

Personas trans, ¿sujetos activos y/o pasivos de femicidio?

Trans People, Active and/or Passive Subjects of Femicide?

Emanuel GONZALO MORA



Abogado, Auxiliar Letrado Relator de la Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina

emanuelmorita33@gmail.com

<https://doi.org/10.14201/rspc.31430>

Artículo original sin previa publicación

Fecha de recepción: 10/05/2023

Fecha de aceptación: 15/06/2023

Resumen

En el artículo, se abordará la problemática que tiene la posibilidad de considerar, como sujeto activo y/o pasivo de femicidio (art. 80 inc. 11 del CP), a las personas transgénero, para lo cual se realiza una interpretación que concuerda con la ley de identidad de género sancionada en Argentina. Mi conclusión será que, acudiendo a la ley citada a términos

Abstract

In the article, the problem that has the possibility of considering, as active and / or passive subject of femicide (art. 80 inc. 11 of the CP), transgender people will be addressed, for which an interpretation is made that consistent with the gender identity law enacted in Argentina. My conclusion will be that, using the aforementioned

vivenciales y subjetivos, prescindiendo de la biología, las personas transgénero pueden ser consideradas como sujetos activo y/o pasivo en el delito de femicidio, máxime cuando al ser legislado el art. 80 inc. 11 del Código Penal, que tipifica dicho ilícito, la ley de identidad de género ya regía en Argentina, por lo que “hombre” y “mujer” ya no pueden ser definidos en términos biológicos.

Palabras clave: Violencia de género; Femicidio; Transfemicidio; Travesticidio; Transgénero.

law in experiential and subjective terms, regardless of biology, transgender people can be considered as active and/or passive subjects in the crime of femicide, especially when art. 80 inc. 11 of the Penal Code, which defines said crime, the gender identity law was already in force in Argentina, so “man” and “woman” can no longer be defined in biological terms.

Keywords: Gender violence; Femicide; Transfemicide; Transvesticide; Transgender.

Sumario: 1. Introducción. 2. El sujeto activo del femicidio, ¿solo puede ser el varón cis?, ¿qué hay de los hombres transgénero? 3. ¿Por qué nos cuesta tanto aceptar a los hombres transgénero como posibles feminicidas? 4. Mujeres transgénero, ¿víctimas de femicidio? 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La violencia de género es un mal social que nos aqueja desde tiempos remotos, pero que recién en estos días adquiere cierta visibilidad.

En Argentina, como en varios países más de Latinoamérica, el femicidio fue reconocido como ilícito penal luego de una gran lucha por parte de las mujeres –recorremos el famoso lema *me too*, en Argentina, bajo el lema “ni una menos”–, que lo llevó, en el caso argentino, a integrar el catálogo de delitos tipificados en el Código Penal, particularmente en el artículo 80, donde se encuentran previstos la mayoría de los homicidios agravados.

Resulta trascendente, socialmente, otorgarle visibilidad a la violencia contra las mujeres, y más allá de la eventual incidencia que la cantidad anual de femicidios cometidos en nuestros países pueda tener en la tasa anual respectiva, lo cierto es que poder *nombrar* algo es darle entidad. Diferenciar un *femicidio* de un *homicidio*, pues, reviste importancia, dado que registra las particularidades que ostenta este tipo de violencia.

Sostienen Elena Laporta Hernández y Tania Sordo Ruiz en torno a ello que

el asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer ha sido invisibilizado, negado y minimizado a lo largo y ancho del planeta, en contextos (re)creados por la intersección de sistemas de opresión y organización de dominios del poder (Hill Collins, 1990 y 2009). Han contribuido a ello prejuicios, mitos y estereotipos de género que responsabilizan a las propias mujeres por los crímenes que los hombres cometen en su contra, en muchos casos ante la inacción de los Estados que incumplen, en mayor o menor medida, sus obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos

de las mujeres (Acerca de los estereotipos de género como obstáculos para el acceso de las mujeres a la justicia, véase: Tania Sordo Ruz, 2012 y 2017). Frente a ese estado de cosas, la expresión feminicidio surge como un término empoderado (Bueno-Hansen, 2010, pp. 290-311). Ha permitido poner nombre a aquello que permanecía oculto. Como recuerda Amorós, “conceptualizar significa pasar de la anécdota a la categoría y, precisamente, en esta cuestión de los malos tratos y asesinatos de mujeres ha sido enormemente difícil que se produjera ese paso. No se producía a causa de un círculo vicioso: las anécdotas eran anécdotas porque no se sumaban, pero a su vez no se sumaban porque se consideraban anécdotas (2008, p. 15)¹.

Continúa la autora en cita remarcando la discusión generada en España, en torno del femicidio como categoría social y jurídica propia y diferenciada, al sostener que

en el caso de España, el debate y la reflexión en torno al feminicidio aparece en el país hace relativamente pocos años, en el siglo XXI, cuando ya se había consolidado en América Latina. Con la excepción de unas pocas activistas y académicas que plantean la importancia de nombrar el asesinato de mujeres por el hecho de ser mujeres, priman básicamente dos posturas, que son contrarias a su reconocimiento. La primera considera que el feminicidio es ajeno a la realidad del país, mientras que la segunda, aún asumiendo el componente de género, entiende que no es necesario nombrarlo específicamente por quedar cubierto por otras categorías jurídicas como el genérico derecho a la vida, el homicidio o el asesinato.

Luego, refuta aquellas posturas, entiendo que con solidez, al argumentar que

respecto del primer posicionamiento, tal y como ha apuntado Graciela Atencio, una de las primeras en introducir el debate en el país, subyace la idea de que “el feminicidio solo es un fenómeno de los países del Sur” (2015, p. 26). Existe entonces un desconocimiento manifiesto sobre el significado y el alcance del concepto, pero sobre todo prevalece una visión eurocéntrica y colonialista. En cuanto al segundo, es un debate más propiamente jurídico que gira sobre todo en torno a la preeminencia o no de la supuesta neutralidad del Derecho, ya superada en varias ramas del ordenamiento jurídico pero que permanece muy presente en el caso del Derecho penal (algunas de las críticas son: vulneración del Derecho penal mínimo y de principios como el de igualdad o manifestación del Derecho penal de autor y del enemigo). En este punto se considera conveniente precisar que las autoras se alejan por completo de posiciones punitivistas y que comparten la idea de que, como han señalado diversas corrientes dentro del Feminismo Jurídico, el Derecho ni es objetivo ni es neutral e históricamente ha respondido a las experiencias del hombre blanco, occidental, heterosexual, considerado ciudadano, de clase media y sin diversidad funcional. Esto hace que sean necesarias transformaciones radicales del Derecho que pasan primero por escuchar a las mujeres y por incorporar sus experiencias a los

1. SORDO RUZ, Tania & LAPORTA HERNÁNDEZ, Elena. El feminicidio en España: Entre el rechazo conceptual y las resistencias político-jurídicas. *Iberoamérica Social*. 2020, vol.8(14), pp. 28-49. Disponible en <https://iberoamericasocial.com/el-feminicidio-en-espana-entre-el-rechazo-conceptual-y-las-resistencias-politico-juridicas/>

ordenamientos jurídicos. Respecto a las violencias por razón de género esto se traduce en la necesidad de contar con un marco legislativo y de políticas públicas que las aborde de manera integral y diferenciada, y que tome como punto de partida el reconocimiento de un derecho específico de las mujeres a una vida libre de violencia (Bodelón, 2008, pp. 275-301). Marco reconocido, por cierto, en algunos países de América Latina².

Así, y en el marco de esa lucha por visibilizar lo invisible, en Argentina fueron sancionadas dos leyes muy importantes. Por un lado, la ley que establece el derecho a la identidad de género, registrada bajo el número 26.743, sancionada el 9 de mayo de 2012, y promulgada el 23 de mayo de 2012; mientras que, unos meses más tarde, fue incorporado al artículo 80 del Código Penal su actual inciso 11, por vía de la ley número 26.791, publicada en el *Boletín Oficial* el día 14/12/2012.

Conforme a ello, el artículo 80 del Código Penal argentino, en su inciso 11, quedó redactado en los siguientes términos:

Primer párrafo:

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 mediere violencia de género.

De tal forma, el femicidio en la Argentina no se limita conforme al argot *femicidio íntimo*, pues no se describe la existencia de una relación vincular, de pareja o de cualquier otra índole, que demarque notas referidas a una relación íntima entre los sujetos. Solamente exige que un hombre mate a una mujer, mediando violencia de género. Por ende, no existen razones para restringir su interpretación, allí donde el texto de la ley no lo hace³.

2. SORDO RUZ, Tania & LAPORTA HERNÁNDEZ, Elena, *op. cit.*

3. Acertadamente señalan Josefina González Núñez y Natalia Guzmán Bize que “Buompadre, adscribiendo a una noción limitada de violencia de género, considera que la reforma penal en cuestión evidencia, por un lado, la tipificación del llamado femicidio íntimo o vincular, esto es, el asesinato de sujetos con los que la víctima tenía una relación íntima, familiar, de convivencia, etc., dejando al margen de la fórmula las otras dos clases de femicidios anteriormente mencionados. En nuestra opinión, y disintiendo con el criterio del distinguido autor, el femicidio no íntimo podría quedar comprendido en esta circunstancia calificante, ya que ella hace referencia a un homicidio perpetrado por un hombre a una mujer mediando violencia de género, y no exige que entre la víctima y el victimario medie una relación de pareja o familiar —por ejemplo, el caso de la muerte de una trabajadora sexual a manos de un cliente, o si el homicidio se produce en una situación de sometimiento y privación de la libertad de la mujer víctima—. En idéntico sentido, la doctrina sostiene que la figura penal de ningún modo exige que la muerte de una mujer causada dolosamente por un hombre mediante violencia de género suceda en entornos de situación íntimos o de intervinientes conocidos”. GONZÁLEZ NUÑEZ, Josefina & GUZMÁN BIZE, Natalia. Femicidio y otras agravantes en razón del género. Un análisis crítico de las reformas introducidas al art. 80 del CP por ley 26.791. *Revista de derecho penal y Criminología*. 2018, pp. 19-38.

A partir de la entrada en vigencia de tales leyes se desprende una circunstancia temporal e interpretativa relevante: al ser creado el delito de femicidio, la ley de identidad de género ya regía en Argentina, de modo que los sujetos del injusto, “hombre” –activo– y “mujer” –pasivo–, deben ser colegidos en términos de género. Más precisamente, deben interpretarse en la concepción establecida en la ley de identidad de género, ello por cuanto el femicidio no fue incorporado al Código Penal previamente a la ley antes mencionada. De modo que no es admisible sostener que, al consagrarse el femicidio como delito, el legislador argentino entendió que “hombre” y “mujer” resultan categorías entendidas biológicamente, ergo, que son elementos meramente descriptivos del tipo objetivo. Por el contrario, “hombre” y “mujer” se conforman en los términos de la ley de identidad de género, por lo que son elementos normativos del tipo.

Como veremos seguidamente, la ley de identidad de género consagra el derecho a la autopercepción de género, en términos puramente subjetivos y sin importar la biología del sujeto en cuestión, lo que deriva en la posibilidad de que la misma coincida con el sexo biológico de la persona en concreto (en tal caso, será una persona cisgénero o, simplemente, cis); o bien, que tal vivencia interna, sentimiento o autopercepción no coincida con su sexo, sino con el otro (persona transgénero o trans). Hasta sería posible que no coincida con ninguno de los sexos, estaremos ante una persona no binaria, es decir, no categorizada como hombre ni mujer⁴.

Así, ninguna complicación acarrea la caracterización como delito de femicidio, a la luz del artículo 80 inc. 11 del Código Penal argentino, el supuesto típico y lamentablemente habitual en donde un hombre, sujeto activo del delito, caracterizado como *varón cis*, es el que comete el hecho, siendo su víctima una *mujer cis*, mediando violencia de género. No es este tipo de casos el que me preocupa desde el punto de vista dogmático y analítico, por cuanto ya existe abundante doctrina y jurisprudencia que definen los caracteres de este tipo de femicidio.

La cuestión es si las *personas trans* o *transgénero* que, conforme a la ley de identidad de género ya mencionada (ley n.º 26.743), gozan del derecho, jurídicamente admitido, de ser reconocidos no por su constitución física, anatómica y cromosómica, sin vueltas, por su fenotipo o por un carácter puramente biológico, sino por su propia identificación con tal o cual género (inclusive con ninguno), independientemente de

4. En Argentina está en danza un proyecto de ley en la Cámara de Diputados, nominado como “Asignación sexual compulsiva: eliminación de la categoría sexo en documentos y protección de la diversidad corporal. Régimen. Modificación del código civil y comercial de la nación, y de las leyes 25326, 26413 y 26743”. Básicamente, y conforme a su artículo primero, persigue “proteger a toda persona contra la asignación sexual compulsiva”, para lo cual pretende “Eliminar la categoría de ‘sexo’ de cualquier documento público o privado”, procurando “Garantizar la integridad, la autonomía y la diversidad corporal de todas las personas frente a intervenciones destinadas a modificar sus características sexuales para adecuarlas a los estándares médicos de asignación sexual o ‘normalidad’”. El texto completo está disponible en <https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=7037-D-2018>

que coincida (o no) con el de su nacimiento, tal como lo establece específicamente la ley mencionada en su artículo 1.º, en cuanto dispone que “Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) *A ser tratada de acuerdo con su identidad de género* y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada” (la cursiva me pertenece).

Remarqué el “ser tratada” conforme a dicha identidad de género, por cuanto de ello se deriva que, necesariamente, el criterio biologicista ya no tiene relevancia, a los efectos jurídicos, para que una persona sea considerada socialmente como “hombre” o “mujer”, con todo lo que ello significa.

Lo expuesto no es menor si tenemos presente que, por ejemplo, pueden darse situaciones en donde esta eventual falta de concordancia con la identificación cromosómica, en los casos particulares, puede dar lugar a decisiones polémicas y conflictivas, como podría ser, por ejemplo, que un hombre transgénero sea igualmente enviado a una cárcel de mujeres, para evitar graves peligros contra su vida e integridad física y sexual, entre otras situaciones. Como se observa, no existen reglas absolutas, y el derecho lejos está de ser ajeno a esta máxima.

La situación conflictiva se nos presenta cuando salimos de lo que podríamos llamar “zona de confort”, en donde se produce un femicidio entre un hombre y una mujer cisgénero, y problematizamos la situación, saliéndonos de los casos típicos, considerando como autores y víctimas a las personas transgénero.

2. EL SUJETO ACTIVO DEL FEMICIDIO, ¿SOLO PUEDE SER EL VARÓN CIS?, ¿QUÉ HAY DE LOS HOMBRES TRANSGÉNERO?

¿Qué ocurre si, por ejemplo, una persona que biológicamente es una “mujer”, pero que se identifica como “hombre” (hombre transgénero), tiene una relación violenta con una mujer cisgénero y la mata en dicho marco?, podríamos intensificar aún más la complejidad del asunto, e imaginar el caso en donde un hombre trans asesina a una mujer trans, pues allí los fenotipos estarían exactamente intercambiados con el femicidio “clásico”: una persona biológicamente “mujer”, pero hombre trans, mata a una persona biológicamente hombre, pero que es una mujer trans. Si bien es claro que no abundan casos con estas características⁵, lo que entiendo motiva a la doctrina a no dedicarle demasiada atención a esta particular temática, sin salir así de la

5. Obsérvese, conforme al Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina, que, en el año 2022, del total de 226 víctimas directas, solamente 7 fueron mujeres trans. El resto fueron mujeres cisgénero. Un resumen del informe se puede consultar en: <https://om.csjn.gob.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=169>

“zona de confort” antes aludida, será la jurisprudencia, entiendo yo, la que demarcará los lineamientos iniciales para encarar esta problemática. En Argentina, recientemente comenzó el juzgamiento por el femicidio de Sofía Noriega, una mujer trans víctima, presuntamente, de su pareja, un hombre trans, lo que conllevará una oportunidad para que los tribunales argentinos se pronuncien, estrictamente, en torno a esta dificultosa situación, referida a la cualidad subjetiva del autor y de la víctima en el delito de femicidio, cuando se trata de personas transgénero⁶.

Como se observa, el conflicto no es sencillo de resolver pues, insisto, ya no podemos recurrir al cómodo recurso del fenotipo sexual o biológico para solucionar el dilema que se presenta, dado que jurídicamente una persona tiene derecho a ser reconocida conforme a su identidad de género, y ello, entiendo yo, implica aceptar que esa identificación, en ocasiones, puede perjudicar la situación de la persona, como podría ser en los casos planteados.

La ley 26.743 define como identidad de género “a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (artículo 2.º).

El eje pasa a estar, en los términos de la propia ley, en el “sentimiento”, más bien en el “sentir” liso y llano, en la percepción propia de la vivencia de la misma identificación personal. Implica, por sus consecuencias, un paso del “objetivismo biologicista” al “subjetivismo perceptivo”; vale decir, de la caracterización binaria de la sexualidad como “hombre” y “mujer” por sus características cromosómicas y/o genitales, pasamos a una supresión de todo parámetro duro y pétreo, y el género pasa a estar completamente definido por la psiquis del sujeto sintiente, del propio individuo que se percibe a sí mismo y que, dicho sea de paso, se autodefine, dejando de lado los parangones biológicos.

Esto trae como lógica consecuencia que, en los términos del artículo 80 inc. 11 del CP argentino, sea necesario definir correctamente qué entendemos por “hombre”, a los efectos de definir al *intraneus* en el delito de femicidio. Tengamos en consideración que el tipo objetivo es no neutral en términos de género, pues exige que el sujeto activo sea un hombre, y no cualquier persona.

Dejando de lado al “varón cis”, claramente incluido en la figura, se presenta el difícil caso del hecho cometido por un hombre transgénero, caracterizado, en el

6. Dicho proceso aún no fue sentenciado, por lo que la prudencia sugiere aguardar la resolución definitiva del caso, el cual se encuentra en trámite por ante el Poder Judicial de la provincia de Santa Fe, Argentina. Puede consultarse una nota periodística que releva la noticia en <https://www.conclusion.com.ar/policiales/fiscalia-pidio-perpetua-para-la-pareja-de-la-mujer-trans-asesinada-a-punaladas-en-2021/04/2023/>

caso, como una persona cuyo fenotipo biológico indica que es una mujer, pero cuya identidad de género masculina debe respetarse en los términos de la ley ya tantas veces mencionada. Estamos ante un hombre trans, conforme a los artículos 1 y 2 de la ley 26.743.

Independientemente de la caracterización de la violencia de género como figura social y jurídica que responde a los estereotipos de género y al sometimiento de la mujer, por razones de claro cuño machista, lo cual se origina en la limitación de las mujeres en los diversos estratos sociales y su condicionamiento a una aceptación, en el inconsciente colectivo, tomando la idea de Jung de que el hombre es “superior” y que la mujer debe quedar relegada, como “sexo inferior”, al cumplimiento de pretendidos roles sociales fundados en su propia inferioridad característica como mujer: ser ama de casa, buena madre de familia, esposa, etc., lo cual “no puede modificar”, bajo sanción social por ser “mala madre”, “esposa” y demás, basado ello en los estereotipos de género que tienden a perpetuar ese sometimiento; pero lo cierto es que el hombre transgénero es un hombre, valga la redundancia, a todos los efectos legales, y eso plantea el dilema ya mencionado.

Analizando algunas opiniones doctrinarias, se pone aún más en evidencia lo conflictivo que se vuelve interpretar el sentido del término “hombre” en el femicidio, recordando que la ley argentina lo establece en forma tal que, sin definir qué es “mujer” y “hombre”, caracteriza al hecho como la causación dolosa de la muerte de la mujer, a manos del hombre, mediando violencia de género. Recordemos que, en los términos del Código Penal argentino, habrá femicidio cuando se matare “a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género” (art. 80 inc. 11).

Sostiene Alejandro Tazza, en torno a los sujetos del ilícito, que se caracteriza al femicidio de tal modo que “para que me configure esta ilicitud es necesario que el autor sea un hombre –biológicamente hablando– y el sujeto pasivo una mujer –en el mismo sentido–, y que además haya mediado un contexto circunstancial que pueda catalogarse como propio de “violencia de género”⁷.

Luego, y si bien en referencia a la víctima del delito, de forma contraria opina Sagen, al decir que

sostener que una mujer, por el hecho de no haber nacido con genitales femeninos, no puede ser sujeto pasivo del delito de femicidio, además de configurar una contradicción normológica, representaría una interpretación desajustada al derecho vigente y por lo tanto violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley y del derecho humano a vivir de acuerdo a su identidad de género autopercebida. De otro costado, las reglas de la lógica nos enseñan que una persona no puede ser varón y mujer a la misma vez y en el mismo sentido. Por lo tanto, una mujer trans o es mujer o no lo es, no existe una

7. TAZZA, Alejandro. *Código Penal comentado, Parte Especial, tomo I*. 1ª edición. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2018, p. 92.

tercera posibilidad. O se la reconoce como tal o simplemente se la excluye del sistema, pues no existen en el derecho categorías intermedias⁸.

Lo que parece claro es que los términos “hombre” y “mujer”, en cuanto caracterización de los sujetos activo y pasivo del femicidio respectivamente, ya no pueden ser entendidos como elementos descriptivos del tipo, como antiguamente se podría considerar, acudiendo a la ciencia biológica a sus efectos; pues, y teniendo en cuenta la incidencia que la ley de identidad de género ha de tener en la dilucidación del asunto, “hombre” y “mujer” pasaron a ser, más bien, elementos normativos del tipo, por cuanto exigen de una valoración e interpretación, para lo cual ha de acudirse al sentido jurídico que los mismos tienen en un contexto social determinado, en la especie: el sentido de la agravación y la caracterización del “género” como “autopercepción”.

Algo fundamental para el análisis, como marqué anteriormente, es que debe señalarse que, al tiempo de entrar en vigencia la agravante típica establecida en el artículo 80 inciso 11 del Código Penal (incorporado por el art. 2.º de la ley [26.791](#), publicada en el *Boletín Oficial* el 14/12/2012), ya regía la ley de identidad de género, registrada bajo el número 26.743, y promulgada el 23 de mayo de 2012, de modo que lo que se entienda por “hombre” o “mujer”, como derivados necesarios de un “género”, ya no puede analizarse sin tener en cuenta los parámetros de la identidad de género.

Por ende, soy de la opinión de que los términos señalados, por establecerse legislativamente en el Código Penal ya en vigencia la ley de identidad de género, exigen su evaluación en términos valorativos, es decir, precisan de una indagación en el caso concreto, a los fines de corroborar, en su caso, si se está ante un hombre y una mujer, como protagonistas del suceso.

Por supuesto que de esto deriva, en la praxis, una cuestión de prueba en el marco del proceso penal, pero, como todo elemento normativo, su configuración exige, previamente, su comprobación fáctica en el caso concreto.

Obviamente esto abre un potencial enorme a nivel del derecho procesal penal, que excede los términos de este trabajo. En efecto, la defensa podría alegar, entiendo válidamente, que la persona imputada, pese a ser biológicamente un “hombre”, en puridad se autopercibe como “mujer”, lo cual llevaría la discusión, en tal supuesto, a la comprobación fáctica, en sentido negativo, de que uno de los elementos normativos del tipo –ser “hombre”– no se encuentra conformado. Por ende, no podría hablarse de un femicidio, en los términos de la legislación argentina.

Desde luego, las consecuencias de considerar al hombre trans autor de femicidio no está exento de polémicas, lo cual es de público conocimiento, por enfrentarse sus parámetros a una concepción de cuño biologicista que, para bien o para mal, se

8. SAGEN, Gabriel Andrés. Femicidio, Travesticidio o Transfemicidio. *Pensamiento penal*. 2019, n° 6, p. 57. Disponible en <http://pensamientopenal.com.ar/doctrina/47916-femicidio-travesticidio-o-transfemicidio>

encuentra consolidada en la sociedad, y cuenta con un consenso mayoritario, al menos en apariencia.

Sin entrar en dicho debate, que excede largamente la problemática planteada, lo cierto es que quienes hacemos derecho debemos, como juristas, tomar en cuenta todos los parámetros a disposición para colegir la hermenéutica legal de la agravante, y así darle un cauce normativo justo.

La única forma potencialmente factible, aunque con serios problemas de interpretación, que observo para excluir al hombre trans de la agravante típica y, en consecuencia, no considerarlo *intraneus*, sería acudir al principio de saneamiento genealógico, es decir, al sentido histórico de las razones por las cuales se establece el texto legal. En las palabras mucho más precisas de Zaffaroni, Alagia y Slokar:

Las particulares criminalizaciones primarias surgen en cierto momento histórico y son consagradas por legisladores que participan de determinado contexto cultural y de poder: el legislador que construye un tipo, imagina un conflicto y lo define, condicionado por las representaciones colectivas, los prejuicios, las valoraciones éticas, los conocimientos científicos, los factores de poder y las racionalizaciones de su particular momento histórico y cultural. Estos condicionantes mutan rápidamente por efecto del dinamismo cultural, pero los tipos penales quedan y, además, son copiados por otros códigos en países que nada tienen en común con el contexto originario⁹.

De tal modo, penalizar como femicida a una persona que es mujer (desde el punto de vista biológico), pero que se autopercibe como hombre, en este caso desde una perspectiva transgenérica, podría ser considerado como contrario a la perspectiva de género, por cuanto la violencia de género se encuentra caracterizada, en términos generales, como aquella desplegada por el varón contra la mujer, ejercitada bajo parámetros de una relación desigual de poder, a partir de la cual la misma se halla sometida respecto del primero, bajo la premisa de una presumida inferioridad femenina, afianzada por parámetros históricos y culturales, en los cuales siempre suele jugar algún estereotipo de género.

La violencia de género, así comprendida, tiende a consagrar a la mujer en una posición de vulnerabilidad respecto del hombre, brindándole protección a fin de superar aquellas barreras culturalmente creadas a través de la historia humana. Así lo entienden, en muy resumidas cuentas, los textos internacionales vigentes.

No está de más recordar los términos con los que da comienzo la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, que en su primer artículo dispone que “A los efectos de la presente convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la

9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 138-139.

base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Sin perjuicio de que el término “sexo” tiene un sentido de claro cuño físico o biológico, la ley se refiere a la violencia de “género”, sin restringirla por la calidad “sexual” o “biológica” de la víctima. Así, “género” no es un concepto normativo inocente, sino que tiene un sentido ciertamente trascendente de lo puramente sexual.

El foco, en el delito de femicidio, está puesto mayormente en la víctima, pues por su condición de mujer es que se le reconoce una posición de especial vulnerabilidad respecto del hombre, y, aunque parezca una obviedad, también las mujeres pueden victimizar a otras mujeres, si se las afecta en su dignidad a partir de estereotipos de género, como puede ocurrir en el ámbito laboral, y por sólo ejemplificar: las complicaciones laborales impuestas a las trabajadoras ante la posibilidad de un embarazo, por la consecuente licencia y dispensa de tareas.

Acertadamente se ha sostenido que

precisamente, la pertenencia al sexo femenino es uno de los factores que justifican el incremento punitivo, o la razón de ser de lo que se ha dado en llamar “agravante de género”. Se trata de uno de los factores determinantes, por cuanto el fundamento de la mayor penalidad no reside únicamente en la sola condición sexual de la víctima (se mata por el hecho de ser mujer), sino también en la señalada relación de desigualdad entre el hombre y la mujer, desigualdad que conlleva, desde luego, una mayor dosis de lesividad en la conducta del sujeto masculino... Es necesario hacer énfasis en algo que generalmente no se comprende en relación con la perspectiva de género. Ésta no es una perspectiva sesgada hacia el género femenino. Una perspectiva sesgada hacia el género femenino es la otra cara de la perspectiva androcéntrica y sería la perspectiva gynecéntrica. Pero como por siglos hemos visto y entendido el mundo desde la perspectiva androcéntrica, hemos llegado a creer que ésta es una no perspectiva o el punto de vista neutral y objetivo. Y por eso muchas personas –tanto hombres como mujeres– se sienten incómodas cuando se les dice que deben analizar los hechos desde una perspectiva de género. Se sienten incómodas porque piensan y sienten que la forma como han analizado los hechos es objetiva o “sin ninguna perspectiva”. Debido a esa creencia, cuando no hacemos un esfuerzo consciente por utilizar una perspectiva de género, es decir, una perspectiva que incluya a ambos géneros y a las desigualdades de poder que hay entre ellos y dentro de ellos, lo que hacemos es utilizar la perspectiva androcéntrica, que es la que pasa por una no perspectiva. Por eso, cuando no se ha hecho un diagnóstico de género de cualquier situación humana, lo que se ha hecho es un diagnóstico androcéntrico. Es decir, uno que no nos muestra toda la realidad y que además está sesgado hacia los hombres¹⁰.

En consonancia con dicha línea interpretativa, se ha referido que para

10. GRISETTI, Ricardo & KAMADA, Luis E. La configuración típica del femicidio. Un fallo que induce a reflexionar. *Revista Derecho Penal y Criminología*. 2017, nº 8, pp. 57-76.

Buompadre, el fundamento de la calificante reside en la condición del sujeto pasivo y en las circunstancias especiales –agravantes– de su comisión: violencia ejercida en un contexto de género. Entiende que la violencia contra la mujer no es una cuestión biológica ni doméstica, sino de género. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es una consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. Para esta corriente de opinión, la violencia de género debe definirse en clave cultural, no biológica¹¹.

En dicho contexto, y a partir de un espectro amplio de dicha forma de violencia, la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer”, tradicionalmente conocida como “Convención de Belem do Pará”, define la violencia contra la mujer al decir que es “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” (artículo 1), mientras que se describe un amplio abanico de ámbitos en los cuales puede darse la misma, no restringiéndose a la pura violencia doméstica, cuando en su artículo 2 entiende que

se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o *en cualquier otra relación interpersonal*, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b. que tenga lugar en la comunidad y *sea perpetrada por cualquier persona* y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

Remarqué en el inciso b) del artículo 2 el carácter de “cualquier persona”, para dejar en claro que lo importante termina siendo la victimización de la mujer, por cuanto esta se encuentra sometida bajo parámetros patriarcales de sumisión, los cuales funcionan en el ámbito del propio sistema social de vida, y que incluye, como victimarios o agresores, a cualquier persona.

11. GONZÁLEZ NUÑEZ, Josefina & GUZMÁN BIZE, Natalia. Femicidio y otras agravantes en razón del género. Un análisis crítico de las reformas introducidas al art. 80 del CP por ley 26.791. *Revista de derecho penal y Criminología*. 2018, pp. 19-38.

Por ello parece difícil, por mucho que acudamos a la genealogía del tipo, excluir al hombre transgénero como sujeto activo en el delito de femicidio. Podemos alegar múltiples argumentos en contra: el ya mencionado saneamiento genealógico, la máxima legalidad interpretativa, etc.; pero lo cierto es que estaríamos descalificando, como femicidio, la muerte dolosa de una mujer, siempre, claro está, que la misma se produzca en un contexto de violencia de género, y cuyo foco está puesto en la víctima.

Entiendo que bien podría colegirse, en caso de producirse tal exclusión, una violación de la mencionada Convención, por cuanto en su artículo 7 dispone, en forma clara, que “los Estados Partes condenan *todas las formas de violencia contra la mujer* y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente”, sentenciando en lo que hace a la problemática: “b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y *sancionar* la violencia contra la mujer” (la cursiva me pertenece).

La norma establece el deber de “sancionar” dichas formas de violencia, lo que, entiendo, lejos puede interpretarse como una pura actividad estatal encaminada a la criminalización primaria en los fríos textos penales, como sería legislar el delito de femicidio, sino que va encaminado a no dejar impunes dichos hechos, lo cual va de la mano con el resto de los deberes establecidos en el texto, a saber: “prevenir”, “investigar” y “sancionar”, lo cual implica un íter en la protección de la mujer; primero procurando evitar su victimización y, de producirse aquella, investigar dichos hechos, encontrar a los responsables y sancionarlos.

Por otra parte, la realidad europea es muy diferente de la latinoamericana, y también lo es su grado de visibilidad, respecto de esta violencia, en la normativa pertinente. Algunos sectores de la doctrina son particularmente críticos con cierta falta de consideración que se le otorga a este tipo de violencia en el viejo continente. Como expuse al inicio de este trabajo, nombrar algo es darle entidad, registrarlo socialmente –a nivel colectivo– y psíquicamente –a nivel individual–, tenerlo en cuenta, y si ni siquiera se le designa un nombre, *violencia contra la mujer*, *violencia de género*, *femicidio*, etc., estableciendo una coherencia entre las categorías sociales y jurídicas, difícilmente será posible dinamizar la discusión que exige este fenómeno.

Sostienen dos autoras antes citadas en este ensayo, concretamente Elena Laporta Hernández y Tania Sordo Ruz, que

los países europeos ni cuentan con una definición común de las violencias por razón de género, ni mucho menos han incorporado en sus ordenamientos jurídicos legislaciones específicas para el acceso de las mujeres a una vida libre de estas violencias. Con carácter general no reconocen las especificidades y, por tanto, la normativa se aplica por igual a mujeres y hombres, como ocurre con la violencia doméstica. En relación con la violencia doméstica, cabe señalar que esta puede ser ejercida por y contra cualquier integrante de la familia, a diferencia de las violencias por razón de género contra las mujeres, que tienen “sus orígenes en una sociedad que se empeña por seguir considerando a las mujeres como seres humanos inferiores y objetos sexuales” (Lagarde,

2010, p. 21). Éstas últimas son estructurales; envían un mensaje de control a todas las mujeres: si una de ellas es agredida, cualquier otra puede serlo; representan un extremo de conductas que se consideran normales, es decir, un *continuo*; se basan en un modelo androcéntrico de la sexualidad, y son consecuencia de una masculinidad hegemónica que cosifica a las mujeres (Osborne, 2009, p. 18). Las pocas que sí las reconocen, como la española, se limitan a la ejercida por la pareja o expareja. Esto aplica también para el caso concreto del feminicidio pues ningún país de la Unión Europea (UE) cuenta con una definición sobre el mismo en sus ordenamientos jurídicos (EIGE, 2017)... la Unión Europea ni siquiera tiene una norma de obligatorio cumplimiento que se refiera específicamente a las violencias por razón de género contra las mujeres, a pesar de que desde hace ya varios años organizaciones feministas y alguna institución al interior de la UE, como es el caso del Parlamento Europeo, reclamen su aprobación (Parlamento Europeo, 2019).

Aunque no es menos cierto que la autora citada describe la existencia de normativa por demás relevante, en concreto, al referir que

el Consejo de Europa cuenta con el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* de 2011, más conocido como Convenio de Estambul, la primera norma vinculante sobre esta materia en la región (Años antes se había aprobado la Recomendación Rec. (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia). Este tratado entró en vigor en 2014 (España lo ratificó en ese año), sin el apoyo unánime de todos los países... Más allá de los cuestionamientos de algunos países en Europa, el Convenio es un instrumento valioso. Incorpora múltiples formas y modalidades de violencias por razón de género contra las mujeres como la física, la psicológica, la sexual, los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina, el acoso sexual o el aborto y la esterilización forzada, aunque dista mucho de incluir formas más novedosas, como algunas de las previstas en leyes de países de América Latina¹².

Sin perjuicio de reconocer la importancia del Convenio de Estambul, la propia autora nos advierte de ciertas falencias en el mismo, como la omisión vinculada con la caracterización del femicidio como categoría delictiva:

En lo que respecta a los feminicidios, el Convenio de Estambul no menciona el asesinato u homicidio de mujeres, mucho menos el feminicidio, y tampoco incluye el género en el listado de agravantes. Tampoco existe un enfoque interseccional de las violencias por razón de género, al no valorarse la igualdad, la diferencia y las relaciones de poder en estos casos, ni considerar que la interacción e intersección de distintas categorías, a partir de la intersección de los sistemas de opresión, ocasiona riesgos determinados para las mujeres que no pertenecen a los grupos privilegiados o dominantes, condicionando su acceso a la justicia y a una vida libre de violencias por razón de género y de discriminación, incluida la discriminación interseccional que pueden enfrentar.

12. SORDO RUZ, Tania & LAPORTA HERNÁNDEZ, Elena antes citado.

No reconocer el femicidio, cuando se establece una convención que busca delinear, al menos inicialmente, la violencia contra la mujer, es una grave omisión y un error de política criminal, que conduce implícitamente a dificultar su análisis, precisamente, porque no se lo reconoce en forma autónoma como fenómeno social y jurídico. Y si no se reconoce el femicidio, difícilmente podríamos hablar de *trans-femicidio*, u otras designaciones que permitan evaluar, acorde a la multiplicidad de vulnerabilidades –interseccionalidad–, sucesos que adquieren notas singulares, que aparecen invisibilizadas por la falta de mención.

Sin perjuicio de ello, se dan los pasos iniciales, en el citado Convenio de Estambul, para visibilizar la violencia de género, y lo hace justamente al nombrarla. En efecto, establece en su artículo 3.a) que “por ‘violencia contra las mujeres’ se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”; a la vez que en el art. 3.d) se establece que “por ‘violencia contra las mujeres por razones de género’ se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. La primera definición brinda un marco contextual, abriendo un abanico amplio de particulares afectaciones, por entender que dicha violencia puede lesionar diversos bienes jurídicos tanto en la esfera pública como privada; mientras que, en la segunda, se describe más bien el móvil misógino del agresor. Como se observa, el alcance es amplio, y descarta de plano su encapsulamiento a lo doméstico o íntimo.

3. ¿POR QUÉ NOS CUESTA TANTO ACEPTAR A LOS HOMBRES TRANSGÉNERO COMO POSIBLES FEMICIDAS?

La razón parece obvia, y no hay modo de expresarlo en términos más claros: porque, biológicamente, no son hombres.

Por ello, el verdadero desafío intelectual, cultural y jurídico que enfrenta la sociedad en su conjunto –la doctrina y jurisprudencia, en particular–, a la luz del criterio sustentado en la ley de identidad de género, es afrontar las consecuencias, todas ellas, y no solo las que caen en la órbita de la zona de confort mencionada al principio del ensayo, de asumir la concepción del género en parámetros completamente subjetivos, y desprovistos del paraguas de la objetividad biologicista.

Agustina Rodríguez opina en contra de lo sostenido, al afirmar que “en Argentina esta discusión es sólo teórica pues, como se ha dicho, la figura de femicidio ha adoptado una fórmula no neutral en términos de género para definir la autoría, que la circunscribe a los agresores varones”, siendo que este solo es un debate vigente “en

aquellos países que definen al sujeto activo mediante un término neutral “el que”¹³. Sin ingresar en la bizantina discusión de si “varón” y “hombre” son términos estrictamente sinónimos a los efectos jurídicos, evitando atascarnos en el terreno de la biología con la cual está implícitamente cargada la palabra “varón”, pues la autora parece entender la denominación del sujeto activo como un aspecto puramente descriptivo del tipo y, como tal, innecesario de un análisis mayor que el que deriva de la propia observación directa; el art. 80 inc. 11 del CP define al sujeto activo como “hombre”, y ya se ha fundamentado que no podemos delimitar el concepto “hombre” prescindiendo de valoraciones jurídicas pues, de lo contrario, caeríamos en la paradoja jurídica de que los hombres trans pueden serlo a los efectos civiles y administrativos, pero no del derecho penal.

Si se es hombre transgénero, se lo es a todos los efectos jurídicos, pues es una condición que define al sujeto a partir del auxilio del análisis de la normativa pertinente, en el caso, la ley de identidad de género.

Si el plexo normativo tiene como fin proteger a la mujer de la violencia de género “en todas sus formas y ámbitos”, solo podría colegirse, coherentemente, que dicha garantía debe comprender un abanico amplio, lo cual parece incluir al hombre transgénero como sujeto activo de femicidio, por muy contraintuitivo que parezca a primera vista.

4. MUJERES TRANSGÉNERO, ¿VÍCTIMAS DE FEMICIDIO?

Por deducción ya puede intuirse, si se quiere ser coherente, que la mujer transgénero bien puede ser sujeto pasivo en el delito de femicidio legislado en el art. 80 inc. 11 del CP, no encontrándose el término “mujer” limitado a la “mujer cisgénero”, es decir, aquella persona cuya identidad de género coincide con su genitalidad, sexo o, más genéricamente, con su identidad femenina basada en parámetros puramente biológicos.

Por supuesto que existe división en la doctrina en torno a este punto. En efecto, y enrolado en la tesis restringida, circunscribiendo el término “mujer” conforme a la biología, se hallan importantes autores. En efecto, se ha dicho que

Buompadre, al analizar la figura de femicidio y la ley de identidad de género, se pregunta si lo que la reforma ha previsto es un tipo de femicidio en el que la víctima solo puede ser una persona del sexo femenino (en sentido biológico) y a su vez se plantea que ocurriría cuando la persona muerta es mujer en los papeles (en sentido formal) pero en relación a sus atributos morfológicos (genitales externos) pertenece al sexo masculino. Sostiene, el citado autor, que en este supuesto quedará descartada la figura del femicidio por cuanto la víctima no es mujer en sentido biológico sino en sentido normativo,

13. RODRÍGUEZ, Agustina. ¿Por qué debe aplicarse el inciso 11 del artículo 80 del Código Penal argentino?. En De la Fuente, Javier Esteban y Cardinali, Genoveva Inés (Dirs.). *Género y Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 142.

que no es el sentido que ha tenido en cuenta el legislador para tipificar el fenómeno... concluye que, esta última es la respuesta correcta ya que si el legislador hubiera pretendido que también queden comprendidas las personas aludidas en la ley 26.743 de identidad de género entonces lo hubiera establecido en forma expresa, como se hizo en el art. 80 bis que preveía el Proyecto de Senadores¹⁴.

Claro que dicha hermenéutica pierde de vista lo señalado anteriormente: la ley de identidad de género ya regía en Argentina al tiempo de incluirse el femicidio como delito en el catálogo penal de fondo, con lo cual, inclusive desde una interpretación histórica de la calificante, no puede perderse de vista su contexto social y cultural. No puede decirse, justificadamente, que el legislador argentino desconoció la existencia de la ley de identidad de género, al hablar de “mujer” en el delito de femicidio, pues dicha ley constituye, en puridad, un antecedente importante en la cronología legislativa.

La otra postura, completamente antagónica, la hallamos en aquellas opiniones que reconocen a la mujer trans como sujeto pasivo del delito de femicidio. Sostienen Josefina González Núñez y Natalia Guzmán Bize que

nos encontramos con la tesis denominada amplia, la que sostiene que la noción del término mujer, es un elemento normativo del tipo, por cuanto contiene una acepción que, necesariamente, obliga al intérprete a recurrir a patrones normativos externos a la ley penal, que son aquellos que requieren una valoración o un conocimiento paralelo en la esfera del lego, sobre determinadas cuestiones jurídicas expresadas en otra normativa legal... los partidarios de esta opinión entienden que por aplicación del principio hermenéutico de unidad del ordenamiento jurídico y debido a que en el Código Penal no encontramos una definición o alcance al término “mujer”, este debe ser analizado a la luz de la Ley de Identidad de Género 26.743, cuya entrada en vigencia fue previa a la modificación de la agravante... los partidarios de esta opinión, entienden que no se vulnera el principio de máxima taxatividad legal, puesto que, de acuerdo al criterio sustentado por la CS –en Fallos 283: 239, 301:489, entre otros–, en algunos supuestos y según el principio de interpretación sistemática, es necesario, para aplicar la norma, con auténtico sentido de justicia, indagar lo que ella dice jurídicamente, por encima de lo que puedan decir literalmente.

Luego, concluyen dichas autoras, que

en nuestra opinión, el término “mujer” no puede ser apreciado exclusivamente por los sentidos, en base a la estructura anatómica del ser humano, sino que se compone también por otras características determinadas en la ley de identidad de género, a través de las cuales se ha ampliado su concepto, dejando atrás el viejo paradigma binario de identificar a una persona con el nombre masculino o femenino de acuerdo al sexo genéticamente asignado. Por ello, deducimos que a partir de la sanción de la citada normativa, el derecho a la identidad se presenta como una opción existencial, por lo que toda persona puede escoger vivir dentro de la identidad que más conviene a su

14. GONZÁLEZ NÚÑEZ, Josefina y GUZMÁN BIZE, Natalia, *op. cit.*

íntima vocación existencial, a su moral autorreferente, a sus tendencias psicológicas y espirituales, es decir a su ámbito de privacidad, a esa esfera de señorío que toda persona posee y que terceros (Estado o particulares) no pueden vulnerar o inmiscuirse sin su consentimiento expreso¹⁵.

En dicha línea de interpretación, Alejandra Malica trae a colación, con atino, un precedente argentino, donde se encontró culpable al autor del hecho del delito de femicidio, cometido contra una persona que integraba la comunidad travesti. Nos refiere la citada autora, que

el 11 de septiembre del 2019, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Novena Nominación, Secretaría n.º 17, que asignara la Jurisdicción de Córdoba en forma colegiada e integrando el Tribunal con jurados populares condenó al único imputado individualizado en la causa como autor responsable de los delitos de homicidio calificado, por mediar violencia de género (art. 80, inc. 11, Cód. Penal), hurto calamitoso (art. 163, inc. 2.º, Cód. Penal) y daño (art. 183, Cód. Penal), en concurso ideal con el delito previsto en el art. 3.º, inc. 7.º, ley 14.346 –Protección a los animales contra actos de crueldad– (art. 54, Cód. Penal); todo en concurso real (art. 55, Cód. Penal), a la pena de prisión perpetua¹⁶.

Para poner en contexto, el caso se trató de un encuentro entre el imputado y una trabajadora sexual. Una vez en el lugar donde, en definitiva, ocurrió el hecho, y en lo estrictamente dirimente,

... se originó una discusión y con un elemento punzo cortante, con intención de quitarle la vida a A. E., sumido en un contexto general de violencia de género, poniendo al descubierto sus rasgos de personalidad dominantes y de superioridad por su condición de varón, el acusado le clavó dicho elemento en reiteradas oportunidades a la altura de los órganos vitales (cuello, tráquea, pulmones, riñones) y golpeó su cráneo con un objeto contundente, quedando la víctima gravemente herida en el suelo...

La víctima perdió la vida, producto de las graves heridas ocasionadas¹⁷.

En el caso citado, al tener que justificar la condición de mujer de la víctima del femicidio, expuso el primer magistrado votante, que mereció adhesión de su colega y de los jurados populares, que

15. GONZÁLEZ NUÑEZ, Josefina & GUZMÁN BIZE, Natalia. Femicidio y otras agravantes en razón del género. Un análisis crítico de las reformas introducidas al art. 80 del CP por ley 26.791, antes citado.

16. MALICA, Alejandra M. Homicidio calificado por mediar violencia de género hacia una persona que se autopercibía como mujer (art. 80, inc. 11, del Código Penal). *Revista Jurídica Argentina La Ley*. 2020, n°9, pp. 441-448.

17. El fallo completo puede consultarse en la siguiente dirección web: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2019/11/12.-Casiva-Fabi%C3%A1n-Alejandro.pdf>

... la subsunción legal en el referido delito se fundamenta... en que se ha probado que el acusado Fabián Alejandro Casiva es un hombre, y que... (la víctima)... se autopercibía como mujer a punto tal de haber obtenido su identidad como tal, conforme la ley 26743 de identidad de género. Se explicitó en el debate también que (A) se sentía mujer desde niña, y que su familia acompañó esta decisión, y así era tratada por su entorno familiar y amistades. Que se sentía mujer y se comportaba como tal, habiendo optado por la rectificación registral de su documentación para que coincida con la vivencia interna e individual que ella sentía...

Es decir, y como se expuso en acápites anteriores, la identidad de género se define no por parámetros pétreos, objetivos y biológicos, sino a partir de lo que se denomina, en el argot, la autopercepción, que es, en rigor, la vivencia particular de cada persona, esencialmente subjetiva.

Continúa el magistrado del primer sufragio, fundando su decisión al sostener que

... una interpretación armónica del ordenamiento jurídico impone que el elemento “mujer” previsto por el legislador en el artículo 80 inc. 11.º del Código Penal deba explicarse a la luz de la mencionada ley 26.743, que establece el derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo a su identidad y en particular a ser identificada registralmente conforme al género que se autopercibe. Digámoslo con otras palabras, el término mujer a los efectos del encuadre típico de la conducta, comprende no sólo a quien nace biológicamente como tal, sino también a quién jurídicamente realiza la opción que permite la ley de rectificación registral del sexo conforme a la identidad de género autopercebida (SIMAZ, Alexis Leonel, *Femicidio “propiamente dicho”*: art. 80 inc. 11 del CP. Rubinzal Culzoni Digital 11552/2016)...

Parece dudosa, sin embargo, la parte final del segundo párrafo citado, en cuanto afirma que resulta ser una “mujer”, en términos jurídicos, aquella persona que realiza la opción de modificar registralmente su documentación de identidad, por ante los registros pertinentes. Creo que, a los efectos jurídico-penales, no resulta necesario materializar dicha opción. En efecto, el art. 3 de la ley mencionada establece, en lo dirimente, 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”.

Como bien lo expuso el magistrado, es una opción, pero no un deber, y ello lo consagra el propio texto legal. Luego, si bien es cierto que el art. 7 dispone la oponibilidad a terceros de la rectificación del sexo, “desde el momento de su inscripción en el/los registro/s”; no es menos cierto que el art. 12, vinculado al “trato digno”, establece específicamente que **“deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados”**.

No veo motivos válidos para respetar únicamente la designación del nombre de la persona, siendo que este no coincidirá con su sexo, pues aquella denominación

personal está atada, precisamente, a la identidad de género, vivencia estrictamente personal. Es decir, no podemos separar, lógicamente, su nombre de su identidad de género, pues son aspectos mancomunados.

Lo contrario nos conduciría a una solución absurda, y tomemos el precedente jurisprudencial de referencia: si, hipotéticamente, la trabajadora sexual no hubiera materializado su opción por ante el Registro de las Personas, no sería un femicidio, pues faltaría el elemento normativo “mujer”; pero si efectivamente modificó su designación, entonces sí será una mujer. Insisto, es un absurdo, no puede depender la calidad de la víctima de un simple trámite registral.

En definitiva, en los términos del delito de femicidio, entiendo irrelevante si la víctima concretó o no su opción registral. Bastará que se autoperciba como mujer para reunir las condiciones subjetivas del tipo objetivo. Lo opuesto conllevaría un trato contrario a su dignidad, tal como lo establece la ley citada.

Cabe la pregunta de si la Convención de Belem do Pará no establece, al menos en forma implícita, el derecho a la identidad de género, cuando en su artículo 6 establece que “el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:... a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

Si la violencia contra la mujer incluye, desde ya, su caracterización psicológica, y no se encuentra restringida al sufrimiento físico, por su más que evidente carácter acotado, cabe pensar que las personas, en su caso, tienen el derecho a no ser discriminadas bajo parámetros estereotipados de género, y que existe la posibilidad interpretativa de que, en su libre autodeterminación, se entiendan a sí mismas bajo aspectos que pueden o no coincidir con los eventuales condicionamientos biológicos que tengan naturalmente.

En tal sentido, y desde la perspectiva de la víctima, resulta necesario entender el principio de igualdad no desde el punto de partida de la sencilla “no discriminación”, sino desde el principio de “no sometimiento”, lo cual requiere reconocer las deficiencias estructurales del sistema social que hacen que determinados grupos de personas (en el caso, el colectivo trans), por el simple hecho de pertenecer a tal, se encuentran en una situación de desventaja y vulnerabilidad, lo que muchas veces podría exigir la implementación de ciertas “ventajas compensatorias”, que no podrían ser aceptadas bajo el clásico principio de no discriminación, pero que resultarían viables en consideración de las deficiencias estructurales y los perjuicios que derivan, por ese solo hecho, para los miembros del colectivo. En palabras de Saba:

En suma, dos concepciones están en debate: una asocia igualdad con no arbitrariedad –igualdad como no discriminación–, otra la entiende como contraria a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación –igualdad como no sometimiento–. La idea de igualdad como no discriminación responde al ideal básico de igualdad de trato ante la ley, libre de caprichos, arbitrariedades o prejuicios por parte del Estado. Es lo menos que podemos exigir como trato igualitario. Sin embargo, esta

perspectiva acerca de la igualdad parece desatender aquellas situaciones en que la desigualdad de trato no se funda sobre la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de inequidad estructural a las que están sometidos algunos grupos de la sociedad. El primer enfoque nos protege del capricho y la irrazonabilidad, el otro pretende revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de subordinación¹⁸.

Insisto, intento realizar un análisis jurídico de la cuestión, y no busco imponer un criterio científico en este asunto, pues nos estamos conduciendo en el terreno de la hermenéutica ideológica y cultural, propia de ciencias “blandas”, como la sociología y el derecho, y no de ciencias “duras”, como la biología o la matemática.

Si un “hombre” lo es, desde el punto de vista jurídico, a raíz de su autopercepción y no por parámetros biológicos, no existe razón alguna para excluir a la “mujer” de la misma solución. Por ello, por mucho que una persona sea físicamente un “hombre”, si su identificación de género trasciende aquella barrera (transgénero), a los efectos legales, será una “mujer” y, como tal, sujeto pasivo en el delito contemplado en el art. 80 inc. 11 del CP.

Es cierto que bien pueden estos hechos recibir una caracterización más específica que el femicidio donde la víctima es una mujer cisgénero. Expone Agustina Rodríguez que “la identificación de otras identidades como, por ejemplo, la ‘identidad travesti’, generó que estos casos, más allá de su calificación jurídica, fueran nombrados con un lenguaje jurídico hasta ese momento inexistente bajo los conceptos de ‘travesticidio’ y ‘transfemicidio’, para describir las formas particulares en las que estas personas son asesinadas como parte de una discriminación estructural diferente a la que sufren las mujeres cis”¹⁹; pero no puede perderse de vista que, conforme a los términos de la ley de identidad de género, aquellas personas serán mujeres si así se perciben a sí mismas, de modo que bien pueden realizarse mayores caracterizaciones en el plano analítico y sociológico, pero son innecesarias a los efectos de la aplicación de la agravante típica.

5. CONCLUSIONES

Sin pretensiones de agotamiento de la problemática, procuré realizar un aporte intelectual, analítico y jurídico a una cuestión que, entiendo, no suele ser abordada en la academia y el análisis jurídico en general con profundidad suficiente, por cuanto aquí se extralimitan los casos típicos donde el sujeto activo y pasivo del

18. SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados*. Siglo XXI Editores, 2016, p. 79.

19. RODRÍGUEZ, Agustina. ¿Por qué debe aplicarse el inciso 11 del artículo 80 del Código Penal argentino?. Op. Cit., pp. 138-139.

femicidio son personas cisgénero, es decir, hombres y mujeres en el sentido biológico del término.

Si los términos “hombre” y “mujer”, interpretando coherentemente la agravante legislada en el art. 80 inc. 11 del Código Penal de la República Argentina, en concordancia con la ley de identidad de género, preexistente esta última a la incorporación del femicidio como delito, ya exceden de la pura descripción biológica de aquellos, requiriendo una valoración jurídico-normativa de los mismos; entonces queda en evidencia, al menos a mi juicio, que ya no podemos valernos de las ideas fenotípicas de antaño para caracterizar e identificar los conceptos, es decir, y al solo efecto de la interpretación legal, no podremos valernos de la conceptualización de la ciencia médica y biológica para definir, jurídicamente, los géneros.

Teniendo la ley de identidad de género un cuño claramente idealista, a raíz del cual es la idea la cual crea el objeto del conocimiento, y no es este el que existe por sí mismo (esto último, propio del realismo, en donde el objeto existe independientemente de su ideación), entonces habrá tantos “géneros” como personas existan, conduciendo a un relativismo, por cuanto se eliminan las barreras objetivas de las ciencias exactas, resultando las caracterizaciones de parámetros puramente subjetivos e idealistas, como el “sentir”, en los ya citados términos empleados por la ley de identidad de género, a cuya detenida lectura remito.

Por ello, y al solo efecto jurídico, “hombre” y “mujer” se definirán por tales baremos, por fuera de las ciencias biológica y médica, con todo lo que ello significa y las consecuencias que derivan de tal relativización conceptual y, como lógica consecuencia, una persona, biológicamente mujer, será considerada sujeto activo de femicidio si es que su identidad de género es masculina, pero trans, es decir, extralimita su propia biología, por cuanto el asesinato se produce en un contexto de violencia de género, en el caso de que aquella víctima, necesariamente mujer (sea cis o transgénero, por las mismas razones que respecto al autor), sea matada en los parámetros que caracterizan tal tipo de violencia que, como vimos, no se circunscribe en términos biológicos en cuanto al agresor, pues puede ser cualquier persona la que victimiza a la mujer por su género, es decir, el espectro que la abarca es amplio, y no restringido al “hombre cis”, con lo que no se observa motivo para la exclusión de unos autores por sus características biológicas, irrelevantes en términos jurídicos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- GONZÁLEZ NUÑEZ, Josefina & GUZMÁN BIZE, Natalia. Femicidio y otras agravantes en razón del género. Un análisis crítico de las reformas introducidas al art. 80 del CP por ley 26.791. *Revista de derecho penal y Criminología*. 2018, pp. 19-38.
- GRISSETTI, Ricardo & KAMADA, Luis E. La configuración típica del femicidio. Un fallo que induce a reflexionar. *Revista Derecho Penal y Criminología*. 2017, nº 8, pp. 57-76.

- MALICA, Alejandra M. Homicidio calificado por mediar violencia de género hacia una persona que se autopercibía como mujer (art. 80, inc. 11, del Código Penal). *Revista Jurídica Argentina La Ley*. 2020, n°9, pp. 441-448.
- RODRÍGUEZ, Agustina. ¿Por qué debe aplicarse el inciso 11 del artículo 80 del Código Penal argentino?. En De la Fuente, Javier Esteban y Cardinali, Genoveva Inés (Dirs.). *Género y Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2021, pp. 111-168.
- SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* 1.ª ed. Siglo XXI Editores, 2016.
- SAGEN, Gabriel Andrés. Femicidio, Travesticidio o Transfemicidio. *Pensamiento penal*. 2019, n° 6, pp. 1-79. Disponible y recuperado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/08/doctrina47916.pdf>.
- SORDO RUZ, Tania & LAPORTA HERNÁNDEZ, Elena. El feminicidio en España: Entre el rechazo conceptual y las resistencias político-jurídicas. *Iberoamérica Social*. 2020, vol.8(14), pp. 28-49. Disponible en <https://iberoamericasocial.com/el-feminicidio-en-espana-entre-el-rechazo-conceptual-y-las-resistencias-politico-juridicas/>
- TAZZA, Alejandro. *Código Penal comentado, Parte Especial, tomo I*. 1ª edición. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ª ed. Buenos aires: Ediar, 2002.