la Convención, le son impuestos los deberes inherentes a la ratificación de la misma, en dimensiones generales las obligaciones del Estado Argentino se centran en un principio hacia la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. En razón de ello, deberá valerse de los medios idóneos, sin dilaciones indebidas que condicionen o supediten la garantía de los derechos de la mujer a alguna disposición unilateral del Estado, ya que la garantía de los mismos, contribuye a la materialización de los fines del Estado (De Monserrat, 2011).

Aunado a ello, el Estado deberá abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra las mujeres y velar porque los agentes del Estado cumplan con esta obligación, pues en caso contrario el artículo 2⁸ de la Convención lo señala como responsable en caso de tolerar dichos hechos; actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. En razón de ello, debe de incluir dentro de su ordenamiento jurídico, las normas que aseguren el cumplimiento de los objetivos de la Convención, así como la adecuación de cada una de las normas que colidan con lo en ella dispuesto. Así como también, adoptar medidas jurídicas que protejan efectivamente a las mujeres de sus agresores y brinden la posibilidad de garantizar la igualdad ante la ley, con el objeto de asegurar el acceso a la justicia y al debido proceso a las mujeres víctimas de violencia.

También, el Estado será responsable de garantizar progresivamente la promoción dentro de los diferentes sectores de la sociedad de la observancia del derecho a la mujer a una vida libre de violencia, diseñando programas de concientización. Además debe orientar sus esfuerzos para conseguir la modificación entre los patrones de conducta que vulneran los derechos de las mujeres, haciendo que se desarrollen dentro de estereotipos, dejando a la mujer en una situación de inferioridad. Asimismo, promover la educación y capacitación de los auxiliares de la justicia, para que sean desarrolladas y aplicadas las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra las mujeres, debe asegurar además servicios especializados para la atención de mujeres víctimas de violencia. También de alentar a los medios de comunicación para que elaboren directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra las mujeres, garantizar y promover estudios que permiten evidenciar la cantidad de mujeres víctimas de la violencia. Todo ello brindando una referencia estadística para desarrollar las políticas adecuadas (De Monserrat, 2011).

⁸ Artículo 2 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Pará". Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

1.5 Mecanismos Interamericanos de Protección

Entre los mecanismos de protección que prevé la Comisión Interamericana de la Mujer (CIM), se encuentra el envío de informes nacionales, con el objeto de ofrecer a la CIM la información sobre las medidas adoptadas por el Estado para prevenir, sancionar y erradicar la violencia dentro del país, ofreciendo a la mujer asistencia en caso de ser una víctima. Dicho informe debe ser integral es decir, que debe presentar la información completa, evidenciando no sólo los avances que dichas medidas adoptadas por el país han tenido en materia de violencia, sino que además debe señalar los obstáculos que impiden lograr la prevención de la violencia. Así como también, debe indicar cuáles son los factores que contribuyen a su aparición.

Por lo tanto, tanto los Estados partes como la CIM, podrán exigir a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la interpretación sobre la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, a fin de ofrecer claridad, sobre el espíritu y alcance de la misma. De igual manera, brinda la posibilidad de que la víctima, o un grupo de ellas, una organización no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puedan presentar denuncias y quejas por violación a los deberes del Estados, contemplados en la Convención. Ello significa que cualquier mujer que haya sido víctima, un grupo de ellas o una organización no gubernamental reconocida, se encuentra legitimada activamente para exigir administración de justicia, por lo cual le reclama al Estado el cumplimiento de los deberes de primer orden. Las peticiones presentadas ante la Corte, deberán cumplir con las formalidades que exige la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Estatuto y el reglamento de la Comisión.

Lo anterior expuesto es un mecanismo de protección realmente importante, pues constituye una verdadera protección el hecho de poder reclamar el cumplimiento de los deberes de los Estados, pues eso es lo que permite mantener la garantía de los derechos y la efectividad de la Convención, es decir, la posibilidad de dirigir sus peticiones y denuncias a una Corte de competencia Internacional. Por tanto, en caso de no existir esta posibilidad la Convención tan sólo sería una serie de derechos reconocidos, pero cuyo ejercicio no podría ser restituido por no contar con un mecanismo de protección efectivo, capaz de garantizar los derechos allí consagrados. Por ende, sería un instrumento jurídico internacional de aplicación imperfecta.

1.6 La Comisión Interamericana de Mujeres: objeto, funciones y competencias

La Comisión Interamericana de Mujeres, fue creada en el año 1928, con el objeto de constituir un órgano intergubernamental adscrito a la OEA, capaz de asegurar no sólo el reconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres, sino que al mismo tiempo emplee su

esfuerzo en vigilar el respeto al ejercicio de los mismos. Asimismo, se encuentra compuesta por delegadas, una por cada Estado miembro de la Organización de Estados Americanos, las cuales son elegidas por los gobiernos y se congregan en un foro con carácter de Asamblea cada dos años. Dicha Asamblea cuenta con un Comité Directivo, guiado por siete miembros, que se reúne una o dos veces al año para discutir y resolver cuestiones rutinarias, siendo la Asamblea de las delegadas, la máxima autoridad de la Comisión Interamericana de Mujeres. De igual manera, es la responsable de aprobar, los planes y programas de trabajo de la CIM. Cabe destacar que del esfuerzo de dicha Comisión resulta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁹ de 1994, pues fueron los responsables de presentar el proyecto a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Esto se traduce en el esfuerzo de la materialización de un instrumento jurídico internacional que es referencia.

Entre las funciones de la misma se encuentran, apoyar a los Estados miembros de la OEA, que así lo soliciten, en el cumplimiento de los deberes adquiridos a nivel internacional e interamericano, en materia de derechos humanos, de mujeres, equidad e igualdad de género. Asimismo, apoya los esfuerzos de los mismos, para promover el acceso, la participación, la representación, el liderazgo y la incidencia de las mujeres en el ámbito civil, político, económico y social. Dicha Comisión también es responsable de promover la participación y el liderazgo de las mujeres, debe además trabajar en el asesoramiento de la OEA, en materia de derechos de las mujeres y la igualdad de género (Rodríguez, 2009).

Igualmente, la Comisión Interamericana de Mujeres debe colaborar con los Estados miembros, organizaciones internacionales, grupos de la sociedad civil, la academia y el sector privado con el objeto de apoyar los derechos de las mujeres. Además de ello, debe presentar un Informe anual ante la Asamblea General de la OEA, sobre el trabajo de la CIM, incluyendo aspectos relevantes del mismo, los obstáculos que enfrenta y los retos que se plantea, denunciar asuntos de especial preocupación y dirigir a los Estados miembros sus recomendaciones.

También, debe contribuir al desarrollo de la jurisprudencia internacional, sobre los derechos de las mujeres y la igualdad de género, fomentar la elaboración de instrumentos interamericanos para el reconocimiento de las mujeres, y promover la adopción o adecuación de medidas de carácter legislativo para eliminar cualquier forma de discriminación contra las mujeres (Rodríguez, 2009).

⁹Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

1.7 La Ley 26.485

La Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres¹⁰ en los ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales, entró en vigencia en Abril de 2009. La misma entra en vigencia en todo el territorio nacional, sin que deban los estados provinciales regular de nuevo la materia, dejándoles a éstos únicamente las disposiciones de carácter procedimental. Ello se debe a que la misma es competencia de cada una de las jurisdicciones, sin embargo, pueden adherirse al proceso establecido en esta Ley.

De igual modo, las disposiciones en ella contenidas son de orden público, por lo tanto no pueden ser relajadas por los particulares o por los gobiernos locales, la misma busca brindar a la mujer una protección integral ante la violencia. De esta manera, no queda circunscrito dicho supuesto de violencia tan sólo a la perpetración dentro del hogar doméstico, sino que la misma se orienta a prevenir, sancionar y erradicar la violencia de forma transversal, es decir, abarcando todos los ámbitos de la vida, y en todos los ámbitos en los que se desarrollen sus relaciones interpersonales.

Por lo tanto, es una Ley que sustenta su objeto en hacer una discriminación de manera positiva con la finalidad de brindar protección a las mujeres por ser consideradas las mismas como vulnerables en relación a los hombres, debido a que la cultura de género dentro de la sociedad, ha ido creando barreras y estableciendo estereotipos. Estos estereotipos conllevan a posicionar a la mujer en un lugar de inferioridad y supeditación en relación a los hombres. De igual manera, ofrece una definición mucho más amplia sobre la violencia que tipifica otros tipos de violencia no descritos ni tipificados por la Convención de Belem do Pará¹¹ adicionando la violencia física, sexual y psicológica, la violencia económica y patrimonial referida a materializar un menoscabo dentro de los recursos económicos de la mujer y la violencia simbólica. Esta se refiere a los patrones de conducta estereotipados, que dentro de la sociedad transmiten dominación, discriminación y desigualdad en perjuicio de las mujeres, profundizando en la tipificación de las modalidades de la violencia.

Además de ello, esta norma dispone la creación de un órgano administrativo bajo el nombre de Consejo Nacional de la Mujer para que se encargue de promover, diseñar y aplicar políticas públicas que se orienten hacia la consecución de los fines trazados dentro de la Ley. Al mismo tiempo dispone la creación también de un Observatorio de la Violencia contra las Mujeres con la

¹⁰Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

¹¹Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

finalidad de monitorear la situación de la violencia contra la mujer. En este sentido, desarrolla sobre tal problemática un sistema de información que brinda una referencia para el desarrollo de las políticas públicas efectivas en pro de la prevención, la sanción y la erradicación de la violencia contra las mujeres.

1.8 Diferencias con el régimen establecido en la Ley 24.417

La principal diferencia entre el régimen propuesto por la Ley 24.417¹² y la Ley 26.485¹³ estriba en principio en su ámbito de aplicación, pues las disposiciones contenidas en la Ley 24.417¹⁴ se orientan a garantizar la protección a la mujer dentro del hogar doméstico. Ello significa que su espíritu y alcance se dirigen a brindar protección contra la violencia dentro de su hogar doméstico, quedando por lo tanto una serie de supuestos de hecho no regulados, que también constituyen una violación importante a ese cúmulo de derechos irrestrictos inherentes a la personalidad de la mujer.

En este sentido, la Ley 24.417¹⁵ se limita en cuanto a los supuestos y a la protección que brinda a la mujer, pues no contempla otros ámbitos de la vida y de las relaciones interpersonales de la mujer que pueden ser los escenarios donde se desencadenen hechos de violencia en perjuicio de la mujer. De esta manera, la protección queda corta ya que pudieran suscitarse eventos de violencia que por no encontrarse previstos en una norma, queden impunes, es decir, sin sancionar faltando al derecho fundamental del acceso a la justicia y a sus órganos de administración. Esta norma además prevé que los estados provinciales deben dictar normas que protejan la dignidad de la mujer, y un marco regulatorio que le brinde protección ante la violencia intrafamiliar.

Por otro lado, la Ley 26.485¹⁶ dispone un amplio ámbito de aplicación, de modo que pueda ofrecer a la mujer una protección integral, es decir, en cada uno de los ámbitos en los cuales puedan producirse hechos de violencia que lesionen su integridad o personalidad. Con base a la transversalidad de los derechos fundamentales, la prenombrada Ley establece un marco de protección amplio, describiendo cada uno de los escenarios en los cuales puede materializarse la violación a sus derechos. De esta manera, tipifica no sólo los tipos de violencia de los cuales puede ser objeto la mujer, sino que además señala cada una de las modalidades en las cuales puede

¹²Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de diciembre de 1994.

¹³Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

¹⁴Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de diciembre de 1994.

¹⁵Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de diciembre de 1994.

¹⁶Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

presentarse, evitando que ciertos hechos o supuestos queden impunes, debido a la no regulación de los mismos.

Por último, la Ley 26.485¹⁷ entró en vigencia en todo el territorio de la Nación, sin que fuese necesario que cada uno de los estados provinciales se dispusiera a dictar leyes locales para la protección integral de la mujer, tan sólo dejándoles la competencia en materia procedimental. No obstante, pueden los estados optar a la aplicación del procedimiento previsto en la Ley 26.485¹⁸ dentro de sus jurisdicciones, ello evidencia el avance legislativo que constituye la entrada en vigencia de ésta ley que garantiza la protección de los derechos de la mujer, de forma transversal e integral.

1.9 Definición y modalidades de las violencias contra las mujeres

En primer lugar es importante mencionar que la Ley 26.485¹⁹ ofrece una protección integral a los derechos de la mujer gracias a la amplitud de su ámbito de aplicación, brindando una definición no sólo sobre la violencia y sus tipos sino que además ofrece una tipificación de las modalidades que pueden perpetrar una violación a los derechos fundamentales de la mujer. De igual manera, señala la violencia como toda conducta, acción u omisión, que en forma directa o indirecta, sea privada o públicamente, aprovechándose de una relación desigual, afectándola en su vida, libertad, su dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial. Además de ello, se agrega la violencia simbólica, señalando como posibles responsables de tal violación al Estado o sus agentes. Esto significa que la violencia puede ser cualquier conducta positiva o negativa directa o indirecta, pudiendo producirse en un sitio público o a nivel intrafamiliar, siendo aprovechada la situación de vulnerabilidad de la mujer, resultando lesionada en su integridad física, psicológica, moral y económica (Rodríguez, 2009).

En cuanto a las modalidades de la violencia, la Ley 26.485²⁰ describe cada uno de los tipos de violencia, señalando por tanto que se entiende por cada una de ellas, respecto a la violencia física se perpetra en perjuicio del cuerpo de la mujer, produciendo dolor, daño o el riesgo de producirlo, además de cualquier otra forma de maltrato, que pueda colocar en peligro su integridad física.

Por su parte, la violencia psicológica la describe como aquella que genera un daño emocional afectando la autoestima, perturbando el libre desarrollo de su personalidad, queriendo

¹⁷Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

¹⁸Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

¹⁹Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

²⁰Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

doblegarla en cuanto a sus creencias religiosas o políticas, valiéndose de amenazas, hostigamiento, humillación, deshonra, culpabilización, insultos, indiferencias, celos, chantajes y ridiculización.

Cabe destacar que, la violencia sexual implica la vulneración en todas sus formas al derecho de la mujer de consentir y decidir sobre su vida sexual o reproductiva, pudiendo haber acceso carnal, mediante la coerción, el uso de la fuerza, o la intimidación, existiendo la posibilidad de que la mujer denuncie la violación de su marido. Todo ello a pesar de que no estén casados, pues la mujer no es un objeto para satisfacer las fantasías sexuales. Dentro de éste tipo de violencia también se encuentra la prostitución forzada, la esclavitud, la explotación, el acoso y la trata de mujeres.

En cuanto a la violación económica, cuando se perpetre un daño a nivel patrimonial por medio de la perturbación en su posesión, la sustracción de sus bienes, la limitación de sus ingresos o el control de ellos, y por último la violación simbólica, la cual se materializa al llevar a cabo acciones u omisiones en perjuicio de la mujer basándose en los estereotipos de la cultura. De esta manera, relegan a la mujer a una situación de inferioridad y subordinación al hombre, es decir, todos aquellos símbolos, mensajes, íconos o signos que transmita patrones de dominación hacia la mujer, desigualdad y discriminación hacia la misma (Rodríguez, 2009).

1.10 Marco protectorio de los derechos de las mujeres

En relación al marco protectorio de la mujer, la Ley 26.485²¹ reúne una serie de derechos en aras de garantizar la protección a los derechos de las mujeres, siguiendo los preceptos de sus antecedentes legislativos a nivel internacional. Estos demandan a los Estados no sólo la adecuación de su ordenamiento jurídico para que sus disposiciones no colidan con los tratados, convenciones y declaraciones suscritas y ratificadas por la Nación, sino que además desarrollen una legislación especial para proteger a las mujeres. Todo ello con el objeto de que dichos derechos no sólo sean reconocidos, sino que además encuentren dentro de tales disposiciones la posibilidad de acceder a los órganos de administración de justicia, para que los mismos sean garantizados.

Además de ello, el artículo 3²² de la misma, establece que garantiza todos y cada uno de los derechos consagrados por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²³ de la ONU, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de la OEA, la Convención de los Derechos del

²¹Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

²²Artículo 3 de la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

²³Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

Niño, la Ley 26.061²⁴ de Protección Integral de los Derechos los Niños, Niñas y Adolescentes. De igual manera, enumera una serie de derechos que la misma reconoce para la garantía del libre desenvolvimiento de la personalidad de la mujer, en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Entre los derechos expresamente tutelados por el legislador, se encuentran el derecho a una vida sin violencia y sin discriminación, a la salud, a la educación y la seguridad personal, a la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial y el derecho al respeto de su dignidad. Así como también a decidir sobre su vida reproductiva, como el número de embarazos, y cuando tenerlos, todo ello de conformidad con lo dispuesto por la Ley 25.673²⁵.

Adicionalmente contempla el derecho a la intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento, derecho a recibir información y el asesoramiento adecuado al ser víctima de la violencia, derecho a la asistencia, la protección y la seguridad, al acceso a la justicia en los casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley. Asimismo, tendrá derecho la mujer a la igualdad ante la ley de oportunidades y de trato, es titular del derecho a un trato respetuoso para evitar la re-victimización de las mujeres que han sido víctimas de violencia. Esto constituye un avance en cuanto al reconocimiento de los derechos irrestrictos e inherentes a la personalidad de la mujer y su protección ofreciéndole además mecanismos que faciliten la restitución de los mismos ante los supuestos de violación de los derechos.

1.11 Principios rectores de las políticas públicas en la materia

Para garantizar la eficacia y la efectividad de las disposiciones de la Ley, la misma establece una serie de principios rectores de las políticas públicas en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. Debido a ello, en el artículo 7²⁶ se dispone la responsabilidad del Estado, en los tres poderes respecto de cada jurisdicción, con la finalidad de que adopten las medidas necesarias que coadyuven a garantizar la protección de toda la transversalidad de derechos reconocidos por la misma norma, a favor de la mujer.

Debido a lo antes expuesto, el Estado debe centrarse en la eliminación de la discriminación contra la mujer, para lo cual deberá adoptar las medidas y políticas tendientes a sensibilizar y concientizar a la sociedad, en lo tocante a la promoción de la igualdad de los derechos entre los hombres y las mujeres, disipando los patrones sociales que legitiman la violencia en contra de la mujer. Asimismo, deberá garantizarse la asistencia integral y de manera oportuna a las mujeres que han sido víctimas de la violencia, asegurándoles el acceso a los órganos de administración de justicia a fin de que dichos hechos sean sancionados, y los responsables afronten la comisión de los

²⁴Ley 26.061 de la Ley De Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.

²⁵Ley 25.673. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de noviembre de 2002.

²⁶Artículo 7 de la Ley 25.673. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de noviembre de 2002.

hechos. El acceso a la justicia debe ser brindado gratuitamente, de forma expedita y oportuna, promoviendo la sanción de los hechos, y la reeducación del agresor (Pérez, 2010).

Es importante mencionar que, la transversalidad de los derechos es un principio central dentro de la regulación de la violencia en contra de la mujer, pues los derechos deben ser ejercidos y protegidos en todos y cada uno de los ámbitos de la vida de la mujer, por lo cual será una constante dentro de las disposiciones que regulen la materia. Para ello se articularán los esfuerzos a nivel interinstitucional para coordinar los presupuestos de dichas políticas y medidas. Además, el Estado debe propiciar los escenarios en los cuáles la sociedad se comprometa a cooperar y participar, comprometiendo a los actores públicos no pertenecientes al Estado y las entidades privadas. Todo ello para canalizar los esfuerzos que permitan la integralidad de cada una de las políticas, fortaleciendo el marco regulatorio de los derechos de la mujer frente a la violencia.

Por último, dentro de las políticas y medidas a tomar se debe tener en consideración el respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con las mujeres que han sido víctimas de la violencia, en cualquiera de sus modalidades, sin autorización de quien la padece. Debe garantizarse la existencia y disponibilidad de los recursos económicos que permitan la realización de cada una de las medidas y políticas propuestas para conseguir los fines de la Ley y las convenciones que rigen la materia (Pérez, 2010).

1.12 Consejo Nacional de la Mujer: objeto, funciones y competencias

El Consejo Nacional de la Mujer es el órgano rector encargado para el diseño de las políticas públicas que permitan efectivizar las disposiciones de la Ley y las Convenciones en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia en contra de la mujer. Asimismo, se orienta sus acciones y pone en práctica programas que coadyuven a conseguir los objetivos planteados, en relación a los derechos de la mujer. Partiendo de dicha premisa, se crea por disposición expresa de la Ley 26.485²⁷ con facultades amplias para cumplir con su objeto, de modo pues que dicho Consejo nace de la necesidad de cumplir con las disposiciones establecidas por ley y con los deberes impuestos por medio de la ratificación de los instrumentos internacionales que rigen la materia.

Entre las facultades reconocidas al Consejo Nacional de la Mujer, se encuentra el deber de elaborar, monitorear e implementar un Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres. Ello con el fin de llevar a cabo directrices que reúnan las condiciones necesarias para prevenir la violencia, la efectividad de sancionar

²⁷Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

oportunamente su quebrantamiento y buscar alcanzar la erradicación de dichos hechos. Dicho Consejo a su vez, debe servir de intermediario e interlocutor para conseguir concertar las voluntades de los diferentes sectores que hacen vida dentro de la sociedad, en los ámbitos religiosos, universitarios, sindicales, empresariales, organizaciones que defiendan los derechos de las mujeres. Dentro de todo el territorio de la Nación y sus niveles de gobierno con el objeto de comprometerlos en pro de alcanzar la materialización de los fines de la Ley (Pérez, 2010).

A su vez debe promover el desarrollo de programas que brinden asistencia integral y gratuita a las mujeres que han sido víctima de la violencia, así como el diseño de estándares que permitan la detección precoz y el abordaje de las situaciones de violencia. Aunado a ello, propiciará la capacitación de los órganos de administración de justicia y sus auxiliares, sobre la materia de violencia contra la mujer. Asimismo, deberá el Consejo impulsar la capacitación de los colegios y asociaciones profesionales, que en razón de la prestación de su servicio puedan intervenir en los casos de violencia contra la mujer.

De igual manera, debe articular dentro de todos los órganos de la Administración Pública, la información que permita analizar la situación de la violencia en contra de la mujer, discriminando los casos, por tipo y modalidad, teniendo en consideración además, el sexo, la edad y el estado civil. Todo ello con el objeto de coordinar políticas eficientes en relación a la violencia contra la mujer y su aplicación en los diferentes niveles de gobierno. Así como también, de arrojar estadísticas en base de los datos recolectados, valiéndose del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres para determinar el avance de las políticas públicas.

Al mismo tiempo, deberá el Consejo Nacional de la Mujer llevar un registro de cada una de las organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia, pudiendo celebrar con ellas convenios que coadyuven a la realización de los fines de la Ley y la misión del Consejo. De igual forma, tendrá que implementar una línea telefónica gratuita y accesible en forma articulada con las provincias para dar información y asesoramiento a las víctimas, de promover en todos los sectores de la sociedad campañas de concientización en aras de disminuir los hechos violentos en perjuicio de la mujer, transformando la cultura con la finalidad de alcanzar la erradicación de la violencia contra la mujer (Pérez, 2010).

1.13 Observatorio de la Violencia contra las Mujeres: objeto, funciones y competencias

El Observatorio de la Violencia contra las Mujeres fue creado por mandato de la Ley 26.485²⁸, adscrito al Consejo Nacional de Mujeres con la finalidad de monitorear, recolectar, producir, registrar y sistematizar los datos referentes a las políticas públicas diseñadas y aplicadas

²⁸ Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.

por el Consejo Nacional de la Mujer. Todo ello se realiza con la finalidad de que el Consejo Nacional de la Mujer pueda valerse de tal información y analizar la situación sobre la violencia contra las mujeres, permitiendo que sean mejoradas y aplicadas en proporción a los estudios actuariales realizados por el observatorio. Entre sus funciones se encuentran recolectar, procesar, sistematizar y difundir periódicamente las estadísticas relacionadas con los hechos de violencia en contra de la mujer, impulsar además el desarrollo de estudios e investigaciones a profundidad sobre el fenómeno de la violencia. Todo ello a fin de determinar su evolución, la prevalencia, los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres, las consecuencias de la misma y sus efectos, permitiendo identificar también los factores sociales, culturales, económicos, y políticos, relacionados con la catalización de los hechos violentos contra la mujer (Pérez, 2010).

Además de ello, deberá el Observatorio incorporar los resultados de sus investigaciones a los Informes que el Estado debe presentar a los Organismos regionales e internacionales con los cuales contrajo obligaciones para la garantía de los derechos de la mujer. Asimismo, podrá celebrar convenios de cooperación con las organizaciones públicos y privados, nacionales o internacionales, deberá examinar las buenas prácticas en materia de prevención de la violencia y articulará esfuerzos con organizaciones gubernamentales, con competencia en materia de derechos humanos (Pérez, 2010).

El observatorio será el responsable de fomentar y promover debates públicos para disertar sobre el fenómeno de la violencia, coadyuvará en la capacitación de organismos públicos y privados y publicará un informe anual con la especificación de los logros de sus políticas, como el planteamiento de nuevos retos que permiten alcanzar la misión del mismo.

Conclusión

En este capítulo se ha podido analizar que ante la problemática de la violencia contra la mujer, los diferentes actores internacionales transformaron su preocupación por la situación en una oportunidad para desarrollar las acciones necesarias para transformar la cultura, con el objeto de brindar a todos los ciudadanos la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna, al igual que para garantizar la protección de sus derechos.

Por lo tanto, se revolucionaron la gama de derechos expresamente reconocidos, ofreciendo no sólo derechos sino también garantías para el ejercicio de los mismos, transformando para ello las legislaciones internas, pues la suscripción y ratificación de dichos instrumentos demandan a la Nación el cumplimiento de los deberes contraídos en las Convenciones.

En el caso de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer²⁹, la misma brinda a la mujer protección contra la violencia de la cual es víctima y dirige sus peticiones hacia la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Ello exigiendo al Estado el cumplimiento de sus deberes de primer orden.

Cabe destacar que, Argentina suscribió y ratificó la Convención Belém do Pará³⁰ por lo cual se encuentra obligada a la presentación anual de informes acerca de la situación actual de la violencia contra la mujer, las políticas y programas desarrollados a tal efecto y los obstáculos que presenta el país para cumplir los objetivos de protección contra este colectivo.

²⁹Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

³⁰Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará”. Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.

CAPÍTULO 2: LA FIGURA DE FEMICIDIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO

Introducción

A lo largo de estos últimos años, se ha podido vislumbrar un alarmante crecimiento en las estadísticas respecto de homicidios de mujeres a manos de sus actuales o ex parejas. Consecuencia de ello, hubo un contexto favorable para la creación de numerosas fundaciones y programas de prevención en relación con la violencia de género, también se consiguió colocar el tema mediáticamente, con una fuerte repercusión social.

Ahora bien, se está llevando a cabo una limitación en el momento de colocar en funcionamiento las políticas criminales fundamentada en razones de sexo. Pero no sólo la Constitución promueve la igualdad entre personas sin tener en cuenta la condición del sexo. Igualmente las normas internacionales, específicamente los tratados internacionales de Derechos Humanos, respaldan derechos iguales, tanto a los hombres y a las mujeres. Por otro lado, la crítica que merece la incorporación de esta figura en la ley penal, habita en el empleo de la misma como herramienta, para así disminuir los efectos de este flagelo.

Sin duda, la ley penal no brinda la solución al problema, solamente puede ser considerado como un instrumento complementario. Ahora bien, con solamente endurecer las distintas penas, no se puede aspirar a impedir el femicidio (tampoco, ningún otro delito). En concreto, la base de la llamada “pena ejemplificadora” no tiene sustento de estadísticas, ni criminológico que avalen sus resultados.

Por otra parte, se tiene la necesidad de realizar una transformación cultural, así como el modificar las diferentes instituciones que se hallan involucradas en las denuncias de las mujeres ante estos hechos (las policiales, la Justicia, los hospitales). De igual manera, se tiene la obligación de articular e implementar políticas públicas integrales, para que de esta forma se pueda prevenir esta especie de violencia.

En el presente capítulo se analizará el tipo penal incorporado al Código Penal a los fines de tipificar como un delito especial el homicidio de una mujer en el contexto de violencia de género. La incorporación del femicidio como agravante del homicidio implica un avance en la ampliación de los derechos de las mujeres y las personas transexuales aunque, según los especialistas, no resuelve el problema de fondo: la violencia de género. La incorporación de la figura del femicidio no soluciona la violencia de género porque el Código Penal ya es punitivo, o sea que actúa sobre algo que ya pasó. Por lo tanto, si se aplica es porque murió una mujer más.

En lo concerniente al eje central de este trabajo, se analizará de manera exhaustiva esta figura penal, con el propósito de conocer si existen falencias y cuáles son.

2.1 La figura de femicidio en el ordenamiento jurídico argentino

La violencia contra las mujeres ha tenido y tiene distintas manifestaciones según las épocas y los contextos en los cuales se realiza y reproduce. Ante ella, los sistemas de justicia han respondido de forma diversa por múltiples factores: la incomprensión de la magnitud de estos hechos como consecuencia de los patrones culturales patriarcales y misóginos prevalecientes en la sociedad y la excesiva burocratización de los procedimientos legales.

Además, de las dificultades para investigar las complejas y crueles modalidades de esta violencia, hasta la imposibilidad de establecer una caracterización de los responsables, según sean estos miembros del entorno familiar o cercano a las víctimas o pertenezcan a estructuras estatales y/o criminales poderosas.

Algunos de los países optaron por incorporar a su legislación penal, como delito autónomo, la muerte de mujeres en determinadas circunstancias, han utilizado el término femicidio o feminicidio para denominar estos delitos. En términos generales, el legislador, al utilizar uno u otro término (femicidio/feminicidio) no considera las diferencias sustantivas que están en el origen del concepto y lo utiliza indistintamente, a pesar del debate político jurídico que en la región se ha generado alrededor de estos conceptos.

La primera persona que utilizó el término femicidio directamente vinculado a la violencia de género fue Diana Russell en 1976 ante el Primer Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres. Desde entonces, su contenido y alcance ha variado. El debate sobre el delito de feminicidio en la región ha girado en torno a las implicaciones de su tipificación para el sistema de justicia penal, en la importancia de visibilizar el asesinato de mujeres por razones de género.

Pero, sobre todo, ha puesto énfasis en la revictimización de las mujeres dentro del sistema de justicia y en la responsabilidad del Estado por la impunidad y la repetición de los hechos criminales, convirtiéndose el asesinato de mujeres en un crimen de Estado. La impunidad está en la continua violencia contra las mujeres, en las “pequeñas” agresiones y la impunidad de quienes no cumplen sus funciones y obligaciones, lo que aumenta el poder del agresor y le permite llegar hasta el asesinato.

Es de suma importancia definir un concepto que pueda ayudar a los jueces a interpretar la figura de manera clara, ya que son los creadores de la jurisprudencia y los que transmitirán el mensaje de reproche a la sociedad. Lograr una interpretación adecuada ayudará a resguardar aquello por lo cual la ley fue creada, que es visibilizar los homicidios de mujeres.

Hay que dejar en claro a la sociedad que estos tienen un límite mayor al homicidio común, ya que se da muerte a una mujer por considerarla inferior dados los estereotipos de la sociedad patriarcal. Si los jueces determinaran cuándo y cómo aplicar el agravante, brindarían con sus sentencias mayor conciencia sobre los problemas de género, ayudando a la mujer a alcanzar el ideal de vivir una vida libre de violencia, así como lo proclama la CEDAW.

Esta visibilidad que se produjo de la figura de *femicidio*, a través de diversas sentencias judiciales, si bien expone la gravedad de la cuestión, no la erradica, máxime se constituye en una figura jurídica controversial, por ejemplo en lo concerniente al tema central de este trabajo, la desprotección jurídica resultante de la omisión en el art. 80 inc.11 de las personas autopercibidas mujeres.

Esta problemática que surge de la omisión en el texto de la norma, se relaciona directamente con el principio de legalidad penal y el mandamiento de taxatividad de los delitos. Tomando en cuenta lo anterior, el Dr. Civale (2015) expresa que:

Al elegir el legislador una figura amplia, pretende dar la impresión de un compromiso y preocupación por el tema de la violencia de género, al hacer que más supuestos puedan subsumirse en la descripción de la figura la contracara de esta amplitud se manifiesta en la vaguedad de la norma, dificultando su interpretación, su aplicación y la transmisión del mensaje de reproche social. Además de todos estos problemas, se viola un derecho amparado por la constitución nacional en su artículo 18 y diversos tratados internacionales, hablo del principio de legalidad penal (Civale, 2015, p. 9).

En síntesis, resulta razonable preguntarse si la implementación de la figura del femicidio, los disminuirá, trabajando en los mensajes que se quiere que las normas transmitan y acompañándola con políticas públicas que impulsen la acción del estado sobre los problemas de género. Con esto a mediano y largo plazo, se logrará que la comunidad tome conciencia sobre los problemas de género que azotan a la sociedad, disminuyendo así los casos de problemas de género incluyendo el femicidio.

Las leyes que incorporan el delito de feminicidio/femicidio difieren entre sí tanto en lo sustantivo como en lo formal y de esta manera la técnica legislativa que se ha seguido para incorporar el delito de femicidio a la legislación penal varía. En la legislación se contemplan una serie de principios generales de política criminal que tienden precisamente a diseñar un modelo específico de sistema penal el cual garantice la pertinencia de género y la eficacia del servicio público de la justicia, evitando el maltrato, además de la revictimización procesal de las víctimas, individualizando y sancionando a los responsables de los hechos delictivos, y compensando a las

víctimas por los daños ocasionados. De esta manera se pretende que las demandas de las mujeres sean satisfechas de manera oportuna, eficiente y con respeto al principio de no discriminación.

Uno de los principios que se considera fundamental es el referido a la obligatoriedad, por parte de los operadores de justicia, de interpretar esta legislación a partir del principio de especialidad en virtud del cual, los operadores de justicia están obligados a considerar, en los casos de violencia contra las mujeres, el contexto de violencia en el que viven y su especial vulnerabilidad frente al agresor y frente al propio sistema de justicia.

En ese sentido, en el país y desde hace varios años, se han hecho esfuerzos para capacitar y sensibilizar a los funcionarios sobre sus responsabilidades en la aplicación de una justicia que respete y promueva eficazmente los derechos humanos de las mujeres junto al principio rector de especialización y a la consecuente respuesta institucional de sensibilización y capacitación a los funcionarios.

La mayoría de las legislaciones especializadas, establecen el principio de la responsabilidad penal de los funcionarios que obstruyen y/o obstaculicen el acceso a la justicia de las mujeres. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diferentes fallos sobre la responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de garantizar el derecho al acceso a la justicia de las mujeres, ha puesto en evidencia que son las conductas dolosas de jueces, policías y fiscales las que impiden una investigación eficiente de los delitos denunciados y como consecuencia se revictimiza a las víctimas dentro del propio aparato penal.

En definitiva, se considera que este principio con la consecuente tipificación penal de la conducta ilícita es uno de los logros más significativos de la legislación penal especial, ya que junto al de especialización, capacitación y sensibilización, permitirá la transformación cultural de los y las funcionarios del sistema, y de esta manera superar los esquemas patriarcales y discriminatorios, que prevalecen en el ámbito de la justicia y por tanto disminuir los índices de impunidad de los delitos contra las mujeres.

Otro principio que incorpora la legislación es el de laicidad, el cual asume especial relevancia en la interpretación y aplicación de la ley puesto que obliga a cambios en la cultura judicial desde el punto de vista de los roles de hombres y mujeres en la sociedad. Es obligación de los funcionarios superar los criterios religiosos o la invocación de costumbres, así como tradiciones culturales, para justificar la violencia e interpretar la ley. El autor expresa:

A partir de la incorporación de este principio de laicidad en la administración de justicia, se refuerza la separación del poder político del poder religioso, y se garantiza la independencia judicial, con la pretensión de evitar que funcionarios/as, puedan interponer sus convicciones

morales y religiosas en el desempeño de su labor. Otros principios como el de protección a las víctimas, su derecho de participar en igualdad de condiciones dentro del proceso penal, y su derecho a la reparación, al ser incluidos como principios rectores, garantizan el acceso a la justicia de las mujeres y conducen a una verdadera humanización de la justicia y a garantizar que esta cumpla con los fines políticos constitucionales establecidos (Civale, 2015, p. 14).

En cuanto a esto se puede resumir que, en las leyes mencionadas se reitera la exigencia de principios, tales como: los de coordinación e integralidad, capaces de regir la aplicación de estas leyes, lo que garantiza que la ley sustantiva, procesal y la de ejecución penal estén en armonía con las disposiciones constitucionales.

Esta propuesta de aplicación integral de la ley obliga a la coordinación interinstitucional a efectos de garantizar la celeridad, profundidad y certeza en las investigaciones y fallos de las autoridades.

2.2 La ley 26.791

Primeramente, en Noviembre de 2012 la Cámara de Diputados sancionó la ley 26.791 que prevé ciertas reformas al Código Penal. Tras dicha reforma se incorporó el femicidio en el cuerpo normativo como figura agravada del delito de homicidio simple.

La reforma introdujo la modificación y ampliación del inciso 1° del artículo 80 del Código Penal que prevé una pena de reclusión o prisión perpetua, para quien matare a su “ascendiente, descendiente, cónyuge o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no violencia³¹”. Con respecto al inciso 4° del mismo artículo, se incorporó la motivación por odio de género, o a la orientación sexual, identidad de género o a su expresión.

También se agregaron los incisos 11° y 12° al artículo 80³²; el primero de ellos define concretamente la figura del femicidio que consiste en el crimen de una mujer como consecuencia de la violencia de género. Las penas previstas para este tipo de delito son la de reclusión o prisión perpetua para quien matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género.

Por su parte, también se contempla la misma pena para la situación planteada en el nuevo inciso 12° que prevé el caso del que matare a otro con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. Por último, con la reforma del artículo 80 se elimina la posibilidad de que se evalúe la existencia de

³¹Código Procesal Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1991.

³²Código Procesal Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1991.

circunstancias extraordinarias de atenuación de la pena a quien en una ocasión anterior hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.

En un sistema patriarcal en el que el hombre y la masculinidad son los que dominan e imponen las reglas de juego, la mujer es reducida a ser la propiedad privada de alguien, despojándola de su condición natural de sujeto de derechos. Esa es la cuestión social de la violencia de género, cuando esa violencia termina en muerte es femicidio.

La incorporación de la figura del femicidio al Código Penal fue reclamada por distintas organizaciones sociales y de derechos humanos que exigían el reconocimiento de los crímenes en los que las víctimas fueron asesinadas por su condición de mujer. La ampliación del Código punitivo implica un avance en el reconocimiento de que es necesaria la institucionalización y la transversalidad de la perspectiva de género que contempla la equidad de la identidad de género en todos los ámbitos de la vida ya sean públicos o privados, y desde la cual se trabaja en la erradicación de la violencia de género, corriendo del eje la superioridad del hombre sobre la mujer, además de la invisibilidad de las personas transexuales. La opinión del autor explica que:

A partir de la reforma en estudio, se ha excluido de tal posibilidad “a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”. Respecto a ello, al no especificar la fórmula legal lo que debe entenderse por el vocablo anteriormente, se deja en manos del juez un margen peligroso de discrecionalidad que puede erosionar la seguridad jurídica, sugiriendo que quizá una interpretación restrictiva del precepto, podría encarrilar la cuestión y evitar una lesión al principio de taxatividad que debe regir en materia penal. Un análisis literal del texto legal da la idea de que el legislador se ha decantado por un sistema numérico de actos de violencia, pues al exigirse que anteriormente se hubieran realizado “actos de violencia”, se da la pauta acerca de que deben concurrir al menos tres episodios: el actual y otros dos, anteriores (Censori, 2014, p. 15).

En resumen, estos sucesos deberían ser acreditados mediante una sentencia firme, lo cual lógicamente presupone, que cuanto menos un tribunal si es que no se planteó ningún recurso. Luego de producirse el debate, y otorgarse plena posibilidad de defensa al encausado, concluyó que se ha reunido el estado de certeza como para declarar que los episodios existieron, que fueron cometidos por el encausado. Los mismos son constitutivos de un delito, pues recién ahí, quedaría desvirtuado el estado de inocencia de que gozan todas las personas.

A partir de esta modificación, se considera un significativo cambio en el funcionamiento de esta previsión, que antes encontraba apoyo en la defensa del vínculo, el respeto que se debían los

cónyuges o la evitación de la disolución ilícita del matrimonio, aclarando que la transformación de la vida social argentina ha llegado hasta el Derecho Penal.

Como es dable observar, la familia ya no sería entendida en la concepción tradicional, sino que ha mutado en diversas formas exigiéndose instancias de respeto a quienes mantuvieron o mantienen una vida en común. Lo que importaría para el incremento de la pena, sería la existencia presente o pasada del vínculo entre el agresor y la víctima, siendo indiferente su sexo. Una circunstancia, capaz de revelar que esta clase de homicidios, no configuran delitos de género como lo es, por ejemplo, el caso del inc. 11³³.

Con razón, el legislador ha concedido una mayor protección a personas, en ciertas y determinadas situaciones, en detrimento de otras especialmente vulnerables; en similares situaciones ancianos, niños o convivientes. Circunstancia que podría ser cuestionable desde el punto de vista de la violación al principio de igualdad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional³⁴.

Así también, desde el principio de proporcionalidad de las penas, si se tiene en cuenta que se equipara la muerte del padre o la madre con la de una persona con la cual se tuvo una relación de pareja, que pudo haber sido de corta duración, aún sin convivencia. Según el artículo 80, inciso 4: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: ... 4º. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión...”³⁵

Como se podrá apreciar, el delito consistirá en matar a otro por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión, siendo los últimos cuatro supuestos incorporados mediante la reforma objeto de análisis. Lo que calificará al homicidio será el móvil del autor, en lo que aquí interesa, el odio o la aversión que siente por la víctima, (su condición de pertenecer a un determinado género masculino o femenino), por su orientación sexual, (ser heterosexual, homosexual, bisexual) o por identidad de género. La identidad de género se encuentra definida en el artículo 2 de la ley 26.743³⁶:

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

³³Código Procesal Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1991.

³⁴Código Procesal Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1991.

³⁵Código Procesal Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1991.

³⁶Ley de Identidad de Género Nro. 26.743. Boletín Oficial de la República Argentina, 23 de mayo de 2012.

libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Sintetizando, se define la 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; se refiere a lo que una persona considera que es subjetivamente, más allá del sexo biológico real tal cual fue concebida.

2.2.1 Inciso 11: Femicidio / Feminicidio

Esta norma ha sido incorporada al Código Penal a raíz de la modificación realizada en el artículo 80 por la ley 26.791 publicada en el Boletín Oficial con fecha 14 de Diciembre de 2012. Esta reforma se ha realizado en el marco de un contexto jurídico internacional de lucha por erradicar la violencia contra las mujeres del cual se ha hecho eco el Estado Argentino mediante la mencionada reforma.

Toda la región ha dictado numerosas reformas tendientes a tipificar la figura de femicidio, lo cual se hizo con diversas formulaciones y requisitos según el país. Dichas reformas han sido señaladas por diversos organismos sociales como un reconocimiento normativo de una seria problemática social, derivada de sociedades patriarcales y como un paso hacia la disminución de estándares de impunidad en dichos casos de violencia de género.

Esa es la directriz que ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual ha expresado que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad. Además promueve la repetición de los hechos de violencia general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir.

Así a nivel local el conflicto de violencia de género ha sido reconocido en la normativa penal a raíz de la tipificación del femicidio como un homicidio agravado. En ese sentido se ha destacado, que el femicidio no es una problemática nueva, pues la violencia de género ha sido el dispositivo disciplinador más eficaz del patriarcado, con el fin de la perpetuación del poder masculino.

Por ello, se ha sostenido que el concepto de femicidio ayuda a desarticular los argumentos que neutralizan la violencia de género como asunto personal o privado. También revela su carácter profundamente social y político, resultado de las relaciones estructurales de poder, dominación y privilegio entre los hombres y las mujeres en la sociedad.

Toda vez que el tipo penal del femicidio/feminicidio exigiría que el resultado se produjera mediando la violencia de género, se estaría generando un real peligro a la seguridad jurídica. Consecuentemente, a la función de garantía del tipo penal, en suma, al principio de legalidad. En cuanto a lo anterior el autor define que:

...la nueva formulación penal tiene dos aspectos que deben destacarse: por un lado, implica una hiperprotección de la mujer, con exclusión del varón, exclusivamente en el marco de una relación heterosexual, circunstancia que podría generar algún planteo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, ya que no solamente se aprecia un diferente tratamiento punitivo en torno de los sujetos del delito (hombre o mujer), sino también en el homicidio perpetrado en el ámbito de una relación homosexual; y por otro, exhibe un marco punitivo de gran severidad para aquellos hechos de violencia que involucran una cuestión de género, y no así en circunstancias en que no existe de por medio un contexto de tal naturaleza (Censori, 2014, p. 14).

Resumiendo, habría que analizarse también, si la mayor penalidad prevista para las hipótesis de femicidio / feminicidio, no resulta violatoria del principio de inocencia, ya que si lo que fundamenta el incremento de la pena es la variable de género entonces daría toda la sensación de que la carga de la prueba acerca de la inexistencia de tal contexto debería quedar en cabeza del agresor. Con lo cual, se estaría admitiendo que el inciso 11 del artículo 80 del Código Penal, establecería una presunción por la complejidad de estos cuestionamientos.

El sentido de este artículo es reconocer como acertadas las nuevas fórmulas que utiliza el anteproyecto para algunos de los homicidios agravados. El actual inciso 11, del artículo 80 del Código Penal se vincula al caso del hombre que mata a una persona autopercebida mujer, ya que la norma sólo castiga cuando el sujeto pasivo es mujer en términos de género. Pero el artículo 3º de la Ley 26.743 señala que: “Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida”³⁷.

Cuando el inciso 11 del artículo 80 hace referencia a violencia de género, no podría estar incluida la identidad de género en el concepto amplio. Si bien la discusión concluyó en el sentido que el sujeto pasivo únicamente puede ser mujer y no se incluye a aquel que se autoperciba como tal.

³⁷Ley de Identidad de Género Nro. 26.743. Boletín Oficial de la República Argentina, 23 de mayo de 2012.

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

2.2.2 El bien jurídico protegido

El derecho penal protege la vida humana desde el momento en que tiene inicio y hasta el momento en que la vida termina y la protege en cuanto importa para el Derecho una realidad físico-biológica. No se trata, en principio, de un concepto estrictamente normativo sino naturalístico, pero que no prescinde de criterios valorativos a la hora en que se deba fijar el sentido y el alcance de su protección. Se protege la vida en cuanto existe. La norma penal sólo puede tener incidencia en la intensidad de su protección. La vida tiene importancia para el derecho penal en cuanto se vive, en cuanto la persona existe, así pues el autor considera que:

La vida está protegida aun en sus últimos momentos, hasta aquellas vidas a las que se las considera carentes de valor vital, porque ya no vale la pena ser vividas. Pero, en todo caso, no es el Estado sino su titular el único que puede disponer de ella. Nadie tiene el deber de vivir y menos aun involuntariamente; vivir es un derecho y sólo el titular de ese tal derecho puede legítimamente disponer de él. Algunos autores entienden, sin embargo, que el bien jurídico en estos delitos no es la vida humana sino el “derecho a la vida”, esto es, concebida en sentido normativo no naturalístico. Nosotros creemos, como antes se dijo que, la cuestión no es absolutamente normativa, por cuanto si el bien jurídico protegido en los delitos contra la vida humana independiente fuera el “derecho a la vida”, no debería ponerse a título delictivo (Buompadre, 2015, p. 15).

En síntesis, el bien jurídico protegido no es la vida en sí misma, sino el derecho a la vida que recae en cabeza de su titular, lo cual implica el derecho a disponer de ella cuando su titular lo desee. Entonces no se alcanza a entender muy bien porque el legislador castiga ciertas conductas que tienen incidencia en la vida de los individuos.

El ser humano es en toda su integridad vital después de ocurrido el proceso del nacimiento, sea que este proceso se haya realizado naturalmente o por medios artificiales. Lo importante es que la persona, al momento del hecho, sea una persona viva, aunque tenga una vida de corta duración o sufra de alguna discapacidad o enfermedad incurable.

El concepto de bien jurídico ha cumplido hasta hoy importantes funciones en la dogmática penal; lo ha hecho como criterio para la clasificación de los delitos, y como elemento de base y límite al orden penal. Así, el bien jurídico ha servido al liberalismo como barrera contenedora del poder punitivo. El bien jurídico ha de ser distinguido del objeto de la acción, podría enunciarse así,

como lo ha hecho la doctrina, un distingo entre objeto material y objeto jurídico del delito, siendo este último el bien jurídico. El objeto material, u objeto de la acción, es aquel ente físico sobre el cual, concretamente, recae la acción del sujeto.

La noción de bien jurídico ha dado lugar, en el ámbito del Derecho penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La principal consecuencia que puede extraerse del principio mencionado finca en el hecho de que sólo sería legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos o comportamientos que no dañen a otro, es una idea que tiende a la reducción del Derecho penal. El primer problema con el cual se suele topar en el marco de análisis, respecto de la temática del bien jurídico es el referido a la veracidad de esa función externa que ha de cumplir el bien jurídico como fundamento del derecho penal y como límite del mismo.

En la actualidad existen fuertes sectores de la doctrina que cuestionan la aptitud del concepto de bien jurídico a los efectos de limitar el poder punitivo y, asimismo, su concreta eficacia en la protección de los bienes. En consecuencia, ponen en crisis su capacidad para fundar el orden penal.

Se suele decir que existen bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos estatales. Los primeros se referirían a intereses del individuo y los segundos a intereses del Estado. Pero, ello no contesta a la pregunta de quién es el titular del bien, pues aunque pueda pensarse que la respuesta surge de la misma definición (los bienes jurídicos individuales son del individuo y los estatales del estado), el autor expresa que:

Por un lado, el interés de cada ser humano en gozar de la vida, a la cual ha sido llamado y en la cual tiende a permanecer hasta por simple inercia vital. Dicho interés halla, a su vez, un reflejo en el interés que tiene el Estado de tutelar ese derecho. Es claro que se trata de un interés análogo al que tiene en tutelar cualquier otro: el derecho al honor, el derecho a la libertad, el derecho a la propiedad, etc. Esto ocurre porque una de las finalidades del Estado es tender a garantizar a cada individuo el goce y ejercicio pacífico de todos sus derechos. Es en esta primera fase donde aparece el interés del sujeto, reconocido y protegido por el Estado (Buompadre, 2015, p. 25).

En análisis, hay un interés directo del Estado en la conservación de la vida humana, como instrumento que ella es para la realización de sus finalidades, entre otras, la finalidad demográfica, que explica su propia subsistencia. En efecto, el Estado, así como el individuo, tienden, por inercia o por voluntad, a subsistir en el tiempo, y no podría hacerlo, como es evidente, sin pueblo, que es uno de sus elementos.

El Estado, pues, y ésta es la segunda fase, ve en la vida humana un instrumento que asegura su perpetuidad. Fuerza es, pues, tener presente esta doble posición del Estado frente al delito de homicidio: posición de tutela de la vida humana, que no se diferencia con la que ejerce respecto de los demás derechos, y posición respecto de la cual el Estado es sujeto directamente lesionado. Dicho aspecto, es muy interesante, como lo veremos al estudiar el problema del homicidio consentido por la víctima, para la determinación de si tal hecho es o no delito. Es preciso acudir a este principio, ya que, de lo contrario, podría cuestionarse su acriminación por defecto de sujeto pasivo.

El principio del bien jurídico constituye el último y más acabado ensayo teórico de aquello que los abolicionistas expresan con las palabras expropiación del conflicto, en tanto, al objetivar a la víctima y abstraer el objeto de la lesión transforman un conflicto social entre protagonistas reales, en un conflicto con el Estado por la desobediencia a sus normas: la víctima real, según se observa, está ausente, despersonalizada y, en principio, carece de todo poder en el sistema, sintéticamente, no interesa.

No obstante, lo es sólo parcialmente, y ello así en razón de que sólo surte efectos a la hora de cuestionar una teoría del bien jurídico en la cual el titular de todos los bienes sea el Estado. Pero si los bienes son titularidad de cada individuo, no hay razón por la cual el Estado deba expropiar el conflicto a nadie (o al menos no desde el argumento del bien jurídico).

La idea de disponibilidad es criticada, particularmente por quienes clasifican los bienes jurídicos en disponibles e indisponibles, lo que se contrapone frontalmente con la disponibilidad como característica esencial del concepto. Este malentendido deriva de la identificación de disposición con destrucción.

La destrucción es un límite poco usual de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho la forma ordinaria de disponibilidad es el uso o aprovechamiento del objeto de la relación. En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. Los casos a que usualmente se apela para negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad son el suicidio y la destrucción del estado.

Cabe observar que son dos supuestos en que el sujeto pierde de una vez y para siempre todos los bienes jurídicos y no sólo la vida o el estado, en el primer caso desaparece el sujeto, en el segundo, la protección jurídica. De allí que en el caso del suicidio pueda exigirse el recaudo de que, por lo general, sólo sea legítima la práctica directa por el propio sujeto. En el caso del estado, se trata de un bien jurídico de sujeto múltiple y, por consiguiente, un sujeto aislado no puede disponer

de él en forma destructiva, lo que es característica común a todos los bienes jurídicos de sujeto múltiple.

Aquí cabe traer a colación el fallo Lizarralde, Gonzalo Martín p.s.a. homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa -Recurso de Casación-”³⁸ el cual narra el asesinato de Paola Acosta madre de la hija de Lizarralde, cometido por Lizarralde quien desde inicios del embarazo negó ser el padre de la niña sugiriendo además la práctica de un aborto al mencionar que su familia posee enfermedades congénitas.

La negación por parte de Lizarralde en cuanto a la paternidad fue desmentida posteriormente con una prueba de paternidad, en el mencionado delito también estuvo involucrada en condición de víctima dicha hija la cual fue hallada con signos vitales pero en grave estado de salud en un desagüe pluvial junto al cuerpo de su madre Paola Acosta.

Ambas víctimas presentaron heridas en el área del cuello y la occisa presento además heridas en el tórax y en el abdomen, de dicho hecho se denota la actitud homicida del imputado el cual asesinó no solo a una mujer joven y madre, sino que además agredió con intención de dar muerte a su hija.

Del caso *Lizarralde* emanó un fallo el cual posteriormente fue modificado quedando la condena de la siguiente manera:

Autor de los delitos de homicidio calificado cometido con alevosía y mediando violencia de género (arts. 45, 80 inc. 2º, 2º supuesto y 11 del Código Penal) en contra de Paola Soledad Acosta y homicidio calificado por el vínculo y cometido con alevosía, en grado de tentativa (arts. 45 y 42, art. 80 inc. 1º, 2º supuesto, e inc. 2º, 2º supuesto del Código Penal) en contra de su hija M.L., todo en concurso real (art. 55 del Código Penal), manteniéndose para su tratamiento penitenciario la pena de prisión perpetua. Sin costas por el éxito obtenido en esta sede (art. 550/551 CPP)³⁹.

Existen casos en el que a pesar de que el delito se comete contra el género femenino, no es configurativo del agravante de femicidio, tal como lo fue el caso del homicidio de la estudiante chilena, la cual fue agredida por un hombre con el cual no había tenido contacto anterior al hecho.

³⁸ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, “Lizarralde, Gonzalo Martín p.s.a. homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa -Recurso de Casación”, sentencia de fecha 9 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

³⁹ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Lizarralde, Gonzalo Martín p.s.a. homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa -Recurso de Casación”, sentencia de fecha 9 de marzo de 2017. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

En este caso la estudiante chilena fue agredida frente a la puerta del edificio donde residía, recibiendo 11 heridas cortantes en el área del rostro, tórax y miembro superior izquierdo, lo cual le provocó un derrame interno y externo que acabó con su vida.

Ahora bien, en cuanto a la configuración del femicidio el Código Penal exige la existencia de un vínculo entre ambos sujetos, sin embargo en este último caso no existía tal vínculo por lo cual no es configurativo del agravante de femicidio, dictándose en el caso medida de prisión preventiva debido a que la escala penal del delito cometido no le permite permanecer en libertad.

2.2.3 Bien jurídico tutelado

El bien jurídico protegido con relación al delito del femicidio y otras figuras vecinas (crímenes en base a cuestiones discriminatorias como lo es la raza, el género o condiciones religiosas), se encuentran reguladas en el artículo 80 del Código Penal de la Nación, tipificado en el Libro II del Código Penal denominado “De los delitos”, Título I “Delitos contra las personas”, y capítulo I “Delitos contra la vida”.

En base a lo anteriormente expuesto Toledo Vásquez (2009), se refiere al femicidio o femicidio sexual de la siguiente manera:

Entendiendo por tal (la muerte de una mujer precedido de un ataque sexual) sin duda se atenta contra bienes jurídicos fundamentales como la vida y la libertad sexual, cuando el fenómeno se compone del secuestro, violación, lesiones, homicidio e inhumación.

Atendiendo a estas consideraciones el bien jurídico protegido es la vida humana la cual debe ser separada del vientre materno para poder sostener la existencia de un homicidio, pues de otro modo se considera que no existió separación con la madre, es decir, nacimiento y estaríamos en presencia de la figura del aborto tal como la regula el artículo 85 del Código Penal de la Nación.

Razón por la cual considera la doctrina, que con el corte del cordón umbilical ya está en presencia de un nacimiento y por ende, de la existencia de dos vidas diferenciadas. Para ello se hace necesario, definir la muerte que de conformidad con la Ley 24.193 de fecha 26 de Abril de 1993, dispone en su artículo 23 lo siguiente:

El fallecimiento de una persona se considerara tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será

periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible.⁴⁰

2.2.4 Tipo objetivo

En este punto de la presente investigación se analiza la acción típica del delito la cual consiste en matar al ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja (mediare o no convivencia); razón por la cual se diferencia este delito de otros, como el parricidio cuya fundamentación del plus punitivo sigue siendo el lazo de sangre entre el autor y la víctima (parricidio en sentido propio) y del uxoricidio (vínculo matrimonial) justificado por razones normativas.

Por su parte Buompadre (2013), se refiere al vínculo del matrimonio con el precepto incorporado por la reforma como agravante del ex cónyuge, sin hacer ninguna distinción ni referencia acerca de la subsistencia del vínculo matrimonial:

Porque bien puede tratarse de un matrimonio desavenido, separado de hecho, con o sin voluntad de unirse o divorciado vincularmente, situaciones todas que, dogmáticamente, ninguna relevancia tienen respecto de la concurrencia de la agravante, por cuanto, lo que más importa para el incremento de la pena es la existencia (presente o pasada) del vínculo entre el agresor y la víctima, al igual que la persona con quien aquel tiene o haya tenido una relación de pareja, con o sin convivencia (p.16).

Es menester tener en consideración el dato naturalísimo bien sea ascendiente, descendiente y el dato normativo (cónyuge, relación de pareja) de que hayan concurrido dichos vínculos o situaciones, razón por la cual quedan comprendidos como agravantes el homicidio del concubino y de la novia, siempre que haya habido una relación de pareja entre el agresor y la víctima, situación que excluye las meras relaciones pasajeras, transitorias o amistosas.

Atendiendo a estas consideraciones Buompadre (2013), se refiere al “tipo penal que sólo comprende el denominado (femicidio íntimo), cuando se trate del asesinato de una mujer, con quien el agresor haya tenido una relación afectiva, familiar o de pareja” (p.16).

A consideración del citado autor, este refiere que en determinados casos el legislador ha concedido la mayor protección a personas en ciertas y en determinadas situaciones que a su juicio van en detrimento de otras especialmente vulnerables, circunstancia que podría ser cuestionable

⁴⁰ Ley 24.193. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 abril de 1993.

desde el punto de vista de la violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, así como también el principio de proporcionalidad de las penas.

La Ley 26.485 incluye distintos tipos de violencia tales como, violencia física, psicológica, sexual, económica, patrimonial y simbólica. Para tal efecto Buompadre (2013), señala que el legislador ha dispuesto que “la muerte realizada por un hombre contra una mujer debe ser calificado como femicidio si media violencia de género (p.04)”.

La violencia de género o violencia en contra de la mujer puede desarrollarse en distintos ámbitos: doméstico, institucional, laboral, y repercutir en cuestiones vinculadas con la libertad reproductiva, obstétrica y también mediática, se trata de un (delito especial) pues el sujeto activo debe ser hombre.

Sobre este aspecto Buompadre (2013), se refiere que este delito, es un tipo agravado de homicidio, especial impropio, cualificado por el género del autor, cuya perfección típica exige la concurrencia de las siguientes condiciones:

- a) Que el autor del homicidio sea un hombre. b) Que la víctima sea una mujer. c) Que el agresor haya matado a la víctima por ser mujer, (pertenencia al género femenino), y d) Que el asesinato se haya perpetrado en un contexto de violencia de género. (p.32).

El debate generado por los juristas se centra en un punto neurálgico al no poder definir exactamente si el Código Penal de Nación considera únicamente a quienes biológicamente han nacido con genitales masculinos o, por el contrario, podría darse la imputación a quienes han modificado su asignación de género con o sin intervención quirúrgica o respecto de quienes poseen una identidad sexual que no se condice con los aspectos físicos visibles.

2.2.5 Tipo subjetivo

Vinculado al concepto anterior, se encuentra el tipo subjetivo que al igual que el resto de los homicidios calificados de los que se ha venido describiendo en la presente investigación, se encuentra como factor determinante el dolo exigido por la figura, razón por la cual en esta clase de delitos como el femicidio y otras figuras directas como delitos por razones discriminatorias no admiten dolo eventual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 inc11° del Código Penal de la Nación el cual se refiere al que matare: a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

Sobre este aspecto se refiere el Ministerio Público Fiscal de la Nación en la publicación Homicidios Agravados por Razones de Género: Femicidio y Crímenes de Odio del año 2016, en la cual se incorpora el femicidio como una figura agravada del homicidio:

Este tipo se caracteriza por su formulación diferenciada en función del género del sujeto activo y del sujeto pasivo: se trata de un delito propio que sólo puede cometer un varón contra una mujer. Además, incluye la violencia de género como elemento definitorio del delito, para comprender todos los homicidios de mujeres perpetrados por varones que reflejan la desigualdad de poder estructural existente entre ambos grupos (p.08).

El tipo subjetivo en el femicidio es la violencia o amenaza a la víctima en este caso mujer, cuando esa violencia ejercida por un hombre en contra de una mujer sobrepasa el aspecto subjetivo, es decir, los insultos, amenazas y golpes; dado a que se trata de un plus en relación a dar muerte a alguna persona, en este caso, la motivación tiene que ver con la existencia de un sujeto pasivo mujer y que además, se relacione con el autor en el marco de violencia de género.

Por su parte Buompadre (2013), define “el femicidio es de carácter doloso, de esto no hay duda, el problema se presenta a la hora de determinar la posibilidad de concurrencia del tipo agravado mediando dolo eventual” (p.19). Vinculado a este concepto el autor se refiere a la figura del femicidio, la cual requeriría un conocimiento asertivo acerca del vínculo entre el autor y el sujeto pasivo, a lo cual la ley presume (“sabiendo que lo son”). Es menester aclarar que ese conocimiento tenía relación con los vínculos previstos en la norma, no con el resultado de la acción (la muerte del sujeto), por lo que, desde esta perspectiva, el dolo eventual era admisible.

Dentro de este marco el nuevo precepto prescinde de la vieja fórmula que, de algún modo, subjetivizaba el tipo penal, aunque tal omisión no implica ningún cambio significativo de interpretación en el tipo subjetivo.

2.2.6 Sujetos activos y pasivos

En este punto se tocará el aspecto relacionado con los sujetos en el delito del femicidio, para ello es necesario tener en cuenta si se trata del homicidio de los ascendientes, descendientes o cónyuge, en estos casos se está en presencia de un tipo especial de autor cualificado, en el sentido de que sólo puede ser sujeto activo del delito aquel que reúne la condición requerida normativamente.

Por su parte el sujeto pasivo debe ser alguna de estas personas (ascendiente, descendiente o cónyuge), para tal efecto se encuentra que la muerte del cónyuge o del ex cónyuge o de la persona con quien se ha mantenido una relación de pareja, aun sin convivencia, puede ser cometido en un contexto de género. Dentro de este marco Buompadre (2013), expresa que no se trata, en rigor, de una hipótesis de femicidio en sentido estricto, es nada más que “un homicidio agravado por el vínculo –o relación- existente (o que existió) entre el autor y la víctima” (p.17).

Se podría decir que la pena es equiparable a la muerte del padre o de la madre, a una persona

con quien se tuvo una relación de pareja, que pudo haber sido de corta duración, aún sin convivencia en él como por ejemplo el caso del novio o de la novia.

Sobre la base de las ideas expuestas Buompadre (2013), se refiere a que la norma es confusa, porque es excesivamente amplia, indeterminada y generadora de inseguridad jurídica:

Los problemas de interpretación que acarreará la expresión “relación de pareja”, circunstancias que lesionan el principio de legalidad por violación del mandato de taxatividad penal que exige la mayor precisión técnica posible en la construcción de la figura típica. Surgen las interrogantes ¿Cuál es el fundamento que justifica la mayor penalidad en los casos de muerte del ex cónyuge o de una persona con quien se ha tenido una relación de pareja?, equiparándolos a la situación del cónyuge, del ascendiente o del descendiente, situaciones en las que se mantiene la relación vincular y de vida en común entre el autor y la víctima (parentesco o vínculo matrimonial) (p.18).

Tomando en consideración el término de relación de pareja que a criterio del citado autor, al no exigir convivencia (mediare o no convivencia, dice la ley) debe ser entendido, mínimamente, como una relación meramente afectiva, que puede o no presuponer convivencia o vida en común.

De conformidad a lo dispuesto en la ley 26.791, se establece que tendrá la misma pena de (prisión o reclusión perpetua) al que matar a la esposa, a la concubina o a la novia, toda vez que la relación de convivencia no es exigible por el tipo penal en cuestión.

Conclusión

El término femicidio abre nuevos caminos en la lucha contra la violencia, ya que su inscripción en el discurso de la ley dota de eficacia a las prácticas que en su entorno intentan prevenir situaciones de vulneración de derechos. La ley sola no implicaría ningún tipo de cambio, y más amplio que esa modificación, son todas las actividades de prevención, atención y eliminación de la violencia de género, las previas, antes de llegar al femicidio. Institucionalizar la perspectiva de femicidio implica comprender que la cuestión del género es una dimensión transversal, es decir, ni particular, ni privada, sino pública y política.

En este sentido, se avanza desde la noción de los Derechos Humanos, de diversidad, falta que sea un proceso integral que no se limite a un programa, a un artículo o una noticia la cual contemple la accesibilidad de la información desde la diversidad, políticas públicas que tiendan a eso, que contemplen la difusión, la socialización de la información, el acceso a la información clara, a espacios de participación ciudadana, comunitaria, espacios en donde todos podamos opinar y construir con leyes claras.

En esta línea de acción es necesario que los efectores de la ley y los distintos referentes institucionales se capaciten en perspectiva, ya que adecuarse a ella implica romper con los preconceptos sociales provenientes de la *heteronormatividad*. Es decir, asumir la heterosexualidad como *lo normal* y los géneros femenino y masculino como los únicos socialmente aceptables, sin comprender la identidad de género en un sentido amplio.

Los legisladores al momento del debate parlamentario han ahondado en la cuestión de la necesidad de la inclusión de la figura de femicidio en nuestro ordenamiento, en la gravedad del fenómeno de violencia de género, además de las posibles soluciones que se pueden dar al conflicto, ya sea desde la tipificación de nuevas figuras y agravamiento de penas o mediante la adopción de medidas de prevención.

Ello ha motivado que la norma tome una forma demasiado imprecisa que genera conflictos para su aplicación a casos concretos, dejando al arbitrio del juzgador la aplicación a ciertos casos conflictivos, por ejemplo forzando los límites de la norma a punto tal que todo supuesto en el que muera una mujer podría ser considerado femicidio.

Es vital no sólo preciar las características del sujeto pasivo calificado que surge de la norma sino establecer los fundamentos del agravante, no basta con el aspecto objetivo de la violencia en contra de la mujer, sino que también es necesario un aprovechamiento por parte del sujeto activo de aquella relación desigual de poder.

Sin embargo, ello no debe distraer la cuestión central que se refiere a la capacidad concreta que esta idea, bien entendida, pueda tener a los efectos de funcionar como elemento de contención del poder punitivo (ya sea en su forma de criminalización primaria o secundaria).

Asimismo, de su concreta aplicación, ello sólo amerita ya, sin más, la difícil tarea de encarar en extenso el desarrollo de los problemas que muy sucintamente se ha planteado y otros que, con seguridad surgirán, tarea ésta aún por realizarse, y muy probablemente inacabable pero de cuyo empeño dependerá, en gran medida, la racionalidad de las respuestas que brinde la ciencia penal del futuro, en su loable e ineludible fin de contener los violentos embates del poder punitivo estatal.

CAPÍTULO 3: DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA FIGURA DE FEMICIDIO

Introducción

La figura del femicidio tiene relación con la violencia y la misoginia en contra de la mujer, lo cual es considerado en la actualidad a nivel global un problema de gran preocupación. Este delito se basa en el poder patriarcal, el cual se incrementa mediante discursos los cuales hacen referencia a la superioridad del hombre sobre la mujer. Cabe destacar que, antes que lograra posicionarse el problema de la violencia en contra de la mujer en las familias o relaciones de parejas como violación de derechos humanos y de interés para el Estado, este asunto no era considerado parte de una discusión legal. Fue a partir de las luchas feministas que se logró diversas expresiones de este movimiento, y se critica que se dejen de tratar esos temas legislativamente.

En este sentido, en este capítulo se analizará la figura del femicidio desde las distintas posturas doctrinarias, positivas y negativas en relación a esta tipificación. Para ello se hará referencia a lo establecido en el ordenamiento jurídico sobre esta figura. Asimismo, se describirá lo que piensan ciertos autores acerca de la sexualización de la respuesta penal. En relación a ello se menciona que tipo penal vulnera el principio de igualdad ya que deja sin protección al sexo masculino, así como también a grupos vulnerables como las personas ancianas, con habilidades especiales o niños. Aunado a ello, esta figura lleva un mensaje a la sociedad en la cual subordinan a la mujer, en donde el hombre asesina a la mujer por considerar que su vida no tiene valor, el cual se evidencia mediante la subordinación

De igual manera se tratarán algunas cuestiones conceptuales relacionadas a la identidad de género y la violencia en contra de la mujer, la cual ha sido discutida por grupos feministas por varios años, estos resurgen debido a los conceptos de femicidio y feminicidio que repercutieron de manera inevitable en el ámbito jurídico. A tal efecto, en las reflexiones feministas, en específico aquellas que son más populares, la denominación mujer ha generado diversas discusiones y diferentes pensamientos. Estas discusiones son llevadas a cabo por lo general el colectivo de gays, lesbianas, transexuales y transgéneros (LGTB), los cuales expresan que esta norma puede tener efectos que perjudiquen a las sociedad que han reconocido los derechos para todas las personas sin ningún tipo de discriminación. Por tanto, con ello se refieren a que es inadecuado centrarse en características de carácter biológico como lo es el sexo, para determinar ciertos derechos y definir las sanciones. En razón de ello es importante mencionar que, el feminicidio a pesar de que implica la muerte de una persona, no se trata como tal de cualquier homicidio, ya que éste se caracteriza por la presencia de ciertas circunstancias que le otorgan singularidad y autonomía propia, la cual es la condición de la víctima (mujer o persona autopercebida femenino) y la comisión debido a un

contexto de violencia de género. A continuación, se analizarán las principales críticas a la figura del femicidio incorporada a nuestro Código Penal, como así también la respuesta que el Derecho Penal le ha dado a esta problemática.

3.1 Críticas a la figura

En este aspecto es importante hacer referencia en que, la prevalencia de la figura del femicidio tiene relación con la violencia y la misoginia en contra de la mujer, lo cual es considerado en la actualidad a nivel global un problema de gran preocupación. El fundamento de este delito es el poder patriarcal, el cual es renovado de forma constante por medio de discursos y mecanismos que buscan ocultar las diferentes formas de control sobre el cuerpo de la mujer.

Es importante destacar al respecto que, un régimen jurídico que se dedique a proteger y a sancionar los hechos de violencia en contra de la mujer no es ni será la solución, sin embargo es una de las acciones que se necesitan realizar para lograr evidenciar el problema de forma pública, y de esta manera conseguir que se formen compromisos de carácter institucional y social. Aunado a ello, las leyes especifican que regulan la violencia del sexo femenino, de alguna forma cuestionan la lógica centrada en el hombre que caracteriza al derecho. En este sentido, antes que lograra posicionarse el problema de la violencia en contra de la mujer en las familias o relaciones de parejas como violación de derechos humanos y de interés para el Estado, este asunto no era considerado parte de una discusión legal. Fue a partir de las luchas feministas que se logró diversas expresiones de este movimiento, y se critica que se dejen de tratar esos temas legislativamente (Flora Tristán, 2013).

Cabe destacar que, el femicidio se considera como parte de un proceso de avance en las categorías de estudio, las cuales son útiles para poder observar el grado de importancia y las consecuencias que tiene la discriminación de género, y para descalificar la serie de justificaciones como la romantización de la violencia, la patologización del agresor y el origen de los hechos que crean los agresores y la sociedad.

Por ende, la petición de la tipificación del femicidio, tiene relación con este proceso y considera que al derecho penal le corresponde proteger el derecho fundamental que tienen las mujeres a vivir una vida libre de toda clase de violencia. Dentro de los argumentos que se plantean sobre la tipificación de la figura del femicidio se pueden encontrar los siguientes:

- El tipificar esta figura hace que se visualice de manera extrema la violencia de género. Al realizar ello, este crimen pasa a ser específico y deja ver distintos factores y contextos que por lo general no son tomados en cuenta al momento de investigar y juzgar

los homicidios. Por lo tanto, al reconocer a la mujer como sujeto que necesita protección, se le está reconociendo sus derechos individuales. Esto puede ser útil para cambiar imaginarios de poder en los procesos de extensa duración.

- El tipificar el femicidio ayuda a garantizar la justicia y permite que el Estado ejerza políticas públicas para prevenir y erradicar la violencia en contra de la mujer (Flora Tristán, 2013).

Es importante mencionar que, la ausencia de justicia e impunidad, se considera uno de los mayores problemas que presentan las mujeres que viven en el área urbana y rural. Empero, el crear nuevas leyes no implica que este derecho sea protegido de forma completa. Sin embargo, una ley especial otorga mayores herramientas para lograr su cumplimiento, ello se debe a que crea indicadores efectivos de justicia en relación al género. En razón de lo antes expuesto se puede colegir que, una ley que se encargue de sancionar el femicidio no resolverá el problema. Sin embargo, es importante resaltar que ello abrirá nuevas posibilidades de exigir políticas públicas por la evidencia de la discriminación en contra de la mujer, y se exigirá el cumplimiento adecuado en tema de violencia contra la mujer (Flora Tristán, 2013).

Por otro lado, los argumentos en contra de la figura del femicidio son válidos, estos se fundamentan en la lógica y la filosofía del derecho. Las cuáles son las siguientes:

- La tipificación del femicidio no generará grandes ganancias, pero tampoco se considera una acción negativa, ni riesgosa. En este sentido, resulta adecuado pensar en la posibilidad de la tipificación.

- El crear una ley concreta para regular el femicidio no invalida que se creen políticas públicas a favor de los derechos humanos de las mujeres, ni de las políticas específicas para medir el femicidio, como registros públicos y observatorios. Es necesario que estas medidas sean fortalecidas. Se debe mencionar que una política pública no es opuesta a la existencia de una ley. Por lo tanto, debido a los problemas técnicos en materia legislativa, son estos los que los grupos feministas han utilizado para legislar a favor de la protección de los derechos humanos de las mujeres. Por ende, al tratar de luchar contra esos obstáculos, es posible que se presente la oportunidad para debatir sobre la concentración del derecho en el hombre, ello como una herramienta al servicio de las personas y de la sociedad que pueden cambiarse (Flora Tristán, 2013).

Además de ello, según Chiarotti (2011) la tipificación de esta figura del femicidio se considera la respuesta más fácil para los gobiernos, en especial por la incidencia que tiene este delito en la Nación. Ello puede evidenciarse en Panamá en donde existen dos proyectos ley que tratan sobre la tipificación de esta conducta. Uno de estos proyectos se propuso por una diputada de

gobierno que realiza una propuesta específica y repetitiva que pretende incluir las medidas de protección que ya están en el nuevo Código Procesal Penal, y otra defensoría que es más integral, ya que no solo tipifica el femicidio y otras conductas violentas, sino que tipifica la sensibilización, prevención y sanción de la violencia de género. En este sentido, la aprobación de cualquiera de estos proyectos resultaría en dividendos políticos para quienes sancionen esto, la consideración de estas conductas se considera preocupante en la Nación, en particular para las mujeres.

En la actualidad, se presenta una consulta popular que van dirigidas a distintas organizaciones y se presentará un solo proyecto que integraría ambas posiciones. Es importante considerar que la aprobación o denegación de este proyecto es producto de una reválida insoslayable, ya que en el año 2010 hubo 72 casos de mujeres asesinadas y 51 de estos casos eran por femicidio, por tanto se pueden evidenciar las agresiones en contra de la mujer, las cuales ocupan un segundo lugar en la concurrencia de delitos (Chiarotti, 2011).

Cabe destacar que, el derecho penal no previene ninguna conducta ilícita, ejemplo de ello son la pena de muerte y la rebaja de edad en relación a la responsabilidad de los menores de edad que cometen delitos, lo cual no demuestra que ello impide que se cometan delitos. En relación a ello es conveniente resaltar el caso que se presentó en la Ciudad Juárez. En este caso a pesar de la condena interpuesta por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso del Campo Algodonero, en el cual se le ordenó al Estado de México que tomara diversas medidas debido a la gran pérdida de mujeres que se presentó en esta Nación. Empero, en la actualidad siguen sucediendo homicidios, y en especial en mayor cantidad en la Ciudad Juárez. Asimismo, es importante mencionar que la ley penal efectiva solo existe en lo cultural o simbólico, lo demás son políticas públicas que deben utilizarse. En este sentido, las peticiones sobre la tipificación del femicidio tienen como objetivo lograr que este tipo de delito se sancione como un delito agravado.

Por otro lado, en relación al Derecho Penal Mínimo y a la Criminología Crítica es importante considerar el peligro de crear leyes penales más severas, lo cual legitimaría el poder punitivo vertical. Se recomienda que se utilice este instrumento jurídico de forma limitada y prudente como parte de una estrategia para deconstruir y neutralizar la discriminación (Chiarotti, 2011).

De esta manera, se debe considerar que antes de incorporar esta figura del feminicidio se debe examinar si esta existe en la reglamentación vigente, bajo que circunstancias está y las penas que conlleva. Aunado a ello, es importante armonizar la legislación con lo estipulado por la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En razón de ello, se debe tomar en cuenta las tendencias del Derecho Penal Mínimo o de *ultima ratio*, así como también el principio establecido en la Constitución sobre la no discriminación de hombres y mujeres. El

principio de la no discriminación se podría ver lesionado por la formación de tipos penales específicos para la protección de las mujeres que han sido víctimas de violencia, pero realizar una adecuada interpretación no significa necesariamente despenalizarlos.

Es importante mencionar que el Derecho Penal Mínimo tiene como función proteger hasta donde llegue su alcance los derechos de todas las personas, para lo cual no debe realizar ninguna distinción. Sin embargo, la tipificación de la figura del feminicidio encuentra su fundamento en que existen grandes cantidades de casos de mujeres asesinadas por sus parejas, y se considera un delito sumamente injusto debido a la vulnerabilidad que las caracteriza. Asimismo, no se puede reconocer este tipo de delito en contra de las mujeres como otro homicidio perteneciente a la violencia social, ya que se correría el riesgo de banalizarlo. Por lo tanto, se cree necesario eliminar el termino delito pasional, ya que se considera un concepto misógino fundamentado en un sistema patriarcal, el cual justifica que las mujeres se encuentren subordinadas (Chiarotti, 2011).

Es así que se entiende que al permitir que se utilice el término de delito pasional se estaría considerando los antiguos eximentes de responsabilidad penal que existían o incluso existen en algunos países de América Latina, estos eximían de este tipo de responsabilidad al marido que sorprendía a su mujer en adulterio y por ello la asesinaba. Ello se justificaba en que el marido era impulsado por defender el honor de su familia, sin embargo este eximente no aplicaba para la misma situación en el caso de la mujer.

Otro de los argumentos que favorece a la tipificación de este delito del feminicidio es que ello ayuda a transformar la mentalidad machista que tienen algunos jueces, debido a que los coacciona para que fundamenten sus decisiones de conformidad al delito y evita que usen la denominación de emoción incontrolable, la cual se utiliza para atenuar situación de violencia sufrida por las mujeres víctimas. Aunado a ello, visibilizar el femicidio ayuda a abrir los espacios a los homicidios de mujeres, independientemente si lo realizan sus parejas, ex parejas o cuando estén ejerciendo la prostitución, así como también los casos en que son violadas y luego asesinadas o cualquier otra clase de violencia.

Por lo tanto, antes de pensar en tipificar la figura del feminicidio es importante que los países estudien al respecto en base a datos empíricos. En este sentido, se debe analizar de forma cuidadosa la experiencia que tienen los tribunales nacionales, ya que los sistemas judiciales tienen a ser diferentes.

Por otro lado, si se mantiene la figura de homicidio calificado resulta necesario que se amplíen los sujetos pasivos del delito, incluyendo al conviviente o al que tenga una relación análoga de afectividad, ello cubre situaciones como la del conviviente que ha dejado su hogar, o quien haya tenido hijos comunes. Asimismo, debe proteger a otras víctimas como los ascendientes, descendientes, o personas en situación de abandono por la persona que le causó la muerte.

En relación al caso mencionado, resulta adecuado incluir una atenuante para la persona que cometa el delito si este es dependiente, ha sido gravemente desamparado o haya sufrido violencia intrafamiliar. Esta atenuante se fundamenta en la igualdad, sin embargo beneficia en mayor medida a las mujeres. Se debe tener claro que solo crear una ley no soluciona ni mejora en gran medida la violencia en contra de la mujer, sino que estas deben estar acompañadas con políticas preventivas que se encargan de proteger. De igual manera, se necesita un sistema judicial sensibilizado y preparado para la protección del género y para que funcione (Chiarotti, 2011).

3.2 ¿Sexualización de la respuesta punitiva?

En primer lugar, es importante resaltar que el femicidio no estaba tipificado en el Código Penal Peruano. No obstante, al ser tipificados en la actualidad se propuso que se considerara delito, lo cual provocó posturas a favor y en contra. Esta disputa se presentó incluso en el debate de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos por el Proyecto de Ley 008-2011-CR14, el cual se concretó en la Ley 29.819.

Cabe destacar que, desde hace años se encontraban dos sectores con diferentes opiniones acerca de la tipificación del femicidio. Por un lado, se encontraban los sectores impulsados por las ONGs de mujeres y otros estaban en contra, ello a pesar que se trabajaba en favor de las mujeres. Empero, se pudo evidenciar el rechazo cuando se hablaba de género o de una consideración especial para la mujer, ello debido a la desigualdad entre hombres y mujeres (Toledo, 2009).

Por otro lado, la Ley 29.819 publicada en el diario El Peruano modificó el artículo 107 del Código Penal, el cual estipula ahora que: El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

Asimismo, la pena privativa de libertad no podrá ser menor de veinticinco años, esto es en caso de que concurran cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2,3 y 4 del artículo 108. En el caso de que la víctima del delito sea el cónyuge o la conviviente de la persona que cometió el delito, o tuvo alguna relación afectiva con él, tendrá el nombre de femicidio. Es importante resaltar que esta conducta ilícita se aplica solo en el caso de que la víctima sea mujer (Toledo, 2009).

Luego de que se modificara el tipo penal del parricidio algunas personas opinan que la tipificación del feminicidio se produce por situaciones en violación, los cuales obedecen a dos principios el de la mínima intervención y la *última ratio*. Además de ello, se violenta el principio de

la no discriminación establecido en la Constitución, el cual postula que no debería haber diferencia en el delito entre hombres y mujeres.

De igual manera, este tipo penal vulnera el principio de igualdad ya que deja sin protección al sexo masculino, así como también a grupos vulnerables como las personas ancianas, con habilidades especiales o niños. En razón de ello se debe considerar que la figura del femicidio se utiliza debido a la necesidad de diferenciar este delito del homicidio simple y del homicidio calificado. Aunado a ello, esta figura lleva un mensaje a la sociedad en la cual subordinan a la mujer, en donde el hombre asesina a la mujer por considerar que su vida no tiene valor y se evidencia mediante la subordinación (Toledo, 2009).

Por lo tanto significa que el agresor ejerce su poder sobre la mujer víctima, ello se debe a que se considera a la mujer como un ser inferior, y mantiene una conducta misógina y sexista. De esta manera, se evidencia que las mujeres pueden ser víctimas de violencia al igual que los hombres. Empero, existe un tipo de violencia que se dirige de forma específica a las mujeres, ello como consecuencia de la subordinación de hecho con respecto a los hombres.

Es preciso destacar además que, el femicidio, el cual se reconoce como el asesinato de las mujeres por causa de discriminación, se origina por el deseo de controlar y dominar el cuerpo de la mujer por parte de su agresor. Debido a ello se considera que la tipificación de femicidio es necesaria debido a que existen casos en que la muerte de una mujer se produce por su condición de mujer, la cual es constantemente sometida a la violencia. Por lo tanto, lo antes expuesto se considera el fundamento de la tipificación de la figura del femicidio, el cual reconoce este elemento subjetivo que es diferente al dolo de matar *animus necandi* el cual concurre con él.

Asimismo, en relación a ello el legislador debió definir primeramente que se entiende por feminicidio, y también debe señalar que no solo se presenta este delito cuando la persona es asesinada por su pareja, sino que también el ánimo de matar debe estar acompañado de su creencia de superioridad como varón. De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos define que el feminicidio es el homicidio de mujeres debido a su sexo (Toledo, 2009).

Es importante resaltar que, la obligación sobre garantizar los derechos humanos que emana de los tratados internacionales sobre la adopción de medidas legislativas tiende a asegurar su goce. Estos derechos se garantizan por medio de la adopción de nuevas leyes, la derogación o reforma de las normas que ya existen y que son incompatibles con el tratado. Por lo tanto, estas medidas legislativas, específicamente las que tratan sobre el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas, también incluye las normas penales que sancionan los actos que atentan contra estos derechos. A tal efecto, debido al reciente reconocimiento de la violencia en contra de

la mujer y sus tipos de manifestaciones como violación de derechos humanos, las medidas en el ámbito legislativo siguen en evolución. Estas medidas en materia penal, contemplan desde la derogación de normas discriminatorias, que se pueden evidenciar como delitos sexuales, así como distintas formas de violencia en contra de la mujer, y a la sanción de violencia en contra de la mujer en el ámbito intrafamiliar y también en la comunidad.

Además de ello, la mayoría de estas nuevas leyes penales son neutras dependiendo su género, por lo tanto a pesar de que tratan diversas formas de violencia afecta de manera primordial a las mujeres. Sin embargo, tanto el objeto pasivo como el activo es posible que sean hombres y mujeres. En este sentido, en el caso de los delitos sexuales las cifras muestran que las mujeres y las niñas son las víctimas principales (Toledo, 2009).

No obstante, recientemente diversas legislaciones han empezado a plantear alternativas que abandonan la neutralidad de género presentes en los tipos penales, al respeto de la violencia en contra de la mujer, en específico en el ámbito intrafamiliar, ello dada la gravedad de esta violencia y sus consecuencias. De igual manera, se incluyó un tipo penal denominado grave violación de la integridad de la mujer, el cual se sanciona a la persona que cometa delitos en contra de la vida y la salud, así como los delitos sexuales que hayan sido efectuados por una persona que tenga una relación cercana con la víctima.

Cabe destacar además que, si el hecho antes mencionado lo comete un hombre en contra de una mujer, con la cual mantiene una relación de matrimonio, o con la cual convive en una relación semejante al matrimonio, este hombre será sancionado por causa de una grave violación de la integridad de la mujer. Esta opción antes mencionada fue planteada por un legislador de Suecia como un tipo penal especial el cual abarca solamente la violencia en contra de la mujer que se presenta en parejas heterosexuales, asimismo la penalización se mantuvo igual a las estipuladas para los otros casos de violencias presentadas en relaciones íntimas, ya sean estas actuales o pasadas (Bringas, 2012).

Por lo tanto, ello favorece el efecto simbólico de la ley penal, logra que se visualice concretamente la violencia que perjudica a las mujeres que mantienen una relación heterosexual. Por otro lado, permite que se logren efectos prácticos, esto se debe al que por ser una disposición de carácter especial es simplificada la estadística, ello en conjunto con la facilitación del órgano de justicia y de la jurisprudencia en este tema. Por ende, estos aspectos son considerados prácticos y fundamentales tomando en cuenta que las estadísticas son necesarias para elaborar las políticas preventivas que se necesitan para enfrentar la violencia en contra de las mujeres, sumando el riesgo vital y otros factores.

De igual manera, se toma en cuenta el derecho procesal penal y el derecho penal sustantivo en lo relacionado a la persecución efectiva y a la sanción de los delitos de violencia contra la mujer.

Es importante mencionar además que, en los últimos años se presentó en la normativa española la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta ley contempla normas laborales, educativas, sanitarias, publicitarias, entre otras. Por otra parte, en lo relacionado a la materia penal, incluyó en el Código Penal normas que sancionan los casos de violencia agravada, los cuales se presentan cuando el delito es cometido por un hombre en contra de su esposa o con la mujer con la que se encuentre relacionado íntimamente, ello sin importar que no vivan juntos (Bringas, 2012).

Por lo tanto, esta normativa ya mencionada no se caracteriza solamente por la determinación de un sujeto activo y un sujeto pasivo, sino que sanciona con mayor gravedad al hombre que cometa este delito en contra de una mujer con la cual mantiene o mantuvo una relación afectiva o un vínculo conyugal, que la misma conducta si es cometida por la mujer en contra del hombre con el cual mantuvo o mantiene una relación afectiva. Así como tampoco, en los casos de parejas homosexuales.

En razón de ello, estos casos no quedan inmersos en la ley, solo se puede aplicar cuando corresponda la legislación penal común. La justificación de esta medida expresa que para las personas, los grupos de mujeres y en especial para las mujeres que sufren estas violaciones, la ley les concede una respuesta concreta estipulándolas en dos tipos penales específicos.

Por otro lado, el proyecto de ley impulsado en Chile en lo relativo a la penalización del femicidio, responde de forma análoga a lo dispuesto por la legislación, ya que solo sanciona al parricidio y al femicidio con igual pena. Es también parecida a la manera en la que se tipifica el femicidio en Costa Rica, el cual es en la actualidad el único país que penaliza de forma expresa esta figura. Ello a pesar de que se estipula en una ley especial y se sanciona con una pena igual a la establecida para el homicidio calificado por razón de parentesco o concubinato en el Código Penal de Costa Rica (Bringas, 2012).

3.3 Identidad de género autopercebida y femicidio

Cuando se habla de género, es pertinente mencionar a Butler (2007) quién argumenta que el género es una construcción cultural, pero no es apropiado encuadrarlo dentro de la concepción “esencialismo versus constructivismo”, la autora plantea que tampoco se busca imponer un modelo contrario al esencialista en cuanto a la conformación del género, en el que lo cultural se imponga como destino. De modo tal que no se trata de pasar a un modelo de género como construcción cultural, en desmedro de un modelo biológico de género. Es decir, que no se pretende repetir la

rigidez biológica con otras palabras. Butler problematiza la construcción del género en un sentido más amplio.

Para eso, a partir del análisis de las teorías de Simone de Beauvoir y Monique Wittig, Butler (2007) llega a la conclusión de que es difícil hablar de la noción de sujeto en la filosofía occidental, porque cuando nos referimos al sujeto, estamos en el terreno de un universal que considera al sujeto-varón como construcción única y dominante. Es decir, hablar de sujeto resultaría fútil para el pensamiento feminista porque la categoría de sujeto implica un universal hombre-varón masculino en el sistema binario masculino-femenino.

A partir de esa problematización del sujeto, Butler (2007) desarrolla las cuestiones fundamentales para su teoría de la performatividad. De acuerdo a Femenías (2003), Butler toma de Foucault la idea de que no existe un sexo biológico y un género construido, sino que lo único que hay son cuerpos contruidos culturalmente y no existe la posibilidad de sexo “natural”, porque los acercamientos al sexo siempre están mediados por la cultura y la lengua. Con esto Butler dinamita el sistema de sexo/género, ya que no habría forma de distinguir entre sexo y género; ambos serían un continuo. El debate esencialista constructivista pierde su razón de ser porque no hay posibilidad de acceso a lo natural. Como sostiene Femenías (2003), esa es la concepción de Butler en *Gender Trouble*.

Asimismo, decir que el género es una construcción, en términos de Butler (2007), tampoco significa que sea una ilusión o una construcción artificial. Se trata más bien de que existe una producción discursiva que hace aceptable la relación binaria. En ese marco, es que algunas configuraciones culturales del género ocupan el lugar de “lo real”, lograndoautonaturalizarse, y debido a esto se transforman en hegemónicos en el sistema: “La univocidad de género, la coherencia interna del género y el marco binario para sexo y género son ficciones reguladoras que refuerzan y naturalizan los regímenes de poder convergentes de la opresión masculina y heterosexista” Butler, 1990, p. 99).

En relación al bien jurídico protegido del femicidio, es importante mencionar que éste es la vida de la mujer víctima de este delito. En este sentido, el femicidio es técnicamente un homicidio, ello a pesar de que el autor siempre debe ser el hombre y la victima siempre debe ser mujer, el bien jurídico sigue siendo la vida como en cualquier homicidio. El fundamento de la mayor pena, es la condición del sujeto pasivo y en las circunstancias específicas de la comisión del delito: la violencia en contexto de género. Por lo tanto, el homicidio de cualquier mujer, en cualquier circunstancia no es considerada siempre femicidio, se considera femicidio si el homicidio ocurre en una circunstancia específica en la cual se presente una subordinación y un sometimiento de la mujer al hombre, la cual se basa en una relación desigual. Por ende, en base a esta desigualdad de poder es

que se fundamenta este tipo penal, de otra forma se le estaría otorgando un mayor valor a la vida de la mujer que a la del hombre, lo que implicaría un conflicto constitucional (Toledo, 2009).

Es preciso destacar que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, los países de Costa Rica, Guatemala y Nicaragua no utilizan la noción de femicidio para referirse a un delito concreto, sino que se usa para referirse al contexto particular en que se desarrolle el delito, es decir debido al género, lo cual es determinante para este fenómeno

Por tanto, el feminicidio a pesar de que implica la muerte de una persona, no se trata como tal de cualquier homicidio, ya que éste se caracteriza por la presencia de ciertas circunstancias que le otorgan singularidad y autonomía propia, la cual es la condición de la víctima (mujer o persona autopercebida femenina) y la comisión debido a un contexto de violencia de género. La nueva fórmula establece dos características de gran importancia ya que aparte de ser más amplia, en lo relativo a la mayor penalidad también abarca al que mate a una persona del sexo masculino que se autoperciba del género femenino. Ejemplo de ello es un hombre que debido a sus atributos morfológicos, se siente mujer, el cual se considera una figura autónoma, la cual tiene sus propios elementos, con pena fija y sin atenuantes ni agravantes que los modifiquen (Buompadre, 2012).

De esta manera, la autonomía y la mayor penalidad del femicidio se basan en el hecho de que la víctima pertenece a un grupo, en el cual debido a sus características, es más susceptible de sufrir violencia por parte de su pareja o ex pareja.

En razón de lo antes expuesto, abarca dos supuestos que plantea Buompadre (2012), uno de ellos abarca a una persona del sexo masculino autopercebida femenina y el otro supuesto se trata de una persona del sexo femenino (biológicamente), el cual requiere que se ataque a una persona autopercebida con identidad de género femenino. Ello no resulta posible en este caso en particular ya que impide la sexualidad biológica de la víctima. Por ende, de conformidad con esta legislación, se está frente a una nueva modalidad de homicidio, ya que no solo se refiere a la muerte de una mujer debido a su género, sino que también se sanciona el homicidio del hombre autopercebido femenino. En este sentido, cuando acontezca el asesinato de un hombre que se considere mujer, ya sea por autopercepción sexual, por rectificación formal o registral de su sexo ante los registros o por reasignación genital por medio de intervención quirúrgica o terapias hormonales, lo cual provoca dificultades entre esta situación antes descrita y la exigencia de que el homicidio sea causa de la violencia de género (Buompadre, 2012).

En lo respectivo a este análisis, no forma parte de este trabajo excedernos de lo meramente jurídico, por eso solamente es pertinente interrogarse lo siguiente:

¿La Ley penal a través de la redacción del art. 80 inc.11 protege la Ley identidad de género?

La respuesta es no, y más allá de las distintas posturas doctrinarias, es relevante manifestar que en el texto de dicho artículo, se ha omitido aclarar sobre las personas autopercibidas mujeres, por consiguiente, esto se traduce en una situación de desprotección jurídica hacia este colectivo.

3.4 La intersexualidad y el derecho a la identidad de género dentro del ámbito legal argentino

Al respecto de este tema nuestro marco jurídico ha tenido avances realmente significativos, de hecho, la Ley 26.743 de Derecho a la Identidad de Género es uno de los textos legales más avanzados sobre la materia en comparación inclusive con los Tratados Internacionales, esto ha hecho que el reconocimiento de los derechos de los intersexuales y de todos los individuos que se vean en una situación similar sean reconocidos y que además puedan vivir en la sociedad de una manera más libre.

Al respecto de esta Ley 26.743 se consagran importantes derechos y consideraciones para todo lo relacionado a los derechos de identidad de género, al respecto de ésta, el Dr. Blasi (2012) nos dice:

La norma, concretamente consagra tres prerrogativas: el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género; el derecho al libre desarrollo personal en consonancia con la propia identidad de género; y, el derecho a ser tratado e identificado conforme a la identidad de género adoptada y desarrollada. En este sentido, ordena que el ejercicio del derecho a la identidad de género no podrá ser limitado, restringido, excluido o suprimido por norma, reglamentación o procedimiento alguno (p. 1).

Sobre el tema del Derecho a la Identidad de Género que la Ley 26.743 establece y reconoce, la Dra. Pastore (2012) nos da un resumen y sobre ello tenemos:

La ley 26.743 (Adla, Bol. 14/2012, p. 3) instituye un “derecho subjetivo” a la “identidad de género” —comprensivo del reconocimiento de esa identidad, el libre desarrollo de la personalidad consecuente y la identificación registral y trato acordes— (art. 1º) expresado en un sentimiento referencial de "la vivencia interna e individual del género" que no necesariamente debe ser contraria al sexo asignado al momento del nacimiento.

El estándar normativo instaurado incluye la autopercepción corporal, la vestimenta, el modo de hablar y los modales, y no se halla condicionado a la modificación de la apariencia o función corporal por medios farmacológicos o quirúrgicos (art. 2º). Su

ejercicio supone la posibilidad de solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre e imagen (art. 3º) (p. 1).

Al respecto de este cambio en el Registro Nacional que permite la Ley 26.743, también se han mencionado otros autores que han analizado la normativa en cuestión, es por ello que Blasi (2012) explica el tema de la rectificación registral de la siguiente manera:

Sobre la base de dicha descripción, entonces toda persona que acredite la edad mínima de 18 años de edad y presente una solicitud ante el Registro Nacional de las Personas (o sus oficinas seccionales correspondientes) manifestando encontrarse amparada por la presente ley, podrá demandar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género autopercebida, sin estar obligada a acreditar: (i) intervención quirúrgica de reasignación de sexo, total o parcial; y, (ii) seguimiento de terapias hormonales o tratamientos psicológicos/médicos. La rectificación registral del nombre de pila y sexo no deberá ser publicada en un diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses como reza el art. 17 de la ley 18.248, salvo que así lo autorice el interesado directo (p. 1)

Ahora, el tema de la identificación y los cambios que se realizan en el Registro Nacional de las Personas también ha sido abordado dentro de los tribunales de nuestra nación y se han brindado explicaciones muy claras al respecto que conviene traer a colación para tener mayor conocimiento sobre lo que se regula, es por ello que el Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores en el caso “C. J. A. y otra - solicitan autorización” ha determinado lo siguiente:

La identificación en sí misma —edad, nombre, sexo, estado registral— no debe confundirse con el derecho a la identidad porque ésta es progresiva, cambiante, actual e histórica, aunque aquella identificación importe un dato más para revelar la identidad. No obstante, el dato registral es de importancia decisiva en tanto a través del mismo, se permite desarrollar la personalidad frente al mundo y conformar la identidad socio cultural del sujeto. A través de la inscripción originaria efectuada al nacer, se produce la legalidad de una instalación que, en el caso de los transexuales, comprobada debidamente la nueva identidad sexual del sujeto, y cuando por vía quirúrgica ha adecuado la morfología de sus genitales a los del sexo sentido, el dato registral que produjo aquella primera instalación, debe ser remplazado o corregido, para reflejar la

nueva realidad comprobada, armonizando de tal modo, el aspecto estático (sexo legal o registral) con el dinámico (sexo psicosocial) de la persona involucrada.⁴¹

Al permitir que legalmente se modifique el registro que el Estado lleva sobre las personas, se está permitiendo que la voluntad de las personas modifique lo que está consagrado por la ley y que además tenga la característica de ser una información pública y con fuerza ante los terceros. La nueva identidad sexual que se consagra por lo que percibe el individuo sobre sí mismo representa sin duda alguna un avance y un reconocimiento a la voluntad, es por ello que el Dr. Zannoni (2013) dice lo siguiente sobre el avance que la Ley 26.743:

... consagra la prevalencia del "sexo auto-percibido", como un modo de lograr el cambio de la mención del sexo en los documentos de identidad al solo requerimiento del interesado, sin exigir, en principio, autorización judicial. Se ha dicho que tal estatuto constituye una expresión más de los derechos que hacen a la protección de la autonomía individual que caracterizan a nuestro sistema constitucional. (Pg. 7)

No obstante, la Ley contempla el requisito de la mayoría de edad para proceder a hacer las actuaciones de manera individual por delante del Registro Nacional de las Personas, ello por supuesto está justificado puesto que se trata de una decisión de relevancia jurídica que necesita la materialización de una voluntad bien formada, sobre ello el Dr. Blasi (2012) explica:

La normativa examinada consagra una excepción al requisito de la edad. En efecto, el legislador, haciendo uso de los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño, autoriza a las personas menores de 18 años de edad, a través de sus representantes legales, asistido por un letrado que lo patrocine de acuerdo con el art. 27 inc. c) ley 26.061, a solicitar el cambio de nombre de pila, imagen y la rectificación de su sexo para acomodarlos a su identidad de género.

Incluso más, esta ley habilita a todo/a niño/a a recurrir a la justicia, mediante la vía sumarísima, para suplir la falta de consentimiento de uno o ambos representantes legales. (p. 1)

Al tener la mayoría de edad el individuo podrá actuar ante el Registro de manera individual y amparado por lo establecido en la Ley al respecto de la modificación de lo que el Registro lleve sobre su género, sobre ello Zannoni (2013) aclara que:

A tal efecto, si es mayor de 18 años, puede, por sí mismo, presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes una solicitud

⁴¹ Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores. "C. J. A. y otra - solicitan autorización", sentencia de fecha 21 de septiembre de 2007. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

manifestando encontrarse amparada por la ley requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original. (p. 7)

Esta regulación por supuesto no quiere decir que no se puede hacer el cambio en el Registro de un menor de edad, la Ley no pone una prohibición, pero sí estipula un procedimiento distinto para lograr el mismo objetivo, eso por supuesto para buscar la consecución de una voluntad firme sobre la auto-determinación del sexo de la persona. Sobre ello la Dra. Cavalcanti (2015) dice:

Para el caso de que se trate de menores de edad, el artículo remite a los principios y requisitos establecidos en el artículo 5 de la ley para la obtención del consentimiento informado. Asimismo, establece que, sin perjuicio de ello, en el caso de intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, la que deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a, de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849) y la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. (p. 4)

Ahora, este trato a los menores de edad para estos procedimientos no es completamente aceptado por toda la doctrina, hay autores y juristas que ven con preocupación la intervención de los padres o responsables en la decisión del sexo por parte del menor de edad, especificando que podrían llegar a ser obstáculos para la verdadera decisión del menor y pudiendo no verse reflejada al final la voluntad sobre la determinación de su género, al hablar de esto la Dra. Pastore (2012) explica lo siguiente:

El efecto más atemorizante de la aplicación de esta ley es, por un lado, la posibilidad de que los representantes legales del menor y/o la autoridad judicial puedan disponer sobre la sexualidad de un menor de 18 años, y por el otro, que se les reconozca a los propios menores, en virtud del criterio de capacidades progresivas, la posibilidad de requerir la modificación quirúrgica de sus genitales y la rectificación de su sexo y nombre.

Las desmedidas atribuciones que se conceden a los representantes legales de los menores así como la absurda exigencia de contar con la conformidad expresa del menor se contraponen a la probada influencia que el entorno social en la crianza de los niños tiene en la etiología del trastorno psicosexual. Se ha podido comprobar que ciertas variables familiares inciden en el grado de trastorno de la identidad sexual, enfocándose en una primera etapa del análisis en los padres, la figura paternal sustituta y los modelos masculinos disponibles a los niños que demuestran un desarrollo de rol

masculino inadecuado. La literatura sobre el desarrollo psicosexual en los niños revela que el padre es la figura parental que más incidencia tiene en la generación de comportamientos sexuales apropiados en la familia. (p. 5)

Asimismo, en la misma perspectiva jurídica sobre la preocupación del trámite que se ha establecido para tratar la situación de los menores de edad, la Dra. Brandi Taiana (2014) se expresa así:

Si la Ley de Identidad de Género prevé un simple trámite en lugar de un proceso que asegure la debida comprensión por parte del menor de la decisión que va a adoptar y la trascendencia de la misma, ¿cómo puede el abogado del niño garantizar el consentimiento libre y personal del menor? ¿No merecen los menores, como mínimo, la asistencia psicológica que permita dilucidar si su decisión es propia y querida? (p.5).

Otro punto muy importante que es tocado dentro de la Ley 26.743 es el tema del trato digno de su nueva identidad, punto muy importante puesto que a partir de aquí es que se establece verdaderamente el ejercicio del derecho a la nueva identidad de género frente a los terceros y a toda la sociedad, es por ello que Blasi (2012) al hablar sobre el derecho al trato digno dice:

El derecho al trato digno se encuentra regulado en el artículo 12, en el sentido de imponer el deber de respetar la identidad de género adoptada por toda persona, en particular por los/as niños/as, que emplee un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. Naturalmente, la ley determina que el nombre de pila tomado por todo individuo, a su sólo requerimiento, deberá ser utilizado para la citación —incluyendo el nombramiento en público—, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en el ámbito privado cuanto en el público (p. 2).

El respeto al género decidido por la auto-determinación del sujeto debe ser respetado en todo ámbito público pero también social, esto se refleja en la utilización y respeto del nombre que el individuo ha decidido utilizar, de esta forma se da el verdadero ejercicio del derecho, así también lo explica la Dra. Cavalcanti (2015) cuando refiere que:

Según el texto de la ley, el derecho al trato de acuerdo al género se refiere en particular al derecho de la persona a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada. Esto se relaciona directamente con el artículo 3 de la ley, que se refiere al ejercicio del derecho a la identidad de género (Pg. 5).

Ya por último, una de las cuestiones que la Ley 26.743 regula y que es muy importante recalcar en el análisis del cuerpo legal es el tema del derecho al libre desarrollo del género que el

individuo ha auto-determinado, que podríamos decir que se trata de un elemento fundamental del cuerpo legal puesto que sin el ejercicio de la nueva identidad la misma quedaría inutilizada completamente, es por ello que el Dr. Blasi (2012) reseña lo siguiente:

La norma en cuestión, a su vez, regula en el artículo 11 lo relativo al derecho al libre desarrollo personal, para lo cual, con el propósito de garantizar el derecho a la salud integral, establece que toda persona mayor de 18 años de edad podrá acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa, bastando únicamente el consentimiento informado del interesado.

En relación a los menores de edad, la ley remite a los mismos lineamientos dispuestos para la rectificación registral del nombre de pila, imagen y sexo, más la conformidad de la autoridad judicial competente, quien deberá expedirse en un plazo no mayor de 60 días.

Asimismo, dispone que el acceso a los tratamientos integrales hormonales no deberá estar subordinado a la intención de someterse a la cirugía de cambio de sexo, total o parcial (p.3).

La apertura y la facilidad del acceso a las intervenciones médicas necesarias para la adecuación del género es un punto importante que debe ser tocado puesto que sin ella no se estaría otorgando una libertad ni un ejercicio pleno, pero inclusive en nuestra legislación dichos tratamientos médicos están incluidos en el Programa Médico Obligatorio.

Conclusión

El femicidio a nivel global es considerado un problema de gran preocupación. El cual trata sobre la violación de derechos de la mujer, y se basa en que el machismo cree que la mujer es un ser inferior al hombre. En razón de ello, el femicidio acciona por el poder que tiene el hombre de atacar a un ser vulnerable como lo es la mujer. Sin embargo, un régimen jurídico que se dedique a proteger y a sancionar los hechos de violencia en contra de la mujer no es ni será la solución, pero es una de las acciones que se necesitan realizar para lograr evidenciar el problema de forma pública, y de esta manera conseguir que se formen compromisos de carácter institucional y social.

Es preciso destacar que parte de la doctrina indica que es inadecuado centrarse en características de carácter biológico como lo es el sexo, para determinar ciertos derechos y definir las sanciones. Por consiguiente, la petición de la tipificación del femicidio, tiene relación con este proceso, y considera que al derecho penal le corresponde proteger el derecho fundamental que tienen las mujeres a vivir una vida libre de toda clase de violencia.

Dentro de los argumentos que se plantean sobre la tipificación de la figura del femicidio se pueden encontrar la que hace que se visualice de manera extrema la violencia de género y ayuda a garantizar la justicia y permite que el Estado ejerza políticas públicas para prevenir y erradicar la violencia en contra de la mujer. Por otro lado, los argumentos en contra de la figura del femicidio se fundamentan en la lógica y la filosofía del derecho.

La obligación sobre garantizar los derechos humanos que emana de los tratados internacionales sobre la adopción de medidas legislativas tiende a asegurar su goce. Estos derechos se garantizan por medio de la adopción de nuevas leyes, la derogación o reforma de las normas que ya existen y que son incompatibles con el tratado. Por lo tanto, estas medidas legislativas, específicamente las que tratan sobre el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas, también incluye las normas penales que sancionan los actos que atentan contra estos derechos. A tal efecto, debido al reciente reconocimiento de la violencia en contra de la mujer y sus tipos de manifestaciones como violación de derechos humanos, las medidas en el ámbito legislativo siguen en evolución.

CONCLUSIÓN

Es preciso hacer mención, que en los últimos años se han expuesto los casos de violencia de género, en contraposición a los paradigmas anteriores que impedían que se dieran a conocer como una verdadera problemática. Así, y comenzando por los distintos Organismos Internacionales, estos fueron desarrollando los instrumentos necesarios para alcanzar la concientización de los Estados, como corresponsales de la garantía y protección de los derechos de las mujeres.

Como consecuencia de ello, se aprobó y ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Posteriormente, la Asamblea General de la OEA, bajo el auspicio de la Comisión Interamericana de la Mujer, aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en 1994, la cual se ha convertido en uno de los instrumentos internacionales más importantes en materia de protección e igualdad de género.

En consonancia con la ratificación de dicha Convención, nuestro país dispuso la actualización de su ordenamiento jurídico, por lo cual el Honorable Congreso de la Nación sanciona la Ley 26.485 de protección integral a la mujer el 14/04/2009 y la Reglamenta el Poder Ejecutivo en 20/07/2010, ofreciendo por tanto una regulación expresa de la violencia, tipificándola en sus diferentes modalidades, con el objeto de evitar la impunidad. Dicha Ley se ha constituido como un verdadero pórtico jurídico en aras de garantizar la protección de los derechos de la mujer, ordenando además la creación de una Comisión Nacional de la Mujer, encargado de dirigir, diseñar y aplicar las políticas necesarias para la protección de los derechos de la mujer.

Considerando los diversos avances legislativos que se han presentado hasta el momento, se deben considerar las recomendaciones de la CEPAL para que de esta forma se desarrollen políticas integrales que se aboquen a este problema. Ello se debe a que este organismo dentro de su propuesta plantea la necesidad de mejorar los registros administrativos para conocer el índice de feminicidios en todos los países, impulsar programas de prevención de todas las formas de violencia contra la mujer y destinar recursos económicos para que se materialice esta prevención.

Ahora bien, respecto de la temática abordada a lo largo del presente trabajo de investigación, puede concluirse que los géneros son los roles sociales, a partir de la sexualidad, que nos implican a todos porque es un concepto relacional. A su vez, tales géneros son transversales a cualquier institución, y que la sujeción a esta perspectiva sea una decisión política, para eso es necesario la permanente capacitación, para que sea realmente efectiva. Es decir, que constituye una imperiosa necesidad de que desde el Estado se fomenten las capacitaciones de perspectiva de género, en todas las áreas y enfatizando sobre el ámbito jurídico y parlamentario.

Ahora bien, la violencia de género es una realidad que nos aqueja como sociedad y a la cual se ha de erradicar como problemática. Sin embargo, el hecho de que amerite un tratamiento adecuado, no justifica la imprecisión de la norma y la liviandad con la que se exige su aplicación en la actualidad. Ello, en tanto puede apreciarse que si bien el dictado de la norma que ha modificado el Código Penal y ha incorporado la figura del femicidio a nuestro ordenamiento jurídico, no ha sido acabada, dado que no ha contemplado la ley de identidad de género. Dicha norma, no menciona taxativamente dentro de la figura de femicidio a las personas autopercebidas como mujer.

El dictado de normas penales impone a los legisladores que la misma sea precisa y de ellas surjan todos los presupuestos para su aplicación a un caso concreto. A su vez, se impone a los juzgadores un análisis exhaustivo de las normas en cada situación a los fines de determinar si la misma se subsume en lo presupuesto por la norma.

Si bien se puede inferir que la protección de las personas autopercebidas como mujer es la finalidad de nuestro ordenamiento jurídico, ello no se desprende del texto del Artículo 80 inciso 11 del Código Penal. De lo contrario, se atenta contra el principio de legalidad y se expande el Derecho Penal a un supuesto no contemplado por los legisladores.

Queda claro que la idea de bien jurídico como criterio rector para fundar un sistema penal justo atraviesa fuertes crisis, pues recibe distintas críticas de diversos sectores de la doctrina. Por ello resulta sumamente difícil lidiar con todos los problemas que este tópico encarna (conceptualización, capacidad de fundar el sistema, capacidad para fundar el ilícito, titularidad de los bienes, disponibilidad de los bienes, entre otros). Es así que el Código Penal debería modificar dicha norma, incluyendo de forma taxativa la Ley de Identidad de Género a los fines de recepcionar en el tipo penal a las mujeres autopercebidas, brindando así una determinando protección integral.

A razón de lo antes expuesto, se puede concluir que las leyes que sancionan la violencia en contra de la mujer dejan a un lado a los otros tipos de violaciones en razón del género que sufren otros grupos discriminados, a los cuales generalmente se le desconoce su identidad de mujer en base a su biología, esto ocurre en las personas transgéneros, en los transexuales o intersex. Por tanto, el femicidio a pesar de que implica la muerte de una persona, no se trata de cualquier homicidio, ya que éste se caracteriza por la presencia de ciertas circunstancias que le otorgan singularidad y autonomía propia, la cual es la condición de la víctima (mujer o persona autopercebida femenino) y la comisión debido a un contexto de violencia de género.

La tipificación del femicidio no ha sido claro ni preciso respecto de los elementos de tipo penal que querían abarcar. Por lo tanto, esta actuación trajo como consecuencia una magnitud preponderante de errores al legislar básicamente un solo tipo, tal como es el caso de que se considerara solo este

delito en los casos de relación íntima o de pareja; o en los casos, donde lo contempla de manera muy amplia lo que genera dudas.

Es entonces que conforme al criterio del artículo 80 inc. 11 del Código Penal, cuando acontezca el asesinato de una mujer autopercebida, la víctima quedaría desprotegida dado que la figura del femicidio, en su redacción vigente, no lo contempla como agravante, y debe tenerse presente que al tratarse de un tipo penal no puede acudir a la interpretación, por ende, no puede analizarse lo que el legislador intentó plasmar en la norma vigente, sino lo que la misma indica y lo que surge de su literalidad.

Ello, permite corroborar la hipótesis planteada dado que si bien, los legisladores no han incorporado estos supuestos a la redacción, se debe aplicar la figura de femicidio en los supuestos de homicidios de personas autopercebidas como mujer, porque de lo contrario se estarían violando sus derechos consagrados en la Ley de Identidad de Género, y por consiguiente, se estaría desprotegiendo a la víctima.

¿Por qué resulta factible dicha aplicación?

Porque la ley de identidad de género N° 26.743 estipula que las personas trans (travestis, transexuales y transgéneros) puedan ser inscritas en sus documentos personales con el nombre y el género de elección. Entonces en el supuesto en que no se contemplara la figura de femicidio en el homicidio de una persona autopercebida como mujer, se estarían menoscabando los derechos consagrados en dicha ley.

Para concluir, ¿Qué se propone para revertir esta omisión que surge del art. 80 inc.11? A continuación se presentará la propuesta.

PROPUESTA

- Propongo que se modifique el artículo 80 inc.11 y sea congruente con lo estipulado en la Ley de identidad de género N° 26.743, incluyendo de manera taxativa a las personas autopercebidas como mujer. El motivo de la propuesta es para evitar menoscabo en los derechos consagrados en la ley de identidad de género, de las personas autopercebidas como mujer, ante un caso de femicidio.

- El artículo de esta ley, en la actualidad, ejerce un menoscabo en los derechos de la víctima, en este caso, en las personas autopercebidas como mujer (en lo concerniente a la figura del art. 80 inc.11), por eso es imperiosa la necesidad de la modificación de dicho artículo o de la inclusión de un artículo que esclarezca esta cuestión, teniendo presente lo estipulado en la ley de identidad de género.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Blasi, G., (2012). Derecho a la identidad de género. Ley 26.743. *La Ley*. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Brandi Taiana, M., (2014). *Una cuestión de respeto y responsabilidad*. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot.
- Buompadre, J. (2015). Los delitos de género en la reforma penal (Ley 27.791). *La Ley*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35445-delitos-genero-reforma-penal-ley-no-26791>
- Cavalcanti, M., (2015). Identidad de género. Aproximaciones al tema. *Revista del Notariado*. Recuperado de: <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/06/identidad-de-genero-aproximaciones-al-tema/>
- Censori, L. (2014). El delito de femicidio y su constitucionalidad. *Revista Pensamiento Penal*.
Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39394-delito-femicidio-y-su-constitucionalidad>
- Civalé, M. (2015). *Figura del femicidio en Argentina: interpretaciones y reforma legislativa*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de San Andrés, Departamento de Derecho.
- Coral, D. (2001). Si no se cuenta, no cuenta. Información sobre la violencia contra las mujeres. *La Ley*. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- De Monserrat, M. (2011). Comentarios a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.
- Organización de las Naciones Unidas (2013). *El femicidio o feminicidio como tipo específico de delito en las legislaciones nacionales de América Latina: un proceso en curso*. Nota para la Igualdad N°17 Naciones Unidad CEPAL.

- Organización Panamericana de la Salud (2017). Comprender y abordar la violencia contra las mujeres Femicidio. *Organización Panamericana de la Salud*.
- Pastore, A. (2012). *La ley 26.743. Posicionamiento de nuestro país respecto del mundo*. Buenos Aires, Argentina: *La Ley*.
- Pérez, D. (2014). *Feminicidio o Femicidio en el Código Penal Peruano*. Lima, Perú: Thomson Reuters.
- Pérez, H. (2010). Los Estándares Internacionales de Derechos Humanos de las Mujeres en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Análisis de los Casos Mexicanos. *La Ley*. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Rodríguez, M. (2009). Sobre la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. *La Ley*. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Toledo Vásquez, P. (2009). *Feminicidio*. Distrito Federal, México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Zannoni, E., (2013). *Género, Derecho y Justicia*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Maria Da PenhaMaiaFernandes v Brasil”, Informe No.54/01. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2006. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=e
- Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores. “C. J. A. y otra - solicitan autorización”, sentencia de fecha 21 de septiembre de 2007. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Legislación

- Código Penal Costarricense. Asamblea Legislativa de Costa Rica.

- Código Penal de la República de Nicaragua. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.
- Código Penal de México. Congreso de la Unión.
- Código Penal de Perú. Congreso de la República de Perú.
- Código Penal Guatemalteco. Congreso de la República de Guatemala.
- Código Penal Sueco. Asamblea Legislativa del Reino de Suecia.
- Código Procesal Penal de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 09 de septiembre de 1991.
- Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Pará". Organización de Estados Americanos. Ley Nro. 24.632. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 1996.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer por la Organización de Naciones Unidas. Ley 23.179. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de mayo de 1985.
- Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de diciembre de 1994.
- Ley 25.673. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de noviembre de 2002.
- Ley 26.061 de la Ley De Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de octubre de 2005.
- Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres. Boletín Oficial de la República Argentina, 01 de abril de 2009.
- Ley 29. 819. Congreso de la República de Perú.
- Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer. Congreso de la República de Guatemala.
- Ley contra el Femicidio. Congreso de la República de Guatemala.
- Ley de Identidad de Género Nro. 26.743. Boletín Oficial de la República Argentina, 23 de mayo de 2012.
- Ley integral contra la violencia hacia las mujeres. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.

- Ley integral para garantizar una vida libre de violencia a las mujeres. Asamblea Legislativa Plurinacional.
- Ley para la penalización de la Violencia contra la Mujer.
- Ley para la Penalización de la Violencia contra las mujeres. Asamblea Legislativa de Costa Rica.

Ciclo Maestros del Derecho UAI

- Conferencia dictada por el Dr. Julio Maier (15-07-2015)

Link:

https://www.youtube.com/watch?v=sbcT9B-PT_A&t=1075s

- Conferencia dictada por el Dr. Vanossi (21-08-2013)

Link:

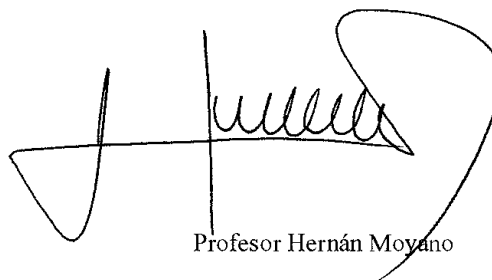
<https://www.youtube.com/watch?v=jwBy3CCpgJk>

APROBACIÓN DEL TUTOR

En la ciudad de Buenos Aires, a los 14 días del mes de Enero de 2021

En mi carácter de Tutor del Trabajo Final presentado por la alumna XIMENA SOLEDAD DEZARLO titulado: **“LA DESPROTECCION DE LA PERSONA AUTOPERCIBIDA FEMENINO EN LA FIGURA DEL FEMICIDIO** manifiesto que el trabajo ha sido confeccionado bajo mi supervisión considerando que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para su presentación y evaluación.

Sin otro particular, Saludo Atte.-

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hernán Moyano', with a large, sweeping flourish extending from the end of the signature.

Profesor Hernán Moyano