

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

La reforma del artículo 80 inciso 1° del Código Penal de la Nación: Homicidio calificado en base a una relación de pareja, afecta el principio de certeza de la garantía constitucional de legalidad.

Tutora: De Libano Elorrieta, Desirée Aylen

Tesista: Soto, Rocío Soledad

Titulo a obtener: Abogada

Facultad: Derecho y Ciencias Políticas

Sede: Sede Regional Berazategui

Mail: Rociosoledadsoto@gmail.com

Teléfono: 11-4094-4351

AGRADECIMIENTO Y DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a todas aquellas personas que han estado a mi lado durante el transitar de este largo camino, difícil pero también lleno de enseñanzas y grandes momentos.

Se lo dedico a mi mamá y a mi hermano, que son y siempre serán un pilar fundamental en mi vida y que estuvieron presentes en todo momento, siendo un sostén y brindándome todo su apoyo.

A mi pareja, que es uno de los motivos principales por los cuales he podido dar cierre a un ciclo, intentando llegar a la meta para así poder emprender una nueva etapa, gracias a su motivación, aliento y compañía.

A mis primas que me apoyaron de manera incondicional, siempre dispuestas a ayudarme y acompañarme en este recorrido, cada uno de sus aportes fueron indispensables para lograr finalizar este trabajo.

A mis amigos de facultad, en especial a los que hoy también son familia, y a mis amigos en general por siempre estar presente.

Le quiero dedicar este trabajo a mi abuela Chiche, que es uno de los motivos principales por el que he llegado hasta esta instancia, por siempre estar orgullosa de mí, alentarme a seguir mis metas y a buscar lo mejor para mí persona.

Y en especial a mi abuelo Tony, que a pesar de no estar hoy físicamente, es y siempre será mi guía, por haber estado presente no solo en esta etapa de mi vida, sino en todo momento, acompañándome en cada paso, brindándome su apoyo, su cariño y sus conocimientos, gracias a él hoy puedo decir que una meta más está cumplida.

NOTA DE ACEPTACIÓN DE TEMA

De: Rociosoledadsoto@gmail.com

Enviado el: viernes, 23 de Septiembre de 2021 a las 16:41 hs.

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

Asunto: Reserva de tema para el Trabajo Final a entregar en el mes de Octubre de 2021

Estimada Marilina Miceli:

Mi nombre es Rocío Soledad Soto, soy alumna de la UAI, sede Berazategui (legajo 2950/DNI: 37.987.212).-

Tengo el agrado de dirigirme a Usted con el objetivo de solicitar reserva de tema para presentar el trabajo final en el mes de Octubre de 2021, a fin de obtener el título de Abogado.-

El título del trabajo será: "La reforma del artículo 80 inciso I del Código Penal de la Nación: Homicidio calificado por el vínculo, afecta el principio de certeza de la garantía constitucional de legalidad y seguridad jurídica."

Además, para confirmar cómo tutora a la Dra. Desireé De Libano Elorrieta, JTP DE DERECHO PENAL.-

Desde ya, muchas gracias. Quedó a la espera de su pronta respuesta.-

Atentamente, Rocío Soledad Soto.-

RE: Reserva de tema para el Trabajo Final a entregar en el mes de Octubre de 2021

Marilina.Miceli@UAI.edu.ar

jueves, 23 de septiembre de 2021 4:41 p. m.

Para: Rocio Soto <rociosoledadsoto@gmail.com>

Cc: "Cespedes, Viviana Elisabet" <Viviana.Cespedes@uai.edu.ar>

Registrado. Atte

Dra. Marilina Andrea Miceli

Título comercial.

La incorporación al delito de homicidio agravado por el vínculo del concepto "relación de pareja" como un nuevo sujeto pasivo, afecta el principio de legalidad dado que es un concepto vago al no poseer una definición específica y, por lo tanto, resulta generador de inseguridad jurídica.

Título académico.

La reforma del artículo 80 inciso 1° del Código Penal de la Nación: Homicidio calificado en base a una relación de pareja, afecta el principio de certeza de la garantía constitucional de legalidad.

Área temática.

Derecho Penal. Derecho constitucional. Derecho Civil y Comercial.

Resumen.

La ley 26.791 incorporó al Código Penal de la Nación nuevos sujetos pasivos a través del art. 80 inciso 1 que recepta los "Homicidios calificados por el vínculo". En este caso, agregó como sujetos pasivos a las personas con las que el autor mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

A lo largo del presente trabajo se verificará el modo en que la jurisprudencia y la doctrina abordaron la definición de este nuevo concepto. A partir de ello se evidenciarán las diferentes acepciones adoptadas para el término pareja y la discrecionalidad con la cual se lo aplica en el análisis de casos, toda vez que su definición no resulta ser precisa. Finalmente, se desarrollará el modo en que ello afecta el principio constitucional de legalidad y se realizará una propuesta al respecto.

Preguntas problema.

1. ¿Cómo se configura el tipo penal de homicidio agravado por él vínculo?
2. ¿Cuál es la ley que modificó el artículo 80 del Código Penal de la Nación?
3. ¿Qué se entiende por la expresión relación de pareja?
4. ¿El término "relación de pareja" se circunscribe o excede la institución "unión convivencial"?

5. En caso de advertirse diferentes acepciones del concepto, ¿Se produce alguna afectación a las garantías constitucionales?

6. ¿Cuál es la posible solución *a esta falta de certeza legislativa?* ¿Cuáles son sus consecuencias?

Objetivos internos.

Determinar cuál es el motivo por el que esta nueva incorporación produce una afectación al principio de legalidad y buscar una posible solución.

Objetivos externos.

La finalidad de este trabajo se destina a evidenciar si el término "relación de pareja" resulta ser un concepto claro con el objetivo de utilizarlo adecuadamente y cumplir así con el principio de legalidad, otorgando la seguridad jurídica que corresponde.

Metodología.

El método que vamos a utilizar es el hipotético - deductivo que parte de lo general a lo particular, observando y describiendo el tipo penal dispuesto en el artículo 80 inciso 1° del Código Penal de la Nación, su desarrollo por medio de la doctrina y como lo aplica la jurisprudencia.

La investigación que planteamos es un estudio explicativo, para poder arribar a un trabajo en el que se desarrollen y expliquen cada una de las cuestiones que consideramos problemáticas al objeto de análisis, llevaremos a cabo análisis de doctrina, estadísticas, y la aplicación de jurisprudencia sobre el tema en cuestión.

Marco teórico.

El presente trabajo se centrará en comprender cuál es la definición más acertada para el término "relación de pareja" del art. 80 inc. 1 del C.P., dado que hoy en día no se encuentra un concepto claro y jurídico para el mismo, motivo por el cual se lesiona el principio de certeza de la garantía constitucional de legalidad, tipificado en el art 18 de la Constitución Nacional.

Para ello, debemos conocer cómo se configura el delito tipificado en el art. 80 inciso 1° del Código Penal, lo cual será tratado en la investigación abordando no sólo la Ley 26.791, que se encarga de la incorporación del mismo al Código Penal de la

Nación, sino también a la doctrina que da tratamiento al tema, conformada por el autor Jorge Boumpadre quien focaliza en el análisis del tipo penal del Homicidio, el autor Rubén E. Figari, quien centra sus manuscritos en el análisis del tipo penal en cuestión y en la comparación del término "relación de pareja" con la unión convivencial, por la autorapor la autora Mariana Barbitta, quien abordó la cuestión desde la problemática de género y, finalmente, abordando las resoluciones jurisprudenciales tanto en la jurisdicción nacional como provincial.

Así se desarrollará la afectación que se produce en el derecho interno argentino y el modo de solucionar la posible *vulneración legal.*

Hipótesis.

La incorporación del término relación de pareja como un nuevo sujeto pasivo a la agravante de homicidio calificado por el vínculo (art 80 inc 1 Código Penal) vulnera el principio constitucional de legalidad.

Introducción.

El 14 de Diciembre de 2012 fue publicada la ley 26.791, en virtud de la cual se modificó art. 80 y se incorporó el femicidio.

Entre las modificaciones realizadas en el art. 80 nos centraremos en el análisis de su inciso primero, el cual incorpora nuevos sujetos pasivos en el caso de delito de homicidio agravado por el vínculo. Se agregan de esta forma a "*ex cónyuges y a la persona con la que mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia".*

A la hora de analizar al nuevo sujeto "ex cónyuges" nos encontramos frente a un sujeto definido en el Código Civil y Comercial de La Nación. Pero en el caso del concepto "relación de pareja" debemos realizar un trabajo de investigación y análisis más específico, tanto de la doctrina como la jurisprudencia, dado que no se encuentra en nuestro código de fondo ninguna definición para este término.

Debido a la falta de certeza a la hora de hablar del concepto "Relación de pareja" surgen diversas dificultades para su interpretación, lo que genera una vulnerabilidad a la garantía constitucional de legalidad, estipulada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, generando de esta forma un cierto grado de inseguridad jurídica. Esta falta de taxatividad produce un amplio rango de interpretación a la hora de la

aplicación de la norma, es por ello que surgen ciertos cuestionamientos, como por ejemplo: ¿Se puede equiparar la relación de pareja con la institución de "unión convivencial" estipulada por el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación? ¿Excede a la misma? ¿Puede entenderse por relación de pareja a cualquier relación de amistad, noviazgos pasajeros? ... y así muchas más preguntas, las cuales nos llevan a buscar una respuesta para esta nueva incorporación.

Mediante el siguiente trabajo intentaremos encontrar la respuesta a estas preguntas, y de no poder hacerlo, abordaremos la necesidad de arribar a una definición acertada para el concepto "Relación de pareja" incorporado por la Ley 26.791.

CAPÍTULO I - BIEN JURIDICO

A lo largo del presente trabajo se desarrollará la figura del agravante de homicidio en cuanto al término "relación de pareja", incorporado en el año 2012 por la Ley 26.791. A continuación, iniciaremos con la figura simple del homicidio, considerando que se tratará de una figura calificada de la misma.

El delito que analizaremos se encuentra ubicado en El Título I del Código Penal denominado "Delitos contra las personas" en su Capítulo I "Delitos contra la vida", el mismo comienza con el art 79[1], el cual indica que:

"Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena".

Se entiende que este artículo describe una figura genérica con relación a todas las otras formas de "matar a otro" existentes. Es decir, dar muerte a un hombre sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio. (Soler, 1970)[2]. Por lo tanto, se puede decir que, el homicidio simple se presenta como una figura *residual*, dado que se aplicará la pena que se estipula en el art. 79 del código sustantivo solo en el caso de que el mismo no estableciera otra pena más grave.[3] (Figari R. E., 2014)

Una de las formas de exclusión de la regla básica del artículo 79 del código sustantivo es la agravante del homicidio previsto por el Art. 80 del Código Penal, el cual refiere lo siguiente:

"Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º 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.

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º Por precio o promesa remuneratoria.

---

[1] Art. 79, Código Penal de la Nación

[2] Soler, S. (1970). "*Derecho penal argentino" T° III.* Buenos Aires: TEA., pág. 15

[3] Figari, R. E. (4 de Marzo de 2014). "*Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenunción",* Recuperado el 2 de Octubre de 2020, de Código Penal comentado: www.pensamientopenal.com.ar , pág. 2

4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º 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.

9° Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas.

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

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°.

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima". [4]

I. El bien jurídico protegido

En nuestro trabajo nos focalizaremos en la explicación y el desarrollo del art. 80 inciso 1° del Código Penal de La Nación Argentina, el cual recepta los homicidios agravados por el vínculo y por la relación por medio de la cual se encuentran ligados los sujetos de la relación delictual. Por lo tanto, debemos explicar en un principio el *bien jurídico* tutelado.

Debemos comprender que el bien jurídico que busca proteger el código de fondo en su Capítulo I "Delitos contra la vida", es la vida humana independiente. El mismo no

[4] Art. 80 del Código Penal de la Nación Argentina

nos brinda un concepto, sino que solo se encarga de su protección interviniendo después de ocurrida la concepción hasta el momento en que la vida termina.

Se considera a la persona física viva como el objeto material de protección de todos los delitos que atentan contra ella, dado que se protege a la vida en cuanto la persona existe, importando así para el derecho el punto de vista físico-biológico. Más allá de que, el sujeto pasivo al momento del hecho tenga una enfermedad incurable o sufra de alguna discapacidad o tenga una vida de corta duración.[5] (Boumpadre, Art. 79 Homicidio Simple, 2013)

a) Comienzo de la vida humana

Como primera medida, debemos determinar desde que momento comienza la protección penal de la *vida humana*, para así lograr diferenciar coherentemente en qué casos se trata del delito de aborto (Art. 85 C.P.) y cuando de homicidio (Art. 79 C.P.), este sería el límite mínimo de protección, y para ello hemos de dirigirnos al art. 19 de Código Civil y Comercial de la Nación, el cual entiende que:

"La existencia de la persona humana comienza con la concepción."[6]

Existen diversas teorías respecto del comienzo de la vida humana, nos focalizaremos en dos, que a mi parecer son las más relevantes: La teoría de la fecundación y la teoría de la anidación.

La *teoría de la fecundación* sostiene, por su parte, que el comienzo de la existencia de una persona se produce en el instante mismo en el que el espermatozoide penetra en el óvulo. Es decir, que el proceso evolutivo de un ser humano reside en la concepción entre gametos femeninos y masculinos que se unen para dar origen al cigoto, ya que desde ese momento surge una nueva vida, distinta de la de sus progenitores, se entiende que desde ese momento debería adjudicarse el pleno estatus de ser humano a esa realidad nueva surgida.[7] (Gallenti, 2012)

---

[5] Boumpadre, J. (10 de Junio de 2013). "*Art. 79 Homicidio Simple",* Recuperado el 10 de Octubre de 2020, de Asociación de pensamiento penal: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37491.pdf , pág. 3

[6] Art. 19, Código Civil y Comercial de la Nación

[7] Gallenti, S. (Noviembre de 2012). *Elementos del Derecho Civil, "El comienzo de la vida humana"*. Recuperado el 10 de Noviembre de 2020, de http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-sebastian-gallenti.pdf ,pág. 8

La *teoría de la anidación,* a diferencia de la teoría mencionada ut supra, se basa especialmente en la certeza del embarazo y la viabilidad del embrión, fundamentando que la vida humana comienza cuando el óvulo fecundado anida en la matriz de la mujer, algo que sucede aproximadamente a los catorce días de producida la fecundación (Crisanto)[8]. Esto indica que el proceso fisiológico de la gestación no comienza sino a partir del preciso momento en que el embrión se implanta en la pared interna del útero materno.

Resulta casi imposible determinar el momento preciso de la concepción, la doctrina entiende que, lo más conveniente es aceptar el momento de la anidación como el comienzo de la vida humana y por lo tanto, a partir de ese momento comienza también su protección penal, ya que desde entonces se puede afirmar con mayor exactitud el embarazo de la mujer, lo que genera mayor seguridad jurídica.[9] (Boumpadre, 2013)

b) Nacimiento.

Como se ha mencionado ut supra, si la muerte se produce antes del nacimiento del feto estaríamos hablando de la figura típica del aborto (art. 85 C.P.) y no de un homicidio, es por ello que es de suma importancia comprender desde qué momento se considera que comienza la existencia de la persona, para lo cual debemos recurrir nuevamente al Código Civil y Comercial de la Nación, el cual en su art. 21 cita:

"*Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.".* [10]

Para comenzar un breve análisis, es de importancia entender que el mencionado artículo posee como base principal una condición resolutoria, es decir, para que el niño concebido o el niño implantado en la mujer, adquiera irrevocablemente sus derechos y deberes, debe obligatoriamente *nacer con vida*. Por lo cual, desde el momento en el que el niño nace con *vida* se perfecciona o consolida esa personalidad que ya poseía.

---

[8] Crisanto, K. (s.f.). "*Teoría de la anidación",* Recuperado el 11 de Noviembre de 2020, de Academia: https://www.academia.edu/33506792/TEOR%C3%8DA_DE_LA_ANIDACI%C3%93N, pág.1

[9] Boumpadre, J. (10 de Junio de 2013). "*Art. 79 Homicidio Simple"*. Recuperado el 10 de Octubre de 2020, de Asociación de pensamiento penal: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37491.pdf, pág 4

[10] Art. 21 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Honorable Cámara de Diputados de la Nación (2015)

Consideramos que el art. 21 del código de fondo no se encuentra adecuado al nuevo artículo 19 C.C.C.N., debido a que distingue entre el niño concebido (la causa fuente del embarazo es el acto sexual) de aquel que fue implantado en el vientre materno (la causa fuente son las técnicas de reproducción humana asistida), como si fuesen dos categorías diferentes.[11] (Olmo, 2014)

Como ya mencionamos, el artículo somete al niño a la condición resolutoria del nacimiento con vida. Por ello, en sentido contrario, la segunda parte del artículo aclara que, si el niño concebido o implantado no nace con vida, la ley considera que la persona humana no ha existido. Esto significa que, si el niño nace muerto, pierde todos los derechos que pudo haber adquirido desde la concepción.[12] (Bueres, 2015)

Por último, se menciona de forma expresa que el nacimiento con vida se presume iuris tantum, es decir, que la carga de la prueba recaerá sobre quien alegue lo contrario (que la persona no nació con vida). Esta presunción, se funda de conformidad con el respeto que la ley le debe a los fueros de la personalidad, la persona humana y a favor de su existencia. La prueba de este hecho está sujeta a todos los medios probatorios, como acontece cuando se pretende probar una situación fáctica de este tenor.

Existen diversas teorías respecto el momento en que se da el nacimiento. En un principio se consideraba que el inicio de la vida humana independiente comenzaba recién a partir de las 24 horas que el niño era separado del seno materno, esto queda totalmente descartado, debido a que si alguien mataba al niño pasadas las 8 horas de haber sido separado de la madre entonces, ¿No era homicidio? ¿Acaso debe considerarse a ese niño tan solo como un objeto?

Es por ello que, como bien cita Boumpadre [13] (2013) se considera que:

---

[11] Olmo, J. P. (2014). *UniversoJus.com*. Recuperado el noviembre de 2020, de Código Civil y Comercial de la Nación comentado: http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-21

[12] Bueres, A. (19 de Septiembre de 2015). *Lex*. Recuperado el Noviembre de 2020, de Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.: http://www.codigocivilonline.com.ar/articulo-21/

[13] Boumpadre, J. (10 de Junio de 2013). "*Art. 79 Homicidio Simple",* Recuperado el 10 de Octubre de 2020, de Asociación de pensamiento penal: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37491.pdf , *pág. 7*

*"…en el preciso momento en que comienza el proceso de expulsión de la criatura del seno materno, configurando este instante el límite mínimo en que tiene inicio la vida humana independiente, mientras que el límite superior queda fijado en el momento de la separación total del cuerpo de la madre, con independencia de cualquier otra exigencia ulterior, p*or *ej. que se produzca el corte del cordón umbilical o de que se constaten otros signos vitales. Es recién a partir de este momento en que el ser humano adquiere vida independiente, con total autonomía respecto de su madre. Por lo tanto, dicho momento marca con mayor nitidez la línea divisoria entre el aborto y el homicidio."*

Por su parte, Soler decía que*, "el hombre puede ser sujeto pasivo de homicidio aún antes de la completa separación del seno materno, vale decir, desde el nacimiento, momento que hacía coincidir con el comienzo de los dolores del parto."*[14]

Donna (2003) ha manifestado al respecto que la vida comienza *desde el inicio real del proceso activo de parto, inclusive con su fase interna que conduce al nacimiento.* Esa noción coincide con la noción propia de la naturaleza, según la cual el proceso de parto tiene origen en la finalización del desarrollo del feto. Las contracciones de dilatación ya pertenecen a los intentos de expulsión. [15]

Nuñez, defiende la idea de que *"el nacimiento comienza con el proceso de expulsión de la criatura del seno materno, mientas que la finalización debe determinarse por los expertos en cada caso en particular."*[16]

Para Creus, *la solución que brinda la doctrina mayoritaria no da una fijeza objetiva, proponiendo la tesis de que (el nacimiento) demanda la posibilidad de actuar autónomamente sobre el cuerpo de la víctima sin operar sobre el de la madre.*[17]

En el mismo sentido, para Boumpadre, *la muerte del niño en el instante en que se produce el nacimiento, el que se da –insistimos- con la completa separación del claustro materno, configurará un homicidio.*[18]

---

[14] Conf. Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.3,pag. 12, TEA, 1970. Citado en Boumpadre, "*Art. 79 Homicidio Simple", 2013, pág. 5.*

[15] Donna, E. A., 2003. *"Delitos contra las personas" T.I* . Rubinzal – Culzoni, pág. 37

[16] Conf. Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, t.3, pags. 24, 132 y 133, Bibliográfica Omeba, 1965. Citado en Boumpadre, "*Art. 79. Homicidio* simple", 2013, pág. 5

[17] 1 Conf. Creus, Derecho penal, parte especial, T. I, pag.10, Astrea, 1999. Citado en: Boumpadre," *Art. 79 Homicidio Simple",* 2013, pág. 6

[18] Boumpadre, J. (10 de Junio de 2013).” *Art. 79 Homicidio Simple”*. Recuperado el 10 de Octubre de 2020, de Asociación de pensamiento penal: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37491.pdf

CAPITULO II. - LEY 26.791

El 14 de Diciembre de 2012 fue dictada la ley 26.791, en virtud de la cual se ha reformado el artículo 80 del código de fondo, introduciendo una serie de modificaciones al mismo, tipificando diversas situaciones fácticas para los homicidios calificados.

La misma es denominada "Ley de femicidio" dado que, posee como núcleo central, la visualización de la violencia de género, y especialmente la incorporación de la figura del *feminicidio o femicidio.*

Debemos comprender que la problemática de la *violencia contra la mujer*, cuenta con dos etapas las cuales se encuentran bien delimitadas.

I. Violencia doméstica

Esta primera etapa se encuentra regida por la Ley 24.417 de la Protección contra la violencia familiar, promulgada en Diciembre de 1994 y reglamentada por él Decreto 295/96. Como ya lo menciona en su nombre, dicha norma tiene como fin principal proteger a las víctimas de violencia familiar y busca suprimir conductas agresivas en este ámbito.

Se entiende que busca la protección no solo de la mujer, sino de todos los miembros del grupo familiar. El punto de interés reside en el mundo íntimo de la familia, sin ninguna distinción de género. La misma otorgando la facultad de denunciar lesiones o maltratos físico y psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar.[19] (Boumpadre, 2013)

II. Violencia de género

Como bien hacen mención Muñoz y García[20] (2010):

[19] Boumpadre, J., Febrero de 2013. "*Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791)",* Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal, pág. 4

[20] Muñoz Conde, F., & Garcia Aran, M., 2010. "*Derecho penal - Parte General", 8va edición.* Valencia: Tirant lo blanch. Pág. 29

"Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal."

Entendemos entonces que hablar de Derecho Penal es hablar de violencia institucionalizada o formalizada. No toda violencia es siempre juzgada por igual, dado que la misma suele aparecer de modos muy complejos, y solo podrá ser valorada a partir de un contexto social, político o económico. Por lo tanto, no hay un concepto de violencia fijo o histórico que pueda darse al margen del contexto social en el que surge.

Es por ello y, porque al momento de la sanción del Código Penal (1921), no se hablaba de cuestiones de género, dado que el mismo fue ideado por el hombre, que el Código Penal tampoco brinda una definición de *violencia de género*. Más allá de que las normas han sido creadas en términos de neutralidad, y a lo largo de los años se fueron dando algunas excepciones, la mayoría de ellos continúan siendo androcentristas. [21] (Boumpadre, 2013)

Al respecto Elena Larrauri (2008)[22] manifiesta:

"...que las normas no tienen genero, que las normas, son neutrales, que las normas están pensadas para las "personas" y que "El que" es un pronombre relativo que incluye a ambos géneros, han sido respuestas que se han dirigido a las estudiosas feministas que se han atrevido a cuestionar que bajo la aparente neutralidad de las normas late una visión masculina"

[21] Boumpadre, J., Febrero de 2013. "*Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791)",* Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal, pág. 4

[22] Larrauri, E., 2008. "*Mujeres y sistema penal (violencia domestica)".* Montevideo - Buenos Aires: BdeF., pág. 20 y 21

"…lo que se critica al derecho penal es que la imagen que refleja de las mujeres se corresponde exactamente con la imagen que los hombres tienen de las mujeres."

A través de los años se ha buscado dotar a la normativa de conceptos que nos acerquen a un término definido de violencia de género, por medio de diversas Convenciones y Leyes.

Por un lado, se encuentra la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) de 1994. En su Artículo 1° establece lo que se debe entender por *violencia contra la mujer a*:

"*... 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."*[23]

La Convención mencionada ut supra fue ratificada por Argentina en el año 1996. Varios años más tarde, se consideró necesaria una regulación local de la violencia contra la mujer, por una recomendación por parte del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belém Do Pará, ya que nuestro país no resultaba ajeno a las obligaciones estipuladas en dicha Convención, el 1° de Enero de 2009, fue promulgada en Argentina la Ley 26.845, conocida como *Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.*

Nos brinda un concepto propio de "violencia contra la mujer" en su Artículo 4°, el cual cita que, *"Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.*

Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón." [24]

[23] Art. 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém Do Pará, 9 de Junio de 1994.

Debemos comprender que la ley mencionada se encuentra orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres, por lo tanto no se trata de una ley de género, puesto que no fue pensada para otros sujetos de derecho, sino que su finalidad es pura y exclusivamente la protección de los derechos de la *mujer*, como bien lo describe su nombre.

Es por ello que se podría creer que se encuentra vulnerado el principio de igualdad ante la ley, tal como hace mención Censori (2014)[25]:

> *"Lógicamente, una primera aproximación a la cuestión, bien podría indicar que de esta manera se estaría violentando cuanto menos el principio de igualdad ante la ley, receptado por el artículo 16 de la Constitución Nacional, al dotarse de una mayor protección a la vida de la mujer por sobre la del hombre, toda vez que si éste último mata a una persona del sexo femenino, su accionar sería más grave que en el caso inverso, y por lo tanto pasible de una mayor penalidad."*

Para fundamentar este agravamiento, debemos comprender que la violencia contra la mujer, no es otra cosa que una consecuencia de una estructura social sumamente patriarcal. En estos casos, se encuentra la intencionalidad en el hombre, de reafirmar su superioridad, cuando la mujer cuestiona su poder, o bien cuando pretende escaparse del rol que le fue asignado por este.

Como bien menciona la socióloga Cagigas Arriazu (2000)[26]:

> *"…Cuando las mujeres se revuelven en su desigualdad y quieren salir de ella, cuestionan ese sistema de relaciones de poder y se convierten en una amenaza para los hombres, que no saben cómo argumentar el mantenimiento de la estructura social imperante, surge la violencia, que es el único recurso para demostrar superioridad y que*

---

[24] Art. 4, Ley 26.845 "*Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonale", 2009*

[25] Censori, L. (21 de Julio de 2014). "*El delito de femicidio y su constitucionalidad.",* Recuperado el 9 de noviembre de 2020, de Pensamiento Penal: http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39394-delito-femicidio-y-su-constitucionalidad, pág. 4

[26] Cagigas Arriazu, A. (2000). "*El patriarcado como origen de la violencia doméstica.*", Publicado en el sitio web de la Fundación Dianet.

son los que mandan…" concluyendo que "lo que rige la conducta del hombre violento es la creencia que tiene sobre la mujer a la que considera un objeto de su pertenencia sobre la que puede ejercer su dominación de modo arbitrario y con toda normalidad".

Se trata de un sujeto que ha sufrido un hecho de violencia solo por su pertenencia al género femenino, más allá de donde se haya desplegado el mismo. Se entiende que estos tipos de delitos han dejado de tener trascendencia en el ámbito privado para convertirse en una cuestión de interés público.

Por lo tanto, el incremento de la pena no se fundamenta solo en el hecho de que el sujeto pasivo es una mujer y el sujeto activo del delito es un hombre, que la mata por la circunstancia subjetiva del desprecio a la mujer, por el simple hecho de serlo, por considerarla como un sujeto carente de derechos, rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera, sino que además el mismo se realiza en un ámbito específico, que es el contexto de género, lo cual marca la diferencia con otros tipos de formas delictivas. (Boumpadre, 2013) [27]

En el mismo sentido, Maqueda Abreu en su obra (La violencia de genero entre el concepto jurídico y la realidad social, 2006)[28] explica:

"La violencia contra las mujeres 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 no 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 consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a

[27] Boumpadre, J., Febrero de 2013. "*Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791).*", Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal, pág. 8

[28] Maqueda Abreu, M. L., 2006, "*La violencia de genero entre el concepto jurídico y la realidad social.", Revista electrónica de ciencia penal y criminologia,* pág. 2

sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género. Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la perspectiva de género".

III. Modificaciones del artículo 80 de Código Penal

Ahora bien, las modificaciones y las situaciones fácticas que ha implementado la ley 26.791[29] en el artículo 80 son las siguientes:

ARTÍCULO 1° — Sustitúyanse los incisos 1º y 4° del artículo 80 del Código Penal que quedarán redactados de la siguiente forma:

Artículo 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.

4°. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

ARTÍCULO 2° — Incorpórense como incisos 11 y 12 del artículo 80 del Código Penal los siguientes textos:

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

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°.

ARTICULO 3° — Sustituyese el artículo 80 in fine del Código Penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

[29] Ley 26.791

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.

Como primera medida, a la hora de analizar la determinada ley debemos entender que más allá de ser conocida como la ley del *femicidio o feminicidio* ha incorporado diversas modificaciones al artículo 80 que no solo se encuentran relacionadas con el femicidio, pero esta última ha sido su incorporación más reconocida socialmente.

Para comprender el motivo de su incorporación debemos ser conscientes del contexto social en el que se encontraba nuestro país al momento de sancionada la misma. Por su parte, Censori (2014)[30] comenta que:

> *"...ya eran una constante las noticias sobre mujeres golpeadas, y hasta a veces asesinadas en manos de sus parejas, comenzando cada vez a tomar más fuerza las voces sobre una posible reforma al Código Penal que visibilizara éste fenómeno y agravara las penas en estos casos."*

Estas modificaciones buscan imponer penas más graves para estos tipos delictivos, esto se encuentra motivado por la mayor trascendencia que habían tomado en los medios masivos de comunicación, sin perjuicio de que su existencia se extiende a lo largo del tiempo.

En el año 2008 ante la ausencia de estadísticas oficiales sobre femicidios en Argentina, la Asociación civil "La Casa del Encuentro"[31], ONG creada en el año 2003, que tiene como fin principal diseñar un proyecto feminista por los derechos humanos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, produjo el primer informe de femicidios en Argentina. Luego en el año 2009 se conformó el Observatorio de femicidios en Argentina "Adriana Marisel Zambrano", al cual debemos recurrir ya que cuenta con un área de investigación específica en materia de femicidios.

[30] Censori, L., 21 de Julio de 2014, "*El delito de femicidio y su constitucionalidad."* Recuperado el 9 de noviembre de 2020, de Pensamiento Penal: http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39394-delito-femicidio-y-su-constitucionalidad, pág 3

[31] La casa del encuentro, Observatorio de femicidios en Argentina, (2017) obtenido de http://www.lacasadelencuentro.org/nuestrotrabajo.html

A través de su ardua investigación se puede visualizar la cantidad de femicidios y como los mismos se han incrementado a lo largo de los años. En los fundamentos de la ley se hace referencia a datos estadísticos provenientes del Observatorio de femicidios de Argentina:

> *"…concluye siguiendo este método de relevamiento que en nuestro país en el año 2009 hubo 231 femicidios registrados, que se incrementan en el año 2010 a 260 y que para el año 2011 ascendió a 282 asesinatos.*
>
> *Esto muestra que en 2011, en nuestro país fue asesinada una mujer cada 31 horas por el solo hecho de ser mujer, representando un 8% más que en 2010. En el 60% de los casos –para 2011- los crímenes fueron cometidos por cónyuges, novios o ex parejas de las víctimas. El 50% de los casos fueron de violencia intrafamiliar, y sólo el 27% en ocasión de robo o casos de inseguridad, lo que demuestra que para las mujeres es más peligrosa su propia casa, que la calle."*[32]

Más allá de que el expuesto ut supra haya sido el proyecto de ley aprobado, fueron varios los que formaron parte de la discusión parlamentaria.

El proyecto inicial ingresó a la Cámara de Diputados el día 2 de marzo de 2011, el mismo fue tratado por la Comisión de Legislación Penal, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, la que en uno de sus fundamentos explica:

> *"Las razones de los agravantes correspondientes a cualquiera de las situaciones descritas en el inciso 1° tienen que ver con que la mayor antijuridicidad de hecho radica en los deberes de asistencia, respeto y cuidado que se deben mutuamente las parejas y que se ven vulnerados, y en el abuso de confianza en el que se comete el homicidio."*[33]

Por su parte, el Diputado Albrieu de Rio Negro, menciona en sus fundamentos que:

---

[32] Senado de la Nación Secretaria Parlamentaria Dirección General de Publicaciones, Proyecto de ley (S-0535/12) file:///C:/Users/user/Downloads/S535_12PL%20(1).pdf, pág. 3

[33] Comisión de Legislación Penal y de Familia, M. N. (Orden del día 202/2012). Honorable Cámara de Diputados, pág. 3

"La necesidad de incorporar a cualquier relación de pareja obedece a que dichos deberes, si bien no legales, existen al margen de la forma de constitución del vínculo, aun contemplando aquellas relaciones finalizadas" (pág. 116)

"...tratamos de adecuar la ley penal a una situación social y cultural que se ha modificado, ya que las relaciones de pareja tienen estabilidad, haya mediado o no su paso por el registro civil" (pág. 133)[34]

Siguiendo con el Senador Gustavino, quien en sus fundamentos manifestó una de las intenciones que posee esta modificación:

"...equiparando de esta manera a quienes han formalizado el vínculo con aquellos que no lo han formalizado y también, en línea o en tono con la reciente reforma del Código Civil, en el sentido de contemplar nuevas formas de familia" (pág. 85)[35]

Como bien hace mención Boumpadre[36], dicha reforma ha significado una transformación y una evolución legislativa de gran calibre, por lo cual ha implicado el establecimiento definitivo de la problemática de género en el código penal argentino.

Luego de visualizar los datos estadísticos de "La Casa del Encuentro" podemos observar que el número de femicidios a través de los años no ha descendido, a pesar de haber sido sancionada la ya mencionada ley, sino que los casos han aumentado y continuaran haciéndolo. Consideramos que la sociedad necesita tratar el fondo de estas cuestiones.

[34] Diario de sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 5° reunión 4° Sesión ordinaria, 18/4/2012, discusión de la modificación del art. 80 del Código Penal.

[35] Diario de sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 16° reunión 11° Sesión ordinaria, (3/10/2012), discusión de la modificación del art. 80 del Código Penal.

[36] Boumpadre, J., Febrero de 2013. "*Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791)"*. Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal, pág. 1

CAPITULO III - ESTRUCTURA TIPICA DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 80 INCISO 1°

A lo largo del presente capítulo se desarrollará el análisis del tipo penal en su faz objetiva y subjetiva del artículo 80 inc. 1 del Código Penal.

Previamente es necesario recordar que el tipo penal es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida. El mismo se compone de elementos del tipo objetivo tales como: sujeto activo, sujeto pasivo, acción, resultado y nexo de causalidad, lo que debe ajustarse mediante la imputación objetiva.

Asimismo, es preciso analizar el factor de atribución de la conducta determinando si el mismo se corresponde con el tipo penal doloso o culposo.

I. Clasificación

En cuanto a la clasificación del tipo penal en tratamiento entiendo que el mismo es un delito dependiente calificado, toda vez que el legislador protege el mismo bien jurídico que el asignado bajo el art. 79 del Código Penal y agrega una característica que agrava a la figura típica.

La circunstancia que eleva la escala penal a la pena perpetua es, sucintamente, la existencia de consanguinidad, los deberes asumidos en la institución del matrimonio y la confianza existente en los vínculos de una pareja.

Asimismo, es posible clasificar el tipo penal de acuerdo a la característica de la acción. Por un lado podemos encontrar los delitos de *mera actividad*, los cuales su descripción y contenido material se agota cuando se lleva a cabo la conducta dispuesta en el tipo, sin que exija la producción de un resultado diferente al mero comportamiento.[37]

Por otro lado, se encuentran los delitos *de resultado*, estos no solo requieren la realización de la acción descrita, sino que también un determinado resultado, el cual

[37] Righi, E., 2019. "*Derecho penal: parte general.",* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perot., pág, 203

puede desmembrarse de la mera acción. La producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo.

Como hace mención Rusconi (2020)[38] *"Las normas no pueden prohibir un resultado, sino que lo que se prohíbe son aquellas acciones que tienden a causarlos."*

El delito que nos compete es el homicidio calificado, se entiende que el mismo no prohíbe puntualmente la muerte, sino que veda aquellas acciones que tienden a ocasionarla, por lo cual constituye un tipo penal de resultado. Estos delitos admiten la tentativa (art. 42 CPN).

Por otro lado, el tipo penal se clasifica de acuerdo a la descripción de la materia de prohibición o en virtud de la existencia de un mandato. El tipo penal se compone de un núcleo que se encarga de describir los delitos, que pueden ser tanto de acción como de omisión, es decir una conducta exterior que realiza o no una persona y que se puede expresar por medio de un verbo como, por ejemplo: matar, dañar, sustraer, ocultar, etc. Ambos tipos, se ven amenazados por una pena.

En el caso de los delitos activos, el legislador determina aquello que no quiere que el sujeto realice, es decir, la acción prohibida, en estos casos la tipicidad se va a configurar cuando la acción realizada coincida con la demarcada en la norma. Por el contrario, en los delitos omisivos, el legislador describe una acción que desea que el sujeto lleve a cabo, y, por lo tanto, la tipicidad será configurada cuando el sujeto realice una acción diferente a la descripta por la ley.

En este sentido, analizando puntualmente el delito en cuestión, se puede entender que es un delito activo, ya que la norma describe la acción que el sujeto debe llevar a cabo para configurar la tipicidad.

Por último, el tipo penal de homicidio agravado por la relación de pareja es un delito de lesión considerando el grado de afectación del bien jurídico protegido. Esto se debe a que la consumación de la acción prohibida presupone el daño del bien jurídico "vida".

[38] Rusconi, M., & Kierszenbaum, M., 2020. "*Elementos de la Parte General del Derecho Penal, 2da edición.",* Hammurabi. Pág. 101

De esta manera, el artículo 80 inciso 1° no constituye un tipo penal de peligro, en el cual solo se exige que el bien jurídico se haya puesto en riesgo, ya sea que este haya corrido un peligro real o que la sola comisión de la conducta descrita en el tipo represente un peligro según la experiencia general, conformando un peligro de tipo abstracto.[39]

II. Tipo penal objetivo

La primera fase en la imputación de un delito es la verificación de que el comportamiento que se analiza se adecua al tipo objetivo de alguno de los comportamientos incriminados en la parte especial del CP. Se conforma de todos los elementos que son necesarios para definir la materia de prohibición. (Righi, 2019)[40]

Contiene una descripción que requiere elementos permanentes (contenido genérico de todos los tipos), conformados por el sujeto activo, el sujeto pasivo y una situación de hecho, que en los tipos de resultado requiere un cambio producido en el exterior; y los elementos ocasionales que no responden a una estructura general.

Los elementos que componen el artículo 80 inciso 1° del código sustantivo se encuentran:

a) Sujeto activo

Se entiende por *sujeto activo* al que realiza el ilícito, es decir, quien lleva a cabo el hecho delictivo. Este debe reunir determinados requisitos al momento de ejecutar la acción.

Los tipos penales suelen hacer mención a un sujeto general (ej: art. 79 cp) describiendo una acción genérica, que será llevada a cabo por un sujeto ordinario, sin distinciones. En estos casos comunes el intérprete no debe buscar ninguna calidad especial, ya que abarcan a todas las personas que realicen el hecho delictivo.[41]

[39] Righi, E., 2019, "*Derecho penal: parte general.*", Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perot., pág. 204

[40] Idem Righi, pág. 207

[41] Rusconi, M., & Kierszenbaum, M., 2020. "*Elementos de la Parte General del Derecho Penal, 2da edición".* Hammurabi.

No obstante, existen tipos penales que se consideran especiales, en los cuales la norma apunta a personas con una determinada calidad, son más específicos ya que en estos casos el sujeto activo se indica expresamente.

Los sujetos activos especiales pueden ser propios o impropios, los primeros se deben a que la calidad del autor funda la ilicitud del tipo básico, mientras que en los segundos, la calidad funda la ilicitud de una circunstancia agravante, no es requisito del tipo básico, pero opera como agravante.

Previamente a la clasificación del sujeto activo del homicidio agravado en análisis corresponde describir al sujeto pasivo ante la vinculación existente entre ambos sujetos.

b) Sujeto Pasivo

Se entiende por *sujeto pasivo* al titular del bien jurídico que se ve afectado (puesto en peligro o lesionado) por el hecho delictivo. Es aquella persona contra quien recae la acción de manera directa, su derecho se ve vulnerado por la conducta realizada por el sujeto activo.

El sujeto pasivo también puede ser acotado a determinadas personas.

Ahora bien, el artículo 80 inciso 1° ha sido modificado en el marco de la Ley N° 26.791, la cual incorporó nuevos sujetos a la figura de homicidio agravado por el vínculo y/o relación que poseen los sujetos de la relación delictiva.

El artículo previo a la reforma receptaba el homicidio del "ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son". Es así como el sujeto activo de la relación delictual se encontraba ligado con el ofendido por un vínculo de consanguinidad (parricidio) y uno matrimonial (uxoricidio). Para obtener la definición y el alcance de esos grados de parentesco de sangre y jurídicos debemos recurrir a la ley sustantiva civil.[42]

El origen etimológico del término parricidio surge del latín parricidium. En estos casos, el sujeto activo de la relación delictual se encontraba ligado con el sujeto pasivo por un vínculo de consanguinidad, es decir dar muerte al ascendiente y/o descendiente.

[42] Figari, R. E., 2004. "*Homicidios, 2° edición corregida y apliada.*", Cuyo, Mendoza: Ediciones Jurídicas., pág. 91

Podemos encontrar la definición de estas líneas de parentesco en el art. 529 y subsiguientes del Código Civil y Comercial de La Nación.

Por otra parte, el uxoricidio proveniente del latín *uxor* "esposa" y *cida* del latín caedere "matar", en este caso el vínculo será el matrimonial, por lo tanto el mismo consiste en el homicidio del cónyuge. El matrimonio se encuentra estipulado en el 401 al 445 del Código Civil y Comercial de La Nación.

A partir de la reforma del artículo se han agregado nuevos sujetos a la relación delictual, tales como los ex cónyuges, es decir, que debió existir previamente el matrimonio, habiendo estado los sujetos ligados a un vínculo formal.

También se incorporaron los convivientes, figura que se encuentra descrita en el art. 509 CCCN y por último dentro de las inclusiones se encuentra el término "*relación de pareja",* siendo el análisis de este parte esencial por el cual se realiza el presente trabajo, los explicaremos detalladamente en su oportunidad.

Entonces, el artículo 80 inciso 1° CPN comprende un sujeto activo y pasivo especial, atento que ambos sujetos se encuentran circunscriptos a las personas que poseen un vínculo especial ya sea por consanguinidad, matrimonio o pareja. Asimismo, dentro de esta clasificación el tipo penal es especial impropio, ya que el vínculo que debe existir entre el autor y la víctima justamente funda la ilicitud del agravante.

Cabe destacar que el elemento "ascendiente, descendiente, cónyuge y ex cónyuge" conforman elementos ocasionales del tipo normativo jurídico, ya que su definición puede extraerse de lo descripto por la norma del Código Civil y Comercial.

Mientras que el elemento "relación de pareja" conforma un presupuesto ocasional normativo del tipo cultural, ya que, su significado no se deriva de normativa alguna sino que deben analizarse las pautas socioculturales imperantes al momento de cometerse el delito. Ello es lo que se pretende dilucidar a lo largo del presente trabajo ante la dificultad que presupone su determinación y que será objeto de análisis en el capítulo siguiente.

c) Acción típica

Art. 80 inc. 1 del Código Penal dispone: *"Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que* ***matare****:..."*.

Dado que el delito que nos compete se configura con *la muerte* de la persona, es decir, que el verbo típico es *matar*, ya hemos analizado ut supra el concepto de *vida* y las diversas teorías, por cuanto debemos entender también como se le da fin a la misma.

El verbo típico una vez que es exteriorizado en el mundo genera un cambio o efecto, al cual se encuentra ligado, dando lugar al resultado, el que pasaré a analizar a continuación.

d) Resultado

El resultado provocado a través de la acción típica es la muerte de la persona. Se entiende que la muerte es un proceso biológico irreversible, determinable por criterios médicos.

En Argentina existen dos clases de muerte, la muerte natural o real, que se encuentra establecida en el artículo 93 del código civil y comercial, e indica como principio general, que la existencia de la persona humana termina con su muerte. Mientras que la muerte cerebral, establecida en la ley 21.541 (Sobre trasplantes de órganos y material anatómico, reformada por las leyes 23.464 y 24.193), que en su art. 23 dispone:

> "*El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia irreversible de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corrobora por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Único Coordinador de Ablación e Implante. La verificación de los signos referidos en el inc. d, no será necesaria en el caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible".* [43]

La normativa ha establecido un concepto de muerte válido para todo el derecho, en especial el derecho penal. Aun cuando la persona no esté muerta biológicamente,

[43] Art. 23, Ley 21.541

debe ser considerado su deceso si se dan los criterios establecidos por la ley, es decir, si se ha producido el cese total e irreversible de las funciones cerebrales.

Lo que al derecho penal le importa es que, al momento del hecho, la persona se encuentre con vida, aunque tenga una vida de corta duración o sufra alguna discapacidad o enfermedad incurable. Se protege la vida en cuanto la persona existe, hasta en sus últimos momentos. [44]

e) Nexo de causalidad

Es necesario determinar con exactitud si la acción realizada es la causante del resultado, por lo cual es preciso dilucidar si entre la acción de matar y el resultado muerte de la persona existe un nexo de causalidad.

Se entiende como *nexo de causalidad* al enlace entre un hecho y el daño causado. El vínculo causal es indispensable, ya que la conducta del demandado debe ser la causa directa, necesaria y determinante del daño.

Algunas de las teorías que han abordado la causalidad son:

1. Teoría de la equivalencia (conditio sine qua non)[45]

Entiende que debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado en concreto.[46]

Toda condición sin la cual no se habría producido el resultado, es decir, que su supresión hipotética hiciere desaparecer el resultado.

La crítica que se le realiza es que no selecciona ninguna condición como preferente, sino que todas son equivalentes y autónomas, generando una inusual amplitud en la responsabilidad penal.

---

[44] Boumpadre, J., Febrero de 2013. "*Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791).* ", Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal., pág. 8

[45] Rusconi, M., & Kierszenbaum, M., 2020, "*Elementos de la Parte General del Derecho Penal, 2da edición.",* Hammurabi., pág. 102

[46] Fister, 2009. La causalidad de la acción respecto del resultado. En M. Sancinerri, *Causalidad, riesgo e imputación,* pág. 479/480. Citado en Rusconi 2020, pág. 102

2. Teoría de la adecuación y de la relevancia

Dicha teoría considera que solamente será causal aquella conducta realizada con una predisposición a generar el resultado típico, y por el contrario, aquellas conductas que solo por casualidad hayan ocasionado el resultado no serán relevantes jurídicamente hablando.

Sin perjuicio de las mejoras que trae esta teoría al intentar seleccionar las condiciones relevantes en materia penal, no logra resolver otros casos como de cursos causales hipotéticos, las disminuciones en el riesgo, entre otros.

Es por ello que, ha surgido la teoría de la imputación objetiva con el propósito de resolver las diversas falencias que surgieron con la causalidad analizada desde un plano ontológico.

3. Teoría de la imputación objetiva (1960)

La misma sirve para comprender si la acción realizada es la prohibida por la norma y si a esa acción se le puede atribuir el resultado acaecido.

Como hace mención Roxin (2002)[47] *"la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo."*

Esta teoría no pretende encontrar una vinculación física entre una acción y un resultado, sino que desarrolla un conjunto de criterios que legitiman la imputación de la acción al tipo penal y el resultado a la cuenta del autor.

III. Tipo subjetivo

El aspecto subjetivo del delito según explica Mariana Barbitta (2014)[48]:

> "*...se trata de un delito doloso. En la anterior redacción, figuraba la fórmula "sabiendo que lo son", con un mensaje claro en relación a la exclusión para este tipo de homicidios calificados de la*

[47] Citado en: Valverde, A. A., 18 de Julio de 2010. "*La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal.",* Recuperado el 10 de Julio de 2021, de Derecho Penal online: https://derechopenalonline.com/la-teoria-de-la-imputacion-objetiva-en-el-derecho-penal/, pág. 135/136

[48] Barbitta, M., 2014. "*La reforma del art. 80 del Código Penal. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género.", REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO / Número: 2014 (3)*

figura del dolo eventual. Sin embargo con la redacción incorporada por la Ley 26.791 aquella claridad, ha quedado excluida posibilitando al intérprete la imputación de homicidio calificado con dolo eventual."

Se entiende por dolo aquella acción llevada a cabo por el sujeto con plena conciencia, entendiendo que el acto que realiza es contrario a la norma. Para configurar un delito doloso, el sujeto debe tener conocimiento y voluntad de llevar a cabo la acción prohibida.

Por su parte, Boumpadre (2013)[49] considera que el delito en cuestión era y continúa siendo doloso, resultando admisible el dolo eventual con respecto al resultado, no así las formas imprudentes.

Maximiliano Rusconi (2009)[50] nos brinda una explicación del llamado dolo eventual,

"...en el dolo eventual, el autor asume como posible que se produzca un resultado no buscado originariamente, pero que es tomado como posible, y frente a esa posibilidad el sujeto activo expresa una marcada indiferencia en cuanto a cualquier aseguramiento o corrección del plan. Es decir, el autor no destina especiales esfuerzos en la evitación del suceso, asintiendo su producción no buscada o aprobando el plus lesivo en relación con el plan originario que no lo incorporaba…"

Además, se encuentra comprendido el dolo directo e indirecto, siendo que en el primer caso el sujeto se decide en contra del bien jurídico "vida" y se dirige en contra la lesión de este y en el segundo caso acepta el resultado como una consecuencia concomitante.

En caso de desconocerse el vínculo existente con relación al sujeto pasivo se produce la existencia del error de tipo que implica la no aplicación de la agravante del artículo 80 inciso 1°, derivándose a la figura básica del homicidio.

Al respecto Boumpadre (2013)[51] estableció que:

---

[49] Boumpadre, J., Febrero de 2013. "*Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791).*" Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal. pág. 19

[50] Rusconi, M., 2009. "*Derecho penal parte general, 3ra edición.",* Buenos Aires, pág. 358

"El error sobre la existencia del vínculo excluye el tipo agravada, al igual que los casos de aberratio ictus (se quiere matar a un sujeto unido vincular o relacionalmente con el autor, pero se desvía la acción y se da muerte a un tercero no unido vincular o relacionalmente con el agente). El error in personam (creyendo matar a un ascendiente, se mata a un descendiente) en cambio, no modifica el título de imputación, igualmente concurre el tipo agravado. Ahora bien, la situación cambia cuando se cree matar a la novia/o y se mata a una persona anónima, distinta. En estos casos, creemos que la imputación debería ser a título de homicidio simple, no de homicidio agravado, porque no concurre la situación objetiva requerida normativamente (relación parentar, matrimonial o de pareja).

En el mismo sentido Mariana Barbitta[52] considera que:

"*Cualquier tipo de error sobre alguno de los elementos del tipo objetivo y en particular , sobre el vínculo elimina la aplicación de la pena impuesta en el art 80 del código penal, quedando subsumida la conducta, en la figura básica de homicidio simple (art 79 CPN)"*

[51] Boumpadre, J., Febrero de 2013. "*Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791)"*. Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal, pág. 11

[52] Barbitta, M., 2014." La reforma del art. 80 del Código Penal. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género." *REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO / Número: 2014 (3)*

CAPÍTULO IV - JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE RELACIÓN DE PAREJA

Tal como se ha advertido en el capítulo que antecede el elemento típico ocasional de tipo normativo cultural de "relación de pareja" requiere ser precisado a través de un análisis de los parámetros culturales existentes al momento de cometerse el delito.

Es por ello, que en el presente acápite analizaremos las diferentes posturas respecto a la interpretación del término "relación de pareja" verificando el modo en que se aplicó a través de la jurisprudencia tanto a nivel nacional como también provincial.

I. Jurisprudencia nacional:

a) Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional - Sala II, autos "E., D. s/ recurso de casación", año 2015.[53]

1. Hechos

En el caso en análisis se imputó a E. de haber dado muerte con un arma blanca a un hombre llamado D. Se demostró que ambos mantenían una relación que duro aproximadamente nueve meses, que mantenían relaciones sexuales y no fue acreditado que hubieran convivido.

2. Antecedentes

El Tribunal Oral en lo Criminal N°25, resolvió condenar a D. por considerarla autora penalmente responsable del delito de homicidio calificado por la relación de pareja aplicando el art. 80 inciso 1° del Código Penal.

Contra dicha resolución, el Defensor Oficial interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad, el que fue concedido y debidamente mantenido en esta instancia.

En lo que interesa en el marco del análisis de la problemática en tratamiento, la defensa solicitó *"la nulidad del fallo por errónea aplicación de la ley sustantiva y la*

[53] Cam. Nac. Cas. Crim. y Corr., Sala II, "E., D. s/ recurso de casación", 18 de Junio de 2015.

consecuente reducción de la pena, al haberse impuesto la agravante por el vínculo, ya que a su entender correspondía calificar la conducta de homicidio simple, 79 CP."[54]

Sostuvo que el Tribunal para arribar a la conclusión de la existencia de una relación de pareja entre la víctima y la acusada, recurrió a una interpretación contraria al alcance que le brindaba la doctrina citada por jueces y que dedujeron el vínculo sentimental de las manifestaciones de la imputada en su indagatoria.

Alegó que fue arbitrario extraer de sus dichos la relación de pareja, como así también planteó que se valoraron arbitrariamente los testimonios. En función de todos los fundamentos expuestos, solicitó que se calificara el hecho como homicidio simple, conforme el art. 79 C.P.; subsidiariamente, que se disminuyera la pena impuesta según lo establecido en el art. 80 último párrafo CP (circunstancias extraordinarias de atenuación). Finalmente, para el caso de que fracasaren todos los anteriores, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la pena perpetua prevista en ese precepto penal.

3. Resolución

El resolutorio determinó que la conducta no podía ser subsumida en la agravante elegida por *"no reunir las características objetivas a las que se ha hecho referencia y, en consecuencia, la aplicación del inciso 1° del art. 80 del Código Penal, debe ser casada aplicándose al caso la norma del homicidio simple prevista en el art. 79, CP."*[55]

Para llegar a esta conclusión, se analizaron los alcances del término *relación de pareja*, determinando en qué casos una relación entre dos personas podía ser considerada tal y cuando no. Aclararon que ello es una cuestión que le incumbía al intérprete establecer, en virtud de la incertidumbre que este concepto tenía en su uso coloquial, sociológico y normativo.[56]

La Sala II sostuvo que el término pareja utilizado de forma global e indeterminada, afectaba el principio de máxima taxatividad legal. Buscaron establecer los límites de esa fórmula legal, entendiendo que eran necesarios aspectos tales como la convivencia o el proyecto de vida común de la pareja y cierta permanencia en el tiempo, para poder determinarlo.

A partir de ello, entendieron que para definir el concepto de "relación de pareja", se debía acudir al Derecho Civil, del mismo modo que para definir al matrimonio.

[54] Cam. Nac. Cas. Crim. y Corr., Sala II, "E., D. s/ recurso de casación", 18 de Junio de 2015
[55] Idem
[56] Ibidem

Entonces, interpretaron este término conforme la definición que surge del Art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que consagra la unión convivencial, el mismo reza:

> *"...las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo."*[57]

El legislador no tuvo intención de agravar la pena ante cualquier relación de pareja, sino esencialmente en aquellos casos en que la pareja importe un vínculo estable y de convivencia, y por lo tanto, *"no se aplicará la agravante por "la condición de pareja" en casos donde ella no llegó a consolidarse en la forma que lo establece el Derecho Civil para generar obligaciones y derechos entre los que la integran."*[58]

Por su parte, al haberse acreditado que la relación que unía a la víctima con la imputada llevaba nueve meses, y más allá de que el occiso no poseía un domicilio propio, no se había probado que viviera junto a la imputada, motivo por el cual no pudo ser subsumida en la agravante, ya que, de conformidad con lo expuesto por la Sala uno de los requisitos que surgía del Art. 510, inciso E del Código Civil y Comercial para conformar la unión convivencial era que *mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.*

Sostuvieron que el plazo mínimo requerido por la unión convivencial configuraba el término necesario para conformar un vínculo, ya que a partir de ese momento el legislador comprendía que se trataba de una relación de pareja estable y permanente, lo que les serviría para interpretar los alcances de la fórmula legal "relación de pareja" en el Código Penal.

En este sentido, los magistrados (2015) consagraron como acercamiento al término "relación de pareja" que:

> *"Respecto de la última parte de la agravante del inc. 1° del art. 80, C.P., la referida a "mediare o no convivencia", como ya adelantamos, no debe ser interpretada como la posibilidad de quitarle entidad al vínculo, es decir, que permita incluir tanto relaciones estables como*

[57] *Art. 509, Código Civil y Comercial de la Nación.* Buenos Aires, 2015 Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

[58] Cam. Nac. Cas. Crim. y Corr., Sala II, "E., D. s/ recurso de casación", 18 de Junio de 2015

ocasionales, en las que jamás haya habido convivencia, sino que debe entenderse en el sentido que la agravante podrá operar incluso en aquellos casos en que la pareja (pública, notoria, estable y permanente) al momento del homicidio haya ya cesado la convivencia; empero, previamente debió tenerla por el tiempo que le reclama la norma del derecho civil."[59]

A modo de conclusión, la Sala II de la Cámara de Casación en lo Criminal y Correccional, realizó una comparación del término relación de pareja y la unión convivencial (art. 509 CCCN). Consideró que el término relación de pareja fue integrado a la norma penal para abarcar aquellos casos en los que las partes hayan cumplido todos los requisitos de la unión convivencial que surgían del art. 510 del CCCN (convivencia inclusive) más allá de que al momento del hecho esta misma hubiera cesado.

b) Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional – Sala III, autos "S., S. M. s/ homicidio simple en tentativa", (2016)[60]**.**

1. Hechos

Se acusa al Sr. S., S. M. de atentar contra la humanidad de C. C. H. –con quien mantenía un noviazgo desde hacía ocho años-, con un cuchillo de cocina marca "Tramontina", causándole diversas heridas cortantes.

2. Antecedentes

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 resolvió condenar a S. M. S. a la pena de doce años de prisión por resultar autor del delito de homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa, por la existencia de una relación de pareja con la víctima.

Contra dicha resolución la defensa del victimario interpuso recurso de casación.

En el marco del análisis que nos interesa, la defensa planteó que no correspondía la aplicación de la agravante prevista en el art. 80, inciso 1° del Código Penal, ello motivado por el hecho de que no pudo probarse que entre la víctima y victimario haya mediado una "relación de pareja".

[59] Cam. Nac. Cas. Crim. y Corr., Sala II, "E., D. s/ recurso de casación", 18 de Junio de 2015
[60] Cam. Nac. Cas. Crim. y Corr., Sala III, "S. S. M. s/ homicidio simple en tentativa", 2016.

3. Resolución

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, confirmar la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1.

Para arribar a esta determinación el resolutorio consagró que no deben equipararse las relaciones de pareja a las uniones convivenciales del art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación, ya que uno de los requisitos de esta última era la convivencia de la pareja, mientras que nuestro Código Penal dejaba en manifiesto que la relación de pareja no dependía de que entre ellos medie o haya medidado convivencia.

A su vez, en este sentido se ha expresado el legislador en los antecedentes parlamentarios de la ley 26.791, manifestando su voluntad de comprender en la calificante a quienes no hubieran convivido.

Resaltó que el ámbito de protección del art. 80 inc 1 C.P. era más amplio que el aludido mediante el art. 509 C.C.C.N. que regía en función de los deberes especiales de las relaciones institucionales de la ley civil.

> *"…a diferencia de los supuestos de calificación del homicidio cometido contra un ascendiente, descendiente o cónyuge, en los que el fundamento de agravación sí puede explicarse a partir del quebrantamiento de deberes positivos impuestos por la pertenencia a determinadas instituciones consagradas en la ley civil, en las cuales cada uno de sus integrantes se encuentra obligado a realizar prestaciones recíprocas en favor del otro, exigidas por la propia ley y en virtud de las sola pertenencia a la institución de la cual se trate (relación paterno-filial, matrimonio, etc.), no existe regulación legal alguna que consagre a la "relación de pareja" como una institución, ni, por consiguiente, deberes derivados de ella. En consecuencia, no es posible encontrar la razón de ser de la norma penal en estudio en un quebrantamiento de obligaciones, toda vez que la ley no las impone"*[61]

Sin embargo, para poder abordar el concepto de relación de pareja, la ley civil proporcionaba pautas útiles para caracterizarla, aún cuando no corresponda identificarlas.

[61] Cam. Nac. Cas. Crim. y Corr., Sala III, S. S. M. s/ homicidio simple en tentativa, 2016

De este modo, la Sala entendió que la unión de dos personas, sean del mismo o diferente sexo, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo, con vínculos afectivos o sentimentales, que comparten espacios de tiempo en común, y ámbitos de intimidad, definía una relación de pareja.

Se realizó un análisis teleológico de la ley y atendiendo la voluntad del legislador se debía considerar que:

> *"...la norma busca abarcar un tipo de relación que, aun cuando no se encuentre definida y consagrada en la ley civil, y por esa razón no suponga la imposición de deberes especiales, implique, sin embargo, un más acentuado contenido disvalioso, derivado de una ejecución del comportamiento ilícito, facilitada por aquello que en el ámbito legislativo se denominó como un "abuso de confianza", que es consecuencia de la existencia de esa relación, vigente o no al momento del hecho, entre autor y víctima. Sobre esta razón de ser de la calificante, puede consultarse lo expresado por la Comisión de legislación penal y de familia, mujer, niñez y adolescencia de la Cámara de Diputados, al presentar el proyecto de ley, donde se alude como fundamento de la agravación de la pena a la mayor antijuricidad del hecho que radica, según se expresa, en "el abuso de confianza" con que se comete el homicidio (Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones ordinarias del 3 de abril de 2012, orden del día n° 202).*[62]

Es por lo expuesto que entendemos que el fallo en análisis plasmó que el fundamento de la punición perpetua del homicidio cometido en una relación de pareja es la existencia de un "abuso de confianza", ya que tenía un alto nivel disvalioso que el autor, para ejecutar el hecho, se haya valido de la existencia previa o actual de una relación con la víctima que le proporcionaba una mayor eficiencia a la comisión del comportamiento prohibido, en tanto supone la vulnerabilidad de la víctima como consecuencia de estar o haber estado inmersa en una relación de pareja junto al autor. Es así como entre los involucrados debió existir una cierta intimidad generadora de confianza en la medida en que se pueden conocer diversos aspectos de la vida cotidiana de cada uno, aprovechándose el autor de esa ventaja para cometer el hecho de modo eficiente.

[62] Cam. Nac. Cas. Crim. y Corr., Sala III, "S. S. M. s/ homicidio simple en tentativa", 2016.

II. Jurisprudencia provincial:

a) Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala IV - autos "Aponte Graciela Del Valle s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal", (2016).[63]

1. Hechos

Se acusa a la señora Aponte de haberle disparado a Camelino con un arma de fuego, en varias oportunidades logrando herirlo, y al quedarse sin municiones, continuar golpeándolo en la cabeza, para luego darse a la fuga del lugar en una moto junto con otra persona que aguardaba en dicho vehículo a modo de conductor. La víctima mantuvo una relación sentimental de seis años con la imputada Aponte. El vínculo era un "noviazgo" sin convivencia, mientras que el damnificado, sostenía una relación en paralelo con Verónica Sarmiento.

2. Antecedentes

El Tribunal en lo Criminal N°3 de Mar del Plata, mediante resolución dictada el 20 de Octubre de 2015, resolvió:

> *"…condenar a Graciela del Valle Aponte a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para poseer y/o portar armas de fuego por el término de ocho años, por ser considerada autora penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en estado de emoción violenta en grado de tentativa."*[64]

Contra dicha resolución interpuso recurso de casación el señor Agente Fiscal General Adjunto de la Fiscalía de Cámaras del Departamento Judicial de Mar del Plata.

Principalmente, cuestionó la calificación legal asignada al evento ilícito. Entendió que correspondía encuadrar el hecho analizado bajo las previsiones de la figura contemplada en el inciso 1° del artículo 80 del Código Penal, toda vez que se encontraría completamente acreditada la relación de pareja preexistente entre Aponte y la víctima.

[63] TCPBA, Sala IV, "Aponte Graciela Del Valle s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal", 2016

[64] Idem

3. Resolución

El resolutorio determinó que la relación de los involucrados en el caso no encuadraba en el término de "relación de pareja", denegando el recurso del Ministerio Público Fiscal y decidió casar la sentencia, recalificar el hecho del que resultó víctima Camelino como homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa a tenor del art. 79 y 41 bis del CP y, en consecuencia, readecuar la sanción impuesta a la imputada Aponte en cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión.

Si bien se pudo corroborar el vínculo existente entre Camelino y Del Valle Aponte durante varios años, la Sala sostuvo que no correspondía calificarlo como una "relación de pareja" en los términos del Art. 80 inc. 1 del Código Penal, ya que de los diversos testimonios recogidos surgió que si bien el damnificado y la encartada habían mantenido una relación de noviazgo durante seis años sin que mediare convivencia, Camelino a su vez poseía una relación paralela con Verónica Sarmiento, lo que resultó determinante a los fines de establecer la clase de vínculo que tenía el nombrado con la imputada.

Con respecto al concepto "pareja" del agravante del artículo 80 inciso 1 del Código Penal, señalaron que la fórmula era *"excesivamente amplia e indeterminada y que por tanto los jueces debemos hacer una interpretación respetuosa de la taxatividad, limitando los alcances del mismo, con el fin de evitar la violación de la interpretación restrictiva del término."*[65]

En el intento de precisar los alcances del precepto en cuestión, el Dr. Kohan manifestó que *"las relaciones humanas signadas por el afecto y el amor se estructuran en un sistema escalonado de categorías o fases por las que transitan dos seres humanos que se encuentran en esa situación, donde van aumentando las perspectivas de vida en común"*[66]. En un primer periodo se podría hablar de "pareja" o "noviazgo", que puede avanzar a "unión convivencial" o bien puede reflejarse en un matrimonio, estos últimos poseen un reconocimiento en la ley civil (art. 509 y en el Libro Segundo, Título I respectivamente).

Con relación al caso en análisis, consagraron que la relación no se encontraba dentro de los parámetros del matrimonio ni tampoco de la "unión convivencial" y haciendo una transcripción textual del Art. 509 del Código Civil y Comercial, se llegó a

[65] TCPBA, Sala IV, "Aponte Graciela Del Valle s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal", 2016

[66] Idem

la conclusión de que el artículo nos brindaba las pautas a tener en cuenta a la hora de definir los alcances de la "pareja" objeto de la tutela de la norma penal.

El magistrado manifiesta que *"la relación debe estar signada por el afecto entre dos personas y puede o no presuponer convivencia o vida en común."* Pero este vínculo debe involucrar el mantenimiento de la relación amorosa compartiendo momentos y circunstancias de la vida misma como integrantes de ese conjunto de personas. *"El término "pareja" empleado sirve para distinguirlo de otras relaciones construidas desde el afecto (como puede ser la amistad)."*[67]

Entonces consideraron que los integrantes del vínculo no solo debían compartir un proyecto de vida común, sino que a ello debía sumarse unas de las características de la unión convivencial, como lo son la notoriedad, cierta estabilidad y permanencia.

Debía ser conocida en general y tener trato propio de una verdadera relación, la cual se encontrara basada en el amor entre dos personas que se comportan como parejas, y que hayan sido presentadas de esta forma ante el público. No se considerarán "pareja" en los términos del art. 80 inc. 1° aquellas que fueran una unión causal, ya que debían sostenerse en el tiempo. La estabilidad relativa hablaba de cierta continuidad en el sostenimiento del vínculo.

Las relaciones de pareja y la unión convivencial no requerían de ninguna formalidad, lo que si sucedía en el matrimonio; por lo tanto, siendo un hecho puramente fáctico, requería de elementos objetivos para su constitución, como eran la notoriedad y la relación pública. Respecto de la exigencia de dos años de convivencia, el magistrado enuncio al respecto que:

> *"Mal puede exigirse la convivencia de dos años para tener por configurada la "pareja" desde que ello solamente es requerido para la "unión convivencial" intituida por el art. 509 del C.C.C.N. la cual, como se dijera con anterioridad, no es asimilable al concepto preceptuado en el inciso 1° del art. 80 del digesto represivo que aquí analizamos. En esa línea, considero que la exigencia de dos años para las aludidas "uniones convivenciales" lo es sólo a los efectos civiles y patrimoniales que pudieran derivar, aspectos que no gravitan en lo*

[67] TCPBA, Sala IV, "Aponte Graciela Del Valle s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal", 2016

absoluto en el ámbito penal, al menos para la configuración de la agravante en trato"[68]

A modo de conclusión, la Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, plasmó como una particularidad el hecho de que las relaciones transitaban un sistema escalonado de categorías, en primer lugar se encontraba el noviazgo o pareja y luego este podía avanzar a configurar una unión convivencial o matrimonio.

Más allá de que el requisito para las uniones convivenciales de dos años de convivencia no es exigido en las relaciones de pareja, sostuvieron que dicha relación debía estar compuesta por el afecto entre dos personas y revestir un carácter de notoriedad y cierta estabilidad.

b) Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala I - a los efectos de resolver la causa N° 76.641 "Rodriguez Facundo Sebastian" s/ homicidio agravado por la relación de pareja", 2017[69]

1. Hechos

Se acusa a Rodriguez de atentar contra la humanidad Arias, con quien mantenía un vínculo sentimental, disparando un arma de fuego, que detentaba sin contar con la debida autorización legal, que produjo el deceso de la misma.

2. Antecedentes

El Tribunal en lo Criminal nº 3 del Departamento Judicial La Matanza, condenó a Rodriguez a:

"la pena de veinticuatro (24) años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo y por la utilización de un arma de fuego, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, en concurso real con el delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso

[68] TCPBA, Sala IV, "Aponte Graciela Del Valle s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal", 2016

[69] Trib. Cas. Pen. Prov. Bs. A.s, Sala I, "Rodriguez Facundo Sebastian s/ homicidio agravado por la relación de pareja", 2017.

civil (arts. 2, 5, 12, 19, 29 inc. 3, 40, 41, 41 bis, 55, 80 inc. 1 e "in fine" y 189 bis inc. 2 párrafo primero del CP. y 373, 375 y cc. del C.P.P.)"[70]

Contra dicha resolución, la Defensora, interpuso recurso de casación. En sus alegatos manifestó que el Tribunal efectúo una errónea aplicación de la ley penal, ya que consideró que el hecho materia de imputación había sido calificado erróneamente, al haber sido encuadrado en el art. 80 inciso 1° C.P.N. dado que no se había acreditado la relación de noviazgo entre la víctima y el victimario.

La Defensora Adjunta de Casación, coincidía totalmente con los motivos de agravio introducidos por su colega.

3. Resolutorio

El resolutorio hizo lugar al recurso de casación interpuesto y "*casar parcialmente el fallo impugnado en cuanto a la calificación y devolver los autos a la instancia de origen para que emita un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho, sin costas…"*[71]

Para arribar a dicha resolución, se hizo referencia como primera medida a la diferencia entre los agravantes -ascendiente, descendiente o cónyuge-, explicando que el término "relación de pareja" no poseía una norma jurídica concreta que pueda servir de referencia para su entendimiento.

Debido a la falta de certeza que poseía el concepto de relación de pareja, al momento de hacer una interpretación, los magistrados consideraron que será necesario:

> *"restringir las posibilidades de prescindir de un contexto normativo jurídico y procurar la mayor precisión en el alcance atribuido, tratando de lograr claridad y seguridad. Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a las uniones convivenciales, el término utilizado por el Código Penal excluye expresamente la exigencia de que haya convivencia."*[72]

El resolutorio determino que el término "relación de pareja" debía definirse como:

[70] Trib. Cas. Pen. Prov. Bs. A.s, Sala I, "Rodriguez Facundo Sebastian" s/ homicidio agravado por la relación de pareja", 2017.
[71] Idem
[72] Ibidem

"una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo, constituye el ámbito de aplicación del Título en el que se encuentra el artículo 509 del Código Civil."[73]

Partiendo de las pautas otorgadas por el art. 509 Código Civil y Comercial de la Nación para la configuración de las uniones convivenciales, el resolutorio consideró que las relaciones de pareja debían cumplir con esas características para así prevenir la irracionalidad y la arbitrariedad en la interpretación, pero que debía ser excluido el requisito de la convivencia.

A modo de conclusión podemos vislumbrar que en este caso el Tribunal, al igual que en el fallo mencionado ut supra, consideró que debía equipararse el término relación de pareja abarcando las características pretendidas para la "unión convivencial" estipulada en el art. 509 CCCN, no habiendo sido necesario el requisito de dos años de convivencia entre las dos personas que la componen.

c) Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas del Ibicuy, "Galarza Nahir Mariana s/ Homicidio doblemente agravado", (2018).[74]

1. Hechos

Se acusa a la señora Galarza de haber disparado contra la humanidad del Sr. Pastorizzo, con quien ha mantenido una relación por más de 4 años sin convivencia. El primer disparo fue efectuado desde la espalda, generando con este accionar que la víctima cayera al piso y de frente le perpetró un segundo disparo contra el mismo, demostrando con dicho accionar las intenciones de menoscabar la vida de Pastorizzo. Dichas balas produjeron el deceso momentos después de los disparos mortales.

2. Antecedentes

El Juzgado de Garantías y Transición N°1 de Gualeguaychú condenó a Galarza por el delito de Homicidio doblemente agravado por el uso de arma de fuego y por el vínculo por haber sido contra una persona con la cual ha mantenido relación de pareja - arts. 41 y 80 inc. 1° CPN.-

[73] TCBA, Sala I, "Rodriguez Facundo Sebastian" s/ homicidio agravado por la relación de pareja", 2017.

[74] Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas del Ibicuy, "Galarza Nahir Mariana s/ Homicidio doblemente agravado", 2018

Ministerio Público Fiscal, en su alegato final hizo referencia a las distintas medidas investigativas que se llevaron a cabo desde el mismo inicio de la investigación y, consideró que debía calificarse el hecho en la figura contenida en el art. 80 inc. 1° CPN, ello motivado por el menosprecio del respeto que se deben las personas en esa situación, destacando que en el caso se hallaba comprobada la existencia del vínculo, que se mantuvo hasta el final de la relación.

Seguidamente, en representación de la querellante particular, se indicó además que el homicidio debía agravarse por alevosía en función del art. 80 inc. 2° CPN, ya que entiendía que se hallaba probada con certeza.

Por último, la Defensa técnica de la imputada, presentó sus alegatos finales y en uno de sus puntos se refirió a la calificante de relación de pareja, y expresó que:

> *"...los caracteres exigidos se deben completar con las normas del Código Civil, alegando que no se daban los presupuestos de pública, permanente y estable de la relación, enumerando las razones fácticas en que fundaba su postura, y citando doctrina y jurisprudencia que consideraba aplicable.*
>
> *En subsidio, para el caso de considerar que el hecho probado debe calificarse a tenor del art. 80 inc. 1° CPN, planteó la concurrencia de circunstancias extraordinarios de atenuación, en razón de la particular situación de violencia de género por la cual atravesaba su defendida, interesando que, en cualquiera de los casos, se le aplique el mínimo de la pena correspondiente."*[75]

3. Resolución

El resolutorio determinó:

> *"condenar a Galarza, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autora penalmente responsable del delito de homicidio calificado por ser de una persona con la cual mantenía o ha mantenido*

[75] Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas del Ibicuy, "Galarza Nahir Mariana s/ Homicidio doblemente agravado", 2018

relación de pareja, a la pena de prisión perpetua y accesorias legales - arts. 5, 12, 45 y 80 inciso 1° del Código Penal de la Nación."[76]

A los fines de poder arribar a dicha resolución y en lo que interesa en el marco del análisis del agravante establecido en el art. 80 inciso 1° del C.P. se realizó una breve reseña de los antecedentes legales y del contexto que justificaba la agravante en estudio.

Interpretaron el significado jurídico que correspondía asignar al término relación de pareja *y* como *"primer acercamiento al alcance jurídico que corresponde atribuirle a la agravante, cual es la relación protegida, no debe guardar semejanza con una relación convivencial, y mucho menos con una matrimonial."*[77]

Para lograr determinar si los hechos se encontraban abarcados por el término relación de pareja, debieron especificar cuál ha sido la intención del legislador para incorporar la figura en cuestión, y luego de un análisis el Tribunal arribo a la conclusión de que:

> *"…relación de pareja, mediare o no convivencia", aspira a proteger diversas y particulares relaciones interpersonales, que van desde las uniones convivenciales reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación, hasta otras vinculaciones que, aunque no previstas en la ley civil, resultan merecedoras de una protección especial, como acontece con el noviazgo."*[78]

A los fines de respetar el Estado de Derecho y la interpretación restrictiva que requieren los tipos penales, resultó necesario fijar cuales eran las relaciones de noviazgo que se encontrarían abarcadas dentro del ámbito de protección de la agravante.

Para ello se tomaron los requisitos presupuestados por la ley civil para configurar las uniones convivenciales, considerando que ellas servirían al momento de evaluar la relación, y así definir si entre Galarza y Pastorizzo existió relación de pareja en los términos del art. 80 inciso 1° del Código Penal.

La unión convivencial dispuesta en el art. 509 del C.C.C.N. guarda analogía con el matrimonio, es por ello que se exige la convivencia y un proyecto de vida común.

[76] Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas del Ibicuy, "Galarza Nahir Mariana s/ Homicidio doblemente agravado", 2018

[77] Idem

[78] Ibidem

Ello no sucede en la "relación de pareja" estipulada en el código sustantivo, por lo cual no se identifica con ninguno de esos institutos civiles.

No obstante, *"De acuerdo con lo establecido en el art. 509 CCyCN para las uniones convivenciales, los rasgos que debería tener una relación de noviazgo para ser considerada "de pareja", además de la afectividad y la intimidad cuya existencia no se ha discutido, son los de singularidad, publicidad, notoriedad, permanencia y estabilidad."* [79]

Tomando como parámetro las características de las uniones convivenciales, el Tribunal afirmó que la vinculación existente entre Galarza y Pastorizzo reunía las características propias de una "relación de pareja" en el sentido jurídico del término y consideró que la relación que existía entre la víctima y el victimario era:

> *"el grupo de casos que el legislador ha querido comprender dentro de la norma a los fines de brindarle una especial protección, por revelar la conducta un plus de antijuridicidad material al quebrantar los fundamentales deberes de respeto y la singular confianza que genera esa clase de relaciones"*[80]

Quedó manifiesto que la acusada se valió de la confianza existente con Pastorizzo para lograr concretar el delito, ello se vió reflejado en que conducía la moticicleta sin tener conocimiento de lo que ocurriría, y sin esperar o sospechar siquiera un comportamiento como el ocurrido.

> *"Y esa confianza es la que pone a la víctima en una particular situación de indefensión, puesto que un obrar como el sucedido no es esperable de parte de quien está obligado moralmente a respetarlo, fundamentalmente a no atentar contra su integridad física o su vida, circunstancia aprovechada por la acusada para llevar a cobo su ataque y concretar su propósito homicida, incrementando de ese modo el desvalor de su actuar que lo torna merecedora de la mayor penalidad prevista en el art. 80 inc. 1° CPN."*[81]

[79] Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas del Ibicuy, "Galarza Nahir Mariana s/ Homicidio doblemente agravado", 2018

[80] Idem

[81] Ibidem

A modo de conclusión, en este caso podemos visualizar un avance de la interpretación del término, dado que el mismo no solo debía contar con las características que componen a la unión convivencial (art. 509 C.C.C.N.) sino que también, se tomo como punto fundamental la *confianza* entre las partes componentes de dicha relación, y como la misma colocaba a la víctima en un estado de total indefensión, ya que el victimario se valió de la confianza que poseen para llevar a cabo su cometido.

d) La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n°79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.", (2020)[82]

1. Hechos

Se acusa al Sr. F. S. R., sujeto masculino, de haber atentado contra la humanidad de K. M. A. –con quien mantenía un noviazgo- efectuando un disparo con un arma de fuego, la cual carecía la debida autorización legal, generando el deceso de la víctima.

2. Antecedentes

"La Sala I del tribunal de casación Penal, en el año 2017, hizo lugar al recurso de la especialidad presentado por la defensa oficial de F. S. R. contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 3 de La Matanza, que lo condenó a la pena de veinticuatro años de prisión, accesorias legales y costas por resultar el autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo y por la utilización de un arma de fuego, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, en concurso real con el delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil.

En consecuencia casó el fallo en lo que respecta a la calificación legal, por considerar que no se había configurado el elemento típico "relación de pareja", y ordenó el reenvío al tribunal de origen que -en cumplimiento de lo así dispuesto - condenó al nombrado con la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por la

[82] SCBA, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n°79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.", 2020

utilización de un arma de fuego en concurso real con tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil."[83]

El Sr. Agente Fiscal presento un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ante la aludida instancia, siendo admitido por el Tribunal recurrido dado que cumplía con los recaudos del art. 494 del Código Procesal Penal.

Fundó el mismo en la arbitrariedad de la sentencia, dado que no se había demostrado "la relación de pareja" que conformaba la circunstancia agravante del homicidio calificado por el vínculo estipulado en el art. 80 inc. 1° C.P. y que a los fines de definir y establecer el alcance de ese elemento del tipo penal se valió del art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

Alegó que el mencionado art. 509 no se hallaba vigente al momento de sancionarse la ley 26.791, por lo tanto, a su entender, resultó ilógico afirmar que la interpretación legal del término relación de pareja se hubiera efectuado a partir de un texto que "ni siquiera estaba en el ánimo del legislador".

Entendió que, con la incorporación del término relación de pareja se intentó ampliar la calificante, *"...a fin de receptar realidades que quedaban por fuera de la formalización de los vínculos en instituciones reguladas por la legislación civil"*[84]

Explica que la cuestión "*radica en la mayor confianza que genera el vínculo de pareja con el autor y la mayor eficiencia en la ejecución del hecho que le provee la intimidad con la víctima."*[85]

Finalizó sus alegatos haciendo alusión a que las circunstancias en que sucedieron los hechos demuestaban el vínculo que mantenían la víctima y el victimario, como así también que: la intimidad y la confianza motivada por la relación de pareja -noviazgo- le brindaron a R. de la oportunidad y eficacia de su conducta.

El Sr. Procurador General por su parte aconsejo hacer lugar al recurso, restableciendo la calificación legal y la pena oportunamente impuesta.

[83] SCBA, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n°79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.", 2020

[84] Idem

[85] Ibidem

3. Resolución

La Suprema Corte provincial resolvió "*hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por el ministerio público fiscal, correspondiendo encuadrar el hecho en el art. 80 inciso 1° del Código Penal, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación"*[86]

Por su parte el Dr. Soria consideró que correspondía hacer lugar al recurso interpuesto por errónea aplicación de la ley sustantiva y calificar el presente hecho en el art. 80 inc 1° del Código Penal.

Como primera medida, para lograr arribar a esta conclusión, realizó un arduo análisis del proyecto y los fundamentos de la ley 26.791 y determinó cuál fue la intención del legislador al momento de dictar la misma.

Se hizo referencia a lo dictaminado por el Tribunal de Casación Penal, en relación a la comparación que se realizó del término "relación de pareja" con el art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Explicó que el término incorporado al art. 80 inciso 1° C.P. debía ser definido e interpretado por medio de un juicio de valoración socio-cultural, y que más allá de que la norma excluía expresamente el requisito de "convivencia" consideró que surgían del art. 509 CCCN las pautas que se deberían seguir para lograr una interpretación que respete el principio de legalidad.

Respecto de todos los requisitos estipulados en el art. 510 del CCCN y características que hacen a la unión convivencial consideró, en primera medida que ninguno de ellos ha sido tenido en cuenta al momento de efectuarse la reforma del art. 80 CP y explicó que:

> *"Exigir su concurrencia importaría añadir a la figura penal elementos que no comprende ni le son característicos. Esto y la circunstancia de que el referido régimen de "unión convivencial" en el ámbito del derecho privado entró en vigencia casi tres años después de establecida*

[86] SCBA, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n°79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.", 2020

esta agravante en el Código Penal, habla a las claras de lo inapropiado de forzar esa asimilación, aunque sea parcialmente".[87]

Luego de la amplia discusión legislativa que tuvo el tipo penal en cuestión, quedó en manifiesto que no había duda respecto de la verdadera voluntad del legislador, que fue la de "*abarcar de manera amplia las relaciones de pareja*"

Respecto de las relaciones que no se encuentran abarcadas por el matrimonio ni la unión convivencial, sostuvo que las mismas se fundaban en una "relación de confianza" y explicó que en ella se centraba la motivación de la agravante. Así entendió la "relación de pareja" como:

"Esa vinculación afectiva entre los miembros de la pareja, con indiferencia del género, con cierto grado de estabilidad o permanencia -no meramente ocasional-, basada en la "confianza especial" que esa interrelación vital e intimidad determina en aquellos aspectos de la cotidianeidad propios y particularmente en los compartidos o en "comunión", es la que justifica la agravante, aún después del cese de la relación, pues el legislador presume que ese haz de confianza subsiste justamente con base en la affectio que los unió."[88]

Entonces lo que ha buscado proteger el legislador al momento de incorporar las relaciones de pareja, eran aquellas que poseían una base en una "relación de confianza", es por eso que no se amparaba en un vínculo jurídicamente reconocido, sino que solo existía fácticamente, por lo cual debería ser verificado en cada caso el grado de intensidad que tienen tales relaciones.

Por último, respecto del hecho en cuestión, basándose en la prueba que se ha producido, acreditó que

"...entre F. S. R. y K. M. A. existía efectivamente una relación de noviazgo pública, de alguna permanencia en el tiempo, claramente no ocasional, y con cierta intimidad, puesta de relieve no solo en las veces, aunque no muchas, en que los jóvenes se vieron en la vivienda familiar de uno u otro, con algún conocimiento de los padres de la pareja, sino

[87] SCBA, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n°79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.", 2020

[88] Idem

en que el día del hecho la propia víctima abandonó la actividad escolar para trasladarse al lugar de residencia del imputado, ocurriendo el obrar homicida cuando yacía con él en su habitación, de conformidad con la ponderación que de esos datos fácticos realizara el tribunal del juicio."[89]

Por su parte el Dr. Torres citando a Carrió (1976)[90] manifestó que *"todos los conceptos que emplea la ley, admiten, en mayor o menos medida, varios significados. La dificultad es común a todo el lenguaje: las palabras presentan como característica la ambigüedad y la vaguedad."*

Basándose en la primera regla de interpretación de las leyes se centró en la intención del legislador al momento de dictar la norma y, se ciñó a las palabras que han sido utilizadas en su redacción, de dicha forma arribó a la conclusión de que el art. 80 inciso 1° buscaba abarcar las conductas de violencia que surgieran en los términos de una relación, ya que ese vínculo de confianza era el que coloca a la víctima en un estado de indefensión, por lo tanto detallo que:

"Es evidente que la reforma busca proteger el vínculo sentimental, dicha protección no responde solo a los deberes de respeto reciproco y no agresión que pueden emerger de estas relaciones sino que también responden al abuso de confianza implementado para llevar a cabo ese delito. Confianza que no se encuentra basada en cualquier tipo de vinculo sino, justamente, en el derivado de la relación de pareja."[91]

"No cualquier relación quedará abarcada por la figura agravada: Corresponde indagar sobre la existencia de un vínculo afectivo o sentimental, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo (no casual ni ocasional), aunque no fuere continuo, en el que sus integrantes compartan o hayan compartido cierto ámbito de intimidad y confianza que, precisamente, haya dejado a la víctima en una posición de mayor vulnerabilidad."[92]

[89] SCBA, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n°79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.", 2020

[90] Carrió, G., 1976, *Notas sobre el derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, *pág. 24*

[91] Idem SCBA

[92] Ibidem SCBA

Explicó que "*este tipo de relaciones actúan como origen de expectativas recíprocas y de confianza. Los individuos que mantienen una relación de estas características tienden a esperar conductas que tienen que ver con el cuidado, el afecto, la atención etc. Y tales expectativas, a su vez, causan que las prevenciones que se tomarían con una persona desconocida desaparezcan.*" [93]

"Las uniones convivenciales, consagradas en el libro segundo, título III del Código Civil y Comercial, constituyen una nueva forma de familia; el legislador ha perseguido otros fines al regularlas, en cuanto a los derechos y deberes de sus protagonistas, distintos a los que se persiguieron en materia penal, de modo que no necesariamente debe reflejarse en la interpretación del tipo regulado en el art 80 inc 1° del código de fondo."[94]

Es evidente que el concepto "relación de pareja" tiene cierta amplitud. Es por ello que se debía exigir extremar al máximo los esfuerzos interpretativos pero no da lugar a forzar, por medio de la interpretación, una categoría diferente.

Es por lo expuesto que el Dr. Torres consideró que *"el elemento típico relación de pareja no demanda una regulación normativa sino la ponderación de circunstancias objetivas, que son las que tuvo en cuenta el legislador para determinar el plus punitivo."*[95]

De conformidad a lo expuesto por el mismo, recurrir a la institución de la unión convivencial como lo hizo el Tribunal de Casación no resultó correcto. La protección que brindaba la ley penal era más amplia: abarcaba a las uniones convivenciales pero las excede.

La señora Jueza Dra. Kogan y el Sr. Juez Genoud votaron por la afirmativa.

A modo de conclusión, esta última resolución otorgada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha fijado otra postura entendiendo la voluntad de legislador, ya no comparando al término relación de pareja con las uniones convivenciales, sino en un sentido más amplio, atento que no se debería forzar la

[93] SCBA, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n°79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.", 2020

[94] Idem

[95] Ibidem

interpretación y que al momento de sancionada la ley no se encontraba incorporado al derecho privado la unión convivencial, centrando la tesitura en la relación de confianza que hay en las relaciones afectivas, que son las que colocan a la víctima en una situación de indefensión, debiendo analizar cada relación en particular y sus extremos.

CAPÍTULO V - PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el presente capítulo abordaremos la manera en que el término "relación de pareja" vulnera el principio de certeza de la garantía constitucional de legalidad.

I. Principio de legalidad

El mismo se encuentra estipulado en el artículo 18 de la Constitución Nacional el cual consagra que:

> *"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa..."*[96]

El principio de *legalidad* se encuentra complementado por el art. 19 CN el cual manifiesta que:

> "...*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".*[97]

Como bien hace mención Rusconi (2020)[98] la garantía constitucional de legalidad es uno de los principios fundamentales del derecho penal democrático, ya que se basa en la exigencia de que aquellas acciones que se hallan amenazadas por una pena o sanción se encuentren descritas y contenidas en la ley.

Por su parte el Dr. Carlos Creus (1992)[99] señala:

> *"...que sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descripta como merecedora de dicha particular especie de sanción, por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización; sólo es delito, por consiguiente, la*

[96] Constitución de la Nación Argentina (1994) 2da Ed.
[97] Idem
[98] Rusconi, M., & Kierszenbaum, M., 2020." *Elementos de la Parte General del Derecho Penal, 2da edición." Ed.* Hammurabi.

[99] Creus, C., 1992. "*Derecho Penal, Parte General, 3ra edición actualizada y ampliada."* Astrea, pág. 52/53

conducta que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle una pena."

Bacigalupo (1999)[100] describe la consecuencia de este principio, ya que:

"...ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar en la ley penal."

Por lo expuesto podemos arribar a la conclusión de que el Estado es el encargado de dar a conocer de forma previa cuáles serán aquellas conductas que se encuentren prohibidas, por lo tanto, la existencia de un delito quedará supeditada a la de un tipo penal legal.

El objetivo central de este principio es el de garantizar al individuo una correcta y restringida aplicación de la ley, y para ello el legislador deberá definir de forma previa y clara las conductas que se encontrarán alcanzadas por una pena o condena. Tanto el delito como la pena deberán estar determinados en la ley previa.

Por su parte, Righi (2019)[101] entiende que:

"*Más allá del reproche que merezca o del perjuicio que haya causado a la sociedad, ningún hecho puede ser castigado si la pena no está prevista en una ley, antes de que haya sido efectivamente realizado"*

Es decir que esa prohibición debe existir de forma previa a que se haya cometido el delito, más allá que la acción realizada cause un perjuicio, si no se encontraba estipulada en la ley no podrá ser juzgada.

La legalidad le otorga a la ley penal cuatro principios fundamentales que son los requerimientos básicos del Estado de derecho, los analizaremos a continuación.

---

[100] Bacigalupo, E., 1999. "*Derecho Penal - Parte General, 2da edición.*", Hammurabi, *pág. 104*

[101] Righi, E., 2019. "*Derecho penal: parte general",* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perot, pág. 88

a) Exigencia de ley escrita (lex scripta):

Se considera a la ley escrita como la única fuente del Derecho Penal, ya que a diferencia de otras ramas del derecho, las normas no pueden emanar del derecho consuetudinario ni de la jurisprudencia, solo puede emanar de una ley formal que haya surgido del Poder Legislativo.[102]

Dicha exigencia busca otorgar una limitación a la arbitrariedad, dado que a través de la ley escrita es la única forma en que se puede conocer con seguridad cuales son las acciones u omisiones prohibidas y permitidas.

b) Exigencia de ley previa (nulla poena sine lege praevia):

El principio de legalidad impone el requisito fundamental, se basa en que la ley debe encontrarse vigente al momento de llevarse a cabo la conducta.[103]

Las leyes rigen para el futuro y no pueden aplicarse a hechos ocurridos antes de su sanción, es decir, que no pueden tener efecto retroactivo. Dicha prohibición no alcanza a las leyes que sean favorables.

c) Ley estricta (nulla poena sine lege stricta):

Este requisito se refiere a que toda aquella acción que se encuentre amenazada por una pena debe estar incluida de manera clara en la ley penal, la cual debe ser precisa.

En estos casos se prohíbe la analogía, es decir, que no se podrá aplicar una norma prevista para un caso a otro que no se encuentre regulado en la normativa. Dicha prohibición se encuentra dirigida al juez, quien deberá restringir su interpretación al momento de aplicar la norma.

d) Ley cierta (lex certa):

Dicho principio es el que nos compete en materia de este trabajo, se lo conoce también como seguridad jurídica, y su objetivo central se basa en la necesidad de precisión en el contenido de la norma.

Bacigalupo (1999 citado en Rusconi 2016)[104] sostiene que *"el principio de legalidad impone sus exigencias no solo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta"*.

[102] Rusconi, M., & Kierszenbaum, M., 2020. "*Elementos de la Parte General del Derecho Penal, 2da edición".* Hammurabi, pág. 54

[103] Idem Rusconi, pág. 55

[104] Bacigalupo, 1999. Citado en: Rusconi, M., & Kierszenbaum, M., 2020. "*Elementos de la Parte General del Derecho Penal, 2da edición.*", Hammurabi, pág. 56

Por su parte la RAE (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020)[105] nos brinda una definición de este principio:

> *"Principio jurídico que exige al legislador que las leyes penales sean claras y taxativas en la descripción de los delitos y estados peligrosos, así como en la determinación de las penas y de las medidas de seguridad."*

Por cuanto entendemos que las normas penales no deben dar lugar a dudas sobre su alcance, y muchos menos posibilitar diversas interpretaciones, es el legislador quien se encuentra en la obligación de formular normas penales que sean lo más claras y taxativas posible.

Al momento del dictado de la ley el legislador debe evitar vaguedades y ambigüedades, y en el caso de que ello se dificulte debe en la medida de lo posible disminuirlas al mínimo. Lo que busca este principio fundamentalmente es evitar que el intérprete incurra en arbitrariedades, dado que es lo que sucede si una norma no es clara, ya que da lugar a diversas interpretaciones.

Como bien hace mención Nino (2003)[106]:

> *"La dificultad no siempre se debe a que quien formuló la oración no hubiera querido comunicar una idea precisa, sino a que el lenguaje natural, al que hay que recurrir para comunicarse, padece de ciertos defectos endémicos que dificultan la transmisión clara del mensaje"*

Es por ello que se puede vislumbrar que, uno de los problemas principales del principio de certeza es el lenguaje natural, ya que este se caracteriza por la vaguedad y la ambigüedad que poseen las palabras. Es decir que hay palabras que pueden interpretarse de diversas formas.

Cuando se habla de ambigüedad se entiende que una oración puede expresar más de una forma de ser interpretada y ello se debe a que existen palabras que tienen más de

---

[105] *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020. Obtenido de https://dpej.rae.es/lema/principio-de-certeza

[106] Nino, C. S., 2003, "*Introducción al análisis del derecho, 2da edición.*" Ciudad de Buenos Aires: Astrea, pág. 259

un significado, y no es fácil determinar cuál es el correcto, o puede suceder también que la oración tiene una equivocidad sintáctica. (Nino, 2003)[107]

Por su parte Bacigalupo (1999)[108] manifiesta que:

> *"...la ambigüedad del lenguaje legal genera la posibilidad de diversos entendimientos y que éstos, a su vez, son consecuencia de la diversidad de métodos con los que es posible interpretar una ley."*

Por otro lado, debemos hablar de *vaguedad*, y entendemos que se trata de palabras que poseen imprecisión en su significado o una definición que no es precisa.

La ambigüedad y vaguedad de la lengua natural a la hora de formular los tipos penales generan dudas y, por lo tanto, surge la posibilidad que exista arbitrariedad al momento de la interpretación y aplicación de la misma. La ley no debe vulnerar el principio de legalidad, y para ello debe delimitar de manera estricta las conductas delictuosas y sus respectivas penas.

Sentado lo precedentemente explicado comprendemos que el término relación de pareja es un término que no es preciso ni mucho menos posee un solo significado, es por ello que a lo largo de los años la jurisprudencia ha ido variando la forma de interpretar el mismo, lo que abordaremos a modo de síntesis en el siguiente acápite.

II. Diferentes acepciones del término "relación de pareja"

a) Jurisprudencia

Por su parte, en el primer fallo analizado de la jurisprudencia nacional, la Sala II de la Cámara de Casación en lo Criminal y Correccional[109], definío el concepto de relación de pareja como:

> *"...debe entenderse, en el sentido que la agravante podrá operar incluso en aquellos casos en que la pareja (pública, notoria, estable y permanente) al momento del homicidio haya ya cesado la convivencia:*

[107] Nino, C. S., 2003, "*Introducción al análisis del derecho, 2da edición."* Ciudad de Buenos Aires: Astrea.

[108] Bacigalupo, E., 1999. "*Derecho Penal - Parte General, 2da edición.",* Hammurabi, pág. 118

[109] Cam. Nac. Cas. Crim. y Corr., Sala II, "E., D. s/ recurso de casación", 2015.

empero, previamente debió tenerla por el tiempo que le reclama la norma del Derecho Civil".

Por lo tanto, la Sala II entendió a la pareja como aquella relación pública, notoria, estable y permanente, en la que mediare convivencia o la misma hubiera existido con anterioridad por el término de dos años.

Luego a nivel nacional la jurisprudencia avanzó en su interpretación y la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional[110] consideró que:

"...del análisis de los antecedentes parlamentarios de la ley que luego fue sancionada bajo el n° 26.791, se observa, sin margen para la duda, que la voluntad del legislador penal fue la de comprender, en el marco de la calificante, a aquellas parejas entre las que no existiese ni hubiese existido convivencia."

Asimismo, entendió que el fundamento de la agravante se centraría en la existencia de un "abuso de confianza", dado que el autor del hecho se aprovechaba del estado de vulnerabilidad e indefensión en el que se encuentra inmersa víctima, por haber estado pareja con el victimario, y se valió de ello para realizar el ilícito. De este modo definió a la relación de pareja como la unión de dos personas, sean del mismo o diferente sexo, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo, con vínculos afectivos o sentimentales, que comparten espacios de tiempo en común, y ámbitos de intimidad.

En la jurisprudencia provincial hemos analizado diversos fallos en los que se arriba al significado del término relación de pareja:

Por su parte, la Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires[111] enunció al respecto que:

"...como punto de partida debe entenderse a la misma como una relación signada por el afecto entre dos personas, que puede o no presuponer convivencia o vida en común. Pero esa vinculación debe

[110] Cam. Nac. Cas. Crim. y Corr., Sala III, "S. S. M. s/ homicidio simple en tentativa", 2016.

[111] Trib. Cas. Pen. Bs. As., Sala IV "Aponte Graciela del Valle s/ recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal", 2016.

considerarse conteniendo las notas que distinguen a una pareja como lo es el vínculo sentimental que es común a sus integrantes y que apunta a un proyecto común. Esto no quiere decir que esa proyección implique algún tipo de construcción de una familia o un hogar, más sí el sostenimiento de la relación amorosa compartiendo momentos y circunstancias de la vida misma como integrantes de ese conjunto de personas. El término "pareja" empleado sirve para distinguirlo de otras relaciones construidas desde el afecto (como pueden ser la amistad)."

En tal sentido, la Sala IV comprendió que las relaciones de pareja transitaban un sistema escalonado de categorías, en primer lugar se encontraría el noviazgo o pareja, el que luego podía avanzar o no, a una unión convivencial o matrimonio. Sostuvieron que, más allá de que, el requisito para las uniones convivenciales de dos años de convivencia no sería exigido para las relaciones de pareja y, que dicho vínculo debía estar compuesto por el afecto entre dos personas y revestir un carácter de notoriedad y cierta estabilidad.

La Sala I, del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires[112] manifestó que:

"...excluido el requisito de convivencia, se mantengan los demás, como único parámetro que nos aleja de la irracionalidad y la arbitrariedad en la interpretación, con lo que el término pareja, habrá de significar: unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas, sean del mismo o de diferente sexo o género."

Es decir, consideró definir las relaciones de pareja en el marco jurídico, abarcando las características pretendidas para la "unión convivencial" estipulada en el art. 509 CCCN, no siendo necesario el requisito de dos años de convivencia entre las dos personas que componen la relación.

El Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas del Ibicuy[113] manifiesta que:

[112] Trib. Cas. Pen. Bs. As., Sala I "Rodriguez Facundo Sebastián s/ homicidio agravado por la relación de pareja, 76.641", 2017.

"una relación afectiva e intima, singular, publica, notoria, estable y permanente, como el grupo de casos que el legislador ha querido comprender dentro de la norma a los fines de brindarle una especial protección, por revelar la conducta un plus de antijuridicidad material al quebrantar los fundamentales deberes de respeto y la singular confianza que genera esa clase de relaciones."

Es decir que, ya no centraba la descripción del término solamente en la comparación de la relación de pareja con la unión convivencial (art. 509 CCCN), sino que tomaba como punto clave la "*confianza"* entre las partes componentes de dicha relación y explicó cómo esa situación de confianza es la que colocaba a la víctima en un estado de indefensión y vulnerabilidad, dado que el victimario se valía de esa confianza que poseían para llevar a cabo el delito.

Por último, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires[114] ha fijado su postura respecto:

"No cualquier relación quedará abarcada por la figura agravada: Corresponde indagar sobre la existencia de un vínculo afectivo o sentimental, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo (no casual ni ocasional), aunque no fuere continuo, en el que sus integrantes compartan o hayan compartido cierto ámbito de intimidad y confianza que, precisamente, haya dejado a la víctima en una posición de mayor vulnerabilidad."

La definición adoptada se debió a que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires entendió a la relación de pareja interpretando, en un primer lugar la voluntad del legislador, ya no lo comparaba con la unión convivencial, sino que la interpretaba en un sentido más amplio, consideró que este tipo de relaciones excedía a las uniones convivenciales, y que no se podía forzar una interpretación.

También dejo a relucir que al momento de sancionada la ley no se encontraban incorporadas al derecho privado las "uniones convivenciales" del artículo 509 del

[113] Galarza Nahir Mariana s/ Homicidio doblemente agravado (Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas de Ibicuy 24 de Julio de 2018).

[114] SCBA, "Altuve Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n° 79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R. F. S., p. 132.456", 2020

Código Civil y Comercial, es por ello que centró su postura en la "*relación de confianza*" que había en las relaciones afectivas, que eran las que colocan a la víctima en una situación de indefensión y que debía analizarse cada situación en particular.

De esta manera podemos vislumbrar como a través de los años la interpretación que realiza la jurisprudencia respecto del término "relación de pareja" incorporado al art. 80 inc. 1° por la Ley 26.791, agravante de homicidio calificado, ha ido variando.

b) Doctrina

Ahora bien, para conocer la definición y alcance que adopta la doctrina analizaremos alguna de sus posturas.

En una primera instancia el Dr. Figari (2014)[115] expone que:

> *"Resulta un tanto confuso interpretar exactamente qué cualidades o características deben revestir dos personas que llevan una "relación de pareja", porque la palabra cónyuge o "excónyuge" son conceptos definidos en el ordenamiento civil actual, no pasa lo mismo con la expresión "relación de pareja"- molina y trotta (lo cita como hago)…¿Será necesario una convivencia previa?;¿Una determinada cantidad de citas?;¿Reconocimiento social como novios?; ¿Mantener relaciones sexuales?;¿Relaciones monógamas?, en definitiva los interrogantes son variados y conducen a diversas interpretaciones que normalmente son peligrosas pues socavan el principio de ley escrita en materia penal, no basta con un lenguaje coloquial. Salvo recurrir, como se dijo ut supra, a una interpretación más o menos aproximada de la unión convivencial que trae el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 509."*

Para luego, tres años más tarde[116] (La relación de pareja del inc. 1° del art. 80 del C.P. no equivale a la unión convivencial civil, sino que la excede., MAYO 9, 2017)

---

[115] Figari, R. E., 4 de Marzo de 2014. "*Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenunción*." Recuperado el 2 de Octubre de 2020, de Código Penal comentado: www.pensamientopenal.com.ar, *pág. 4*

[116] Figari, R. E. (MAYO 9, 2017). *"La relación de pareja del inc. 1° del art. 80 del C.P. no equivale a la unión convivencial civil, sino que la excede.", Revista Jurídica Región Cuyo - Argentina - Número 2* .

realizó un desglose y análisis de las características que determinan la conformación de la unión convivencial que surgen del art. 509 C.C.C.N., ya que entiende que de ellas deriva el término "relación de pareja".

- ***Singularidad***

Dicha característica es concordante con nuestra tradición y los valores culturales que predominan en la sociedad argentina actual, por cuanto se refiere a un modelo de organización centrado en la monogamia.

Se entiende que dicho elemento no desaparece por el hecho de que uno de los integrantes de la relación mantenga una momentánea relación sexual con un tercero, como así tampoco por el hecho de mantener convivencia en un mismo inmueble con otras personas, siempre que con las mismas no tenga una relación afectiva similar que con la de su pareja.

- ***Publicidad***

La unión entre esas dos personas debe tener una exteriorización para toda la comunidad, lo que implica que no debe ser disimulada y/u ocultada. Requiere de un público conocimiento, no debe ser sustraída de la posibilidad de ser conocida por terceros.

- ***Notoriedad***

Dicha característica guarda relación con la publicidad, la misma es indisoluble a la circunstancia de resultar evidente e innegable, y se infiere del conocimiento que se tiene o puede tenerse socialmente de la existencia de la unión y demostrativa de la misma.

- ***Estabilidad***

La relación entre los convivientes debe ser duradera, perdurable en el tiempo, lo contrario a una relación momentánea o accidental o causal. Se encuentra ligada al proyecto de vida común más que a un periodo de convivencia.

La estabilidad relativa nos habla de un sostenimiento en el tiempo del *vínculo.*

- ***Permanencia***

La norma al hablar de "estabilidad y permanencia" utiliza ambos términos como sinónimos, es por ello que esta característica se encuentra totalmente ligada a la anterior.

- ***Personas de idéntico o diferente sexo***

Esta es una de las facetas que expresamente contiene el último tramo del art. 509 similar a la recepción del matrimonio igualitario que ya había sido reconocido por la Ley 26.618.

A modo de conclusión de su trabajo y con el fin de otorgar su postura respecto a que se entiende por relación de pareja, considera que:

> *"Se debe afirmar que la expresión "relación de pareja" contenida en el inc. 1° del art. 80 del C. P. hace referencia a una situación que si bien abarca la institución de la "unión convivencial", en realidad la excede, pues contempla circunstancias más amplias que ésta. Por consiguiente, la incidencia de la normativa civil, en este caso, no mella la interpretación que se hace en materia penal."*[117]

Sentado ello, podemos entender que para el Dr. Figari el término relación de pareja se conforma por las características que posee la unión convivencial pero ello no quiere decir que sean comparables, sino que la relación de pareja, busca abarcar situaciones más amplias, por lo tanto la excede.

Otro de los autores que ha sido analizado en el presente trabajo es Boumpadre, quien en su manuscrito Delitos de género en la reforma del Código Penal (2013)[118] nos acerca a lo que él entiende por "relación de pareja":

> "*...el término relación de pareja –al no exigir "convivencia"- (mediare o no convivencia, dice la ley) debe ser entendido, mínimamente, como una relación meramente afectiva, que puede o no presuponer convivencia o vida en común. De manera que, de acuerdo a esta interpretación, tendrá la misma pena (prisión o reclusión perpetua) matar a la esposa, a la concubina o a la novia, toda vez que la relación*

[117] Figari, R. E., Mayo 9, 2017. "La relación de pareja del inc. 1° del art. 80 del C.P. no equivale a la unión convivencial civil, sino que la excede", *Revista Jurídica Región Cuyo - Argentina - Número 2* . pág. 11

[118] Boumpadre, J., Febrero de 2013." *Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791)*", Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal. Pág. 11

de convivencia no es exigible por el tipo penal en cuestión, ni tampoco que la muerte se haya producido en un contexto de género."

También hace una crítica a este nuevo concepto incorporado por la ley 26.791 y manifiesta que:

"La norma es confusa, excesivamente amplia, indeterminada y generadora de inseguridad jurídica (piénsese en los problemas de interpretación que acarreará la expresión "relación de pareja"), circunstancias que lesionan el principio de legalidad por violación del mandato de máxima taxativadad penal que exige la mayor precisión técnica posible en la construcción de una figura típica. Todo lo cual nos podría llevar a preguntarnos ¿cuál es el fundamento que justifica la mayor penalidad en los casos de muerte del ex cónyuge o de una persona con quien se ha tenido una relación de pareja, equiparándolos a la situación del cónyuge, del ascendiente o del descendiente, situaciónes en las que se mantiene la relación vincular y de vida en común entre el autor y la víctima (parentesco o vínculo matrimonial)."[119]

Mariana Barbitta (2014)[120] por su parte manifiesta que:

"El primer problema que aparece con esta redacción es la posible afección al principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) que exige un descripción de la conducta de forma clara, precisa y circunstanciada. Ello, claramente se puede advertir al no poder definir con exactitud, que se entiende por relación de pareja"

Por lo tanto, Boumpadre y Barbitta ponen de resalto la confusión que genera la definición de la relación de pareja exhibiendo el modo en el cual el concepto trastoca principios de raigambre constitucional.

[119] Boumpadre, J., Febrero de 2013. "*Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791)",* Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal. Pág. 10

[120] Barbitta, M., 2014. "La reforma del art. 80 del Código PEnal. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género.", *REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO / Número: 2014 (3) .pág. 8*

CAPITULO VI - CONCLUSIONES FINALES

A lo largo del presente trabajo se analizó y desmembró el artículo 80 inciso 1° del Código Penal de la Nación. Comenzando en una primera instancia con la descripción de su modificación a través de la ley 26.791, sancionada en el año 2012. Como ya se ha hecho mención, dicha ley es denominada como "*Ley del femicidio".*

La ley fue sancionada y motivada por el contexto social en el que se encontraba nuestro país en el momento de su dictado, en virtud de la cantidad de casos de femicidios existentes, los cuales han sido comprobados estadísticamente, por lo que recurrimos a los fundamentos de la misma para comprender la génesis de la figura típica en tratamiento.

Más allá de su reconocido nombre, motivado por la incorporación de la figura típica del femicidio a nuestro código sustantivo, se advirtió que no ha sido la única modificación efectuada.

El marco de análisis que nos compete es la agravante por el vínculo del inciso 1° artículo 80 C.P., el cual incorporó a los homicidios calificados el término "relación de pareja".

En tal sentido hemos analizado la descripción objetiva y material de la conducta prohibida del delito en cuestión, de este modo se determinó que el mismo conforma un delito dependiente calificado, así como un tipo penal activo, de resultado y de lesión. Mientras que en su aspecto objetivo, se destacó que comprende un sujeto activo y un sujeto pasivo especial impropio ante la existencia de una relación de pareja entre el autor y la víctima.

Ahora bien, en cuanto al concepto de relación de pareja se ha demostrado en el presente trabajo como a lo largo de los años se han abordado diversas posturas al momento de interpretar el término en cuestión. Por su parte, la jurisrpudencia, tanto nacional como provincial, en sus distintas etapas, ha ido cambiando su parecer al momento de aplicar la misma.

En un primer momento se realizó una comparación estricta del término "relación de pareja" con la tantas veces mencionada "unión convivencial", considerando que para ser abarcado en la agravante debían acreditarse los dos años de convivencia y cumplir

con todos los requisitos estipulados por los artículos 509 y 510 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Luego las comparaciones variaron y ya no eran tan estrictas, sino que se comenzó a dejar de lado la exigencia de dos años de convivencia.

Por último, se entendió que el término no debía analizarse basándose en una comparación con el art. 509 CCCN, dado que este tipo de relaciones excede a las uniones convivenciales, además de que al momento de sancionada la ley las mismas no se encontraban vigentes.

Finalmente, luego de una interpretación teleológica, que se corresponde con la finalidad de la norma, se determinó que, lo que se busca es proteger aquellos casos en los que esa "relación de pareja" haya sido generadora de un *"abuso de confianza"*, es decir, que esa confianza que se deben las partes que componen una relación haya sido la que colocó a la víctima en una situación de indefensión. En base a ello debe realizarse la acepción del término.

Ahora bien, a partir de lo expuesto entendemos que el concepto "relación de pareja" cae en vaguedad, por lo que su acepción dependerá de la discrecionalidad del Juez en el entendimiento del elemento normativo de clase cultural. Tal como se observa ut supra, cada caso ha sido juzgado de diferentes formas de acuerdo a la interpretación de cada magistrado interviniente.

De este modo, ha quedado en manifiesto que el término genera inseguridad jurídica, por lo tanto, afecta la garantía constitucional de legalidad que, como ha sido explicado en el presente capitulo, se compone por sus cuatro características principales, como son la exigencia de que la ley debe estar escrita, encontrarse vigente al momento en que se cometió el ilícito, con prohibición en su analogía y por último, la característica que consideramos que nos compete y, que se halla afectada por la incorporación al artículo 80 inciso 1° del C.P., que es el principio de certeza, el cual basa sus fundamentos en la necesidad de que la norma sea precisa.

Por lo expuesto y en base a que el término "relación de pareja" no posee un significado jurídico en particular, generando de esta forma diversas interpretaciones, es que consideramos que el artículo 80 inciso 1° debería ser modificado, incorporando a la agravante un término en el cual se precisen correctamente las características de las relaciones que se buscan abarcar.

Asimismo, considerando la envergadura de las consecuencias de esta vaguedad, que varía entre la punición perpetua en relación con la aplicación de la pena temporal que oscila entre los 8 y 25 años de prisión, resulta de suma necesidad la modificación del tipo penal con el fin de circunscribir el concepto a determinados vínculos, y de este modo cumplir con el mandato de certeza que surge del nullum crimen sine lege (art. 18 C.N.).

En conclusión resalto la necesidad de arribar a una definición certera del concepto analizado, en aras al respeto que merecen los principios constitucionales, logrando la merecida certeza en la interpretación de la norma.

Bibliografía

Altuve Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n° 79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R. F. S., p. 132.456 (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires Julio de 2020).

Aponte Graciela del Valle s/ recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires 2016).

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal - Parte General, 2da edición.* Hammurabi.

Barbitta, M. (2014). La reforma del art. 80 del Código PEnal. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO / Número: 2014 (3)* .

Boumpadre, J. (10 de Junio de 2013). *Art. 79 Homicidio Simple.* Recuperado el 10 de Octubre de 2020, de Asociación de pensamiento penal: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37491.pdf

Boumpadre, J. (Febrero de 2013). *Delitos de género en la reforma del Código Penal (ley 26.791).* Recuperado el http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf de Octubre de 2020, de Pensamiento Penal.

Boumpadre, J. (2013). *Violencia de género, Femicidio y Derecho Penal.* Córdoba: Alveroni.

Bueres, A. (19 de Septiembre de 2015). *Lex.* Recuperado el Noviembre de 2020, de Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.: http://www.codigocivilonline.com.ar/articulo-21/

Cagigas Arriazu, A. (2000). *El patriarcado como origen de la violencia doméstica.* Publicado en el sitio web de la Fundación Dianet.

Carrió, G. (1976). *Notas sobre el derecho y lenguaje.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Censori, L. (21 de Julio de 2014). *El delito de femicidio y su constitucionalidad.* Recuperado el 9 de noviembre de 2020, de Pensamiento Penal: http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39394-delito-femicidio-y-su-constitucionalidad

Comisión de Legislación Penal y de Familia, M. N. (Orden del día 202/2012). Honorable Cámara de Diputados.

Creus, C. (1992). *Derecho Penal, Parte General, 3ra edición actualizada y ampliada.* Astrea.

Crisanto, K. (s.f.). *Teoría de la anidación.* Recuperado el 11 de Noviembre de 2020, de Academia: https://www.academia.edu/33506792/TEOR%C3%8DA_DE_LA_ANIDACI%C3%93N

Diccionario panhispánico del español jurídico. (2020). Obtenido de https://dpej.rae.es/lema/principio-de-certeza

Donna, E. A. (2003). *"Delitos contra las personas"*. Rubinzal - Culzoni .

E., D. s/ recurso de casación (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II 18 de Junio de 2015).

Figari, R. E. (4 de Marzo de 2014). *Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenunción*. Recuperado el 2 de Octubre de 2020, de Código Penal comentado: www.pensamientopenal.com.ar

Figari, R. E. (2004). *Homicidios, 2° edición corregida y apliada.* Cuyo, Mendoza: Ediciones Jurídicas.

Figari, R. E. (MAYO 9, 2017). La relación de pareja del inc. 1° del art. 80 del C.P. no equivale a la unión convivencial civil, sino que la excede. *Revista Jurídica Región Cuyo - Argentina - Número 2* .

Fister. (2009). La causalidad de la acción respecto del resultado. En M. Sancinerri, *Causalidad, riesgo e imputación* (pág. 479/480).

Galarza Nahir Mariana s/ Homicidio doblemente agravado (Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas de Ibicuy 24 de Julio de 2018).

Gallenti, S. (Noviembre de 2012). *Elementos del Derecho Civil, "El comienzo de la vida humana"*. Recuperado el 10 de Noviembre de 2020, de http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derecho-civil-sebastian-gallenti.pdf

Larrauri, E. (2008). *Mujeres y sistema penal (violencia domestica).* Montevideo - Buenos Aires: BdeF.

Maqueda Abreu, M. L. (2006). La violencia de genero entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista electrónica de ciencia penal y criminologia* .

Muñoz Conde, F., & Garcia Aran, M. (2010). *Derecho penal - Parte General, 8va edición.* Valencia: Tirant lo blanch.

Nación, H. C. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires.

Nación, H. C. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación.* Buenos Aires.

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho, 2da edición.* Ciudad de Buenos Aires: Astrea.

Olmo, J. P. (2014). *UniversoJus.com.* Recuperado el noviembre de 2020, de Código Civil y Comercial de la Nación comentado: http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-21

Righi, E. (2019). *Derecho penal: parte general.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perot.

Rodriguez Facundo Sebastián s/ homicidio agravado por la relación de pareja, 76.641 (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires 08 de Agosto de 2017).

Rusconi, M. (2009). *Derecho penal parte general, 3ra edición.* Buenos Aires.

Rusconi, M., & Kierszenbaum, M. (2020). *Elementos de la Parte General del Derecho Penal, 2da edición.* Hammurabi.

S. S. M. s/ homicidio simple en tentativa (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III 2016).

Soler, S. (1970). *Derecho penal argentino T° III.* Buenos Aires: TEA.

Valverde, A. A. (18 de Julio de 2010). *La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal.* Recuperado el 10 de Julio de 2021, de Derecho Penal online: https://derechopenalonline.com/la-teoria-de-la-imputacion-objetiva-en-el-derecho-penal/

Zambrano, A. M. (2017). *La casa del encuentro.* Recuperado el 9 de Noviembre de 2020, de Observatorio de femicidios en Argentina: http://www.lacasadelencuentro.org/

JURISPRUDENCIA

- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II "E., D. s/ recurso de casación", 2015).
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III "S. S. M. s/ homicidio simple en tentativa", 2016).
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires "Aponte Graciela del Valle s/ recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal", 2016.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires "Rodriguez Facundo Sebastián s/ homicidio agravado por la relación de pareja, 76.641", 2017.
- Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas de Ibicuy "Galarza Nahir Mariana s/ Homicidio doblemente agravado", 2018.
- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires "Altuve Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n° 79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R. F. S., p. 132.456", 2020.

LEGISLACIÓN

- Constitución Nacional Argentina.
- Código Penal de la Nación Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Ley 26.791. "Ley de femicidio." Sancionada: 14 de Noviembre de 2012; Promulgada: 11 de Diciembre de 2012.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém Do Pará, 9 de Junio de 1994.
- Ley 26.845, "Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales" Sancionada: 11 de Marzo de 2009; Promulgada: 1 de Abril de 2009.
- Ley 21.541, "Ley de Salud Pública – Medicina – Trasplante de órganos y material anatómico humano", 1977.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Pág.	Página
Ed.	Editorial

LOCUCIONES LATINAS UTILIZADAS

Ut supra.	Más arriba

CARTA DE ACEPTACIÓN DE LA TUTORA

Berazategui, a los 25 días del mes de agosto del año 2021

Estimada alumna

Rocío Soledad Soto

Por medio de la presente me dirijo a Ud. A fin de aceptar el cargo de tutora para su trabajo final titulado ***"La reforma del artículo 80 inciso I del Código Penal de la Nación: Homicidio calificado por el vínculo, afecta el principio de certeza de la garantía constitucional de legalidad".***

Saludo a Ud. Atte.

Dra. Desirée De Libano Elorrieta
Universidad Abierta Interamericana

NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS

Berazategui, a los 13 días del mes de octubre del año 2021

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico, que la alumna ha confeccionado bajo mi supervisión el trabajo final, titulado: ***"La reforma del artículo 80 inciso I del Código Penal de la Nación: Homicidio calificado por el vínculo, afecta el principio de certeza de la garantía constitucional de legalidad".*** A mi entender por la calidad de su contenido y requisitos, está en condiciones de ser defendido ante el tribunal que se designe.

Saluda a Ud. con mi mayor consideración,



De Libano Elorrieta, Desirée.

ÍNDICE

CAPÍTULO I - BIEN JURIDICO 8

I. El bien jurídico protegido 9

a) Comienzo de la vida humana 10

b) Nacimiento. 11

CAPITULO II. - LEY 26.791 15

I. Violencia doméstica 15

II. Violencia de género 15

III. Modificaciones del artículo 80 de Código Penal 20

CAPITULO III - ESTRUCTURA TIPICA DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 80 INCISO 1° 24

I. Clasificación 24

II. Tipo penal objetivo 26

a) Sujeto activo 26

b) Sujeto Pasivo 27

c) Acción típica 28

d) Resultado 29

e) Nexo de causalidad 30

1. Teoría de la equivalencia (conditio sine qua non) 30

2. Teoría de la adecuación y de la relevancia 31

3. Teoría de la imputación objetiva (1960) 31

CAPÍTULO IV - JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE RELACIÓN DE PAREJA 34

I. Jurisprudencia nacional: 34

a) Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional - Sala II, autos "E., D. s/ recurso de casación", año 2015. 34

1. Hechos 34

2. Antecedentes 34

3. Resolución 35

b) Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional – Sala III, autos "S., S. M. s/ homicidio simple en tentativa", (2016). 37

1. Hechos 37

2. Antecedentes 37
3. Resolución 38
II. Jurisprudencia provincial: 40
a) Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala IV - autos "Aponte Graciela Del Valle s/ recurso de casación interpuesto por agente fiscal", (2016)....40
1. Hechos 40
2. Antecedentes 40
3. Resolución 41
b) Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala I - a los efectos de resolver la causa N° 76.641 "Rodriguez Facundo Sebastian" s/ homicidio agravado por la relación de pareja", 2017 43
1. Hechos 43
2. Antecedentes 43
3. Resolutorio....44
c) Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas del Ibicuy, "Galarza Nahir Mariana s/ Homicidio doblemente agravado", (2018). 45
1. Hechos 45
2. Antecedentes 45
3. Resolución 46
d) La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n°79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.", (2020) 49
1. Hechos 49
2. Antecedentes 49
3. Resolución 51
CAPÍTULO V - PRINCIPIO DE LEGALIDAD 56
I. Principio de legalidad....56
a) Exigencia de ley escrita (lex scripta): 58
b) Exigencia de ley previa (nulla poena sine lege praevia): 58
c) Ley estricta (nulla poena sine lege stricta): 58
d) Ley cierta (lex certa):....58
II. Diferentes acepciones del término "relación de pareja"....60
a) Jurisprudencia....60
b) Doctrina 64

CAPITULO VI - CONCLUSIONES FINALES.....68

Bibliografía.....71