



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY

Femicidio: el alto precio de una confusa redacción legislativa

CURSO: DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL
Profesor: Diego Camaño

Arias Martínez, Sebastián

Correo: ariassebastian1@hotmail.com

Estudiante de tercer año de Abogacía

Baeza, Juan Pablo

Correo: juanpablobaeza24@gmail.com

Estudiante de tercer año de Abogacía

ISSN 2393-6118

No hay sistema jurídico que no contemple los delitos de asesinato, homicidio, lesiones, violación, detención ilegal o malos tratos, entre otros. Lo que pasa, en realidad, es que el problema de fondo está en otro lado, no es la carencia de figuras delictivas lo que explica que las mujeres hayan estado históricamente mal protegidas por el sistema penal, el auténtico problema reside en que los mismos prejuicios y estereotipos que dan lugar a la violencia de género forman parte también del sistema penal, lo que con frecuencia se manifiesta en la minimización de esta clase de hechos violentos por parte de los operadores jurídicos, o incluso su justificación. (Laurenzo, 2015, 133).

Resumen

Mediante el siguiente abordaje se intenta ofrecer al lector un breve análisis respecto del estadio actual de una polémica figura como lo es el femicidio. Incorporada al código penal patrio por medio del artículo 312 en su actual numeral octavo, gracias a la redacción dada por el artículo tercero de la ley 19.538, el femicidio se nos presenta como una compleja realidad jurídica, que ha significado no menos que grandes incompatibilidades respecto a principios básicos de un derecho penal liberal y del ultima ratio como el que nos caracteriza. Sin negar la utilidad y relevancia de la figura es verdad que principios como el de igualdad, y otros principios básicos del derecho penal parecen verse desplazados por esta, legislada como respuesta a un creciente problema social, que el Uruguay, al igual que sus países vecinos ha optado por sanear mediante la intervención punitiva.

En tal sentido se busca por medio de las siguientes líneas aportar elementos teóricos para analizar el delito de femicidio en sus términos actuales. Para ello se analiza la figura, sus presunciones, su efecto respecto de los principios generales y su relación con el bien jurídico, sin perjuicio de las figuras ya contempladas y las modalidades recogidas por el derecho comparado.

Palabras Clave: femicidio, principio de legalidad, presunciones, bien jurídico, derecho penal simbólico.

I. Femicidio. Concepto.

El término femicidio se introdujo por la socióloga feminista Diana Russell en 1976. Con este concepto se daba visibilidad a un problema gravísimo y que comenzaba a acrecentarse, el asesinato de mujeres a manos de los hombres.

El femicidio tiene, pues, una dimensión política que presenta la muerte de mujeres por razón de género como uno de los ataques más graves a los derechos humanos que ateta contra su integridad moral, su libertad, y por supuesto, su vida. Y también una dimensión social (Laurenzo, 2012).

Existen dos grandes grupos, las muertes violentas constitutivas de delito que son los más visibles y constituyen delitos graves en la mayoría de los códigos penales del mundo. Pueden darse tanto en el ámbito público como el privado. Los primeros son los que se dan en entornos domésticos y relaciones de pareja. Los segundos son los que el sujeto activo es extraño o algún conocido que no forma parte del ámbito doméstico. Además, los delitos violentos se dan en diversas formas (agresiones sexuales, asesinatos misóginos, material pornográfico, entre otros) y otras muertes evitables no criminalizadas.

Por último, es menester señalar que en Latinoamérica (así como en el mundo) se debatió sobre la conveniencia de usar el término femicidio o feminicidio. En la actualidad, se ha decidido utilizar ambos términos análogamente sin perjuicio de sus caracteres particulares.

II. Derecho comparado.

Sin perjuicio de sus orígenes, es a nivel del derecho comparado en donde, dentro de un viralizado contexto de violentas muertes de mujeres, el femicidio como figura punitiva cobra mayor relevancia, como por ejemplo en la Ciudad Juárez, México, que tras un saldo de ocho muertes de mujeres dentro de un marco de violencia de género en 1993 y junto a demás cuestiones de gravedad, se planteó por primera vez, conjuntamente con países como Costa Rica, la posibilidad de incorporar este nuevo tipo penal que se conocería hasta el día de hoy con el nombre de femicidio o feminicidio. Y efectivamente, ya avanzado el 2007 Costa Rica sancionó la figura de femicidio convirtiéndose en el primer país latinoamericano en hacerlo. Comenzando así lo que podríamos llamar un proceso de tres fases legislativas, en Latinoamérica, en función de este fenómeno, pues en una primera etapa, se introdujeron reformas legales que buscaron hacer efectiva la neutralidad de los tipos penales, en una segunda, se buscó sancionar ciertas conductas de violencia en la esfera privada mediante normas neutras en cuanto al género y ya hacia la tercera, las reformas legales se dirigieron específicamente hacia la violencia contra la mujer, dejando de lado la neutralidad de los tipos penales.

De ahí que hoy podemos apreciar la existencia de legislaciones que entorno a esta figura, bien limitan su irradiación al ámbito privado (en particular a la relación de pareja) y las que por el contrario la amplían al contexto público. Sin perjuicio de entender que el marco de la sanción normativa del femicidio responde a la obligación estatal de garantizar los derechos de sus habitantes sin discriminación alguna, lo que implica que muchas veces se deben adoptar medidas específicas para ciertos grupos en tanto existe una heterogeneidad de condiciones en la población de cada país. Así, al decir del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Una discriminación indirecta puede resultar de no tratar situaciones diferentes en forma diferente si los resultados negativos de esto afectan exclusivamente a personas de una determinada raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica u otra condición social.

Y siguiendo, la Convención Interamericana de Belém do Pará vemos que en este marco de violencia contra la mujer se busca

7. e “Tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes o reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.

Es por esto, que se podría decirse que las leyes- sean penales o civiles- necesitan modificarse, ya que podrían reflejar el resultado de construcciones socioculturales con estereotipos de género. Lo que no justifica el pasar por encima de la Constitución y el Derecho Penal, y de los principios que de dichos cuerpos normativos emergen. Ya que incluso puede suceder que el exceso de intervención penal termine desenfocando el problema de fondo, y generando inestabilidad e indefensión en el sexo femenino.

III. Presunciones. Concepto. Tipos. Principio de inocencia.

Primero que nada y en atención a las presunciones introducidas por la figura en examen, es menester nos estemos a qué se entiende por presunciones dentro de la teoría general del derecho, y en específico, que valor cobran estas figuras en materia penal, en tanto deberemos estarnos aquí con especial cuidado, de no caer en un abuso de las mismas, de forma que resulten consolidando un perjuicio para los principios generales que debe observar todo derecho penal liberal y democrático.

En tal sentido, Malet (1995) nos habla de presunciones en términos de institutos cuya finalidad se traduce en “obtener seguridad en la subsunción de los casos particulares en las normas. Puesto que implican la simplificación de la realidad móvil y cambiante” (p.15). Estas son de frecuente presencia sobre todo en sede de prueba, velando por evitar incertidumbre a la hora de aplicar una norma al caso concreto. Va de suyo que por tal motivo en toda presunción, se señale que a determinado acontecimiento sigue normalmente otro.

Por lo expuesto, es que, enseña Malet (1995) que en el derecho penal moderno, han sido limitadas por el legislador con la intención de eliminar obstáculos que impidan llegar a la verdad. No obstante ello, con porfiada frecuencia existen presunciones en materia criminal indicadas en algunas oportunidades a texto expreso y subyacente otras, acompañándose a veces con motivo informador de los elementos del delito, así como de las disposiciones que regulan la pena y también la misma tipificación delictiva.

Además y siguiendo la línea argumentativa de Carnelutti (1944) se observa que en el fondo, no estamos aquí frente a pruebas *per se*, sino a elementos que hacen sus veces en cuanto se conectan fortuitamente con los hechos a probar, lo que tiene como corolario que la única caracterización posible de estas, se realice en torno a cómo la ley regula la valoración de las mismas, lo que nos determinará estar bien frente a presunciones simples o a presunciones legales. Siendo las primeras aquellas en donde se le da rienda suelta a la apreciación jurisdiccional y las últimas, aquellas cuyos parámetros interpretativos se nos presentan dados por la ley misma.

De las primeras debe mencionarse como lo hace Chiovenda que son

Aquellas de las cuales el juez como hombre se sirve durante el pleito para formar su convicción como lo haría cualquiera que razonase fuera del proceso. Cuando, según la experiencia que tenemos del orden normal de las cosas, un hecho es causa o efecto de otro hecho, o cuando acompaña a otro hecho, conocida la existencia de uno de ellos, presumimos la existencia del otro (...). (Chiovenda, 1922, citado en Malet, 1995, 17).

Es decir que nos paramos frente principios de completa lógica en donde se deberán de poner sobre la mesa las máximas generales de la experiencia que le sirve al juez para determinar el valor probatorio del hecho alegado.

Ahora bien, sin perjuicio de ello es de nuestro interés el concepto y alcance de las denominadas presunciones legales.

Pues estas a diferencia de las ya reseñadas son dependientes a la preexistencia de una norma jurídica que las consagre, acotando así el espacio interpretativo de los magistrados. Sin perjuicio de que se presentan con un variable grado de rigidez que nos hace a la distinción entre presunciones relativas y absolutas, ya sea que admitan, o no, prueba en contrario. En este caso veremos que lo que sucede en sede de presunciones no significa que el legislador rechace el valor de la verdad, pero sí que frente a una notoria dificultad de alcanzarla en la situación concreta, opte por la seguridad jurídica.

De forma que, si bien hay algo que probar, lo que Malet (1995) denomina “el hecho indicador”, una vez producida su prueba, debe entenderse también probado el hecho presumido. En cuanto a las presunciones absolutas, es importante saber que aquí la conexión de los dos hechos se extiende a la generalidad de los casos sin excepciones, no pudiendo el intérprete judicial apartarse de la regla fijada por el legislador, aunque en el caso concreto cuente con elementos para ello. Justamente es esta idea la que prima en doctrina, en tanto la generalidad de los autores entiende que la presunción absoluta concibe un mundo artificial, abstracto y convencional, más apto para las ciencias exactas.

Y por tanto su limitación debe ser prioridad en el Derecho penal, pues en rigor, se entiende en doctrina, que estas, no deberían existir en tanto el ordenamiento positivo se vanagloria de ser respetuoso de un carácter liberal, y de atender en toda su dimensión el elemento subjetivo del delito.

A su tiempo las presunciones relativas, tal como las creadas por la figura del femicidio, se diferencian de las presunciones absolutas en cuanto a que pueden sufrir la prueba de su falacia en el caso concreto, es decir, que cuando este se separa de la generalidad de las situaciones similares y así queda probado, no se aplica la presunción preestablecida. Ergo no se excluye aquí la posibilidad de llegar a un resultado distinto, si otros elementos convergen en el caso concreto para demostrar lo infundada de la deducción indicada por la ley.

Realizada esta quizá extensa, pero necesaria aclaración para contextualizar al lector, impera se trate el tema puntual de las presiones relativas introducidas en nuestro ordenamiento por parte de la figura del femicidio.

Este subtipo de delito nos dice que se presume que existió el móvil indicado como parte configurativa del tipo, a saber, odio, desprecio o menosprecio (se habla aquí en singular en tanto no se entiende al odio desprecio y menosprecio como figuras gramatical y lógicamente distintas, por lo que, quienes escriben lo ven como un mismo móvil, que el legislador, ante la duda, intentó desglosar lo más posible, cayendo en una lastimosa reiteración pleonástica que nada nuevo aporta) hacia el sujeto pasivo consagrado en la figura, la mujer en tanto que es mujer, a la muerte se le hubiera antecedido casos en donde la víctima hubiese sufrido de algún tipo de “violencia física, psicológica, sexual, económica o de otro tipo”, a manos del perpetrador, independientemente de su anterior concurrencia a la vía judicial para dejar constancia de ello, o bien cuando la víctima se hubiese negado a “establecer o reanudar con el autor una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad”. Finalmente, el precepto en examen nos dice que también se presumirá el móvil si hubiese acontecido algún episodio por el cual la víctima hubiese visto menoscabado su derecho a la libertad sexual.

En cuanto a la primera presunción prevista, Aller (2017) compareciendo a la comisión respectiva para deponer sobre la figura plantea sobre la primera presunción establecida que

Esto plantea muchos inconvenientes [pues la ley] no dice cuánto tiempo hace. Sabemos que no ha sido denunciado; ¿cómo lo vamos a probar? Le delegaremos esa carga al fiscal y tendrá que demostrarlo, eventualmente, con testigos o lo que fuese. (p.11)

Además, aun probado, ello no es razón suficiente, razona Aller (2017),

sin perjuicio de que en ciertos casos pueda serlo, de que el sujeto activo haya actuado con un móvil como el previsto en el tipo. Pueden bien haberse registrado estos igualmente repudiables incidentes, sin que ello asegure el odio. Pues la muerte bien puede ser resultado de un hecho coyuntural de una tóxica relación o vinculación afectiva, o no, sin embargo la ley presume el odio, y vaya a poder probar el indagado que no fue así, pues no puede perderse de vista que la dificultad probatoria irradia hacia ambos lados, y si es de complejidad tal, que llevó al legislador a consolidar presunciones, será casi imposible para el acusado poder arribar a su refutación, lo mismo acontece en sede de la segunda presunción, es decir tanto puede ser cierta, como no, el sujeto. Puede llegar a matar exactamente, por lo contrario, porque se siente despechado. Ni desprecia, ni menosprecia ni odia y, en un arrebatado de violencia -todo esto está previsto en el Código; hasta podemos hablar de un impulso de brutal ferocidad-, mata a la persona. (p.11)

Si bien reprochable, es un supuesto ya previsto por el artículo madre, el 310, agravado por el artículo 312 pero por las figuras ya anteriormente

previstas. Y el mismo comentario parece merecernos la tercera presunción aludida, sin perjuicio de un eventual problema de concurso del delito. Por lo que impera ante todo no mirar para el costado cuando la ley nos impone técnicas de interpretación que atentan contra principios de base como la presunción de inocencia, la carga de la prueba, la cual se ve ahora invertida, así como los principios de igualdad y legalidad, en mérito a elementos típicos de los tipos abiertos, claramente inconstitucionales.

IV. Derecho penal simbólico.

Llegados hasta aquí es imperante que hagamos algunas precisiones, que nos serán de gran ayuda para luego arribar a las conclusiones del caso.

Es de neurálgica importancia analizar qué sucede cuando el intérprete debe hacer frente a la figura en examen y poder así dilucidar, en esencia, cuál es la finalidad, la *ratio iuris* del precepto, pues quizá solo así esta figura pudiese encontrar alguna tenue luz al final del camino que logre justificar su ubicación normativa. Sin embargo los obstáculos que debe de superar el femicidio no son pocos, y uno de ellos es justamente su razón de ser, su finalidad. Y si se concibe que se protege nuevos bienes jurídicos en base al femicidio, habría que preguntarse cuáles, y que particularidades presentan estos como para merecer una figura apartada del homicidio común.

Por otro lado, y partiendo de la base que el bien jurídico tutelado es la vida, es claro que la igualdad de tratamiento se ve severamente menoscabada. En base a ello es que es bueno entender que independientemente de que una u otra figura penal pueda ser compartida por más de un ordenamiento jurídico, la coyuntura e idiosincrasia de cada Estado repercutirá en la impronta que cada uno de al tratamiento de dicha figura.

Esto no le es ajeno al femicidio, pues si bien podrá tener fuerte impacto sancionatorio en países vecinos, en Uruguay contamos con legislación específica pertinente, y es claro que los efectos de la figura analizada no pudieron ser otros que los propios de un Derecho penal simbólico.

En esta misma línea parecen ir Giudice y Remersaro (2018) cuando nos dicen que “Parece evidente que la creación de la figura “femicidio” como agravante muy especial del homicidio responde no a aumentar penas que ya se aplican a los mismos hechos, sino a dar un mensaje, una señal, dejar plasmado un símbolo” (p. 6)

Esto como ya se dijo antes no es sinónimo de una inutilidad de la figura, solo que no parece ser la solución al problema que le ha dado vida.

Ahora bien, dicho esto es lógico que el lector nos reclame, al menos una escueta mención respecto a qué entendemos por un derecho penal simbólico, en tanto no puede decirse que este no sea el efecto gestado por la ley de femicidio.

En tal sentido, habremos de considerar como tal aquel Derecho penal cuyas disposiciones quedan plasmadas como mensajes sociales, lo que en realidad no es malo pero sí ajeno a la finalidad del Derecho penal, porque sin perjuicio de que este dé mensajes sociales, su misión no es esa, sino la

defensa de los bienes jurídicos, la guía de actuación frente a conductas que por el desvalor social que ameritan han sido catalogadas como delitos, pero no para educar, no para alertar, sino para castigar, para sancionar, porque solo en estos términos podemos aceptar un derecho penal de última *ratio*, de mínima intervención y expresión, pues de lo contrario la limitación del *ius puniendi* sería eventualmente una quimera.

Por tanto y haciendo hincapié en cuanto a la protección de los bienes jurídicos como función del Derecho penal, vemos que en sede de la figura tratada ya está todo contemplado o, por lo menos, todo lo fundamental. Porque el peligro de guiarnos por normas penales que busquen dar un mensaje social, abre la puerta a eventuales reclamos que nos hagan tener que legislar en específico para todo grupo particular que por encontrarse en una especial situación de inferioridad de condiciones o indefensión pretenda un agravante distinto o un trato a su muerte distinto al de todo ser humano por antonomasia ¿es qué una vida esta valiendo más que otra? Esto pareciera darse de lleno contra todo el avance en materia de derechos humanos, y si bien bajo esta misma interrogante es que se sanciona la figura del femicidio, es también bajo esta que puede criticarse. Además, y como si fuera poco, señala Aller (2017) que

Desde el punto de vista doctrinario siempre ha sido considerado un derecho penal simbólico, un derecho penal de enemigos, visto de la perspectiva de determinado género, o de amigos, visto desde la perspectiva del otro género. Cabe aclarar que tanto el derecho penal de amigos como el de enemigos son rechazables. Además, es de marketing porque, entre otros aspectos, está hecho para redondear una serie de planteos y cuestiones en las que seguramente haya acuerdo para las mejoras y respetar la igualdad de las personas. (p. 2)

Derecho penal del enemigo que colinda con un derecho penal de autor y no de acto, propuesta que se ha venido intentando superar desde antaño en aras de mayores garantías y en miras a la posibilidad de reinserción social, lo que se conecta además con los discursos justificativos de la pena.

Lo que se entiende más grave de todo, no es en última instancia que esta figura resulte un derecho penal simbólico, sino el hecho de que ya desde antes de ser ley, con ese único fin se buscó su sanción, tanto así que el mismo legislador, abogó por que dicho efecto simbólico fuera la *ratio legis* del femicidio. Así por ejemplo la Senadora Tourné, en oportunidad de la discusión parlamentaria expresó que:

¿Creo, ingenuamente, que a partir de que se vote esta ley en ambas cámaras, la sociedad habrá cambiado? No; no del todo. Seguramente se producirá una reflexión; por lo menos en algunos lugares se va a debatir este tema y ya no será tan natural. (...) Es muy importante poner nombre a estas cosas, denunciarlas, reconocerlas y que un poder del Estado sea el que las reconozca y que el Estado uruguayo se comprometa con que esto no es aceptable y con que el odio, el menosprecio, el desprecio hacia la condición de mujer por el solo hecho de ser mujer es una conducta delictiva y tiene que tener un

párate. (...) ¿Alcanza? No; no alcanza, y por eso estamos avanzando lo más rápidamente posible en un proyecto de ley integral contra la violencia de género, que es mucho más abarcativo y que contempla los aspectos que varios señores y señoras senadoras pusieron aquí sobre el tapete: los aspectos culturales, formativos, judiciales. De manera que este, si se quiere, es un pequeño paso. No va a solucionar el problema, pero le puso nombre, y a partir de que esto sea ley, no vamos a poder mirar para otro lado, hacernos los distraídos. (Citado en Giudice & Remersaro, 2018, 8).

En similares términos el Senador Jorge Larrañaga expuso que:

Por encima de aspectos vinculados a dosimetrías que se invocan desde el punto de vista de la discusión jurídica, como abogado me parece que es mucho más trascendente el mensaje que, desde el Senado, tenemos que dar a la sociedad entera porque esta ley que se propone no solamente es un cambio normativo, sino que forma parte de un proceso de cambios con un sentido cultural que tiene que impactarnos. (...) Por lo tanto, la discusión jurídica, señora presidenta, sobre el contenido de tipo penal o sobre el propio *nomen iuris* del delito, si es feminicidio, femicidio, o si debe ser un delito autónomo o se opta porque sea una agravante, queda de lado cuando lo relevante es el sentido simbólico de la propia norma que impulsa la aplicación de un castigo. La discusión no importa porque la supera el incremento de las penas. Ese es el mensaje que como sociedad queremos dar, más allá de que queden pendientes otros debates que marquen distintas penalizaciones en los balances de la propia estructura del Código Penal ordinario. (Citado en Giudice & Remersaro, 2018, p. 8).

Lo cual no hace más que ratificar la idea de que a todo margen de la legalidad, la igualdad y el derecho penal de *ultima ratio*, protector de los bienes jurídicos, el legislador antepuso una finalidad ajena al derecho penal, en merito a un tema en boga que no hace más que generar simpatías políticas.

En sus antípodas, podemos recurrir como ejemplo de lo que sería una buena alternativa, al Derecho español, en donde La ley Orgánica 1/2004 de protección integral contra la violencia de género, apostó de forma decidida por las figuras género específicas como instrumento para proteger a las mujeres frente a las agresiones violentas, en base a una agravante genérica, así nos dice Lorenzo (2015);

En el código español la agravante de género se define como si la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia y aparece asociada a los delitos de lesiones, lesiones leves y maltrato de obra, amenazas leves y coacciones leves. (p.120)

En igual forma Pérez (2016) refiere a que tras esta impronta;

El mapa de la regulación penal actual de los delitos relativos a la violencia de género obedece a un esquema dual: en primer

término, aparecen conductas que reciben un tratamiento específico y, en segundo lugar, se contemplan conductas que van a ser sancionadas conforme a los tipos penales generales acompañados, en su caso, por la aplicación de agravantes genéricas (parentesco, abuso de confianza o superioridad u obrar por motivos discriminatorios por razón de sexo o género). Entre estas últimas se ubica el homicidio en donde son de aplicación las agravantes generales, aplicables a todo delito. (p.35)

Tomando ello como claro ejemplo de la innecesaridad del femicidio, sin que ello importe una suerte de impunidad a esta clase de homicidios contra mujeres, es que se entiende al Uruguay le sería más fructífero ir por la vía de una ley integral, paso que entendemos se consolida con la sanción de la ley 19.580 de 2017, comúnmente denominada ley de género, la que introduce una amplia perspectiva de la temática y que no puede ser olvidada en un cabal análisis de la figura en tratamiento, porque es justamente frente a una de las principales preguntas que surgen al interpretar el femicidio, que parece esta ley da respuesta o no. Pues que debe entenderse cuando el numeral 8 del 312 nos dice “contra una mujer (...) por su condición de tal” es decir de mujer, sin perjuicio de que esto será tratado luego, cabe decir que a priori pareciera que el intérprete encuentra en el art 1 de esta ley de género una respuesta. Lo que importa aquí es dejar claro que se cree que con esta ley el mensaje social está en efecto dado ya que la misma prevé en sus artículos 20 y siguientes, dentro del capítulo tercero, las directrices para las políticas públicas, aspectos que hacen a la prevención y a las conductas estatales, educativas y de seguridad, a efectos de generar debate e información. Ergo, se da un tratamiento no penal del asunto que creemos hubiese bastado sin tener que llegar a trastornar la función de la ley penal y sus principios generales.

Además, la elevación de las penas en el Derecho penal no conduce a una correcta política criminal, ni reduce los hechos delictivos. Todos aquellos países que presentan un gran índice de violencia doméstica, donde el sistema “patriarcal” sigue en pie, y donde el homicidio hacia la mujer se ha vuelto más frecuente, han optado por incorporar legislaciones como el femicidio para escudarse en las mismas, sin solucionar el problema de fondo.

Además, tal como se ha mencionado, cuanto mayor es la pena, mayor es la dificultad de resocializar al individuo que cometió un error, por más grave que sea el mismo. La mayoría de los códigos contienen normas dirigidas a lograr una posterior reinserción social del sujeto privado de libertad a quien se le aplica la pena. Pérez (2016) manifiesta que:

La imposición de penas extraordinarias para los casos graves de violencia de género olvida que, si esta tiene causas estructurales y obedece a patrones culturalmente aprendidos, el Estado carece de legitimidad para hacer recaer en el autor individual todo el peso del hecho, sino que la sociedad debe asumir que también tiene cierta

responsabilidad por la violencia, por no haber sabido construir pautas de socialización primaria más igualitarias. (p. 48)

En este sentido, los patrones sociales y culturales se aprenden de la misma forma que se olvidan y se vuelven a aprender otros. De esta forma es posible modificar el pensamiento del individuo mediante medidas de reeducación. Existe entonces, cierta correspondencia social que con penas más duraderas y observando el estado de muchas cárceles se vuelve más difícil de alcanzar. Por ello creemos que el principio de resocialización- establecido en el artículo 26 de la Constitución- se ve afectado.

Siguiendo, y tomando en consideración que el Derecho penal por definición debe ser de última ratio, es menester señalar que el mismo no es la poción mágica que erradica los problemas sociales y culturales, y mucho menos un problema tan de fondo, como lo es la violencia de género. En igual sentido se pronunció Zaffaroni, quien sostuvo que;

El feminismo conmueve a las bases del patriarcado, pero creer que el instrumento que ha generado el feminismo es el que va a servir para desarmarlo es un absurdo. El poder punitivo es perverso, y se da cuenta del riesgo que el feminismo implica y trata de tragárselo. Quédate tranquila, que te voy a dar un tipo penal. Tu marido te va a golpear como siempre, pero te voy a dar un diploma de víctima que lo podés colgar en la cama, le dice. Hay que tener cuidado con esa trampa. (citado por Cerrutti, 2015)

Todo ello cobrando aun un sentido más preocupante cuando se considera el penoso, lamentable y violatorio estado de nuestras cárceles.

V. Bienes jurídicos.

En sede de bienes jurídicos se nos es indispensable volver sobre ciertos conceptos, propios de la parte general, pero que nos ayudarán a deslindar mejor que sucede con este elemento crucial en materia de femicidio

Contrario a ello, siguiendo por el mismo camino debe recordarse que los bienes jurídicos en tanto justificación y legitimación de los tipos penales, deben verse menoscabados frente a cierta dañinidad, lesividad, a efectos de ser elevados a su protección por parte del poder punitivo, siendo en otras palabras, el por qué se castiga determinada conducta, y aquí podemos apreciar que la función de todo bien jurídico es aportar cierta claridad en la razón de ser el tipo, en tanto posibilitan no solo su legitimación como ya fue dicho, sino además la clasificación de los delitos dentro del código.

Tomando ello como base y referencia compartimos lo expuesto por Pérez (2016) en cuanto dice que;

No resulta apropiado ni necesario acudir a un móvil discriminatorio, que nos sitúa en un Derecho penal poco respetuoso con el principio de la culpabilidad por el hecho y que, aunque se consiga interpretar de una forma más objetiva y en esa medida más garantista, no permite legitimar desde una perspectiva político-criminal la introducción de los preceptos género-específicos una vez que existe

la agravante genérica de obrar por motivos discriminatorios, con la que se solaparía. (p.36)

Pues ello colide directamente contra los principios del hecho y exclusiva protección de bienes jurídicos, además de que está castigando aquí, no solo en mérito al daño individual causado, sino por el eventual daño futuro que se ocasionaría por las hipotéticas conductas de otros, criterio que entra en abierta confrontación con el principio de responsabilidad personal, individual.

Además y a amén de ello, no puede olvidar el lector que los delitos de homicidio se sancionan en todos los códigos penales con elevados guarismos de pena, en tanto se protege allí el bien jurídico por antonomasia que es la vida, lo cual nos plantea la duda de si estamos en sede de femicidio, frente a un nuevo bien jurídico que trata de tutelarse por parte del legislador, es decir, ¿se protege a la vida de la mujer? ¿O a la mujer como grupo contra la discriminación de género? Aquí creemos que es indistinta la aclaración, pues en sede de femicidio todos los caminos no llevan, al menos *a priori*, a concluir que la figura es en sí, innecesaria, pues de entender que el bien jurídico tutelado sigue siendo la vida, cabe decir que esto ya se encontraba regulado por el artículo madre, el 310, y aun si se entienda la segunda hipótesis planteada, sigue siendo lo mismo, pues el delito base ya se encontraba elevado, en un caso de tales características, y en atención a las presunciones que hoy lo conforman, por las agravantes previstas en el 311 numeral 1, y el 312 numerales 1, y 7, sin perjuicio de las agravantes genéricas del art 47.

Por tanto no podemos pensar sino que la magnitud de la pena de los delitos de homicidio es de por sí suficiente para su toma en consideración, máxime si tenemos en cuenta que en la mayoría de las muertes cometidas en contextos de violencia de género, las formas de comisión, con carácter generalizado, son especialmente violentas y crueles. Lo que da lugar a la apreciación del delito agravado por las normas ya reseñadas y por ende posibilitan la imposición de penas aún más elevadas, sin necesidad de un tipo específico.

VI. Femicidio: luces y sombras.

Como viene de decirse, es claro que a la figura del femicidio tal como está hoy consagrada le queda mucho por mejorar presentándose como una figura contraria al sistema penal y además innecesaria en cuanto a la materia objeto de su regulación, no obstante ello no significa que no seamos conscientes de su valor y de que a amén de ello tiene ciertas cosas que aportar.

En esta línea Lorenzo (2015) nos habla de la posibilidad de asentar las bases para cuantificar dichos delitos, lo cual impera no se transporte el término tal y como es entendido en ciencias sociales, sino que adquiera un acotamiento significativo que no nos deje frente a un desbordamiento que eleve a esta categoría muertes que no merecen tal tipificación, como por ejemplo aquellas dadas en el ámbito extra penal y que en ciertos países dieron lugar al feminicidio como forma de acentuar la responsabilidad estatal por muertes no penales de mujeres y niñas. Además y para que la figura

cumpla esta función estadística, no puede perderse de vista que no debe definirse sin más como la muerte violenta de una mujer a manos de un hombre. El sexo del autor no marca el límite del concepto porque lo determinante no es quien causa la muerte sino el porqué. Ahora bien, para ello no parece necesario llegar tan lejos, es decir para conseguir esos fines estadísticos no es imprescindible contar con delitos que limiten al sujeto pasivo al género femenino, sino por ejemplo y como se da en la legislación española, por medio de la elaboración de protocolos destinados a identificar dentro del conjunto de delitos contra la vida aquellos que responden al concepto de violencia de género.

Sin perjuicio de sus puntos a favor, la tipificación de figuras como el femicidio han dado lugar a vastísimas controversias jurídicas, especialmente respecto de aquellas que se vinculan con el Derecho penal e indirectamente con el Derecho constitucional. En tales términos y quizá siendo muy radicales, se ha llegado a decir por parte de algunos autores que los hechos delictivos que pretende sancionar la norma penal de femicidio no presentan gravedad trascendente como para ameritar una respuesta penal. Lo cual se cree con Toledo (2014), que lejos de ser así toda muerte es de trascendencia, independientemente del sexo de la víctima, ergo, lejos estamos de creer ello, pero no de pensar si la figura es al menos la mejor solución ante ese problema, ya que sin perjuicio de un Derecho Penal de previsión, se entiende que es en esencia más sano para el derecho penal ser un derecho de reacción (*ex post facto*) y no un derecho cuyo fin sea la educación de los eventuales perpetradores.

Aquí entonces, no interesarían los fines sancionatorios del Derecho penal, sino meramente los preventivos, el Derecho penal de previsión. Sin perjuicio de ello, el femicidio en sí, se diferencia de otras formas de violencia hacia la mujer (a saber, daños a la integridad física, violencia doméstica) donde efectivamente sí podría discutirse si merecería una respuesta penal, o simplemente podría utilizarse el derecho civil. Por otra parte, están aquellos para los que, posición que compartimos, no es necesaria la creación de un nuevo tipo penal especial, sino simplemente basta con complementar las normas ya existentes (el homicidio), introduciendo una agravante genérica por motivos discriminatorios (circunstancia ya contemplada por el ordenamiento jurídico uruguayo) dentro del marco de los llamados "*hate crimes* o delitos de odio", presentes en legislaciones como la de Canadá y EEUU ya desde 1980, como aquellos que se cometen contra una víctima por el hecho de pertenecer a determinado grupo, sea racial, nacional, étnico, religioso o de género y que por tal motivo son merecedores de una respuesta punitiva más severa.

Ahora bien, es claro que los delitos de femicidio no pueden considerarse "*hate crimes*", ya que no cumplen con dos de los requisitos fundamentales de estos delitos: que las víctimas deban ser intercambiables al compartir una misma característica. Pues sin perjuicio, el tipo tal como está configurado en nuestro derecho, es claro que en los hechos es muy difícil ver como cabría la posibilidad de intercambiar a la víctima por otra mujer, pues en principio el femicida seguramente quiere matar solo a esa mujer, y no al género. Además, en los "*hate crimes*" las víctimas deben poseer una mínima o inexistente relación previa con el perpetrador, carácter que no parece

contemplado en la ley uruguaya tal como se encuentra actualmente redactada.

Otro argumento esgrimido en contra del femicidio, que se comparte, es que el mismo no tutela un bien jurídico distinto al que protege el homicidio.

Por su parte hay quienes consideran que estos delitos de femicidio poseen un mayor contenido de injusto, lo que amerita se penalicen separadamente, lo que no cobra sentido alguno en tanto que el aumento de lo injusto no implica que deba penalizarse por separado.

No obstante hay quienes entienden que la tipificación del delito de femicidio conlleva a la discriminación contra los hombres, al derecho penal de autor, y a la imposibilidad de autoría femenina, es decir, que el delito de femicidio únicamente parecería aceptar la autoría masculina, y esto atentaría contra el principio de culpabilidad. Además de violar el principio de inocencia al considerar la condición de hombre como presunción de culpabilidad en estos delitos (ya expuesto anteriormente). En definitiva, la sanción de estos delitos tan específicos podría llevar a la imposición de un derecho penal de autor, contrario al derecho penal del acto. En este sentido, Lorenzo (2015), ha señalado que;

Es el sexo de la víctima (y no del autor) lo que juega un papel preponderante para definir y dar sentido a las agravaciones, [agregando que], no es casual que la ley opte por fórmulas neutras para referirse a eventuales responsables de estos hechos. (p.122)

Como último debe de esta figura es menester señalar que los delitos de género específicos tales como el femicidio, han demostrado, según la literatura consultada, que a nivel de derecho comparado no protegen de manera satisfactoria a las mujeres que se encuentran en una situación de alto riesgo, por el contrario, muchas de ellas se alejan casi por completo del sistema penal y resultan aún más indefensas.

VII. Figuras ya previstas.

Por lo ya tratado se abordará si realmente la legislación específica que dio lugar al subtipo de delito de femicidio en nuestro país, es en verdad contemplativa de nuevas situaciones que no estuviesen ya previstas por el código patrio, y se cree fervientemente que ello no es así. Por el contrario, el tratamiento de figuras delictivas que velan por la mujer, independientemente de su ubicación en el código y de los términos allí empleados, existen ya hace apreciable tiempo en la legislación penal interna.

Bajo esta línea de razonamiento, y tomando la postura de Aller, en el código se prevén ya figuras que son perfectamente atribuibles dentro de lo que hoy es el femicidio, a guisa de ejemplo podemos hablar de cómo el artículo 312 mismo ya preveía en su numeral primero el impulso de brutal ferocidad o grave sevicias, además ya el artículo 47 cuando versa sobre las agravantes genéricas refiere en su numeral primero a la alevosía, y precisamente, la alevosía nos habla de todo y cualquier estado de

indefensión de la víctima, lo que Irureta Goyena refería como “obrar sobre seguro”, según nos dice el codificador en sus notas explicativas, estando la víctima tanto moral como físicamente desapercibida, lo que es de claro acoplamiento en un caso como el de tratamiento, al menos si partimos de la idea de la víctima que nos merecen las presunciones del femicidio.

Por lo que bastaba aquí con aplicar esta agravante al artículo 310. Pero sin perjuicio de ello, bien podría tener cabida para agravar la pena del homicidio común, en tanto se diere muerte a una mujer, la aplicación del numeral sexto del artículo en examen, en cuanto nos habla del abuso de la superioridad del sexo, de las fuerzas o de las armas, de forma tal, que se genere en la víctima una nueva hipótesis de indefensión, ergo, se trata aquí de un agravante que, si bien no obsta de su posible aplicación en un caso de muerte a una mujer, no rompe, su redacción, con el principio de igualdad, manteniendo la objetividad requerida, en tanto y si bien el sexo aparece como un elemento diferenciador, lo hacen también el desequilibrio de fuerzas y armas, lo que si bien nos puede llevar a presuponer al perpetrador como un hombre, no descarta *per se*, la posibilidad de una mujer que supere en armas o fuerzas a su víctima varón.

Además, hay otras agravantes del artículo 47, de menor incidencia pero que también son aplicables a saber, el numeral 7, que habla sobre al abuso de confianza; el numeral 9, que establece el móvil de ignominia, y claramente el numeral 14, que refiere al abuso de las relaciones domésticas, es decir el abuso de la autoridad privada.

Asimismo, al menos desde el lugar que vienen a ocupar las presunciones instauradas por este, debe tomarse en cuenta que las figuras limitativas en cuanto al sexo, es decir en atención a un sujeto pasivo calificado, como en el caso, la mujer, no son una novedad en el derecho penal ya que no hace falta buscar mucho en el código para encontrar tipos penales en donde solo la mujer es pasible de ser el sujeto pasivo, tal como sucede en una gran gama de delitos previstos en el título X del código, que si bien refiere a una visión quizá ya superada como lo es el título “De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de familia” ello no significa un detrimento para la función tuitiva de las víctimas, en donde se sancionan delitos como el rapto en el art 266 que nos habla de “el que (...) sustrajere o retuviere, para satisfacer una pasión carnal o contraer matrimonio, a una mujer soltera, mayor de 18 años, viuda o divorciada honestas (...) será castigado con 12 meses de prisión a 5 años de penitenciaría”, aumentándose la pena de 2 a 8 años en los casos de mujeres casadas y menores de 15 en el art siguiente, a su tiempo otras figuras, que sin quebrar la igualdad buscada por todo sistema como el nuestro, son de aplicación al caso como la violación prevista en el 272 cuando nos habla de “el que compele a una persona del mismo o distinto sexo (...)”, lo mismo con el abuso sexual (art 272 BIS), el abuso sexual especialmente agravado (art 272 TER), la prostitución forzada (art 280), el atentado violento al pudor (art 273) y podríamos seguir, pero entendemos que con esta breve reseña normativa tenemos un fuerte argumento de texto para entender que, tanto por medio de las agravantes genéricas, como por medio de estas figuras que podrían llegar a un supuesto de concurso, o incluso de las agravantes específicas del homicidio, quedaba

saldada la protección buscada para la mujer, sin necesidad alguna de la introducción de presunciones completamente lesivas de nuestros principios penales básicos, que no hacen más que condenar anticipadamente a un sujeto, no ya por el delito, sino por el móvil, el que como ya hemos expresado, entendemos pudo existir como no.

Por tanto y como mensaje social, el femicidio, dice Aller (2017) “es contradictorio porque, por un lado, tiene esa parte positiva de querer proteger a la mujer, pero, por otro, plantea serios inconvenientes con todas las situaciones confusas (...)”.(p. 13).

VIII. Reflexiones finales.

A la postre, y como forma de dar cierre a este trabajo, a efectos de no ser reiterativos, diremos que al menos en una primera lectura no se entiende que tantos beneficios trajo el femicidio como figura penal respecto a los efectos deseados. Por lo cual, va de suyo como señala Toledo (2014), que la determinación del hecho punible en la ley, es decir el principio de tipicidad guarde un vínculo estrecho con el principio de seguridad jurídica.

Y es justamente que la exigencia de claridad, se materializa en evitar el uso de cláusulas o tipos abiertos, conceptos valorativos, y en general, la indeterminación normativa de la materia legislada.

En tal sentido, es moneda corriente en la legislación regional, emplear términos polisémicos penales no satisfaciendo el principio de tipicidad y ello porque, el concepto sobre el que se ha basado toda la explicación de la violencia de género se mueve en un plano teórico distinto al que es propio de la ley penal, un plano en el que los fenómenos se describen no ya por las formas concretas que adquieren los comportamientos de los sujetos individuales, sino por las causas que les dan origen y sus repercusiones en la vida social, limitándose a trasladar sin más los componentes del concepto sociológico de la violencia de género al plano del concepto de la ley penal, sin reparar en que los niveles argumentativos son totalmente distintos y tienen exigencias diversas.

En el caso concreto de la legislación vernácula, vemos que el mal uso de presunciones a efectos probatorios, hacen suponer una mayor correspondencia de estos ya no con esta figura, sino como fue dicho *ut supra* con el supuesto del 311 numeral 1.

Por tanto se concluye por quienes escriben que lejos de una solución de fondo, el femicidio introduce no menores dificultades interpretativas, que se burlan del largo camino recorrido en aras de concebir un derecho penal garantista, ergo se concibe preferente una legislación marco tal como la ley de violencia de género que con recursos no penales cumpla la tan preciada función preventiva que hoy día se le hace cumplir al derecho penal, y se reserve este a efectos meramente sancionatorios, con la sola aplicación de las normas del núcleo duro que ya desde antes, eran idóneas para castigar el fenómeno hoy vehemente pero no elocuentemente llamado femicidio.

Referencias:

- Aller, G. (2019). Versión taquigráfica de Fuente Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración. Montevideo: Parlamento.
- Carnelutti, F. (1994) *Sistemas de derecho procesal civil*. Bs.As.: Uteha.
- Cerrutti, M. (2015). Por qué Zaffaroni cree que no existe el femicidio en Argentina. Recuperado de https://www.clarin.com/sociedad/Zaffaroni-creo-existe-femicidioArgentina_0_ryQtPdYvmg.html
- Chaves, G. (2015). *El Derecho penal desde la constitución*. Montevideo: UCU.
- Giudice L. & Remersaro, L. (2018). Femicidio. Una mirada crítica a la expansión punitiva. *Revista De Legislación Uruguaya*, 9(5), 1-16.
- Langón, M. (2018). *Código penal uruguayo comentado* (2da Ed.). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Laurenzo, P. (2015). ¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres? *Revista De Derecho Penal*, 23, 119-140.
- Laurenzo, P. (2012). ¿Hace falta un delito de femicidio? *Revista De Derecho Penal Segunda Época*, 20, 243-256.
- Malet M. (1995). *Presunciones en el código penal*. Montevideo: FCU.
- Pérez, M. (2016). Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: Acción y reacción. *RJUAM*, 34, 17-65.
- Toledo, P. (2014). *Femicidio/Feminicidio*. Buenos Aires: Ediciones Didot.