



## **Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenuación.**

Por **Rubén E. Figari**

**Art. 80 Inc. 1ro.:** *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

*A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia”.-*

### **1.- Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima.**

**Art. 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, mediar o no convivencia”.-*

Este inciso ha sido reformulado, agregándole otros sujetos pasivos, en virtud de la ley 26.791 (B.O. 14/12/12) pues anteriormente su texto respondía al homicidio del “ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son”.-

Bien se sabe que el Título I denominado “Delitos contra las personas” incluye seis capítulos: Delitos contra la vida, Lesiones, Homicidio y Lesiones en riña, Duelo, Abuso de Armas y Abandono de Persona. A decir verdad este título genéricamente hace referencia, en cuanto a su bien jurídico, a la integridad psicofísica del ser humano en todas sus manifestaciones, salvo las referidas al honor, sexualidad, estado civil y libertad que, como bien se sabe, se regulan en otros títulos.-

De hecho el Capítulo I “Delitos contra la vida” comienza con la disposición del art. 79 – homicidio – ya tratado y rige en la medida “que en este Código no se estableciere otra pena”. Por ello se puede decir que el tipo penal del art. 79 se encuentra sumergido en un régimen de especialidad expresa. Por ello, al decir de Soler, no tiene más alcance que el de destacar ese carácter de figura genérica con relación a todas las otras formas de “matar a otro”. No se trata de una relación subsidiaria, sino específica y por ende el agregado resulta innecesario, pues, tácitamente está en todas las figuras genéricas de la Parte Especial, pero aclara, que la frase es justificada solamente en

atención a la gran variedad de figuras de homicidio, proporcionando una definición negativa: “es la muerte de un hombre sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio” quedando en consecuencia, la figura base como un residuo (1).-

Con anterioridad a la reforma se tipificaba las figuras de parricidio y del uxoricidio, es decir la muerte dolosa de un ascendiente, descendiente o cónyuge. De allí que el sujeto activo de la relación delictual se encontraba ligado con el ofendido por un vínculo de consanguinidad – ascendiente o descendiente (art. 352 C.C. (2)) y uno matrimonial (arts. 159 y sgtes. C.C.). En el primer caso la agravante se fundamentaba en el menosprecio al vínculo de sangre que une a la víctima con el victimario (3) y en el segundo, el fundamento se fincaba en el desprecio a la calidad y condición de la persona y a los deberes recíprocos que tienen los esposos, los que devienen ínsitamente de la propia institución (4).-

Mediante la ley mencionada *ut-supra* se agregan otros sujetos activos como son: el excónyuge o a la persona con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

De acuerdo a la ley 26.618 que implementa el matrimonio igualitario es irrelevante que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo.-

En el caso de divorcio vincular – art. 213 inc. 3º C.C. – antes de la ley 26.791 se consideraba que no se aplicaba la agravante, mas ahora sí. En el caso del matrimonio anulable, mientras no se haya declarado la nulidad, la muerte del cónyuge por otro será un homicidio calificado, pero después también porque entraría en el supuesto del “ex-cónyuge”. Igual temperamento se aplica para el caso

1 SOLER Sebastián “*Derecho Penal Argentino*” t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 15.

2 Art. 352 C.C.: “En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, y el bisnieto en el tercero, así los demás. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etcétera”.

3 FIGARI Rubén “*Homicidios*” 2º edición corregida y ampliada, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 91.

4 Idem (ob. cit. p. 94)



de matrimonio absolutamente nulo, lo mismo acontece con la separación personal que no disuelve el vínculo matrimonial (art. 201 C.C.).-

Todo esto último revierte situaciones que antes no eran contempladas por la ley penal porque ahora se agrega como sujeto pasivo no sólo al excónyuge, sino a aquél con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. De allí que en esta especificación quedan comprendidos el homicidio de la concubina/o, de la novia/o siempre que haya habido una relación de pareja entre el agresor y la víctima, dejando de lado las relaciones pasajeras, transitorias o amistosas <sup>(5)</sup>. Aunque se puede recurrir, para una mayor precisión a lo expuesto en el Título III “Uniones convivenciales” por el art. 509 <sup>(6)</sup> del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (media sanción), pero apartándose de lo que disponen el art. 515 inc. e) en contra la exigencia de mantener la convivencia por un período inferior a dos años, pues ello no se condice con lo consignado en el texto penal, como lo hacen Arocena -Cesano <sup>(7)</sup>.-

Siguiendo con los sujetos del delito, se hace menester realizar una distinción de si se trata del homicidio de los ascendientes, descendientes, cónyuges o excónyuges, porque se estaría ante la presencia de un tipo especial de autor cualificado en el sentido de que el sujeto activo debe reunir esa condición que requiere la norma. Lo mismo que ocurre con el sujeto pasivo. En sentido adverso, si se tratara del homicidio de la pareja o conviviente el sujeto puede ser cualquier persona, es decir, indiferenciado, y son circunstancias objetivas que el legislador ha tenido en cuenta para determinar este plus punitivo.-

---

5 BUOMPADRE Jorge “*Violencia de género, Femicidio y Derecho Penal*”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2013, p. 142

6 Art. 509: “Las disposiciones de este título se aplicarán a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”

7 AROCENA Gustavo - CESANO José “*El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis-dogmático-jurídico*” Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013, p. 73 nota 12.

Asevera Buompadre que en cualquiera de las dos hipótesis referidas, los sujetos son indiferentes en cuanto al sexo, debido a que pueden pertenecer al sexo masculino o al sexo femenino – hombre-mujer, hombre-hombre, mujer-mujer, mujer-hombre – lo que da la pauta que en este caso – que no es el referido en el inc. 11 del art. 80 – no son homicidios configurativos de delitos de género, sino conductas neutrales en las que pueden estar involucrados sujetos pertenecientes a cualquiera de los dos sexos <sup>(8)</sup>.-

Este nuevo texto no ha estado exento de acervas críticas porque no se comprende bien cuál es el fundamento de aplicar semejante pena – prisión perpetua – por el homicidio de la ex pareja o novia con quien ya no se tiene una relación de convivencia, o incluso, que nunca se tuvo, con ese criterio habría que mencionar también al anciano, niño, o a una persona especialmente vulnerable con quien se puede estar compartiendo, o haber compartido una situación de convivencia. De hecho que el principio de proporcionalidad de las penas, en este caso, se da de traste con el art. 16 de la C.N..-

Resulta un tanto confuso interpretar exactamente que 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” <sup>(9)</sup>. 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 la ley estricta 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.-

El novel texto prescinde del conocimiento asertivo acerca del vínculo entre sujeto activo y pasivo – “sabiendo que lo son” – aunque tal omisión no trae aparejado un cambio relevante de interpretación del tipo subjetivo. Hay que recordar que este conocimiento tenía relación con los vínculos previstos en la norma, no con el resultado de la acción – muerte de la víctima –, de lo que se

---

8 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 143)

9 MOLINA Magdalena - TROTTA Federico “*Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados*” LL 2013-A- 493



desprende que era admisible el dolo eventual. A guisa de ejemplo Laje Anaya afirma: “la ley no dice el que matare a su padre queriéndolo matar, sino el que matare a una persona conociendo que es su padre. La especificidad del parricidio radica en ese conocimiento previo que, de faltar, el delito no existe, y no en la posibilidad de atribuirlo culpablemente sólo al título de una especie de dolo” (10).-

Es suficiente el dolo eventual en relación con el resultado, pero no en lo referente a la condición de la víctima, sabiendo de la particular calidad de ésta y la mate por considerar seriamente como posible la realización de la muerte y se conforma con ella (11).-

El error sobre la existencia del vínculo excluye el tipo agravado, similar cosa ocurre con los casos de *aberratio ictus*. El *error in personam* no modifica el título de imputación por lo que concurre el tipo agravado y cambia la situación cuando se cree matar, por ejemplo, a la novia o el novio y se mata una persona anónima, distinta.-

## 2.- Circunstancias extraordinarias de atenuación.

El último párrafo del art. 80, de acuerdo a esta reforma, establece las circunstancias extraordinarias de atenuación, con la siguiente tónica: ***“Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.-***

Como regla general se reconoce que en los casos previstos en el inc. 1º, cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez está facultado a aplicar prisión o reclusión de

---

10 LAJE ANAYA Justo “*Homicidios calificados*” Ed. Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 823. Respecto a la duda de si el sujeto puede incurrir en la figura agravada con dolo eventual. “La respuesta es que el elemento subjetivo cognoscitivo (“sabiendo que lo son”) no se identifica con el dolo. El autor debe saber de quiénes se trata; pero el querer directamente la muerte o asentir a su producción eventual resulta indistinto, y en ambos casos de imputación del hecho se hará a título de dolo. Se equivocan los penalistas que enseñan que no puede concurrir en el caso del dolo eventual... Pero lo eventual no es el conocimiento que sí debe concurrir, sino el eventual es el resultado de muerte. De manera que si el agente persigue un objetivo, que para él es de mayor valor que la eventual muerte del padre, y actúa, habrá parricidio con dolo eventual” (Cfme. TERRAGNI Marco “*Tratado de Derecho Penal*” t. II, Parte Especial I, Ed. La Ley, Buenos Aires 2012, p.178

11 AROCENA Gustavo -CESANO José (ob. cit. p. 75)

ocho a veinticinco años. Pero seguidamente, deniega esta facultad para “quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.-

En la normativa originaria del Código Penal el marco de movilidad que tenía el juzgador era sumamente estrecho pues sólo ante el caso tipificado lo ubicaba en la elección de dos posibilidades punitivas: prisión o reclusión perpetua – art. 80 inc. 1º – o prisión o reclusión de diez a veinticinco años cuando la muerte se perpetraba en estado de emoción violenta que las circunstancias hacían excusables – art. 82 –. En cambio con el agregado de la posibilidad de las circunstancias extraordinarias de atenuación, el campo de acción ofrecía perspectivas de mayor justicia, no obstante que se criticaba la adopción de la pena en cuestión, pues resulta una incongruencia la comparación entre la del art. 80, último párrafo – ocho a veinticinco años – y la del art. 82 – diez a veinticinco años.-

Sobre este tópico Carrera consideraba que emocionarse violentamente, que lo contemplado en este último (art. 82) es mucho más que matar mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, previstas en el restante. Dicho de otro modo, emocionarse violentamente es más leve lo primero que lo segundo pues, a pesar de la naturaleza subjetiva de ambos, la intensidad del estado emocional y la consecuencia es mayor que la atenuación resultante de la concurrencia de las circunstancias extraordinarias. Insólitamente, no obstante, la ley castiga más severamente – reclusión de diez a veinticinco años – el parricidio emocional que el extraordinario o excepcional – ocho a veinticinco años –. En la práctica, el defensor que se esforzara por demostrar, para beneficiarlo, que su asistido obró emocionado violentamente, en realidad de tener éxito, lo perjudicaba, en razón de que la pena aplicable disminuye en sentido inverso de lo que debería ser <sup>(12)</sup>.-

El antecedente más aproximado al que luego se plasmaría en la ley *de facto* 17.567 se puede encontrar en el Proyecto Peco de 1941 que en la Sección Primera “Delitos contra los bienes jurídicos de los particulares”, Título Primero “Delitos contra la vida y la Integridad corporal y de poner en peligro a las mismas”, Capítulo I “Delitos contra la vida”, art. 112 decía: “Se aplicará privación de libertad perpetua; o privación de libertad de diez a veinticinco años, si concurrieren circunstancias importantes de menor peligrosidad, al que matare a otro en alguno de los casos siguientes: ...”. Pero es recién con la ley *de facto* mencionada que se instaura en la parte final del art. 80 las circunstancias extraordinarias de atenuación, tal como se las conoce actualmente: “Cuando en el caso del inciso 1º

---

12 CARRERA Daniel “Parricidio en estado emocional”, nota a fallo. “Semanario Judicial” n° 746, 1, citado por FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 100/101)



de este artículo mediar en circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años” (13).-

En términos generales se ha considerado que el fundamento de un menor castigo se erige en el hecho de motivos que determinan una razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre, o la calidad de cónyuge que se origina fuera del propio individuo.-

Laje Anaya estima que la benignidad de la represión no puede encontrar su fundamento ni justificante en la propia calidad del ascendiente, descendiente o cónyuge, ni que en determinadas situaciones se haga necesario proteger con otra pena la vida de ciertos parientes, sino que debe buscarse en la calidad de los motivos que determinan una razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre o la calidad de cónyuge, razonabilidad que encuentra, como ya se ha dicho antes, su origen fuera del propio individuo (14). Es así que esta disminución puede tener su génesis a la conducta anterior del agredido cuando éste ha resquebrajado los vínculos familiares de manera que le haga desmerecer las consideraciones o respetos que se exigen para tales vínculos, o, en fin, pueden originarse a estímulos de mayor envergadura que el respeto familiar, siendo nobles y desinteresados, lo que determina la ausencia de consideraciones naturales entre quienes, unidos por vínculos de familia, se deben mayor estima, apoyo y protección (15).-

En la aplicación de este último párrafo debe descartarse la posibilidad de que la muerte haya sido causada en un estado de emoción violenta excusable por la circunstancias, en tal hipótesis se estaría ante el encuadramiento en el art. 81 inc. 1º. Cabe aclarar, por otra parte que la decisión judicial al respecto – circunstancias extraordinarias de atenuación – es facultativa y debe tener su sustento en elementos criminológicos positivos y negativos. Los primeros se resumen en que suceda una objetividad, un hecho, un acontecimiento que trasunte en sí mismo una entidad de tal naturaleza

---

13 La Exposición de Motivos explicaba que en el caso: “Determinamos una escala penal alternativa, igual a la del homicidio simple, para el caso de homicidio de parientes cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación (no comprendidas como emoción violenta), porque la práctica judicial ha puesto en evidencia, para este caso, la inconveniencia de una pena fija” (Cfme. ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel “*Digesto de Codificación Penal Argentina*” t. VII, Ed. AZ Editores, Madrid, 1996, p. 64

14 LAJE ANAYA Justo “*Homicidio calificado por el vínculo y circunstancias extraordinarias de atenuación*” JA 1968 -V -819

que se halle fuera del orden o regla natural – es decir extraordinario – y que esa objetividad sea captada subjetivamente por quien actúa y funciona como causa determinante del pariente o cónyuge y determine una disminución de la culpabilidad. En este caso puede provenir de la conducta propia de la víctima, del victimario o de ambas a la vez. Pueden ser provocaciones mediante ofensas, amenazas, e injurias ilícitas o graves. El elemento negativo es que no se trate de una emoción violenta excusable por las circunstancias <sup>(16)</sup>.-

Hechas estas acotaciones sobre la génesis de las circunstancias extraordinarias de atenuación es dable adentrarse en la legislación en vigencia. Y es aquí donde la cuestión se complica con el agregado de que estas circunstancias no serán aplicables “a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”, es decir, en el contexto de violencia de género sobre una persona de sexo femenino, de manera tal que tales circunstancias de atenuación se pueden aplicar si la muerte se ocasionare en una persona de sexo masculino (sic). Está visto, que esta decisión legislativa que se ha concretado en el último párrafo del art. 80 es un instrumento dirigido a prevenir y castigar, no ya la violencia familiar en general, sino específicamente la violencia contra la mujer <sup>(17)</sup>.-

Es decir, que en síntesis, la no aplicación de la sanción privilegiada es para el sujeto – hombre o mujer – que hubiere matado o tentado a hacerlo a su ascendiente, descendiente, cónyuge,

---

15 FISZER Fernando en BAIGUN David-ZAFFARONI Eugenio (dirección), TERRAGNI Marco (coordinación) “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*” 2º edición, t. 3, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, ps. 458/459. Pueden ser concomitantes con el hecho, por ejemplo sorprender a la esposa en adulterio, o preexistentes desarrollándose en corto o largo plazo, por ejemplo una larga enfermedad de la víctima a cuyos padecimientos el autor decide poner fin. Pueden originarse en las relaciones de la víctima con el agente, como es el caso de una larga vida de malos tratos de un cónyuge con el otro; puede proceder de la misma víctima, como es la situación del homicidio piadoso y hasta originarse en circunstancias relativamente extrañas a las relaciones puramente personales, tal la situación de la madre que decide poner fin a la vida de sus hijos ante un estado de miseria tal que le es muy difícil atender. (Cfme. CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte Especial*” 7º edición actualizada y ampliada, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 16/17)

16 ABOSO Gustavo “*Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*” Ed. B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2012, p. 476.

17 AROCENA Gustavo - CESANO José (ob. cit. p. 99)





excónyuge o persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia y anteriormente haya realizado actos de violencia contra la mujer víctima.-

Para ello se debe recurrir, dado que se trata de una norma en blanco, para completar el aspecto normativo a la ley 26.485 art. 4 que dice: “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”. El presente artículo se complementa con el art. 5 <sup>(18)</sup>.-

De hecho se presentan algunas dificultades ya advertidas por algunos publicistas al momento de la aplicación de esta circunstancia atenuadora de la pena.-

---

18 Art.5º: Tipos. “Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: 1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física.2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres. 4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. 5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad”.

La primera está dada por el hecho de que en el caso en estudio, la norma como se anticipa *ut supra*, está diseñada exclusivamente para proteger a la mujer – biológica – víctima de los actos de violencia, lo cual genera un desequilibrio o inequidad porque de acuerdo a la ley 26.743 referida a la identidad de género, en particular al art. 2º (19) quedaría marginada la persona de sexo masculino que de acuerdo a dicha normativa se autopercibe de género femenino (20).-

Otra cuestión a dilucidar es el hecho de que dichos actos de violencia, anteriores al homicidio deben ser plurales, ya que confunde un poco la expresión “anteriormente” aludiendo al agente que hubiera realizado acciones violentas contra la mujer víctima.-

Me permito reproducir textualmente la objeción de Buompadre sobre este particular: “La fórmula no es afortunada y puede implicar un obstáculo semántico de insospechables consecuencias. ¿Cómo y qué debe entenderse por la voz “anteriormente”? ¿un acto de agresión, dos, tres, cuatro [...] una orientación, una conducta dirigida hacia un fin determinado, una inclinación?, ¿se requiere que él o los actos de violencia anterior hayan sido declarados en una previa sentencia judicial o es suficiente con la prueba de la violencia precedente o del ambiente donde es probable que se presente, acreditada en el proceso con arreglo al principio de libertad probatoria?, ¿se trata de una apreciación automática de una conducta reiterativa o debe demostrarse la situación de persistencia contextual de la violencia por el hecho de la relación o convivencia entre el agresor y la víctima?, ¿debe tratarse de un comportamiento sistemático o también tiene relevancia dogmática o probatoria las conductas violentas esporádicas y sin solución de continuidad?, ¿la expresión “anteriormente” implica reincidencia, habitualidad, reiteración de actos en el tiempo y que ello sea declarado, como dijimos, en una previa sentencia judicial?” (21). Sinceramente endoso todos estos interrogantes pues son los que me surgieron en su momento y continúan en mi interior.-

---

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

20 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 149)

21 Idem (ob. cit. ps. 149/150)



Lo que sí se puede vislumbrar es que esta expresión deja en manos del operador judicial un lugar importante de discrecionalidad que como no puede ser de otra manera, erosiona ostensiblemente la seguridad jurídica y el principio de máxima taxatividad inherente a la materia penal. Y la duda se da en ambas opciones, es decir, si algunos de esos actos plurales han sido objeto de juzgamiento anterior, se podría vulnerar el principio *ne bis in idem*, mientras que si queda pendiente la solución en manos del juzgador, se conculca el principio de presunción de inocencia. De modo que se está ante una situación sumamente delicada <sup>(22)</sup>. Arocena - Cesano se inclinan por la alternativa de que estos hechos de violencia anterior pueden o no ser configurativos de delito y por lo tanto no demanda el previo dictado de una sentencia penal condenatoria en relación con tales circunstancias <sup>(23)</sup>. Creo que es la armonización más “elegante” en este maltrecho entuerto.-

En definitiva, el jurista correntino se inclina por un perfil cuantitativo en cuanto a que los actos de violencia anteriores deben ser dos como mínimos, o más, pero no menos, a los que se le debe sumar el acto de agresión actual, el que siempre debe haber de concurrir ya que el tipo penal requiere como resultado la muerte de la víctima. “En conclusión y con independencia de los defectos técnicos apuntados, la atenuación de la pena no será de aplicación cuando la “mujer víctima” haya sido objeto de dos actos de violencia “anterior” por parte del agresor, en un contexto que puede o no ser de género, pero que han sido desplegados con anterioridad a su asesinato” <sup>(24)</sup>.-

### **3.- Acotaciones.**

En ocasión de que el Presidente de la Comisión destinada a elaborar un Anteproyecto de reforma integral al Código Penal, me solicitara – juntamente con otros investigadores, académicos y juristas – una colaboración para aportar ideas sobre la Parte Especial de dicho Anteproyecto,

---

22 Idem (ob. cit. p. 150)

23 AROCENA Gustavo - CESANO José (ob. cit. p. 105)

24 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 151)

personalmente consideré, en base a las críticas que recayeron sobre la redacción establecida por la ley 26.791 que lo más adecuado sería trasladar una serie de agravantes a la Parte General, más específicamente a la “agravación de la pena”, sistema similar al adoptado por el Código Penal español e insinué la siguiente redacción: *Circunstancias agravantes:...*) “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su género, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad, o motivos baladíes o viles”.-

Esto se aproximó bastante a la idea general que tenía Zaffaroni, de acuerdo al Anteproyecto elaborado originalmente (25), Título III “De las penas y medidas”, Capítulo I “De las penas y su determinación” Art. 18º Fundamentos para la determinación de la pena: “...3. Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad... e) Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por odio fundado en razones políticas, ideológicas, religiosas, o en prejuicios raciales, étnicos, de nacionalidad, género u orientación sexual...”.-

Pero la redacción definitiva quedó de la siguiente manera: Título III “De las penas y medidas” Capítulo I “De las penas y su determinación”, art. 18. Fundamentos para la determinación de la pena: “... 3. Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad: ... e) Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias....” (26).-

Esto se concuerda con lo dispuesto en el art. 63.4.u) “Discriminación” y “discriminatorio” *comprende toda distinción, exclusión, restricción o cualquier otra conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en religión, cosmovisión, nacionalidad, género, orientación e identidad sexual, condición social, filiación o ideología política, características étnicas, rasgos*

---

25 Publicado en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar) y en [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar) del 17/02/2014

26 En la Exposición de Motivos sobre este preciso punto e inciso, los proyectistas afirman: “...e) Cuando la motivación repugna a los sentimientos medios culturalmente compartidos, siendo insignificantes en relación al injusto, o bien abyectos en el usual sentido de la expresión, o sea, bajos, viles, la culpabilidad es mayor que en los casos en que no presentan esas características que la hacen repudiable. En igual sentido, la motivación dada por razones políticas, ideológicas o religiosas o por prejuicios, agrava la culpabilidad. Conforme al concepto de discriminación que se aporta en el artículo 63º, ésta siempre debe importar una jerarquización de seres humanos, es decir, que el motivo aquí es considerar al otro como un ser inferior y que, por tanto no merece el mismo respeto que un igual. Pocas dudas pueden haber acerca de que esta motivación debe aumentar el reproche de culpabilidad”.



*físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante”<sup>(27)</sup>.*-

Finalmente, mi propuesta para la novel redacción del art. 80 inc. 1º, en base a lo antes dicho fue: *“art... Se impondrá prisión de diez (10) a treinta (30) años al que matare: a) A su cónyuge, ex-cónyuge, conviviente estable o ex-conviviente, ascendiente o descendiente, adoptivo o adoptante, sabiendo que lo son... Cuando en el caso del apartado a) del inciso anterior, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años”,* bastante alejado al pergeñado por Zaffaroni en su original Anteproyecto. Título II “Delitos contra las personas” Capítulo I “Delitos contra la vida” Art. 77º: Homicidios agravados. *“1. Se impondrá prisión de DIEZ (10) a TREINTA (30) años, al que matare: a) A su cónyuge o a su conviviente estable, o a quienes lo hayan sido, a su ascendiente o descendiente, a su padre, madre o hijo adoptivos, sabiendo que lo son.... 4. Cuando en el caso del apartado a) del inciso 1º, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá imponer una pena de prisión de OCHO (8) a VEINTICINCO (25) años”.*-

El texto definitivo del Anteproyecto no recibió modificación alguna<sup>(28)</sup>.

27 La Exposición de Motivos también habla de esta definición: “12) Varias veces en el texto de emplean los conceptos de discriminación y discriminatorio. A efectos de evitar reiteraciones y también omisiones que son susceptibles de dar lugar a equívocos interpretativos, se precisa el concepto en el apartado u). El elemento común en todos los casos es la jerarquización de seres humanos. La fórmula empleada es amplia y puede pensarse que la referencia final a cualquier otra semejante no respeta la estricta legalidad. Esta objeción no sería válida, pues el concepto queda definido por el requerimiento de la primera parte, o sea, que discriminación no es cualquier diferencia que se establezca entre seres humanos (como puede ser la idoneidad para la función pública, la edad para la jubilación, el título habilitante, etc.), sino sólo las distinciones que implican jerarquización, es decir, la pretensión de que hay seres humanos que, como tales, son superiores o inferiores. Por ello, el enunciado de la segunda parte de la fórmula no es taxativo, sino ejemplificativo, mencionando los criterios con que se puede discriminar y con los que se lo ha hecho hasta el presente, pero sin cerrar el listado, porque la historia enseña que jamás se puede agotar la imaginación maligna que constantemente filtra jerarquización humana por nuevos itinerarios, pero de cualquier manera marca el nivel de gravedad que debe tener cualquier otra discriminación no enunciada expresamente. Es conveniente hacer notar que no se hace referencia a raza ni racial, en razón de que eso supone la existencia de razas humanas, lo que es más que problemático. De allí que se prefiera emplear prejuicio racial”.

28 En la Exposición de Motivos se hace un relato bastante interesante sobre la cuestión: “1. En el caso de los homicidios agravados se prevé la pena mínima de quince años y la máxima de treinta. Se ha optado por evitar la pena única, sin alternativa, que en la ley vigente ha traído dificultades. En todos los casos es conveniente

---

que el juez disponga de la posibilidad de evaluar las circunstancias particulares, a fin de evitar obstáculos a la individualización de la pena en concreto, conforme a las pautas bastante precisas que se le indican en la Libro Primero. La falta de otra opción que la pena fija, como en el texto vigente, respondía en su tiempo a la abolición de la pena de muerte y, en la práctica ha dado lugar a dificultades, incluso consideradas legislativamente, lo que motivó la introducción de las “circunstancias extraordinarias”, limitadas al caso del inciso 1º del artículo 80º vigente. La flexibilidad de la pena, que llega a tener la misma gravedad que la actual llamada “perpetua”, permite que el juez valore cada caso y, según el grado de culpabilidad y las otras pautas, llegue a esa pena o a una inferior, nunca igual a la del homicidio simple o básico. Esta flexibilidad facilita también la ampliación de los supuestos de agravación que, algunos de los cuales, en caso de mantener la pena fija, se vuelven dudosos. Incluso sospechamos que la interpretación excesivamente restrictiva de algunas de las agravantes vigentes –o bien su desestimación en juicio por cuestiones de hecho y prueba – responden a evitar caer en la pena fija. a) La tradicional figura del parricidio, limitada al cónyuge, ascendientes y descendientes, se amplía considerablemente al incluir al conviviente estable o a quienes lo hayan sido. Es sabido que la convivencia es una forma de familia que se ha extendido en la realidad social. La razón tradicional de la agravación por parentesco – la confianza depositada en el pariente – es válida de hecho para el conviviente y también para quien lo haya sido, al que se le ha franqueado el acceso a toda su intimidad, sus modos de vida y sus costumbres. La previsión del conviviente, de paso, resuelve el problema que planteaban los matrimonios nulos. Si bien la calificación en este caso responde tradicionalmente a un mayor contenido injusto, precisamente por la confianza que se supone que el vínculo genera, no siempre tiene lugar esta circunstancia y pueden jugar también las motivaciones, o sea, cuestiones de culpabilidad, todo lo que el juez deberá tener en cuenta y que justifican sobradamente la flexibilización de la escala penal. (La convivencia puede no existir entre parientes, es posible que el vínculo afectivo se haya roto muchos años antes, que casi no se conozca al pariente, lo que disminuye el contenido injusto; al igual que el caso en que la motivación sea la respuesta a una agresión permanente hacia otro pariente – el hijo que da muerte al padre motivado por los malos tratos que le dispensa a la madre –; por el contrario, puede ser que la motivación eleve la culpabilidad y, por consiguiente la pena, cuando se actúe por mero despecho o afán de dominio sobre el otro, cosificándolo, lo que por desgracia no deja de ser frecuente en las relaciones intrafamiliares). En síntesis: si bien es una calificante que por lo general responde a un mayor contenido injusto, no es pura en este sentido, pues también entran en consideración cuestiones de culpabilidad (motivación). El grado de parentesco no interesa cuando se trata de ascendientes y descendientes, al igual que en el texto vigente. Se aclara la cuestión del parentesco por adopción, aunque en este caso se limita el grado a padre, madre e hijo. La supresión del requerimiento de conocimiento se resolvería conforme a las reglas del error de tipo. No obstante, para evitar posibles dificultades interpretativas y en homenaje a la tradición se aconseja mantenerla...4. Se reproduce el último párrafo del vigente artículo 80º, limitado al párrafo a) del inciso 1º, al igual que en el texto vigente. Dada la flexibilidad de la pena para todo el artículo, no es aconsejable su extensión a otros supuestos, pues el juez dispone en el texto proyectado de una amplio espacio de individualización”.

