

## ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL TIPO PENAL DE FEMICIDIO

Por Ignacio Racca<sup>1</sup>

**I.- Introducción. II.- Expansionismo penal, legislación criminal del enemigo y cuestión de género. III.- Aspectos técnicos de la figura. IV.- Efecto disuasivo: discurso y realidad. V.- Conclusión.**

### I.- Introducción

La violencia se soluciona con violencia. O al menos eso nos enseñaron los fenómenos provenientes de una errónea aplicación de política criminal, mucho antes de que la violencia de género adoptase el rol escénico principal que se le reconoce hoy en día. Como en su momento fueron los secuestros extorsivos o las “salideras” bancarias, a la fecha los cañones del sistema penal están principalmente dirigidos hacia la “prevención” de la violencia contra la mujer, de la única y exitosa (¿o no?) manera que tiene de hacerlo: aumento de penas y restricción de derechos.

Parecería que poco aprendimos del fracaso de las reformas del código penal de hace ya más de una década, por la cual se incrementaron brutalmente los máximos cuantitativos de varios tipos penales, sin perjuicio de que la misma curva ascendente apadrinó la prisionización y el delito en general, confirmando el fracaso en materia preventiva del punitivismo, del que ya deberíamos habernos familiarizado desde “la hora de la espada” que en tiempos de dictadura uriburista reclamaba Leopoldo Lugones<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Auxiliar de segunda categoría en la asignatura “Garantías Constitucionales del Derecho Penal”, Cátedra del Dr. Alberto R. Dalla Vía, U.B.A. Funcionario del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Correo de contacto: ignacioracca@derecho.uba.ar.

<sup>2</sup> Sobre algunos antecedentes nacionales de “mano dura”, relataba Mariana GALVANI que: “[e]n 1930 Uriburu inaugura una serie de golpes de Estado que caracterizarán a la vida política argentina. (...) La dictadura uriburista se propuso reestablecer el orden social a favor del empresariado. Las políticas implementadas incluyeron despidos, reducción de salarios y desconocimientos de leyes sociales. Para llevarlas adelante, el primer paso que dio el gobierno fue disolver el Congreso Nacional. Y a través de un Bando (el “decreto de necesidad y urgencia” de la época) suprimió las garantías constitucionales:

Desde este ensayo nos proponemos analizar el fenómeno expansionista, el feminismo disciplinario, y la respuesta del derecho penal a esta actual pero no nueva problemática que constituye la violencia de género, que encuentra su clímax en la sanción de la figura penal de femicidio, desde una óptica penal liberal, crítica y garante de los derechos humanos de todo individuo sometido a proceso.

## **II.- Expansionismo penal, legislación criminal del enemigo y cuestión de género**

Más allá de la ausencia de las formalidades y rigores que requieren una ardua investigación del fenómeno en estudio, que iría sin dudas más allá del propósito de estas líneas, podemos afirmar que el *quid* de la cuestión radica en el análisis de diversos parámetros culturales que, a través del avance de los tiempos y los cambios en las costumbres, ponen en jaque ciertas prácticas que hace no tantos años no eran consideradas criminales si no, al contrario, alentadas por el seno social.

Como primer parámetro debemos tener en cuenta la situación de desigualdad de poder entre hombres y mujeres, con preeminencia de los primeramente nombrados, que se plasma en una gran pluralidad de ámbitos (laborales, políticos, sexuales, entre otros), siendo el social/familiar el que nos interesa destacar a los efectos del presente ensayo.

A partir de una innumerable cantidad de antecedentes históricos -salvando contadas excepciones culturales-, el fenómeno denominado *patriarcado* en el sentido estricto que pretendemos analizar implica justamente que dentro de la organización familiar será el hombre, el padre de familia, quien como contraprestación por su aporte económico a dicha estructura se posicionará en un rol dominante respecto de los demás integrantes, ya sean su prole o su mujer. En el amplio repertorio de prerrogativas que significa tal rol, se encuentra el derecho de

---

*“Todo individuo sorprendido in fraganti en delito contra la seguridad y los bienes de los habitantes, o que atentara contra los servicios y seguridad pública, será pasado por las armas sin forma alguna de proceso”.* “La marca de la gorra: un análisis de la policía federal”, primera edición, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2007, p. 35.

corrección, no solo de los hijos sino también de la madre de estos, que no se halla en un pie de igualdad respecto del *pater familia*.

Esta sería una descripción de un modelo familiar que denominaremos “clásico”, y podríamos situarlo históricamente en nuestro país entre mediados y fines del siglo XIX. Ahora bien, como todo, los tiempos cambian, e idéntica suerte corren las costumbres, que llevaron a que el ejercicio de ese “derecho de corrección”, tanto sobre los hijos pero especialmente sobre su madre, no se encuentre tan socialmente aceptado como antes; no al menos en los ámbitos de mayor desarrollo social y económico.

Aquello se debe principalmente a dos fenómenos que se correlacionan: la incorporación plena de la mujer al mercado laboral, que ahora le otorga la posibilidad de su independencia económica, no siendo únicamente el hombre quien aportará a la economía familiar, y la consolidación del feminismo, posiblemente uno de los movimientos más importantes del siglo XX. De este modo, no solo dejó de ser unánimemente aceptada la violencia intrafamiliar que encuentra como víctima a la mujer, sino también aquella que, so pretexto de educación, es aplicada sobre los hijos. Recordemos que en tiempos anteriores el ejercicio de violencia sobre los niños a modo educativo era ejercida no solo dentro del seno familiar sino también en otros ámbitos sociales como la iglesia o la escuela, por personajes ajenos al grupo parental; sin ir más lejos, imaginemos la reacción social que provocaría hoy en día que un maestro golpee a un alumno por no prestar atención en clase. Esto se ha modificado a tal punto que actualmente es más común tomar conocimiento de la situación inversa, es decir, el alumno que golpea al maestro.

Sin embargo, la curva descendente en la aceptación social de estas prácticas no fue directamente proporcional a su efectiva aplicación. En palabras de ZAFFARONI<sup>3</sup>, podemos decir que la violencia de género no cambió, sino que se *desnormalizó*. Y

---

<sup>3</sup> Extracto de una entrevista concedida al diario Tiempo Argentino en el año 2012, que fue resurgida por diversos medios masivos de comunicación a la par que se desarrollaba la multitudinaria convocatoria “Ni una menos”. Disponible en línea en: [http://www.clarin.com/sociedad/Zaffaroni-cree-existe-femicidio-Argentina\\_0\\_1369063374.html](http://www.clarin.com/sociedad/Zaffaroni-cree-existe-femicidio-Argentina_0_1369063374.html)

dicha *desnormalización* cobra una importante relevancia desde la óptica mediática, toda vez que las cadenas masivas de información ahora abordan con extremo ímpetu una temática anteriormente soslayada.

Esto no implica en modo alguno responsabilizar a los medios el rol que actualmente toma la violencia de género en la agenda política; ya que como bien detalla RODRÍGUEZ ALZUETA, *“los medios cultivan actitudes y valores que ya están presentes en la cultura, y por ello sirven para mantener, estabilizar y reforzar creencias o conductas convencionales”*<sup>4</sup>. Entonces, parecería que es más una connotación en un tema socialmente debatido que cualquier otra cosa, lo que generan los medios masivos de comunicación en las temáticas de turno.

Como se dijo al introducir las primeras palabras de este artículo, anteriormente fueron los “secuestros express”, luego las “salideras bancarias”, y en la actualidad el tema candente es, justamente, la violencia de género. Ello no significa que los grandes noticiarios hayan inventado estos fenómenos, pero sí que alimentan el fuego candente que los tiene en boca de “la gente”.

Y ello tiene, obviamente, sus consecuencias, que es la recepción de dicha temática por parte del clientelismo político. Como sucedió primero con las “leyes Blumberg”<sup>5</sup>, y después con las modificaciones en las regulaciones bancarias sobre las cuestiones de seguridad en el ingreso e ingreso de los bancos<sup>6</sup>, ahora el

---

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ ALZUETA, Esteban, “Temor y control: la gestión de la inseguridad como forma de gobierno”, primera edición, Futuro Anterior Ediciones, Buenos Aires, 2014, p. 81

<sup>5</sup> De este modo se denomina comúnmente a las leyes nacionales 25.886, 25.882 y 25.891, aprobadas en el año 2004, que, entre otras modificaciones importantes, aumentaron a 50 años la pena máxima de prisión en el código penal argentino. La denominación se corresponde con el apellido de su principal impulsor, Juan Carlos Blumberg, empresario textil de Buenos Aires cuyo hijo Axel fue secuestrado y asesinado en abril de dicho año, quien logró llevar a cabo convocatorias multitudinarias que apuntaban a reformar la legislación criminal en general.

<sup>6</sup> En septiembre de 2010, y como respuesta legislativa al famoso caso que encontró como víctima de un violento robo a Carolina Píparo, quien se encontraba embarazada y cuyo hijo por nacer no sobrevivió al ataque, el senado aprobó la iniciativa que, entre varias medidas, impuso a los bancos la obligación de instalar inhibidores o bloqueadores de las señales de celulares dentro de sus edificios, montar mamparas o pantallas visuales que impidan que sean vistos los usuarios que están realizando una transacción por ventanilla, y blindar el tesoro de las sucursales con cemento y acero para resguardar valores y cajas de seguridad.

legislador pretende solucionar el problema de género con su arma más violenta: el derecho penal. Pura y exclusiva demagogia punitiva.

Es así como entonces se incorpora la figura del femicidio en el código penal, como otro de los agravantes del art. 80, cuyas aristas pertinentes analizaremos en el punto que sigue.

Sin embargo, es importante destacar que la respuesta punitiva no se dio únicamente desde el marco legislativo, sino que la agencia judicial, tan política como cualquiera de los dos poderes restantes, también jugó sus cartas al respecto. Sin ir más lejos podemos destacar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Almonacid vs. Chile*<sup>7</sup> o *La Cantuta Vs. Perú*<sup>8</sup>, antecedentes en los cuales se llegó a “*excepcionar incluso principios como el non bis in ídem, la irretroactividad de la ley penal in bonam partem del procesado o el plazo razonable*”<sup>9</sup>.

Dicha tendencia fue también confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el lamentable “Góngora”, por el cual se interpretó el alcance del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem Do Pará”, aprobada por la ley 24.632). Concretamente, la discusión pasaba por el siguiente punto: la obligación de los estados de “prevenir, sancionar y erradicar” la violencia contra la mujer, ¿es inconciliable con la aplicación de mecanismos alternativos al juicio oral, tales como la suspensión de juicio a prueba, que evite el arribo del expediente a la etapa plenaria?

---

<sup>7</sup> CIDH, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

<sup>8</sup> CIDH, *La cantuta Vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006.

<sup>9</sup> MALARINO, Ezequiel, “*Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung y Georg August Universität Göttingen, 2010, p. 45-48, cit. por PALADINES, Jorge Vicente, en “Feminismo punitivo: cuando el género se redujo al castigo”, publicado en *Defensa y Justicia*, Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador, Edición No. 5, septiembre de 2013.

En dicha oportunidad la Corte entendió que sí, desde que los objetivos de la citada Convención incluyen establecer “un procedimiento legal justo y eficaz para la mujer” que incluya “un juicio oportuno”, lo que se muestra -aparentemente- incongruente con la aplicación de alternativas distintas al debate oral.

Más allá de la gran cantidad de críticas que ha recibido este precedente, sin adunar una más, toda vez que ello excede el objeto de estudio de este artículo, no puede dejarse de lado la fuerza discursiva del fallo que no se limita a realizar una exégesis que reconoce menos derechos al individuo (en contra del principio *pro homine*), sino que además fue tomado como regla genérica para un sinnúmero de casos no asimilables a ese por los tribunales inferiores, salvando excepciones.

Es por eso, entonces, que no podemos dejar de advertir la existencia de un nuevo enemigo de la legislación y organización jurisdiccional penal<sup>10</sup>: el hombre que es

---

<sup>10</sup> El derecho penal del enemigo “ha sido reconocido como el producto del expansionismo de las ciencias penales, que las llevó a erigirse como panacea universal moderna, solución a todos los problemas, tanto de mínima como de máxima gravedad. Esta ampliación a sus ámbitos de intervención, lleva a reconocer a un grupo de sujetos que se opone al “ciudadano común”, y que, por características propias de sus personalidades, organizaciones y actividades, merecen el reconocimiento de una legislación penal propia, que inevitablemente los corresponderá en un pie de desigualdad respecto del resto de los individuos componentes de un grupo social determinado”. Si bien esta temática ha sido abordada por una gran cantidad de autores, generalmente es una idea que se le atribuye a Günther Jakobs, a raíz de sus reflexiones respecto de la tendencia alemana de criminalizar el estado previo a una lesión al bien jurídico, que expresó en el marco de un congreso jurídico celebrado en Frankfurt en el año 1985, como bien detalla José Ignacio Núñez Leiva en *Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignitario*, en “Polít. crim.”, Vol. 4, N° 8, art. 3, Chile, 2009, p. 387, nota al pie n° 12, con cita a Viquez, Karolina, “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”, op. cit., Vol. 3, Chile, 2007, pág. 2. Sin embargo, los puntos básicos de su propuesta fueron expuestos en *Derecho penal del enemigo*, en coautoría con el español Manuel Cancio Meliá (Hammurabi, Buenos Aires, 2005), donde se llevó a cabo una rica e interesante discusión sobre tal concepto. El propio Zaffaroni se expidió sobre el punto en su obra *El enemigo en el Derecho penal* (Ediar, Buenos Aires, 2006), también en contra de la incorporación de dicho teorema en las ciencias jurídicas penales, en el entendimiento de que ello derivaría en el aniquilamiento del estado de derecho y el reemplazo por su versión de índole absolutista y totalitaria. Más allá de que desde los inicios de su tesis Jakobs refiere asumir un punto meramente descriptivo, señalando su visión sobre diversos puntos de las legislaciones penales modernas, “es insoslayable el deber ser envuelto en ella, lo cual la convierte en espulativa”, como bien explica Ferrajoli (Ferrajoli, Luigi, *El derecho penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal*, en Caronell, Miguel (Ed.), Luigi Ferrajoli, “Democracia y Garantismo”, Trotta, Madrid, 2008, p. 236., cit. por Núñez Leiva, op. cit., p. 387. Si bien no podemos dejar de señalar que una gran cantidad de autores de jerarquía se han pronunciado en contra de las ideas del enemigo en el derecho penal (además de los citados, Moccia, Portilla Contreras, Baratta, Muñoz Conde, Fernández, Hassemer y Prittwitz, entre otros), lo cierto

violento contra la mujer “por su condición de mujer”. Aquél padecerá penalidades más duras y tendrá menos derechos que otros imputados, aún por delitos más graves. Restará analizar, a partir del acápite que prosigue, hasta que punto se desarrolla este nuevo modelo de “defensa estatal” contra dicho enemigo, como así también que tan estricta resulta la aplicación del elemento normativo de recorte que requiere que la razón de la agresión contra la vida sea la condición de mujer de la víctima; o si, en cambio, es aplicada genéricamente en todo caso de violencia familiar contra una fémina, indistintamente de si este requisito subjetivo ha sido acreditado o no.

### III.- Aspectos técnicos de la figura

Hace algunos años, paralelamente a la sanción de la ley modificatoria del Código Penal n° 26.791, que incorporó la figura del femicidio al art. 80 de dicho cuerpo legal, el recientemente electo Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por entonces integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Eugenio Raúl Zaffaroni, para sorpresa de su entrevistador manifestó que la “ley de femicidio” contaría con poca eficacia, toda vez que no existe en nuestro país -a su criterio- el homicidio a la mujer por su mera condición de mujer, en el sentido de “metamensaje”, es decir, como anuncio del victimario al colectivo social<sup>11</sup>.

¿Cuál fue el motivo que lo llevó a sostener ello, cuando la reforma prevé otras aristas además de la posibilidad del “odio a la identidad de género o su expresión”? El sentido de lo expresado por el reconocido jurista va de la mano de la definición

---

es que existe otra gran variedad de dogmáticos que han apoyado tal tesitura (Kindhäuser, Naucke, Denker, Lesch, Müssig, Schneider, Pawlik y Silva Sánchez), según detalla Germán Aller, en *El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto*, publicado en “Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo”, Carlos Álvarez-Editor, Montevideo, 2006, p. 170, nota al pie n° 39; cita y extracto bibliográfico proveniente de obra propia titulada: “¿Un nuevo enemigo procesal? Breves notas sobre los parámetros de encarcelamiento preventivo por delitos de lesa humanidad”, publicada en la colección doctrinaria “El debido proceso penal”, dirección de Ángela Ledesma, primera edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015 vol. 1, p. 71/91.

<sup>11</sup> Entrevista en el medio gráfico “Tiempo Argentino”, op. cit.



primigenia de femicidio, que es vertido desde la concepción de feminicidio, *“que es la muerte generalizada y sistemática de mujeres, trasladando este mismo axioma al enjuiciamiento de casos en particular con énfasis en circunstancias devenidas de la relación de pareja.”*<sup>12</sup>

Esta conceptualización asemeja el feminicidio a la concepción previa de genocidio. Sin perjuicio de las diversas aristas<sup>13</sup> que se desprenden de ésta, propuesta en 1976 por Diana Russel, parecería que la más utilizada es aquella que lo define como *“el asesinato de mujeres por el hecho de ser mujeres cometidos por hombres”*<sup>14</sup>.

No hay mayor discusión entonces respecto de que una de las primeras conceptualizaciones de esta figura se refiere al asesinato de mujeres meramente por su género; sin embargo, existen otras variaciones, las que también han sido recogidas en nuestro cuerpo normativo penal, siendo la más importante aquella que se vincula con la existencia de violencia de género previa al hecho en cuestión.

Como bien señala BUOMPADRE, *“no toda violencia contra una mujer es violencia de género, por cuanto (...) no se trata de una cuestión que deba dilucidarse por la sola circunstancia de la existencia de una posición de superioridad física entre el hombre y la mujer, sino de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en*

---

<sup>12</sup> PALADINES, op. cit., pág. 10.

<sup>13</sup> La misma Diana Russel ha esbozado diversas alternativas. Junto a Jane Caputi se apeló al “sentido de propiedad” del hombre hacia la mujer como característica del femicidio; siendo que en coautoría con Jill Radford se lo definió como “el asesinato misógino de mujeres cometidos por hombres”; ATENCIO, Graciela y LAPORTA, Elena, “Tipos de feminicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal”, disponible en línea en <http://www.femicidio.net/articulo/tipos-de-femicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal>.

<sup>14</sup> IDH/CCPDH, I Informe Regional: Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana, San José, 2006, p. 33, disponible en línea a través del siguiente enlace: [http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\\_1896785571/InformeFemicidio/I%20Informe%20Regional%20Femicidio.pdf](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1896785571/InformeFemicidio/I%20Informe%20Regional%20Femicidio.pdf), cit. por TOLEDO VÁZQUEZ, Patisilí, “Femicidio”, publicado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, México D.F., 2009, obra obtenida del sitio web: [http://www.infosal.uadec.mx/derechos\\_humanos/archivos/15.pdf](http://www.infosal.uadec.mx/derechos_humanos/archivos/15.pdf), p. 26. Cita bibliográfica extraída del texto de Luciano CENSORI, “El delito de femicidio y su constitucionalidad”, publicado en la Revista Pensamiento Penal, link: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39394-delito-femicidio-y-su-constitucionalidad>.



*una estructura social de naturaleza patriarcal*<sup>15</sup>. Canalizaremos entonces el sentido de la prohibición únicamente ante la existencia de *“un contexto de dominación masculina”*<sup>16</sup>.

Existen varias formulaciones de la figura penal del femicidio, muchas de las cuales no fueron incluidas por el legislador argentino. La reciente modificación al art. 80 del Código Penal incorporó el femicidio íntimo (primer inciso), el no íntimo (inciso onceavo), el indirecto (doceavo inciso, si la víctima fuera mujer), el transfóbico y lesbofóbico (inciso cuarto, de ser la víctima mujer).

Las variaciones no incluidas son las del femicidio infantil<sup>17</sup> (la víctima es una mujer menor de edad en el marco de una relación de responsabilidad o confianza o poder), familiar<sup>18</sup> (el contexto lo constituye la relación de parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o adopción), por conexión (la mujer asesinada “en la línea de fuego” de un hombre que intenta o logra matar a otra mujer), por prostitución (dicha condición debe poseer la víctima), por trata o tráfico (situación de sometimiento y privación ilegítima de libertad, y tránsito de migrantes, respectivamente), racista (por el origen étnico o rasgos fenotípicos de la mujer) o por mutilación genital<sup>19</sup> (cuando ésta acaba con la vida de la fémina).

---

<sup>15</sup> BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “¿Es necesario acreditar en el proceso la “posición de dominio o actitud machista” en casos de violencia de género? Especial referencia al delito de femicidio”, publicado en Revista Pensamiento Penal, link: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37048-es-necesario-acreditar-proceso-posicion-dominio-o-actitud-machista-casos-violencia>, p. 5.

<sup>16</sup> BUOMPADRE, op. cit., p. 7.

<sup>17</sup> El Salvador, “Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”, art. 46 inc. d) en su juego armónico con el art. 45.

<sup>18</sup> Guatemala, Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer”, art. 6 inc. b); Nicaragua, “Ley Integral contra la violencia hacia las Mujeres”, art. 9 inc. b).

<sup>19</sup> El Salvador, “Ley Especial...” op cit., art. 45 inc. e); Guatemala, “Ley contra el femicidio...” op. cit., art. 6 inc. e); Código Penal Federal Mexicano, art. 325 inc. II; Nicaragua, “Ley Integral...” op. cit. art. 9 inc. e).

#### **IV.- Efecto disuasivo: discurso y realidad**

Toda reforma de la legislación penal implica un trasfondo político; en algunos casos, se responderá a una política criminal determinada, ya sea en mejora o desmedro de los avances del derecho penal liberal, mientras que otros probablemente se muestren como “soluciones veloces” a reclamos sociales fundados (en mayor o menor medida). Daría la impresión de que la reforma aquí analizada encuadra en el segundo grupo de casos. De analizar la lógica tras bambalinas, del modo más simple posible, parecería que aquél trasfondo se corresponde con el siguiente caso: ante un problema social X, se aumenta la escala penal de los delitos A, B y C, y de esta forma X cesa o se disminuye.

Nada más alejado de la realidad. Si bien excede al objeto del presente artículo llevar a cabo un extenso análisis de los fines de la pena, y su efecto disuasivo, es de público conocimiento y aceptado por la doctrina mayoritaria que las escalas penales no funcionan como una verdadera contramotivación respecto del individuo. Si alguna finalidad puede otorgársele a los máximos y los mínimos previstos en el código de fondo, posiblemente ésta sea la de guardar una coherencia propia de una legislación consistente, en la cual la ponderación que formula el legislador sobre los bienes jurídicos tutelados se vea plasmada a través de dichas escalas.

Sobradas muestra de ello ha dado la historia. Desde la aplicación de violencia extrema en los tiempos inquisitoriales, el probado fracaso de la pena de muerte y su efecto disuasivo (Estados Unidos de Norteamérica y aquellos estados que la han abolido son la gran prueba de ello) y hasta la imposición de dolor legítimo de la actualidad, si hay algo de lo que podemos estar seguros en esta ciencia jurídica es que el agravamiento de la “contramotivación” no modifica los índices del delito. En nuestro país conocimos en carne propia la experiencia de la inflación penal, principalmente a inicios de siglo, y las cifras no han disminuido, lo que significaría que nada se aprendió de dicha experiencia que socavó la poca consistencia que quedaba en un código penal de casi cien años.

Es que, como bien señala BÖHM<sup>20</sup>, no se trata tampoco de que la escala penal para el delito de homicidio simple, sin prever el novedoso reproche vinculado con la cuestión de género, sean demasiado benignos o poco punitivos. Por ende, deviene irrisorio suponer que la misma persona que no llegó a ser desalentada ante la posible pena de 25 años sí lo sea por una de prisión o reclusión perpetua. En cambio, parecería que quien llevó a cabo el injusto penal ni siquiera se representó la posibilidad de recibir cualquier tipo de pena; ya sea por haber actuado en el marco de un impulso<sup>21</sup>, o por creer el agente que podría evadir la misma.

## V.- Conclusión

Cada vez que surge una norma que modifica o complementa el código penal, un alud de críticas, generalmente negativas, fluyen por las revistas y colecciones doctrinarias de mayor circulación, dejando ello dos posibles motivos; o la legislación no está a la altura de lo que se espera de un cuerpo normativo consistente en la materia, o los especialistas en ella integran un grupo difícil de convencer y sin demasiado reparo para atacar la reforma desde todas las aristas posibles. Tal vez haya un poco de ambas causas.

Lo cierto es que, a criterio de quien escribe, la flamante nueva incorporación posee varias imperfecciones. Desde el motivo inicial de su sanción, lo infructuoso del aumento en el reproche penal, las posibles situaciones de desigualdad ante la ley en caso de que la víctima de violencia sea el hombre, las presunciones y el problema de la carga de la prueba en relación a la situación de violencia previa, se reportan numerosas deficiencias que invitan a repensar la figura.

---

<sup>20</sup> En entrevista con el diario El Atlántico, la profesora reconoció al respecto: “que los máximos del Código Penal son suficientes y por lo tanto no es más que el simbolismo de decir “Estamos haciendo algo” cuando en realidad no se hace nada”. Entrevista completa disponible en el siguiente link: <http://www.diarioelatlantico.com/diario/2012/07/23/44496-la-figura-del-femicidio-no-va-a-frenar-la-conflictividad-ni-la-violencia-de-genero%E2%80%9D.html>

<sup>21</sup> No esta de más aclarar que, a nuestro juicio, obrar impulsivamente en modo alguno disminuye la culpabilidad en este tipo de casos. No compartimos las ideas aplicadas en varios estratos judiciales en los cuales se ha establecido como atenuante el obrar bajo una “pasión incontrolable”, lo que daría lugar a la existencia de un crimen pasional, concluyendo en la disminución del reproche.

Sin embargo, esto no implica que pueda desconocerse los avances que importa el tipo penal incorporado. En primer lugar, es altamente positivo el reconocimiento en sede legislativa de aquellas situaciones sociales y culturales que, por la razón que fuere, no han sido previstas en la redacción original del código penal, mas no pueden pasar inadvertidas para la competencia de los magistrados, ya sean en su carácter punitivo (como puede ser la ley n° 26.904 que incorporó la figura de *grooming*) o no (por ejemplo la última reforma según ley n° 27.147, que prevé la aplicación de criterios de oportunidad como modo de extinción de la acción penal).

Por otro lado, celebramos la modificación del primer inciso del art. 80, en cuanto extiende el agravante hacia el “*ex cónyuge, a la persona con quien mantiene o ha mantenido relación de pareja, mediar o no convivencia*”, reconociendo de este modo los avances sociales en lo que hace a las relaciones personales y su instrumentación, muchas veces fuera de la institución del matrimonio, lo que no implica que por ello el reproche penal deba ser menor.

En un tercer término, queda también la leve sensación de que, como toda reforma legislativa, aún resten varios años hasta que pueda conocerse el efecto de la misma en su totalidad. Por lo pronto, la previsión penal concreta del fenómeno de femicidio permitirá que el operador posea un mejor conocimiento de su extensión, primer paso para combatir cualquier tipo de conflictividad social.

Como respuesta a uno de los interrogantes que se planteó desde los inicios desde el presente ensayo, parecería que la figura que finalmente se legisló no vuelca los conceptos propios del tipo “genocidio femenino”, es decir, el *mensaje doble* del autor hacia la mujer víctima, y hacia la colectividad; sino que, a todo evento, una interpretación de la reforma del art. 80 del Código Penal lleva a pensar que el legislador reconoció un grupo social más débil (para bien o para mal) y decidió “defenderlo”, alejándose del concepto primigenio de Russel. Es aquí entonces donde surge como elemento normativo de recorte el concepto de violencia de género para el caso específico del inc. 11 y del último párrafo de dicha norma (inaplicabilidad de las circunstancias extraordinarias de atenuación para casos con antecedentes de violencia).

Sin embargo, la única forma de interpretar este nuevo elemento es en sentido restrictivo, a los fines de evitar posibles vulneraciones a garantías constitucionales, las que generalmente se ven vulneradas ante supuestos de expansionismo punitivista populista. A tal fin, al aplicarse como guía la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley n° 26.485), como así también la Convención de Belem Do Para, devendrá imprescindible no incurrir en extensiones tales que impliquen un trato no igualitario para con el encausado respecto de aquellos inculpados por otros delitos, como podría ser presumir la existencia de un contexto de violencia previa al suceso, disminuir el estándar probatorio por la naturaleza del caso, etc.

Como reflexión final cabe insistir en lo poco que se aprendió de las experiencias previas en las cuales se limitó el concepto de *política criminal reaccionaria* a su salida más simple: el aumento de penas. Esto es aún más lamentable si tenemos en cuenta que este fracaso no tuvo lugar solamente en nuestro país y en nuestro tiempo, sino que es un fenómeno que trasciende siglos y lugares. Por el motivo que fuere -esto será materia de estudio de la criminología-, quien se predispone a delinquir, ya sea en virtud de un plan anterior o por impulso, no se ve disuadido por un endurecimiento del reproche. Y si eso fuera poco, además, este aumento punitivo opera en contra de lo pretendido por el movimiento feminista durante años, toda vez que sitúa a la mujer en un marco de debilidad; costo altísimo para un remedio infructuoso.