



“ADMINISTRAR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”

“FC/ Gabriel David Marino P/ Homicidio Doblemente Agravado por Haber sido cometido por odio a la Identidad de Género y por mediar Violencia de Género (Femicidio)”. Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro. 4. Capital Federal. 2018.

Carrera: Abogacía

Alumno: Gabriel Pacheco

Legajo: VABG65808

DNI: 25362675

Tutor: Carlos Isidro Bustos

Opción de trabajo: Comentario a fallo

Tema elegido: Cuestiones de Género

Sumario: I. Introducción. II. Aspectos procesales: a) Premisa fáctica, b) Historia procesal, c) Descripción de la decisión. III. Ratio decidendi o argumentos en los que se basó el Tribunal. IV. Análisis conceptual, Antecedentes Doctrinales Y Jurisprudenciales. V. Posición tomada por el autor con respecto al caso. VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, Compromisos Internacionales, páginas de Internet.

I. Introducción

En el presente trabajo el lector podrá tener, a través de un caso, un concepto del reconocimiento actual de los derechos de un colectivo de personas que por años ha sido marginado por prejuicios infundados de parte de una sociedad que no acepta a individuos que tienen una identidad de género diferente a la clásica binaria establecida por el sistema patriarcal y que aun en la actualidad se encuentran enraizadas, sufriendo discriminación y por consiguiente la dificultad de poder desarrollar libremente su personalidad.

Lamentablemente, el reconocimiento de derechos muchas veces se encuentra ligado a hechos o situaciones extremas, como es el caso que se trata en la presente nota a fallo; en el que la muerte de una referente del colectivo LGTBIQ¹, más precisamente Amancay Diana Sacayán, pierde la vida a raíz de las múltiples lesiones que le ocasiona su pareja, junto a otro individuo, cargados del sentimiento de odio hacia su persona y al género al que pertenecía.

Amancay Diana Sacayán, era una activista que defendía los derechos del colectivo LGTBIQ y había logrado el reconocimiento de derechos fundamentales.

El presente fallo es emitido por el TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 4 DE LA CAPITAL FEDERAL CCC, con número de causa 62.162/2015 (nro. interno 5268), Caratula: “**FC/ GABRIEL DAVID MARINO P/ HOMICIDIO DOBLEMENTE AGRAVADO POR HABER SIDO COMETIDO POR ODIO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO (FEMICIDIO)**”².

¹ Lesbianas, Gays, Transexuales o Transgénero, Bisexuales, Intersexuales y Queer

² C.S.J.N. “FC/Gabriel David Marino P/Homicidio doblemente agravado por haber sido cometido por odio a la identidad de Género y por mediar Violencia de Género (femicidio)” CCC 62182/2015/TO1

La sentencia de Daiana, en la que se presenta un problema inicial para determinar correctamente la calificación penal asignada por el hecho cometido, es decir un “problema lingüístico”, donde existe una ambigüedad semántica, en la que se presenta una dificultad inicial en el sentido de identificar o distinguir lo que es un femicidio cometido con odio hacia la mujer (por su género y/o biología), o cometido contra un travesti (odio hacia una identidad sexual diferente o a una persona que se percibe sexualmente distinta), ha sido un desafío para los jueces que actuaron en la causa, para lograr que los órganos jurisdiccionales comiencen a dejar de lado el sistema patriarcal y entiendan los nuevos paradigmas de una sociedad en constante cambio y evolución donde la justicia no puede estar ajena a ello, y debe tener la capacidad de adaptarse a las circunstancias que la sociedad reclama. Para ello han contado con el aporte de la Ley de Identidad de Género³, la Ley 26791⁴ que modificó el Art. 80 del Código Penal⁵, los tratados internacionales a los que la Argentina ha adherido, como también el aporte nutrido de la doctrina y la jurisprudencia.

II. Aspectos procesales:

a) Premisa fáctica

Que entre las 22.35 del 10 de octubre de 2015 y las 3.57 del 11 de octubre del año 2015, el Sr. Gabriel David Marino, actuando conjuntamente con otro hombre que hasta el momento no se había logrado identificar fehacientemente, mató a Amancay Diana Sacayán en el interior del domicilio donde ella vivía, sito en Avenida Rivadavia 6747, piso 13º, dpto. 115, Capital Federal, Provincia de Buenos Aries; para ello, Gabriel David Marino y su cómplice atacaron a Diana Sacayán con un cuchillo de cocinero de aproximadamente 20 cm de hoja, además la golpearon violentamente logrando vencer su resistencia y reducirla en el piso, la ataron de pies y manos, la amordazaron, asestándole gran cantidad de puñaladas que le ocasionaron trece heridas punzo cortantes en diferentes partes del cuerpo; dos de esas heridas ubicadas a nivel abdominal, en el epigastrio, provocaron una abundante hemorragia interna y externa que llevó a Diana a la muerte. Luego de consumado el ataque, Gabriel David Marino y quien actuó junto a él revolvieron el departamento tratando de localizar las llaves, al no lograrlo

³ Ley 26743, del 9/5/2012, Identidad de Género

⁴ Ley 26791, del 14/11/2012, Código Penal Modificaciones

⁵ Código Penal de la Nación Argentina

utilizaron herramientas que encontraron en el lugar para romper la cerradura de la puerta del departamento y de esta manera lograron salir.

Las circunstancias del contexto y modo de comisión del hecho permitieron suponer, desde un comienzo, que el homicidio había estado motivado por su condición de mujer trans y por su calidad de miembro del equipo del Programa de Diversidad Sexual del INADI⁶, impulsora de la lucha por los derechos de las personas trans, líder de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays y Bisexuales (ILGA)⁷ y dirigente del Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL)⁸.

Durante la prevención se estableció que alguna de las lesiones que presentaba la víctima eran compatibles con un actuar defensivo de ésta, mientras que las lesiones existentes en el cráneo y cara habían tenido idoneidad suficiente como para producir un estado de indefensión y que las ataduras oclusivas completas observadas en el orificio bucal y parcial de las fosas nasales habían podido obrar a modo de un mecanismo asfíctico por sofocación que podría haber contribuido en las causales del fallecimiento, así como que las lesiones ocasionadas por el arma blanca tenían idoneidad suficiente para producir la muerte.

b) Historia procesal

Intervinieron en la causa el Sr. Fiscal, Dr. Ariel Yapur, acompañado por la Dra. Mariela Labozzetta, titular de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra la Mujer (UFEM).

En un primer momento el rol de querellante se cumplió con el patrocinio letrado de los Dres. Nahuel Berguier y Gabriela Diana Carpineti, la parte, Say Sacayán, apoderó, poco antes del inicio del debate, a la Dra. Gabriela Luciana Sánchez para que la represente en el expediente. Asimismo, cumplieron esa función por el INADI, el Dr. Juan Ricardo Kassargian y la Directora de Asuntos Jurídicos, Dra. Andrea Gisela Avruj.

⁶ Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo.

⁷ Asociación Internacional de Gays y Lesbianas

⁸ Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación

Como defensores del imputado, el Sr. Defensor Oficial, Dr. Lucas Tassara, titular de la Defensoría Oficial ante los Tribunales Orales N° 9 y el Dr. Ramiro Rúa, Defensor Público Coadyuvante de la mencionada defensoría.

Se reúnen los integrantes del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 4 DE LA CAPITAL FEDERAL CCC, los Dres. Julio Báez, Ivana Bloch, y Adolfo Calvete, quien presidió el debate, juntamente con el Sr. Secretario, el Dr. Ignacio Fabián Iriarte, para dictar sentencia en la causa N°. 62.162/2015 (nro. interno 5268)

c) Descripción de la decisión

CONDENAR a GABRIEL DAVID MARINO, por ser coautor del delito de homicidio calificado por odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género, a la pena de PRISIÓN PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES y al pago de las costas del proceso (arts. 12, 29, inc. 3ro., 45, 54, 80, incisos 4 y 11, del Código Penal).

ABSOLVER a GABRIEL DAVID MARINO, en orden al delito de robo simple, por el que fuera formalmente acusado por la querrela (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. Ratio decidendi o argumentos en los que se basó el Tribunal

La jueza Bloch propuso condenar a Gabriel David Marino a la pena por el delito de homicidio agravado por haber sido contra una persona con la que ha mantenido una relación de pareja sin mediar convivencia (artículo 80, inciso 1° del Código Penal). a) Robo - In dubio pro reo “No ha existido una individualización suficiente de las fuentes de pruebas examinadas. b) Homicidio. Agravante del artículo 80, inciso 4°, CP: odio a la identidad de género. Travesticidio “Subjetivamente, el delito es doloso, de dolo directo. La figura se completa con un elemento subjetivo distinto al dolo, en tanto el autor debe matar al sujeto pasivo por odio hacia alguna de estas circunstancias: el género, la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de la identidad de género de la víctima. Dentro de esta temática los acusadores, sin distinción, hicieron especial hincapié en lo que entendían era la terminología adecuada para esta hipótesis delictual en particular, a la que identificaron con el término ‘travesticidio’, por entender que comprendía el homicidio de una travesti (o trans) por odio a su orientación sexual, lo que traía una carga de discriminación constante desde distintas esferas de la sociedad. “Las

lesiones infringidas a la víctima durante el período sostenido hasta su muerte, fueron dirigidas a marcar el rasgo específico típico del odio, más que señalar la existencia de un actuar alevoso o con ensañamiento.

El primero de los factores se evidencia en el método escogido para causar la muerte, ya que los golpes en la cabeza y distintas partes del cuerpo, se suman las lesiones infringidas con un arma blanca, de gran tamaño, con la que se produjeron trece lesiones punzo cortantes, en distinta ubicación y de diversa profundidad, de las que dos fueron mortales, mientras que las otras contribuyeron al deterioro final de la víctima”. “El lugar de asiento de las puñaladas, cuya ubicación no fue al azar, sino que la multiplicidad de ellas estuvo dirigida a lugares específicos relacionados con la asignación del sexo y sus atributos más definidos, como son el rostro, los pechos y los glúteos, con las particularidades que consignara el forense en el estudio aludido; todo conduce a la adecuación típica calificada, que se presenta como una de las dos más adecuadas al caso” (voto del juez Calvete). La latitud de las lesiones alojadas en zonas tan sensibles para la mujer es un claro indicador artero que denota en el imputado un irrefutable odio a la identidad del género de su agredida. La crueldad del ataque se enderezó a acometer directamente la identidad transexual de la víctima”.

“El agravante radica en la mayor perversidad del autor y en el gran peligro social que representa un homicidio inspirado en tales fines. Al desprecio a la vida en sí mismo se le suma esta condición adicional” (voto del juez Báez).

“El móvil de odio aquí no se encuentra probado. Las pruebas reflejarían, en todo caso, un estado de cosas estructurales pero sin anclaje en el acto en sí, lo que paradójicamente la vuelve contraria a su primigenio objetivo”. “En el caso no se acreditó de modo suficiente que fue la condición de mujer travesti lo que motivó el delito y que la acción haya sido efectivamente o pueda ser leída como tal por el colectivo protegido. No creo que la conducta del acusado haya portado el mensaje de que debe cambiarse el propio plan de vida y ‘renunciar’ o no expresar la identidad de género...”. “El debate no permitió dilucidar cuál fue el verdadero motivo por el que el imputado asesinó a la víctima. Resulta una conclusión lógica que la motivación bien puede ser económica o que se trató de una reacción agresiva frente a la frustración de no obtener de la víctima ese rédito económico”. Concluir sobre motivaciones sin pruebas determinantes se asemeja además a un derecho penal de autor. De ningún modo, la lucha por nuevos derechos debe acarrear

el costo de eliminar los ya conseguidos, teniendo en cuenta además que estos principios básicos son de aquellos que el propio colectivo de diversidad seguramente acuerda en defender” (voto en disidencia de la jueza Bloch).

Agravante del artículo 80, inciso 11, CP: Violencia de género “Están reunidos los tres requisitos que exige la norma, esto es, la realización de la conducta por un hombre, contra una mujer y mediando violencia de género”. “Sobre la base de la prueba reunida las palabras huelgan ya que además de estar presentes los dos primeros requisitos, también lo está el tercero, esto es, la existencia de una cuestión de género que se evidenció a través de las brutales lesiones que le fueron infringidas a la víctima que excedieron de todo lo razonable y de las necesarias para ocasionar su muerte” (voto del juez Calvete). “La víctima había elegido y se autopercibía desde lo más íntimo de su ser como una mujer; el imputado y su cófrade son dos varones por lo que, de manera adicional a ese carácter binario y desde el odio acuñado en el apartado anterior, se encuentra verificado el plus de género que exige la norma en estudio.

La figura agravada puede ser vista como un expediente dirigido a cumplimentar la obligación estatal de incluir en su legislación interna las normas penales que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer...” (voto del juez Baez). “El imputado es un hombre y la víctima era una mujer. El término ‘mujer’ incluye a las personas travestis, transexuales o transgénero que tiene una identidad femenina. Se considera que un análisis armónico de todo el ordenamiento jurídico que rige actualmente en nuestro territorio nacional impone incluir a las mujeres trans o travestis dentro del referido elemento ‘mujer’.

“En el caso no se ha demostrado que el imputado hubiese actuado mediando violencia de género. Sólo se ha acreditado que un hombre- mata a la víctima - una mujer-, con la que ha tenido una relación de pareja. No ha podido afirmarse que en el caso medió este tipo de violencia: sea que se la interprete sólo como basada en la pertenencia al género femenino de la víctima o incluso tampoco que aquélla hubiese tenido ciertamente como base una relación de pertenencia o asimétrica en el sentido de un verdadero sojuzgamiento; tampoco se trató de una reacción ante un intento de independencia de la mujer respecto de un dominio permanente de su pareja, ni de una suerte de obsesión del acusado como correlato de un rechazo de la víctima” (voto en disidencia de la jueza Bloch).

Agravante del artículo 80, inciso 1º, del CP: Relación de pareja “Más allá de la vinculación establecida en el inciso 1º del artículo 80 del Código Penal, resta establecer si el ámbito de protección se extiende a cualquier tiempo que haya durado la relación o si sólo sería admisible a partir de los dos años que coincide con el plazo establecido por el instituto de la ‘unión convivencial’ receptada en el art. 509 y 510 inc. ‘e’ del Código Civil y Comercial de la Nación. Esto permitiría unir dos modalidades restrictivas, por un lado, que para hablar de pareja debe verificarse una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sea del mismo o de diferente sexo; la segunda descansa en el período no inferior a dos años”. “Existe un serio cuestionamiento para su viabilidad por el exiguo plazo –aproximadamente un mes- al que se aludiera durante el debate, que se extendió desde el momento en que se conocieran hasta el día del hecho, sin que convivieran más allá de compartir alguna noche, lo que es, a mi criterio, a todas luces insuficiente para la configuración de la agravante” (voto del juez Calvete). “El imputado y la víctima mantenían una relación sentimental que se remontaba a un mes. La relación sentimental pública que aquí se configuró se subsume en el concepto ‘relación de pareja en la que no ha mediado convivencia’, tal como lo requiere en una de sus variantes el tipo penal”. “El tipo penal está precisamente pensado para que sin forzar ningún tipo penal estuvieran previstas y abarcadas conductas como las de la presente causa: un sujeto activo que ha tenido una relación interpersonal y que -sin importar el motivo en concreto- mata”. “La relación de confianza y el aprovechamiento que subyace a la norma es lo que en el caso concreto da un plus de desvalor. Aquí, la comisión del hecho se vio facilitada por esa relación de confianza. Fue merced a esa relación sentimental que el imputado tuvo la oportunidad de perpetrar el crimen nada menos que en el domicilio de la víctima. Se encontraron presentes esas notas de confianza en virtud de una relación incipiente pero intensa y continua que impidieron a la damnificada evaluar con frialdad el peligro que la acechaba. Para el autor, entonces, existió claramente una ventaja que dotó de mayor eficiencia a su acto criminal, forjada en la confianza y la familiaridad que se genera a ese nivel de intimidad” (voto en disidencia de la jueza Bloch). Alevosía y ensañamiento “En lo que a la ‘alevosía’ se refiere, se gira sobre dos conceptos definidos: el aprovechamiento insidioso o péfido del sujeto y, en segundo lugar, del estado de indefensión de la víctima. La suma de ellas nos conduce a la figura aludida la que, en forma acabada, fue evidenciada en autos”. “Al presentar lesiones derivadas de actos de defensa se tornó incierto que los agresores hubieran predispuesto

su actuar sobre seguro e insidiosamente, a lo que se adiciona que la resistencia ofrecida, aunque insuficiente, es manifiestamente incompatible con dicha calificación”. “En cuanto al ensañamiento, si bien es cierto que a primera vista parecería que se encuentran presentes algunos de los ingredientes relativos a dicha calificante, lo cierto es que ello es aparente, dado que presenta elementos en común con otras, como ser la multiplicidad de lesiones, extendidas en el tiempo en forma innecesaria, que no poseía la individualidad exigida por la tipicidad, aunque era integrante de la fundamentación de la primera de las agravantes ya analizada”. “Desde la ‘intensidad’ se requiere que la agonía de la víctima signifique para ella un padecimiento no ordinario, a la vez que ‘duración de la acción’, consiste en matar cruelmente causando especiales dolores y sufrimientos, por una actitud inmisericorde y sin sentimientos, o del aumento deliberado e inhumano del dolor a la víctima. Dichos factores son ajenos al caso de autos, a pesar de que la intensidad y ubicación de las lesiones sirvieron para conformar la prueba de las calificaciones desbrozadas en esta etapa” (voto del juez Calvete al que adhirió el juez Baez).

IV. Antecedentes Doctrinales y Jurisprudenciales

La autora Butrler, Judit, quien ha realizado importantes aportes en el campo del feminismo, quien dice “que el cuerpo pues es una situación el cual desde siempre ha sido identificado mediante significados culturales de lo que se infiere que el sexo podría incumplir los requisitos de una facticidad anatómica prediscursiva” (Butler, Judith, 2016).

La antropóloga Rita Segato, explica, que el género se inscribe en la autopercepción; a su vez la orientación sexual habla respecto del objeto preferencial que se proyecta en la orientación y permite ampliar el sistema binario homosexualidad y heterosexualidad el que reduce el campo de la orientaciones y disposiciones afectivas-sexuales (Segato, Rita Laura, 2010).

Es importante contextualizar la situación de la población LGTBIQ⁹, en la Argentina, para ello menciono lo descripto por la Dra. Zulita Fellini, en su libro “Violencia contra las Mujeres”, quien detalla que la situación que atraviesa la comunidad trans en Latinoamérica y especialmente en Argentina resulta ser preocupante. Desde enero de 2013 hasta marzo de 2014, en América Latina ocurrieron aproximadamente setecientos setenta actos de violencia contra personas LGBT en veinticinco Estados

⁹ Lesbianas, Gays, Transexuales o Transgénero, Bisexuales, Intersexuales y Queer

miembros de la OEA¹⁰. En el periodo de quince meses, se estima que quinientos noventa cuatro personas LGTB, o percibidas como tales, fueron asesinadas en ataques aparentemente relacionados con la percepción de su orientación sexual o su identidad de género. Entre las mujeres trans asesinadas, el 80% tenía 35 años o menos. Los autores de actos de violencia contra este grupo social suelen motivarse en castigar sus identidades o expresiones que no coincidan con el sistema binario hombre /mujer que determina los roles tradiciones de género. En la ciudad de Buenos Aires, de los crímenes por orientación sexual, el 40% de las víctimas fueron mujeres trans asesinadas. (Zulita Fellini, Carolina Morales Deganut, 2021).

El Estado Argentino, incorpora a través del Artículo 75 inciso 22¹¹ de la Constitución Nacional, instrumentos de legislación nacional y transnacional adoptada por la República, para desterrar dogmas y prejuicios para que en el futuro frente a la violencia de género se aplique además de la necesaria matemática del “tipo penal” la primacía del sentido común para poder dar una respuesta judicial y con ello una solución real, a un problema que se evidencia tanto social como cultural.

Los Principios de Yogyakarta¹², postulan en su introducción que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso. Se han producido muchos avances en cuanto a garantizar que las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas. Son muchos los Estados que en la actualidad tienen leyes y constituciones que garantizan los derechos de igualdad y no discriminación sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género. Asimismo, define a la orientación sexual como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría

¹⁰ Organización de los Estados Americanos

¹¹ Constitución Nacional: Art. 75 inciso 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos

¹² Los Principios de Yogyakarta fueron presentados, como una carta global para los derechos LGBT, el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra. Estos principios no han sido adoptados por los Estados en un tratado, y por tanto no constituyen, por sí mismos, un instrumento vinculante del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, sus redactores pretenden que los Principios de Yogyakarta sean adoptados como una norma universal, esto es, un estándar jurídico internacional de obligatorio cumplimiento para los Estados, ante lo cual algunos países han expresado sus reservas. Fuente Wikipedia

corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (estos principios en ciertas formas deben ser analizados a la luz de la ley 26743¹³).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Para"¹⁴, define en su artículo 1º, que debe entenderse por violencia contra la mujer 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. Y luego en el art. 7º establece 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 el inciso c. determina que los estados deben incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.

El Estado Argentino ha asumido el deber de actuar con la debida diligencia en los casos de violencia de género, especialmente enunciado en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer y en la Recomendación General N° 19 del Comité Internacional para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁵.

En el año 2012 fue sancionada la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743¹⁶) reglamentada por Decreto 1007/2012. La sanción de dicha norma implicó la despatologización y la desjudicialización de la identidad de género y tuvo como fin establecer un procedimiento que permita a las personas ejercer su derecho a la identidad,

¹³ Ley 26743, del 9/5/2012, Identidad de Género

¹⁴ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida también como la Convención Belém do Pará, por el lugar en el que fue adoptada el 9 de junio de 1994, fue el primer tratado internacional del mundo de Derechos Humanos abordó específicamente la temática y la violencia contra las mujeres y que consagró el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia tanto en el ámbito privado como en el público. Fuente internet

¹⁵ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; del 18 de diciembre de 1979

¹⁶ Ley 26743, del 2012, Identidad de Genero

bastando su decisión personal y autónoma, limitándose el estado a garantizar el derecho a ejercer la libertad de escoger y vivir acorde a como se autopercibe.

La sanción de la ley 26.485¹⁷, ha incorporado criterios de valoración que, aunque no absolutos, han coadyuvado en la contramarcha de ciertos sesgos de género en la evaluación de la prueba. En particular, los artículos 16¹⁸ y 31¹⁹ de aquélla, otorgan a los órganos jurisdiccionales amplias facultades en la valoración de la prueba teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia.

En el año 2012, se procede a sancionar la Ley N° 26.791²⁰, la que modifica el artículo artículo 80 del Código Penal, sustituyen los incisos 1° y 4°, e incorporando los incisos 11° y 12°²¹.

Asimismo, para dejar en claro la terminología utilizada y subsumirla en los agravantes de los incisos del art. 80, principalmente para dejar en claro lo preceptuado en el inc. 11, el que prevé el supuesto de homicidio que es perpetrado por un “hombre” en perjuicio de una “mujer” cuando “mediare violencia de género”. A los efectos del encuadre típico de la conducta en el art. 80, inciso 11 del Código Penal- debe hacerse en función de su identidad de género, y no a partir de criterios esencialistas basados en el sexo biológico asignado al momento de nacer. Por lo tanto, el término ‘mujer’ también incluye a las personas travestis, transexuales o transgénero que tiene una identidad femenina. La doctrina y la jurisprudencia recientes siguen este criterio superador de las posturas esencialistas o biologicistas. En este sentido, se considera que un análisis armónico de todo el ordenamiento jurídico que rige actualmente en nuestro territorio

¹⁷ Ley 26485, del 2009, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales

¹⁸ ARTICULO 16. — Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado; b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva; c) A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente; d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte; e) A recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3° de la presente ley; f) A la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones; g) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa; h) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización; i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos; j) A oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas y en los peritajes judiciales tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género; k) A contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.

¹⁹ ARTICULO 31. — Resoluciones. Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

²⁰ Ley 26791, del 14/11/2012, Código Penal Modificaciones

²¹ Código Penal Argentino, ARTICULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012). 2° Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso. 3° Por precio o promesa remuneratoria. 4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012). 5° Por un medio idóneo para crear un peligro común. 6° Con el concurso premeditado de dos o más personas. 7° Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. 8° A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002). 9° Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003). 10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación). 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012). 12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

nacional impone incluir a las mujeres *trans* o travestis dentro del referido elemento “mujer” (si bien, debe aclararse, en relación con la terminología no hay un acuerdo total, pues algunos especialistas entienden que en todas las categorías mencionadas se trata de personas asignadas al sexo masculino al nacer, pero que mientras las travestis se identifican como de “género travesti”, las mujeres trans lo hacen como “mujeres”; ello conforme lo referenciado en el informe nro. 9 del *Observatorio de Género*²²; aunque de todos modos esta es sólo una visión). A todo ello debe agregarse que, como es sabido, Diana Sacayán fue la primera mujer travesti de la República Argentina que recibió su DNI con la identidad autopercibida, es decir la femenina.

Respecto al inciso 11, introdujo la figura del Femicidio al digesto punitivo. Seguidamente, se transcribe la definición de femicidio efectuada por Boumpadre en su obra “Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal”, agregando que esta forma de violencia no es sólo por quién ostenta una posición de superioridad física (hombre), sobre el llamado más débil (mujer), sino que se trata de una consecuencia de una situación de discriminación que tiene su origen en la estructura social patriarcal, tan arraigada en nuestra sociedad. Reconociendo que “*el género es el resultado de una elaboración social que cada cultura le atribuye a sus varones y mujeres y que acertadamente hoy es reconocido con la ley de identidad de género*”. (BUOMPADRE JORGE EDUARDO, 2013)

Innumerable son los aportes de la jurisprudencia, uno de ellos para tener en cuenta es de la S.C.J. de la provincia de Mendoza, es el fallo “**F. C/ DI CESARE MELI ANDRES SALVADOR P/HOMICIDIO AGRAVADO P/REC. EXT. CASACIÓN**”²³, donde se aplica el agravante del inc. 11, quedando encuadrada la figura de violencia de género. (Fallo **13-04879157-8/1**)

Se agrega el inc. 11 con el propósito de agravar la pena cuando el sujeto pasivo se tratase de una mujer que hubiese sido víctima de violencia de género por parte de un hombre. En este caso, el sujeto activo sólo puede ser varón, mientras que el sujeto pasivo debe tratarse necesariamente de una mujer. La razón de esta causal de agravación de la pena debe hallarse en el contexto de violencia física o coactiva que caracteriza a la violencia de género. En este caso habrá que requerirse la comprobación de la situación mencionada, ya que el presupuesto sobre el que descansa esta figura agravada es la

²² (Observatorio de Políticas de Género <https://www.generovpobreza.org>)

²³ S.C.J. de la provincia de Mendoza, es el fallo “F. C/ DI CESARE MELI ANDRES SALVADOR P/HOMICIDIO AGRAVADO P/REC. EXT. CASACIÓN”, (Fallo 13-04879157-8/1)

existencia de una relación afectiva actual o pasada. El homicidio de una mujer bajo estas condiciones aparece como epílogo fatal de una relación atravesada por el sometimiento y la humillación expresada hacia el género femenino. (ABOSO GUSTAVO EDUARDO, 2017)

El fallo difiere en sus fundamentos respecto de la aplicabilidad de las agravantes utilizadas para condenar al imputado, los jueces Baez y Calvete sostuvieron que se trataba de femicidio por odio a la identidad de género, caracterizándolo como travesticidio en virtud de la extrema brutalidad de las lesiones sufridas en lugares específicos relacionados con la asignación del sexo y sus atributos más definidos. Contrariamente, Bloch desistió con la postura expuesta, con fundamentos en que las agravantes no fueron debidamente probadas. En consecuencia, se pronunció en favor de agravar el homicidio en razón del vínculo. En su criterio, no se logró determinar que sea el tipo de violencia que se detente, en forma inequívoca, en un crimen de prejuicio, sin que ello descarte que el odio hubiere sido su motivación ni que no lo fuera en muchos de los casos, sino que en el presente no se han encontrado elementos suficientes para acreditarlo. Sostuvo además que se utilizaron las mismas pruebas para acreditar el odio a la identidad de género y la violencia de género, siendo elementos totalmente diferentes. (FELLINI ZULITA, MORALES DEGANUT CAROLINIA, 2021).

V. Posición tomada por el autor con respecto al caso

Al analizar el presente fallo, donde se puede observar con buenos ojos, como la sociedad, y principalmente, las organizaciones que la componen, han comenzado a proteger a sectores minoritarios de la sociedad, pero no por eso menos importantes. Es dable mencionar que el estado argentino, ha ratificado e incorporado tratados internacionales, y participado en convenciones, que nutren nuestras leyes, y permiten entender de manera óptima la diversidad con la que se compone la comunidad.

Avocándome al fallo elegido para este trabajo final de graduación, es importante destacar que el mismo ha sido reconocido con el Premio Género y Justicia al Descubierta, de la organización internacional “Women’s link worldwide”, toda vez que es la primera sentencia en Argentina en que un Tribunal reconoce que un crimen motivado por el odio de género entra dentro de una categoría de agravación del delito y lo nombra como “travesticidio”.

El sistema jurídico ha estado influenciado por el modelo patriarcal y machista imperante en la sociedad durante muchos años; donde influenciados por una concepción biológica sexual del género afirman que la mujer trans, por el sólo hecho de haber nacido con genitales masculinos, se encuentra excluida del tipo penal del femicidio. Para peor, en su afán de encuadrar dichos homicidios en el inc. 4 del art. 80, confunden términos y conceptos al intentar explicarlos. No es lo mismo la orientación sexual, que la identidad de género y su expresión.

Al ratificar la Nación Argentina, tratados internacionales que establecen estándares y obligaciones internacionalmente asumidos acerca de la población LGBTIQ, parten de un marco de protección específico para mujeres trans en el derecho internacional de los derechos humanos que incluye la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y, específicamente, los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta).

Es por ello que se considera que, si el objetivo del Estado Argentino es cumplir con los compromisos asumidos a nivel internacional, necesariamente deberá comenzar a juzgar desde una perspectiva de género. Ello implica, en primer lugar, abandonar los conceptos biologicistas a la hora de determinar quiénes están incluidos o excluidos de determinados tipos legales, en el caso el femicidio, y en segundo lugar, hacer foco en las identidades de género, como parámetro a partir del cual comenzar el análisis y la correcta subsunción de la acción típica del sujeto activo, dar muerte a otro, en alguna de las agravantes contempladas en nuestro Código Penal.

La incorporación de los inc. 4° y 11° del Art. 80, a través de la Ley 26791, ha permitido en el presente fallo encuadrar la figura del travestisidio; respecto al agravante contenida en el inciso 4 del art. 80, toda vez que el sujeto (hombre de sexo masculino), teniendo el conocimiento que la víctima es una persona con una identidad de género, que transgrede los estándares sexuales hombre mujer, decide matarlo por el odio o aversión hacia dicha expresión de género o identidad de género.

En cuanto al inc. 11, en el fallo se presentan las condiciones que se tienen en cuenta para subsumirlo en ese agravante, las que son: Que el autor del homicidio es hombre, que la víctima sea una mujer, que el agresor haya matado a la víctima “*por ser mujer*”, esto

es, por pertenecer al género femenino, y que el asesinato se haya perpetrado en un contexto de violencia de género.

De dicho análisis se desprende que efectivamente los jueces a la hora de calificar el hecho han verificado y probado que el autor es penalmente responsable de homicidio agravado.

De esta forma, queda acreditado que la muerte de Amancay Diana Sacayán, se produjo en un contexto de violencia de género y que el Sr. Gabriel David Marino es un hombre, estando en presencia de un verdadero femicidio, independientemente del sexo biológico con el que la víctima hubiera nacido.

VI. Conclusión

Siguiendo los lineamientos principales en cuanto al origen del fallo en cuestión es que podemos decir que el fallo “***FC/ GABRIEL DAVID MARINO P/HOMICIDIO DOBLEMENTE AGRAVADO POR HABER SIDO COMETIDO POR ODIO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO (FEMICIDIO)***” fue un ejemplo claro de como la Justicia actúa de manera positiva en casos relacionados con la violencia de género.

En cuanto a la sentencia, ha resultado la misma, de un gran aporte a la jurisprudencia, atento a ser el primer juicio donde se incorpora el termino travesticidio, y por consecuencia encuadrar la figura en el digesto punitivo.

El Caso deja también establecido que la Argentina ha comenzado un trabajo importante para cambiar los antiguos paradigmas, para adaptarse a las nuevas realidades, y comenzar a impartir justicia con perspectiva de género.

Esto es así, atento a que a la incorporación de tratados, principios, convenciones, etc., que ha ratificado la Nación Argentina, y que ha incorporado en forma positiva a través de Leyes; que se observa, en el caso específico de esta nota a fallo, que al modificar el Art. 80 del Código Penal, los homicidios calificados por odio a la identidad de género que exige que el sujeto activo haya producido la muerte de la víctima con una finalidad específica, es decir por no compartir la identidad de género elegida por el sujeto pasivo. En este punto es donde la justicia debe fundamentar la tipicidad objetiva de este homicidio calificado, aplicando el

concepto de identidad de género definido en la Ley 26.743. En conclusión, este homicidio requiere que el sujeto activo mate a quien ha vivenciado interna e individualmente un género, una identificación personal que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

VII. Bibliografía

Doctrina:

ABOSO GUSTAVO EDUARDO, Código Penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia, editorial Bdef, 2017

BUOMPADRE, JORGE EDUARDO, en “Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género”, Alveroni Ediciones, (Lecciones y Ensayos, n° 34), 1ª edición, Córdoba, 2013.

BUTLER, JUDITH “El género en disputa”, Paidós, España 2016

FELLINI ZULITA, MORALES DEGANUT CAROLINIA, Violencia Contra Las Mujeres, 2º Edición, Editorial hammurabi, 2021.

SEGATO, RITA LAURA, “Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, Editorial Prometeo, 2da edición, Buenos Aires, 2010.

Buenos Aires, Hammurabi, 2021.

Constitución Nacional Argentina. Argentina: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. 1994.

Código Penal Argentino. Ediciones del País. 2016.

Legislaciones:

LEY 26743. (2012). Ley de Identidad de Género. Sancionada el 9/5/2012, promulgada el 23/5/2012.

LEY 26485. (2009). Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Sancionada el 11/3/2009, promulgada el 1/4/2009, Publicada en el Boletín Oficial del 14/4/2009

LEY 26791. (2012). Código Penal Modificaciones. Sancionada el 14/11/2012, Publicada en el Boletín Oficial del 14/12/2012

LEY 24632. (1996). Aprobación De La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Para”, Suscripta El 9 De Junio De 1994. Sancionada el 13/3/1996, promulgada 1/4/1996

Jurisprudencia:

S.C.J. de la provincia de Mendoza, es el fallo “F. C/ Di Cesare Meli Andrés Salvador P/Homicidio Agravado P/Rec. Ext. Casación”, (Fallo 13-04879157-8/1)

Compromisos Internacionales:

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como "La Carta Magna de las Mujeres", adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (1979) (CEDAW)

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer- Convención De Belém De Para (1994)

Principios De Yogyakarta

Páginas de Internet

Observatorio de Genero. <https://www.generoypobreza.org>