

Facultad de Ciencias Económicas

Universidad de la Patagonia San Juan Bosco

Sede Trelew

Especialización en Derecho Penal

Trabajo Final Integrador

Especializando: Héctor Abel Amaya

Director: Dr. Fernando Omar Gélvez

El homicidio agravado por el vínculo y su relación con la inexistencia del concepto de pareja en el Código Penal Argentino.

ÍNDICE

1.- Introducción. (Página 6).

2. - Doctrina Legal.

2.-a- Artículo 79: Figura básica. (Página 6 a 17).

2.-b- Antiguo Artículo 80 inciso 1. (Página 17 a 18).

2.-c- Actual Artículo 80 inciso 1: la reforma de la ley 26.791. (Página 18 a 23).

2.-d- Código Civil y Comercial: Uniones Convivenciales. (Página 23 a 28).

3.- Jurisprudencia

3.-a- Fallo SCHIAFFINO. (Página 28 a 33).

3.-b- Fallo ESCOBAR. (Página 33 a 44).

3.-c- Fallo SANDUAY. (Página 44 a 48).

4.- Conclusiones. (Página 48 a 50).

Bibliografía Utilizada

Doctrina

Tratado de Derecho Penal Parte Especial - Edgardo Alberto DONNA - Editorial Rubinzal Culzoni - Segunda Edición – Año 2003.

Tratado de Derecho Penal Parte Especial - Marco Antonio TERRAGNI – Editorial LA LEY – Año 2013.

Código Penal Comentado y Anotado Parte Especial - Andrés José D’ALESSIO – Editorial LA LEY – Primera Edición – Año 2004.

Código Penal Comentado – Asociación Pensamiento Penal.

Código Penal Comentado, concordado con Jurisprudencia - Gustavo Eduardo ABOZO – Editorial B de F – Tercera Edición - Año 2016.

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Asociación Pensamiento Civil.

Manual de Derecho Penal Parte Especial - Jorge Eduardo BUOMPADRE – Editorial ConTexto – Año 2019.

Curso de Derecho Penal Parte Especial. Jorge Luis VILLADA – Editorial LA LEY – Primera Edición – Año 2014.

Artículos

“Fundamentación o Fundamentalismo: Las dos caras de una misma moneda. De que habla el Artículo 80 inciso 1º del Código Penal.” - Dra. Noemi Estela GOLDZTERN DE REMPEL – Asociación Pensamiento Penal – Año 2018.
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46994.pdf>

“La vida como bien jurídico protegido” - Néstor Jesús CONTI - Año 2010.
<http://penaldosmdq.blogspot.com/>

“La relación de pareja del inc. 1º del art. 80 del C.P. no equivale a la unión convivencial civil, sino que la excede.” - Rubén FIGARI - Año 2017. <http://www.rubenfigari.com.ar/>

“Homicidio agravado por la especial relación con la víctima - Art. 80 inc. 1 Cod. Penal.” - Alejandro TAZZA. Año 2014. – <http://penaldosmdq.blogspot.com/>

“Femicidio Íntimo. Homicidio agravado por la Relación de Pareja entre el autor y la víctima.” - Gabriela SOLARI – María Agustina CALABRÓ – Revista Jurisprudencia de Casación Penal: selección y análisis de fallos (4) – Primera Edición - Editorial HAMMURABI – Año 2017.

“Análisis del agravante de homicidio por “relación de pareja”: ¿Es más grave que mate a alguien con quien salí?.” - Lucas ESTOL – Revista Derecho Penal y Procesal Penal (10) – Editorial ABELEDOPERROT – Año 2016.

“Los delitos de género en la reforma penal (Ley 26791).” - Jorge Eduardo BUOMPADRE – Asociación Pensamiento Penal – Año 2013.
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>

“Concepto de homicidio calificado por la “relación de pareja” (Art. 80 inc. 1º C.P.). Principio de legalidad y proporcionalidad. Interpretación extensiva o restrictiva. Voluntad del

legislador”. Alejandro Gustavo DEFRANCO - Revista Jurisprudencia de Casación Penal: selección y análisis de fallos (4) – Primera Edición - Editorial HAMMURABI – Año 2017.

“La reforma del art. 80 del Código Penal. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género” - Mariana BARBITTA - Año 2015. <http://ampaweb.com.ar/wp-content/uploads/2015/08/Lareformaalart80delCP.pdf>

“Uniones Convivenciales. Aspectos relevantes y regulación.” - Nora Rosana MACIEL – Revista Asociación Pensamiento Civil.

Jurisprudencia

Fallo SCHAFINO - "SCHIAFFINO JUAN MARCELO S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VINCULO" - Tribunal de Juicio y Apelaciones de la Ciudad de Gualeguaychú. 10/07/2013.

Fallo ESCOBAR - “E., D. s/recurso de casación” de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal – 18/06/2015.

Fallo SANDUAY - Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional – Sala III – Reg. Nº 686 / 2016 – 06/09/2016.

1.- Introducción.

El objetivo de este Trabajo Final Integrador es el de trazar un camino, tanto doctrinal como jurisprudencial, del término “pareja” y su aplicación como agravante del delito de homicidio. Para ello escindiré el desarrollo en dos pilares: Doctrina y Jurisprudencia.

Primeramente abarcaré:

- 1) La figura básica del delito de homicidio (Art. 79 C.P.);
- 2) el antiguo homicidio agravado por el vínculo (Art. 80 Inciso 1 C.P.);
- 3) el homicidio agravado por relación de pareja (actual Art. 80 Inciso 1 C.P. con la reforma de la Ley 26791);
- 4) el instituto civil de las uniones convivenciales (Arts. 509 a 528 C.C. y C.).

Seguidamente analizaré tres fallos que han marcado precedentes sobre la temática a exponer. Estos son:

- 1) Escobar;
- 2) Schiaffino;
- 3) Sanduay;

Para la confección del presente utilizaré tanto el método deductivo (puesto que iré de lo general – el homicidio – a lo particular – el homicidio agravado por el vínculo relación de pareja), como también el método de análisis (desarrollando varios elementos por separado, descomponiendo los mismos en partes para su mejor tratamiento).

2.- Doctrina.

Este pilar, tal cual ha sido explicado anteriormente, abarcará los tipos penales relacionados con la evolución del homicidio agravado por la relación de pareja entre víctima y victimario.

2.– a - Artículo 79: Figura básica: Homicidio Simple.

Comenzaré expresando que para desentrañar un tipo penal agravado resulta imprescindible abarcar en primer término el desarrollo de la figura básica: en este caso el Homicidio Simple.

Este delito se encuentra en el Segundo Libro del Código Penal Argentino, en el Título I, denominado “Delitos contra las Personas”, en el Capítulo I: “Delitos contra la Vida”. Los tipos penales contemplados aquí resguardan la vida y la integridad humana en toda su extensión, desde la gestación hasta la muerte.

El concepto “persona” guarda un sentido restringido a la integridad física y psíquica del ser humano en todas sus manifestaciones: vida, estructura corporal, plenitud de su equilibrio fisiológico y desarrollo de sus actividades mentales. Tal protección se logra mediante delitos de resultados dañosos (como lo son el homicidio, el aborto y las lesiones), de peligro (como lo son el abuso de armas y el abandono de persona) o que se puedan dar con una u otra característica (este sería el caso de la instigación o ayuda al suicidio).¹

El Artículo 79 del Código Penal reza lo siguiente: “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”.

Este tipo penal indicado ut supra se define como la causación de la muerte de un hombre por otro sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio. Algunos autores agregan que la muerte debe ser injusta.²

El homicidio ha sido, históricamente, una constante variable del derecho penal.

El maestro italiano Francesco CARRARA enseñaba que una antigua ley prescribía “*si quis hominem liberum dolo sciens morti duitm paricida esto*” (*si alguno, dolosamente y a sabiendas, le diere muerte a un hombre libre, será paricida*). Se empleaba la voz paricida con una sola R (significaba “el que da muerte a un igual suyo”), expresión que los autores, con el tiempo, fueron leyendo con RR, dando origen de ese modo a la voz “parricida” para indicar a aquellos que daban muerte a cualquier hombre libre.³

En el Derecho Romano la palabra *homicidium* era sinónimo de *parricidium*, y tenía el sentido de dar muerte voluntariamente, generalmente mediante un cuchillo. Así lo recogió la *Lex Cornelia de Sicariis*. Estos eran llamados sicarios, por derivación de la sica, el cuchillo que llevaban oculto para dar muerte por sorpresa.

1 Tratado de Derecho Penal Parte Especial - Marco Antonio TERRAGNI – Editorial LA LEY – Año 2013 -Tomo II - P. 113.

2 Tratado de Derecho Penal Parte Especial - Edgardo Alberto DONNA - Editorial Rubinzal Culzoni - Segunda Edición – Año 2003 - Tomo I - P. 19.

3 Código Penal Comentado - Asociación Pensamiento Penal – Art. 79 por Jorge BUOMPADRE – Año 2013.

En la antigüedad el homicidio era castigado conforme las “leyes y ordenanzas”, aunque le resultaba muy difícil al Juez identificar las normas invocadas de esa forma genérica, dada la superposición de disposiciones que provenían de variadas fuentes.

Con el correr del tiempo se dio inicio a un proceso de legislación. En nuestro país cuando llegó el momento de sancionar un Código Penal para la Nación Argentina, política y jurídicamente organizada a partir del año 1853, el proyecto que se le encomendó a Carlos Tejedor dio forma a la previsión y al castigo, tomado como modelo el Código de Baviera de 1813.

El Código de 1886 siguió los lineamientos del proyecto de Villegas, Ugarriza y García (éste suprimió las denominaciones asesinato y parricidio, que quedaban del Proyecto de Tejedor, y dividió los delitos contra la vida en: homicidio, infanticidio, aborto, suicidio y duelo).

Posteriormente, la Ley 4189 modificó el Código tomando las sugerencias del Proyecto de 1891 obra de Piñero, Rivarola y Matienzo, cuyos aportes fundamentales consideraron en agrupar en un mismo capítulo a todos los atentados contra la vida y aumentar las penas.

Siguió luego el Código de 1921. El autor del proyecto que dio origen a la Ley 11.179 fue el diputado Rodolfo Moreno, quien en realidad presentó para la aprobación legislativa el Proyecto del 1906, al que le introdujo algunas modificaciones.

Este Código Penal ha sufrido innumerables reformas y se han presentado una gran cantidad de proyectos para sustituirlo, parcial o totalmente.

Sobre el Bien Jurídico Protegido.

El bien jurídico protegido, en todas las formas de homicidio, es la vida humana. El derecho penal no otorga una definición de la misma, sólo se ocupa de resguardarla como objeto material de los delitos que atentan contra ella, y en cualquiera que fuera la etapa de su desarrollo, desde el momento de la concepción por medio de la unión de las células germinales, y hasta que se acaba con la muerte.

El legislador no puede decidir que es vida humana y que no lo es. Tal determinación le corresponde a otras disciplinas científicas. Lo que puede hacer es sólo

decidir cuándo y cómo habrá de prestar tutela normativa a esa realidad biológica que otra ciencia denomina vida humana.

La Constitución Nacional, con anterioridad a la Reforma del año 1994, no hacía referencia expresa a la vida humana como objeto de protección jurídica fundamental. Sin embargo, la opinión común de nuestra doctrina entiende que la vida constituye el bien jurídico de mayor importancia, no sólo porque el atentado contra ella es irreparable, sino porque es también la condición absolutamente necesaria para sentir su grandeza y disfrutar de los restantes bienes.⁴

Lo que ha suscitado un importante debate doctrinario y jurisprudencial fue la determinación del contenido del bien jurídico y del momento en el que comienza la vida humana independiente, por cuanto se trata de cuestiones cuya relevancia residen en el hecho de que permiten trazar la frontera entre los delitos de aborto y homicidio (límite mínimo de protección). En un extremo se ubica el inicio de la existencia de la vida humana y en el otro el fin. En el centro se encuentran las características que debe reunir el ser humano para que sea posible identificarlo como persona.

Cabe resaltar que se protege a la vida por más efímera que sea. No interesa la viabilidad, lo que importa es que existe una persona que como tal tiene la dignidad humana que protegen nuestros preceptos constitucionales y que reconoce hoy nuestro ordenamiento jurídico.

Se puede decir entonces que el análisis del bien jurídico protegido alberga históricamente tres problemas distintos:

- 1) Desde cuándo o a partir de qué momento se protege la vida humana.
- 2) Desde cuándo existe sujeto pasivo de homicidio.
- 3) Cuándo se considera a una persona como muerta.

1) Comienzo de la vida humana.

La vida humana es un proceso dinámico que consta de un inicio y de un final. Si bien, como se explicó anteriormente, no puede definirse la vida, y de hecho al derecho

4 Manual de Derecho Penal Parte Especial - Jorge Eduardo BUOMPADRE – Editorial ConTexto – Año 2019 - P. 26.

penal tampoco le interesa hacerlo, sí resulta sumamente importante marcar el momento en el que esta vida comienza, porque a partir de allí es que se la protege penalmente.

Dejada aclarada tal circunstancia, traigo a colación que el Código Civil y Comercial refiere unas palabras acerca del comienzo de la existencia del ser humano. Así pues, en su Artículo 19 dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Seguidamente en su Artículo 20 señala que la época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento. Finalmente, el Artículo 21 expresa que 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.

Existen diversos criterios que refieren a qué se entiende por concepción. Los que mas atañen al tema que estoy desarrollando son el de la Fecundación y la Anidación.

Según la llamada Teoría de la Fecundación el comienzo de la vida humana (que coincide con el comienzo de la protección penal) se produce con la fecundación del óvulo con el gameto masculino, es decir, cuando de dos realidades distintas (el óvulo y el espermatozoide) surge una realidad nueva (el cigoto o el huevo) con una potencialidad propia y autonomía genética, dado que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético.

La Teoría de la Anidación, por su parte, entiende que la vida humana comienza cuando el óvulo fecundado anida en el útero, fenómeno que sucede aproximadamente a los catorce días de la fecundación.

En el ámbito jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) VS. Costa Rica” ha interpretado el término “concepción” que se observa en el Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, con las siguientes consideraciones:

“la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal

observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción... El Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión no podría implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo... el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de ello es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero... antes de ello es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y el espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.”⁵

Entonces, para la CIDH el término “concepción” debe ser interpretado como “anidación”, momento en el cual comienza la protección penal de la vida humana. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha seguido la mencionada jurisprudencia, al establecer en su Artículo 19 que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

El problema de determinar desde cuándo se inicia el resguardo de las personas por el Derecho Penal bajo el delito de homicidio no es menor, ya que antes de comenzar a nacer la muerte del feto por otro no será castigada por el delito de homicidio sino por el de aborto, resultando el sujeto activo merecedor de menor pena.

Se puede vislumbrar entonces que otro gran acontecimiento que requiere su propio análisis es el nacimiento de la persona, el cual será tratado seguidamente.

2) El nacimiento como el inicio de la protección de la vida humana por el tipo penal de homicidio.

La discusión jurídica tiene relación con el proceso fisiológico del nacimiento. La pregunta entonces es determinar cuándo se considera que una persona ha comenzado a nacer.

5 CIDH - Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica – Año 2012.

Esto es de gran relevancia ya que desde el inicio de la existencia y hasta antes del nacimiento la destrucción de esa vida se la castiga con la pena del delito de aborto. Pero cuando este sujeto nace pasa a estar protegido por otro instituto y su destrucción ingresa al delito penal de homicidio.

Una primera posición afirma que se es sujeto pasivo de homicidio aún antes de la completa separación del seno materno, durante el nacimiento, es decir, desde el comienzo de los dolores de parto, sin que exista base legal alguna para distinguir entre momentos anteriores o posteriores a la expulsión. La cuestión no resulta nada sencilla, ya que se deberían diferenciar las contracciones del parto de las precontracciones, y una vez fijado esto, diferenciar las contracciones de dilatación de las de puje.

La segunda posición se encuentra basada en el Derecho Civil y afirma que la persona nació cuando logró ser completamente separada del seno materno, con corte del cordón umbilical.

Existe una postura intermedia, la cual afirma que hay sujeto pasivo de homicidio a partir de la separación del seno materno pero sin necesidad del corte del cordón umbilical.

La importancia en la adopción de una postura determinada se observa claramente a través de la siguiente situación fáctica: Un médico asiste en el parto de un bebé, lo retira del seno materno y sin cortar el cordón umbilical lo arroja en un balde de agua para que muera desangrado, falleciendo a los pocos minutos.

Siguiendo la primera teoría existiría en el caso un homicidio, ya que la acción se produjo momentos posteriores al inicio del nacimiento.

Posicionándome sobre la segunda teoría habría un aborto, ya que no se cortó el cordón umbilical.

De ubicarme en la teoría intermedia me encontraría ante un homicidio, por tanto no exige el corte del cordón umbilical.

Personalmente, entiendo que la diferencia entre el aborto y el homicidio se encuentra dada por la existencia de la vida humana dependiente o independiente. Esto es así porque desde la perspectiva de una eventual agresión, que es la que importa en los delitos contra la vida, la dependencia comporta una especial forma de aislamiento y protección del feto, de manera que la vida será independiente cuando pueda ser directa e inmediatamente lesionada y que será dependiente cuando la agresión inevitablemente

incida de manera más o menos intensa sobre el cuerpo de la madre, siquiera sea como vehículo para la lesión. En definitiva: hay vida independiente cuando la expulsión haya llegado a un punto en que sea posible matar directamente al producto de la concepción sin dañar además a la madre.

3) Fin de la vida humana.

El Artículo 93 del Código Civil y Comercial establece el principio general del fin de la existencia de las personas: la muerte. Seguidamente el Artículo 94 expresa que la comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver.

La cuestión es entonces determinar cuándo sucede ese acontecimiento, es decir a partir de cuándo se considera que una persona ha fallecido. Esto reviste suma importancia, debido a que la ley penal protege con el delito de homicidio al sujeto pasivo hasta el momento de su muerte.

Es éste uno de los grandes problemas que se plantean en el Derecho Penal, provocados por los avances en las ciencias médicas, en este caso los trasplantes de órganos.

Tradicionalmente se ha considerado como muerte la paralización irreversible de los sistemas circulatorios sanguíneos y respiratorios, vinculada con la pérdida de toda actividad del sistema nervioso central, y seguida de toda célula y tejido del organismo.

Por eso algunos autores no comparten el criterio de que la muerte cerebral, encefálica o clínica sea el acertado, y postulan lo que podría denominarse como “muerte real o biológica”, sosteniendo que las dos funciones vitales mínimas del ser humano son la respiración y la circulación, y sólo el cese de las dos en forma irreversible y total, son los únicos signos de muerte real o medico-legal.

Nuestro legislador optó por un criterio valorativo, el cual consta de tomar el momento de la muerte cuando las células cerebrales se han destruido. Dicho criterio fue

plasmado en las leyes 21.541, 23.184 y posteriormente en la ley 24.193 (Art. 23), que regula específicamente el tema de los trasplantes.⁶

Sujeto Activo.

Siguiendo el principio de legalidad y recurriendo a la letra de la ley, autor del delito de homicidio puede serlo cualquier persona (Art. 79: se aplicará la pena “al que” matare a otro).

Sujeto activo significa el autor, agente, artífice de la acción típica matar. Es quien mata al otro (sujeto pasivo).

Sujeto Pasivo.

La protección del delito penal de homicidio se extiende a todos los seres que presenten características de humanidad.

No se requiere viabilidad. Quiero decir con esto que se castiga con la pena incluso a quien matare a una persona a punto de morir por algún otro motivo, como sería una enfermedad terminal.

Para ser sujeto pasivo del delito penal de homicidio es necesario ser una persona ya nacida, lo cual ha sido desarrollado oportunamente en páginas anteriores.

6 Ley N° 24.193, Artículo 23: El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

- a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- b) Ausencia de respiración espontánea;
- c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;
- d) Inactividad encefálica corroborada 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 Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.

Acción Típica y Resultado: Nexos de Causalidad.

La acción típica es matar. Esto es extinguir, hacer cesar la vida del sujeto pasivo por manos del sujeto activo, provocando de esta manera el resultado muerte.

Para que esta muerte se de en la realidad y le sea imputable a un sujeto activo debe existir una línea de comunicación que demuestre que el resultado típico ha sido causado por la conducta voluntaria del autor: esto es el nexo de causalidad.

Un ejemplo utilizado en doctrina es cuando A le dispara 3 veces a B con un arma de fuego y este último cae al suelo, falleciendo como consecuencia de los disparos. En este escenario la muerte se da instantáneamente como consecuencia necesaria del accionar del sujeto activo. Pero también puede ocurrir que B fallezca 3 horas después en el hospital, siendo la imputación la misma siempre y cuando muera por causa de las heridas de bala.

La cuestión para que el delito se cargue en la cuenta del autor es que el accionar del mismo debe ocasionar la muerte de la víctima, es decir que el nexo causal debe quedar incólume. Por ejemplo si B, quien recibió 3 disparos de A, va en la ambulancia de camino al hospital, esta vuelca, se incendia y B muere calcinado entonces el nexo causal se rompe. La muerte no es consecuencia de la acción del sujeto activo y por lo tanto el homicidio queda en grado de tentativa, debido a no haberse consumado por cuestiones ajenas a la voluntad del autor.

Medios Comisivos.

El mandato legal es prohibitivo: está vedado matar. Pero la manera de matar puede consistir tanto en una actuación positiva como también causar la muerte dejando de hacer o no hacer lo que se debe.

La ley no ha distinguido entre los medios por los cuales se pueda causar la muerte de una persona dentro del delito de homicidio simple.

El medio responde a la pregunta “¿con qué?” ; “¿con qué mato?” ; “¿de qué medio me valgo para provocar la muerte de otra persona”?.

Se puede causar la muerte por todos los medios posibles: a través de medios materiales (un cuchillo, una baldosa, una bufanda) o a través de los llamados medios

morales (como por ejemplo darle una mala noticia a una persona que sé que tiene problemas cardíacos).

Tipo Subjetivo.

Este es un delito doloso. El autor debe conocer que su accionar puede provocar la muerte de una persona, y además debe querer el resultado dañoso (elementos cognitivo y volitivo: el conocer y el querer).

Se entiende que obra con dolo quien sabiendo lo que hace quiere de modo directo el hecho ilícito o su producción eventual.

El homicidio admite todas las clases del dolo: directo, indirecto y eventual.

Habrá dolo directo cuando el resultado de la acción coincida con la finalidad propuesta por el autor (verbigracia: quiso matar a Pedro y lo mató).

Habrá dolo indirecto cuando el resultado de la acción no coincida con la finalidad propuesta pero sea una consecuencia necesaria que deba darse para conseguir el resultado planeado (verbigracia: quiso matar a Pedro, quien viajaba en avión, colocó una bomba allí y murió Pedro pero también el piloto y los demás pasajeros).

Habrá dolo eventual cuando el autor, a pesar de tener conocimiento o representarse de que a través de su accionar puede llegar a ocurrir el resultado lesivo, continúe con su actividad no importándole el desenlace, en un total desprecio por la vida humana (verbigracia: Pedro conduce su automóvil por una avenida concurrida a 120 km. por hora, sabe que puede llegar a matar a alguna persona, se lo representa, pero no le importa y continúa con su actividad provocando la muerte de un transeúnte).

Diferente es el caso de la culpa con representación, instituto que guarda similitudes con el anterior, en el que también la persona se representa el resultado dañoso pero cree que puede superarlo por confiar en sus habilidades de manejo (escenario igual al ut supra mencionado, pero en este caso el conductor está seguro de que es un prodigio al volante y va a esquivar cualquier obstáculo que se le aparezca en su camino).

Subsidiariedad.

El último párrafo del Artículo 79 C.P. indica que la noción del homicidio simple se obtiene por exclusión, pues si la ley estableciere otra pena para la persona que matare no se aplicaría este precepto sino otro, que puede merecer una sanción de la misma clase, mayor, menor, o de distinto tipo (mas grave o mas leve). Generalmente se tratará de la aplicación de figuras calificadas o agravantes (Art. 80 C.P.), o de homicidios con penas menores (Art. 81 C.P.). Asimismo también puede ocurrir que el delito de homicidio sea castigado en concurrencia con otro tipo y absorbido por este (como es el caso del homicidio en ocasión de robo del Art. 165 C.P.).

2.- b - Antiguo Artículo 80 Inciso 1.

Habiendo sentado las bases del instituto del Homicidio al referirme in extenso acerca de la figura básica me compete aquí desarrollar el antiguo Artículo 80, Inciso 1 del Código Penal.

El mencionado tipo legal contenía la antigua fórmula del Homicidio agravado por el vínculo, y rezaba: “Se impondrá pena de reclusión o prisión perpetua... al que matare:

1) A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son”.

Aquel Inciso 1 del Artículo 80 era denominado como “parricidio”. El parricidio en sentido estricto significa la muerte del padre por manos de su propio hijo.

Esta agravante, según algún sector de la doctrina, se basa en la mayor culpabilidad del autor debida a la profunda relación afectiva y al mayor respeto que se le deben los hijos a los padres.

Cabe aclarar que la ley sólo protege los vínculos de sangre, es decir que si un hijo matare a su padre adoptivo no cabría en esta calificante, castigándose tal conducta con la pena del Homicidio Simple del Artículo 79.

El inciso trata en un primer momento sobre ascendientes y descendientes. Los primeros son los padres, madres, abuelos, abuelas, etc. ; por su parte los descendientes son los hijos, hijas, nietos, nietas, etc (siguiendo la línea recta de parentesco sanguínea hacia arriba en el primer caso y hacia abajo en el segundo).

Las cuestiones referentes a los vínculos de sangre y a la naturaleza de la protección de los ascendientes también se les aplica a los descendientes.

En cuanto a los esposos la ley lo que persigue es proteger a la institución del matrimonio y al respeto y cuidado mutuo que se deben los cónyuges entre sí.

El hecho de que las personas del matrimonio se divorcien legalmente excluye la agravante, ya que se disuelve el vínculo. Cuestión que se modificó con la última reforma y actual letra del Art. 80 Inciso 1 del Código Penal (el cual será desarrollado más adelante).

Con respecto al aspecto subjetivo la figura es dolosa, pero se le añade un plus. Cuando la ley expresaba la fórmula “sabiendo que lo son” esto implicaba el exigirle al autor un especial y directo conocimiento de la situación de los sujetos (saber que mato a mi padre). Por lo tanto se admitía únicamente el dolo directo.

2.- c - Actual Artículo 80 Inciso 1: la reforma de la ley 26.791.

Habiendo trazado las bases de la figura penal del homicidio y habiendo hecho mención al anterior Art. 80 Inciso 1 procederé a desarrollar la actual letra de la ley, con especial énfasis en la expresión “**Relación de Pareja**”.

Siguiendo el principio de legalidad, el texto legal reza: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua... 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, mediar o no convivencia**”.

La Ley Nº 26791 del Año 2012 introdujo al Artículo 80 los Incisos 1 (reformulado), 4, 11, 12 y el último párrafo, cuya importancia reside en que, por primera vez en la historia del Derecho Penal Argentino, se incorporaron los delitos de género al Código Penal.

Relación de pareja.

Llegamos a este término tan poco feliz en nuestra legislación. PAREJA. ¿Qué es pareja? El Código Penal no la define. En consecuencia, llegado el caso en concreto, el juez/a deberá efectuar un arduo trabajo de interpretación para decidir si se aplica o no el término en cada situación planteada por las partes en un litigio.

Resulta por demás importante poder delimitar y tipificar si en el escenario fáctico estamos ante una pareja ya que esto hace a la calificación jurídica (y seguidamente a la pena a aplicar).

¿Cuándo dos personas se convierten en pareja? ; ¿Al tercer café? ; ¿Al cuarto? ; ¿Cuándo viajan juntos? ; ¿ Cuándo duermen juntos? ; ¿ Cuándo uno conoce a los padres del otro?. No existe en el Código Penal indicio alguno que permita delimitar a partir de cuando dos personas son pareja.

Partiendo de la base de que la primera fuente de la interpretación de la ley es su letra, lo confuso de esta legislación es que no especifica qué cualidades o características del vínculo entre dos personas deben ser consideradas para interpretar que existe o hubo relación de pareja.⁷

Está claro que la norma analizada no establece en términos precisos qué debe entenderse por relación de pareja como elemento configurativo del tipo penal. Esto alerta sobre posibles conflictos con el principio de ley estricta en materia penal.

En ese sentido, podría decirse que la relación de pareja presupone una unión de dos personas, de igual o diferente sexo, que tenga cierta permanencia y / o estabilidad, que estén unidas por sentimientos, afectos, emociones, con vivencias compartidas, aunque sea por escasos o breves espacios de tiempo.

Para el diccionario de la Real Academia Española (RAE), en su tercera acepción, pareja es el conjunto de dos personas, animales o cosas que tienen entre sí alguna correlación o semejanza. La expresión alude a una relación afectiva con cierta estabilidad entre dos o más personas sean o no de distinto sexo.

Ahora bien, la ley penal aclara expresamente que no es necesaria la convivencia para que se configure la pareja. Para que se dé ello los sujetos deben mantener o haber mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

De tal redacción quedará a cargo del juzgador en cada caso concreto determinar si esa unión de dos personas es una PAREJA. Bajo esta línea la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse al examen atento y profundo de sus términos, que consulte la racionalidad del pretexto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles

7 “Análisis del agravante de homicidio por “relación de pareja”: Es más grave que mate a alguien con quien salió?” - Lucas ESTOL – Revista Derecho Penal y Procesal Penal (10) – Editorial ABELEDOPERROT – Año 2016.

imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma.

Podría decirse que el hecho de que la ley no exprese en términos precisos que es pareja constituiría una violación al principio constitucional de legalidad, el cual es un instrumento que protege a los ciudadanos del propio derecho penal, a fin de evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o con una ley imprecisa o retroactiva.

El mandato de *lex certa* pretende impedir la aplicación de leyes difusas o indeterminadas, en las que no se ponga de manifiesto la conducta efectivamente prohibida y la consecuencia penal imputada. Ello a fin de permitir o garantizar a los ciudadanos conocer desde un principio lo que está prohibido penalmente, para poder de esta manera ajustar su comportamiento a la regla que sostiene la decisión penal.

Es cierto que el tipo penal podría ser más preciso y que siempre existe la posibilidad de legislar la norma de un modo más casuístico, pero lo que se requiere para que una norma no sea considerada inconstitucional es que a esta se le haya otorgado precisión. Precisión no significa enumeración casuística taxativa. También es cierto que cuando la legalidad no es agotada en el nivel típico por el legislador son los jueces penales los encargados de completarla y traducirla en términos de legalidad restricta, en el caso recurriendo a un instituto del Derecho Civil como es el de las uniones convivenciales (lo cual trataré in extenso más adelante).

Por ende la norma tratada no configuraría un presupuesto de inconstitucionalidad por violación al principio de legalidad.

También puede expresarse que la fórmula “relación de pareja” resulta violatoria del principio de igualdad, pero esto no es así ya que el texto legal no fija distinciones irrazonables ni inspiradas con fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupo de personas. Tal principio no impide que se contemple de forma distinta situaciones que se consideran diferentes.

En palabras del Doctor TERRAGNI: “La previsión legal se aplicaría en el supuesto de una relación de noviazgo, presente o pasada, y que descarta aquellas situaciones en las cuales solo ha habido una ocasional relación sentimental. Con lo cual la disposición legal abarcaría aquellas hipótesis en las cuales existe o ha existido una relación sentimental que haya implicado cierta estabilidad o permanencia en el tiempo”.⁸

8 Tratado de Derecho Penal Parte Especial - Marco Antonio TERRAGNI – Editorial LA LEY – Año 2013 – Tomo I - P. 37.

En cuanto al aspecto subjetivo, se trata de un delito doloso que solo admite el dolo directo. La eliminación de la frase “sabiendo que lo son” no ha significado ningún cambio en la interpretación de la ley actual. De todas formas el autor debe conocer de manera categórica el vínculo que lo une con la víctima para que se aplique el agravante.

La ley, en este sentido, se funda en la mayor vulnerabilidad que presenta la víctima, ante un agresor que por el mayor conocimiento que posee sobre la misma, acciona letalmente con cierta ventaja muy superior a la que lo haría un extraño.⁹

Reforma de la Ley N° 26.791.

Con anterioridad a esta reforma se tipificaban en el Código Penal las figuras de parricidio y 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 sujeto pasivo por un vínculo de consanguinidad – ascendiente o descendiente – o uno matrimonial – cónyuge -. En el primer caso el agravante se fundamenta en el menosprecio al vínculo de padre que une a los sujetos. En el segundo caso el agravante se fundamenta en el desprecio a los deberes recíprocos que tienen los esposos.

A partir de la Ley N° 26.791 se adicionan otros sujetos activos: el ex cónyuge y la persona con quien se mantiene o se ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia.

Es dable añadir a lo que se viene desarrollando que la Ley N° 26.618 implementó el matrimonio igualitario, tornándose irrelevante que los miembros de la pareja sean del mismo o diferente sexo.

Cuando la norma se refiere a pareja lo hace en términos neutrales en cuestiones de género (campo del cual se ocupan acabadamente los Incisos 4 y 11 del aludido Art. 80 C.P.).

A través de la señalada Ley N° 26.791 se introdujeron las agravantes del delito de homicidio previstas en el Artículo 80, Incisos 1, 4, 11 y 12. De este modo Argentina tipifica por primera vez la forma de violencia mas extrema de un hombre hacia una mujer por su condición de tal: el femicidio.¹⁰

9 Curso de Derecho Penal Parte Especial. Jorge Luis VILLADA – Editorial LA LEY – Primera Edición – Año 2014 - P. 11.

10 “Femicidio Íntimo. Homicidio agravado por la Relación de Pareja entre el autor y la víctima.” - Gabriela SOLARI – María Agustina CALABRÓ – Revista Jurisprudencia de Casación Penal: selección y análisis de fallos (4) – Primera Edición - Editorial HAMMURABI – Año 2017.

La sanción de esta Ley se produjo en un contexto de reforma legislativa que pretendió dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer e integrantes del colectivo LGBTI por razones de género al ratificar la Convención de Belén do Pará.

Se intentó morigerar de este modo la desigualdad estructural que sufren diferentes grupos, entre ellos las mujeres y el colectivo LGBTI, ya que su falta de regulación, o su regulación deficiente, son caldos de cultivo para que las más extremas manifestaciones de la violencia afloren.

Al realizar un análisis sistemático de los diversos puntos del Art. 80 me permite sostener que el ámbito de protección del Inciso 11 abarca tanto los supuestos de muertes violentas de mujeres cometidas por varones en los que el agresor y la víctima tenían o habían tenido un vínculo afectivo y sexual - femicidio íntimo - ; los casos en los que un varón mata a su hija o a su madre – femicidio familiar – ; como así también aquellas cometidas por desconocidos mediando violencia de género – femicidio – es decir por fuera de las relaciones de pareja y familiares. Por su parte, el Inciso 4 quedó reservado para los casos de muertes violentas de mujeres motivadas en razones de discriminación y odio de género. El Inciso 12, si bien es de género neutro, contempla el supuesto en que el agresor mata a una tercera persona para causar sufrimiento a su esposa, ex esposa, pareja o ex pareja (llamado femicidio vinculado).

La norma ha incluido lo que algunos autores denominan “femicidio íntimo”, es decir, aquellos casos en los que la víctima tenía o había tenido una relación de pareja con el homicida.¹¹

En los casos del párrafo anterior los sujetos son de sexo indiferenciado, o sea que pueden pertenecer al sexo masculino o femenino. Además, el tipo no exige que la muerte haya ocurrido en un contexto de género.

Puede decirse con toda seguridad que la norma es confusa, excesivamente amplia, indeterminada y generadora de inseguridad jurídica, circunstancias que podrían lesionar el principio de legalidad por violación del mandato de taxatividad penal que exige la mayor precisión técnica posible en la construcción de la figura típica.

Ahora bien, volviendo al tema principal, basta observar que la relación de pareja no requiere que la misma viva o haya vivido bajo el mismo techo, casa, habitación o

¹¹“Homicidio agravado por la especial relación con la víctima - Art. 80 inc. 1 Cod. Penal.” - Alejandro TAZZA – Año 2014.

residencia. A su vez, no se formula distinción alguna, y no se exige la presencia de parámetros sociales o culturales para el entendimiento de lo que debe comprenderse por “relación de pareja”, con lo que todo ello se limita a una cuestión que tiene que ver más con el concepto y alcance de esta expresión, que con la aceptación personal o social de dicha relación.

No es tarea fácil formular un concreto concepto de la expresión pareja, y por ello entiendo que debe ser apreciada en cada caso particular por la agencia jurisdiccional a fin de que determine su efectiva concreción. No exige la ley que haya existido alguna clase de relación sexual, ni que la consideración social pondere a los involucrados como pareja, ni que formalmente sean considerados como tales. Pero deben excluirse por un lado, aquellas relaciones que no superan la amistad o el trato íntimo, y por el otro, aquellas en las que existiendo mayor intimidad no dejan o dejaron de ser esporádicas o meramente circunstanciales. En fin, en cada caso específico, deberá apreciarse si conforme la situación particular, el mayor o menor grado de intimidad y las demás circunstancias que conforman la relación, puede ser catalogada por el órgano judicial como una relación de pareja que amerite la imposición de una penalidad mayor que la relativa al homicidio simple.

En el Derecho Penal se acude imprescindiblemente al Derecho Constitucional en la mayoría de los casos en que se dirime un conflicto fundamental, pues el primero se sustenta en el andamiaje de la Constitución Nacional. Asimismo, resulta de vital trascendencia acudir a los Tratados Internacionales que han sido incorporados al plexo constitucional en virtud de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22) a los que se recurre constantemente para avalar tanto doctrinal como jurisprudencia sobre una determinada materia.¹²

En el supuesto concretamente de su conexión con el Derecho Civil, el Derecho Penal debe recurrir a él en algunos casos. De esta manera se afirma que el Derecho Penal precisa indagar en determinadas oportunidades en las instituciones que se instrumentan en el ámbito del Derecho Civil y más concretamente en su código de fondo.

Demás está decir, que no se puede considerar al Derecho Penal como un compartimiento estanco, de allí la necesidad de acudir no solamente a otras ramas del

¹²“Fundamentación o Fundamentalismo: Las dos caras de una misma moneda. De que habla el Artículo 80 inciso 1° del Código Penal.” - Dra. Noemi Estela GOLDZTERN DE REMPEL – Asociación Pensamiento Penal – Año 2018.

derecho, como se ha mencionado, sino también a otras ciencias como la Filosofía, la Historia del Derecho y últimamente en una gran medida a la Psicología.

Seguidamente me referiré a un instituto del Derecho Civil, el cual constituye el único análogo legal a la Relación de Pareja: las Uniones Convivenciales.

2.- d - Código Civil y Comercial: Uniones Convivenciales.

En el otro pilar de este Trabajo, cuando me refiera a la evolución jurisprudencial del término pareja, expresaré que la última fase fue la de recurrir al campo de las Uniones Convivenciales para brindarle luz al intérprete en el difícil momento de decidir si los dos sujetos del caso a resolver son o han sido una pareja.

Las parejas convivientes constituyen una parte importante de la composición de los hogares, pero no se encontraban reguladas. Fue el Código Civil y Comercial del Año 2015 quien plasmó en su cuerpo a este Instituto.

El título III de la norma señalada sobre las “uniones convivenciales” inicia definiéndolas como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida común, cualquiera sea su orientación sexual (Art. 509 C.C. y C.).

Una de las principales novedades del C. C. y C. en materia de relaciones de familia fue la regulación integral de otra forma de organización familiar, alternativa y diferencial a la figura matrimonial, a la que el legislador nomina “unión convivencial”. “Unión”, en tanto refleja la idea de proyecto de vida compartido en el marco de una relación de pareja signada por el afecto; “convivencial” como denotación de uno de los rasgos distintivos y estructurales de este tipo familiar no formal o “sin papeles”: la convivencia.¹³

En los Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial se expresa que: “El progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial constituye una constante en todos los sectores sociales y ámbitos geográficos. Desde la obligada perspectiva de Derechos Humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea

13 Código Civil y Comercial Comentado. INFOJUS. Tomo II, P. 217.

mínima, de las convivencias de pareja, constituye una manda que el anteproyecto debe cumplir”.

En palabras de la autora Nora Rosana MACIEL: “El ser protagonista de un plan o proyecto común viabiliza que los convivientes compartan la vida. La convivencia no se trata sólo de vivir juntos bajo un mismo techo, cohabitar, sino que implica hacer una vida en común con el otro. La comunidad de vida es el componente objetivo que le da sentido a la unión y la distingue de otras formas de relaciones no matrimoniales: el noviazgo, la mera amistad, pareja ocasional.”¹⁴

Entonces se puede afirmar que es la voluntad de permanecer juntos la que brinda estabilidad a la unión, a diferencia del matrimonio que es el consentimiento exteriorizado formalmente y de manera expresa lo que le da legal forma a la unión.

El Artículo 510 C.C. y C. enumera los requisitos de configuración de las Uniones Convivenciales. A saber: “El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:

- a) los dos integrantes sean mayores de edad;
- b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado;
- c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta;
- d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;
- e) mantengan la convivencia durante un periodo no inferior a dos años.

Las Uniones Convivenciales presentan las siguientes características:¹⁵

14 “Uniones Convivenciales. Aspectos relevantes y regulación.” - Nora Rosana MACIEL – Asociación Pensamiento Civil.

15 “La relación de pareja del inc. 1º del art. 80 del C.P. no equivale a la unión convivencial civil, sino que la excede.” - Rubén FIGARI - Año 2017.

1) Convivencia y proyecto de vida en común: Esa comunidad de vida se sustenta en una relación de afectividad y en la especulación encaminada a llevar adelante un proyecto de vida en común.

Esto lo distingue de otras relaciones no matrimoniales – por ejemplo, el noviazgo, la mera amistad, la pareja ocasional – que constituyen una simple relación afectiva circunstancial o pasajera.

2) Singularidad: Esto es siguiendo un modelo de organización familiar basado en la monogamia, concordante con nuestra tradición y los valores culturales imperantes en la sociedad argentina actual.

Por otra parte tal característica se vincula al requisito de eficacia previsto en el Art. 510 Inc. d) en la medida que exige a los convivientes no mantener vigente un matrimonio anterior, ni una relación convivencial simultánea.

3) Publicidad: La unión entre estas dos personas debe tener una exteriorización para toda la comunidad, lo que implica que no debe ser disimulada, ocultada, o de otro modo sustraída de la posibilidad de ser conocida por terceros.

4) Notoriedad: Esta característica se relaciona necesariamente con la anterior, efectivamente la notoriedad es indisoluble a la circunstancia de resultar evidente e innegable, o sea pública y se infiere del conocimiento que se tiene o puede tenerse socialmente de la existencia de la unión y demostrativa de la misma.

5) Estabilidad: La relación debe ser duradera, perdurable en el tiempo, lo contrario a una relación momentánea, accidental o casual.

Si bien la estabilidad viene determinada por la fijación de un término de convivencia, vale destacar que ello está más asociado con la voluntad de compartir un proyecto de vida que con el cumplimiento de un periodo de convivencia. El Art. 510 Inc. e) establece a los efectos jurídicos del reconocimiento de estas uniones que se mantenga la convivencia durante un periodo no inferior a dos años, ello, como lo apunta la norma es con el fin de proporcionar efectos jurídicos a la unión, mas no a determinar la estabilidad.

6) Permanencia: Esta característica guarda especial relación con la anterior, y por lo tanto lo tratado en esa oportunidad se aplica aquí.

7) Personas de idéntico o diferente sexo: De esta forma pueden conformarse las uniones convivenciales. Esto guarda estricta relación con la Ley de Matrimonio Igualitario.

Ya volviendo al terreno del Derecho Penal, puedo decir 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, pero lo mismo con la expresión “relación de pareja”. ¿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 *anteriormente*, a una interpretación más o menos aproximada a la de la unión convivencial que propone el Art. 509 del C. C. y C., o si no se quiere ser tan escrupuloso, analizar cada caso en particular.

Según el autor citado Rubén FIGARI: “Si bien el vocablo relación de pareja es bastante ambiguo, no puede asimilárselo a la “unión convivencial” referida, es decir, la ecuación relación de pareja = unión convivencial no agota el concepto, pues ello resultaría contradictorio con la última parte del inc.1º que habla de mediar o no convivencia. Desde luego que un homicidio en el marco de una unión convivencial vigente o que haya cesado es atrapado por la agravante de dicho inciso. Pero también incluye a la relación de pareja que no convive, es decir, la referida a una relación sentimental estable con – como se dice vulgarmente – “cama afuera” o las denominadas LAT (*living apart together*) lo cual traducido significaría una vida en común de pareja pero sin cohabitación bajo el mismo techo. Se excluyen las relaciones casuales, como así también las “relaciones asistenciales”.

Concluye el autor señalado expresando que la fórmula “relación de pareja” contenida en el inc. 1º del Art. 80 C.P. hace referencia, justamente por el último párrafo de la norma (mediar o no convivencia), a una situación que si bien abarca como ya se dijo 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.

En palabras de Noemí Estela GOLDZTERN DE REMPEL en la obra citada: "Considero que la conjunción de ambos Artículos, 79 y 80 Inciso 1 del Código Penal violan el derecho de igualdad de todos los ciudadanos de la República Argentina, vulnerando así el Art. 16 de nuestra Carta Magna: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas" y los tribunales que interpretan nuestra norma fundamental no pueden desatender que el Estado no puede tratarnos discriminatoria o arbitrariamente. Así, el gobierno está impedido de utilizar criterios irrazonables para distinguirnos y tratarnos de un modo desigual en base a ellos, pero a mi criterio se han olvidado de algo fundamental, que es la desigualdad en cuanto a sus normas, las mismas deben aunar criterios a la hora de legislar sobre los derechos y garantías de los ciudadanos en clara consonancia con el Art. 16 y 18 de la Constitución Nacional en clara armonía con los Arts. 1, 7, 8 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Art. 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos".

A criterio de la docente referenciada se encontraba mayormente justificada la anterior redacción del Artículo 80 Inciso 1 del Código Penal donde su fundamentación radicaba en la preservación del vínculo, pero a su entender con la nueva redacción se pasó de la fundamentación al fundamentalismo, siendo ambos las dos caras de una misma moneda, cuando se habla de "la muerte de un ser humano sin calificar ninguna expresión que lo haga distintivo.

3.- Jurisprudencia.

En este capítulo desarrollaré tres casos jurisprudenciales que han sentado precedentes con respecto a la interpretación del término "relación de pareja".

3.-a.- Fallo SCHIAFFINO.¹⁶

16 "SCHIAFFINO JUAN MARCELO S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VINCULO" - Tribunal de Juicio y Apelaciones de la Ciudad de Gualeguaychú. 10/07/2013.

Juan Marcelo Schiaffino el día 12 de febrero del año 2013, entre la hora 04:30 y 08:30 hs. mató a J.B.O. mediante golpes letales de puño y puntapiés que le produjeron lesiones externas en el rostro, región lumbar izquierda, muslo derecho, miembro inferior derecho, ambas manos, abdomen, a nivel genital- hematoma en labio mayor derecho y región intravaginal- y lesión escoriativa a nivel del cuello, con signos concomitantes de probable estrangulación a lazo; y, lesiones internas: colección hemática a nivel de todo el cuero cabelludo, coágulos en fosa posterior intracraneal, ruptura del riñón derecho, hemoperitoneo, hematoma retroperitoneal, hematoma en la raíz del muslo derecho, hematoma en el retzius, fracturas costales múltiples e internas múltiples. Tal hecho ocurrió mientras se encontraban en el interior del Sector Unidad Familiar con Hijo correspondiente a la Unidad Penal N° 2 de Gualeguaychú, en compañía de la hija menor de la víctima, llamada M.A.O. de dos años de edad.

El imputado declaró en juicio que “entre los días 9 y 12 de febrero se encontraba en el Sector de la Unidad Familiar, que J.B.O. entró para verlo, que le pegó, que tuvieron una discusión, no recuerda cuál fue, que no tuvo nada que ver con que J.B.O. hubiera salido la noche anterior y hubiera estado con su otra pareja, que lo llamó menos hombre, que le pegó con las manos y que le dio puntapiés, que estuvo un tiempo pegándole. Que ella no se resistió a los golpes, que a partir del primero quedó indefensa, no obstante lo cual siguió pegándole. Cuando se dio cuenta que J.B.O. estaba muerta la llevó para el baño, ahí abrió la ducha para tratar que se recupere, no daba signos de vida, le quiso dar presión en el pecho y respiración boca a boca pero no respondía, cuando se dio cuenta que estaba fallecida la llevó a la cama, la acostó, la dejó ahí hasta el otro día porque quería verla. El martes a la mañana salió del penal, fue con un custodio a comprar bananas y ciruelas al kiosco, y le dio de comer a la nena. Que dio aviso a la guardia después del mediodía, que habló con el encargado que le abrió la reja, y le dijo que había matado a J.B.O.. Que no informó antes, ni cuando fue al kiosco, porque no se le ocurrió, porque no era el momento. Que tuvo una lesión en la mano derecha, en la mano con la que la golpeó, una hinchazón, y que también tuvo lesiones cortantes hechas por él mismo, con un pedazo de Gillete porque se quiso matar, que también intentó ahorcarse. Que no había ingerido bebidas alcohólicas ni drogas solo la medicación que toma para la abstinencia por las drogas.”

Para la Fiscalía, la conducta de Schiaffino resultaba subsumible en la figura del Homicidio calificado por el vínculo -Art. 80 Inc. 1° del C.P. (relación de pareja) - ; para la

Querella, lo sería por el Art. 80 Inc.1º, 2º y 11º del C.P. ; mientras que la Defensa sostuvo la inconstitucionalidad de la modificación establecida en el Art. 80 Inc.1º del C.P. por la Ley N° 26.791, y la aplicación de circunstancias extraordinarias de atenuación.

La defensa ha sostenido que la norma citada (Art. 80 Inciso 1 C.P. relación de pareja) resulta violatoria del principio de legalidad, al no respetar el mandato de taxatividad penal, igualdad ante la ley, proporcionalidad de las penas y humanidad.

En relación al primer cuestionamiento, el Sr. Defensor consideró afectado el principio de legalidad, en la medida que la norma no establece en términos precisos qué debe entenderse por relación de pareja como elemento configurativo del tipo.

En este aspecto, ha de tenerse en cuenta que el principio de legalidad es explicado por el maestro ROXIN como un instrumento que protege a los ciudadanos del propio Derecho Penal a fin de evitar una punición arbitraria y no calculable, sin ley o con una ley imprecisa o retroactiva. De allí que aparezca como un postulado del estado de derecho y garantía respecto del poder sancionador que detenta al mismo, el exigir que éste solo se ejercite cuando haya una ley previa al hecho y cuando esa ley exprese claramente la conducta punible y sus consecuencias penales.

Este concepto, que exige que la ley precise tanto el hecho punible como la pena a aplicar, ha sido, por una parte, la interpretación que del art. 18 de la Constitución Nacional ha dado nuestro Máximo Tribunal de Justicia de manera invariable y por otra, el que ha dado fundamento a los postulados del *nullum crimen sine lege* -no hay delito sin ley- y *nulla poena sine lege* -no hay sanción sin ley-, de los cuales deriva la exigencia, en lo que este planteo interesa, de *lex certa*. En este orden, la *lex certa* pretende impedir la aplicación de leyes difusas o indeterminadas, en las que no se ponga de manifiesto la conducta efectivamente prohibida y la consecuencia penal imputada. Ello a fin de permitir o garantizar a los ciudadanos conocer desde un principio lo que está prohibido penalmente para poder así adecuar su comportamiento a la regla que sostiene la decisión penal.

Ahora bien, en el caso de la legislación atacada, el legislador ha previsto taxativa y claramente la conducta punible matar y la sanción prisión perpetua, integrando la configuración típica con el concepto de relación de pareja cuya interpretación ha dejado librada a la tarea del juez. Se trata de un caso de analogía intratípica, en el cual el

legislador tras una enunciación ejemplificadora de un elemento típico recurre al juez para que éste realice la actividad interpretativa del elemento normativo establecido en la ley.

En este orden de ideas dice ZAFFARONI que la legalidad no es un problema que en el nivel típico pueda agotar al legislador sino que el Derecho Penal es el encargado de completarla y traducirla en términos de legalidad estricta, sea mediante una interpretación limitativa de los tipos penales, o a través de la inconstitucionalidad de alguno de ellos.

Y lo ha expresado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación: “ el principio de legalidad ...requiere la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar, y proscribire, en consecuencia la aplicación analógica o extensiva de la ley penal ; pero no impide la interpretación de sus normas que, en cuanto legales , requieren también la determinación de su sentido jurídico, función que es propia del Poder Judicial.”

Todo lo hasta aquí referenciado lleva a concluir que la norma en trato no configura un supuesto de inconstitucionalidad por violación al principio de legalidad.

En segundo lugar, el señor Defensor manifestó que esta norma también lesiona el principio constitucional de igualdad, preguntándose en que razonamiento lógico puede ser posible que dar muerte a una actual o inclusive ex novia o novio pueda ser más gravoso que la muerte de un padre o madre.

En principio, hay que dejar en claro que la regulación de situaciones como las apuntadas por la Defensa corresponden a decisiones de política criminal, que escapan a la función judicial, pues son propias de la valoración y decisión legislativa.

Por otra parte, y contrariamente, a lo manifestado por la Defensa, el Tribunal entendió que la norma lejos está de establecer desigualdades manifiestas. En el caso concreto no se está en presencia de un supuesto pasible de afectar el derecho consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, por cuanto como lo ha sostenido de manera reiterada nuestra C.S.J.N., entre otros precedentes, en el leading case "Caille": "la igualdad ante la ley del Art. 16 de la Constitución (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros, de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la Ley en casos concurrentes, según las diferencias constitutivas y, que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza o interés social. En este sentido, existen reformas que vienen incorporándose en el resto del ordenamiento jurídico, y que tienden al reconocimiento de las relaciones o uniones de

hecho como fuente de derechos y obligaciones recíprocos, acordando mayor protección a quienes se encuentran en tal situación.”

La garantía constitucional de la igualdad no puede considerarse vulnerada si la norma legal no fija distinciones irrazonables o inspiradas con fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas. Tal principio no impide que se contemple en forma distinta situaciones que se consideran diferentes, aunque su fundamento sea opinable.

La definición de la relación de pareja, en la medida que el ordenamiento jurídico no ofrece un concepto legal que permita explicar su contenido como lo hace, por ejemplo, respecto al matrimonio, deberá encontrarse a través de la valoración objetiva de preceptos no jurídicos.

Por ello, partiendo de su acepción gramatical, y en base a criterios ético- sociales, e incluso psicológicos, perfectamente comprensibles en el plano de conocimiento del hombre común, y vigentes hoy día en nuestra sociedad, se puede establecer que hay relación de pareja cuando dos personas, para el caso, de distinto sexo, mantienen una relación afectiva - amorosa de atracción física y sexual, de mutua satisfacción, confianza, y compromiso, que trasunta la esfera de la intimidad o privacidad, tornándose pública -al no ocultarse en sitios públicos-, y notoria - al estar en conocimiento del círculo social y familiar en que la misma se desenvuelve-, sin convivencia, que se prolonga en el tiempo sin interrupciones durante el lapso de su duración.

En definitiva se equipararon todos los casos en los que la vinculación entre la víctima y victimario se sustenta en una relación de amor, de estrecha intimidad, cercanía sexual, compromiso y confianza, tengan o no status legal.

Ahora bien, y en el caso que me compete, cobra significación, en primer lugar, los dichos del propio Schiaffino en cuanto expuso: “... Que tenían una relación de amistad, amorosa, desde hacía más o menos seis meses, seis meses y medio, que comenzó afuera del penal, en la Panadería del penal, primero se comunicaron por teléfono, luego fue una visita de amigos, hasta que se dio la relación, que las visitas fueron constantes”.

En segundo término, el trato que el acusado le dispensaba a la Sra. J.B.O.: al gestionar ante el Servicio Penitenciario el pedido de visitas a la Unidad Familiar con Hijo consiente en tramitar un Acta en la que la Sra. J.B.O. se define como “su concubina”, al solicitar permiso al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad local, para ir

al Hospital, la llama “su pareja”, ante la Agente Vanesa Velázquez se refirió a la víctima como “su señora” y ante el Agente Luis Arrúa como “su mujer”.

Asimismo, este vínculo, era entendido en igual sentido por la víctima. Así lo declaró el día 29 de Noviembre de 2012 ante la Defensoría Local, al decir, ante la presencia de los testigos Virginia Beatriz Basín y Sergio Miguel Gómez, que mantenía una relación de concubinato con Schiaffino. También se evidenció en su comportamiento, ya que visitó al acusado de manera constante, sin interrupciones y en cada una de las oportunidades que el sistema penitenciario se lo permitió, conforme acreditan los Libros de Visitas de la Unidad Penal. A ello debe sumarse que hizo partícipe de ese vínculo a sus propios hijos, es decir, que integró su familia más directa a la relación.

Por lo hasta aquí expuesto se puede afirmar que la relación habida entre Schiaffino y J.B.O. era una relación afectiva, de mutua satisfacción, confianza y compromiso, que se mantuvo sin interrupciones durante el tiempo que duró, y que excedió los límites de la intimidad, tomando un estado público, notorio, compartido e integrado con la familia directa de la víctima. En consecuencia, se puede afirmar que el acusado y la víctima tenían y mantenían una relación de pareja al momento del hecho.

Por todo ello es que se declaró a Juan Marcelo Schiaffino como autor material y penalmente responsable del delito de Homicidio calificado por el Vínculo de Pareja con la víctima, y, en consecuencia, se lo condenó a la pena de Prisión Perpetua y accesorias legales, no haciendo lugar a los planteos de inconstitucionalidad formulados por la defensa técnica del inculpado.

3.-b.- Fallo ESCOBAR.¹⁷

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 25 de Capital Federal, mediante resolución dictada el 27 de Noviembre de 2014, resolvió –en lo que aquí interesa– condenar a D. E., por considerarla autora penalmente responsable del delito de homicidio calificado por la relación de pareja, a la pena de prisión perpetua.

Se comprobó que Escobar y Dellacasa mantuvieron una relación durante aproximadamente nueve meses –aunque se conocían desde hacía varios años– que tenían relaciones sexuales y que el occiso no tenía un domicilio propio.

¹⁷ “E., D. s/recurso de casación” de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal – 18/06/2015.

El crimen ocurrió el 25 de Julio de 2013 en un departamento del piso 11, de un edificio de Gascón al 1100, en Palermo.

Contra dicha resolución, interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad el defensor oficial Daniel E. Parodi. Al entender de la defensa correspondía calificar la conducta de homicidio simple conforme el Art. 79 C.P.

En este sentido, sostuvo que la interpretación dada por el tribunal para concluir que existía una relación de pareja fue contraria al alcance que le brinda la doctrina que los jueces citaron. Expresó que su verdadera significación implica algo “más allá de simple afecto”. Deben concurrir sentimientos y algún grado de continuidad en el tiempo, un nexo de amor entre dos personas, que transita por distintas etapas: enamoramiento, noviazgo y matrimonio, y que claramente, ello no existía entre E. y D.

Asimismo, agregó que los jueces dedujeron el vínculo sentimental de las manifestaciones de la imputada en su indagatoria, respecto de la cual se solicitó la nulidad por afectación al debido proceso, derecho de defensa en juicio y autoincriminación, al habérsela interrogado en exceso sobre su identificación personal. En este orden, alegó que fue arbitrario extraer de sus dichos la relación de pareja, que ello, a lo sumo, debía ser valorado al medir la pena.

Añadió que además, para afirmar la relación de pareja, se valoraron arbitrariamente los testimonios de:

a) D. G., yerno de E., a quien luego lo tildaron de mentiroso y ordenaron su extracción de testimonios. Sostuvo que si consideraban que mentía, debieron haber excluido su declaración al valorar la prueba, por ser inidónea para sustentar una agravante, y que lo contrario, vulneraba el principio de razón suficiente, de la lógica, la psicología y la experiencia.

b) J. V., quien dijo que si bien luego de Diciembre de 2012 dejó de convivir con E., mantuvieron su relación frecuentándose cada dos o tres días, que se veían fuera de la casa, y que E. no estaba en pareja con otro. Cuestionó que el tribunal, en lugar de entender que la relación continuó aún después de que terminara la convivencia, considerara que tenía una relación con D. porque la experiencia indica que cuando se sale con una mujer casada o que está en pareja, no se la deja en su casa para evitar encontrarse con su actual pareja. Señaló que eso es una mera conjetura, máxime cuando V. aclaró que no la buscaba en su domicilio porque ella quería mantener la relación al margen para no lastimar los sentimientos de su hija.

c) L. D., hermana de la víctima, que no lo veía desde febrero.

d) A. Ch., que dijo que sólo una vez los vio pasar juntos por la calle.

e) G. M., ex-pareja de la víctima.

En vinculación con los últimos tres, se agravió por el valor probatorio de los testigos de oídas, ya que todos ellos afirmaron que víctima y victimario tenían una relación de noviazgo, pero admitieron no conocer a E. ni tener un trato cotidiano con D., aclarando, que habían tomado conocimiento de los hechos por el primo de la víctima, H. A. M. Expuso que el único testimonio que aludió a una relación de noviazgo fue H. A. M., quien había dicho que vivía con ella en su domicilio desde hacía seis meses, lo que fue desvirtuado por los demás testimonios –salvo los de oídas–, que dijeron que la víctima no vivía en ese domicilio. En este sentido, citó el testimonio del encargado del edificio, T. G., y el del sereno, B. G. Además, sostuvo que H. A. M. nunca se refirió a una relación sentimental, sino solo a una relación enfermiza, y que la vio varias veces a E. porque ella iba a un gimnasio cerca, destacando así, la defensa, que ello solo demostraba que se frecuentaban, lo que no fue controvertido.

Especificó que además omitieron lo manifestado por la hija de la acusada, C. G., quien dijo que su madre no mantenía una relación de pareja con D., sino con V., y se descartó su testimonio sobre la base de que intentó mejorar la situación de su madre, sin considerar que declaró bajo juramento de decir verdad. Además, sostuvo que todos los restantes testigos evidenciaron que no existía el vínculo que la ley protege, pues si bien tenían relaciones sexuales, ya que el consumo y el sexo son inseparables, de ello no podía derivarse una relación amorosa.

Subsidiariamente, solicitó la subsunción del hecho en el último párrafo del Art. 80 C.P –circunstancias extraordinarias de atenuación– y consecuentemente, la imposición de una pena menor. Precisó que aunque ley no dice nada, la jurisprudencia y la doctrina entienden que sus requisitos positivos son: a) necesidad de un acontecimiento, b) que ese hecho sea de carácter extraordinario, que la trascendencia llegue también al victimario, y que tenga poder disminuyente de culpabilidad, c) que el sujeto actúe subjetivamente y sea la causa determinante de la muerte, d) que la entidad de la causa, por su naturaleza, disminuya la culpabilidad del autor; y negativos: a) que no exista emoción violenta excusable por las circunstancias

Por ello, entendió que del relato de E. surgían circunstancias objetivas y subjetivas que merecían ser consideradas para disminuir la pena, como la agresión previa de D., que la tiró al suelo para ponerle la rodilla en su cabeza porque no le prestaba plata y la nueva agresión, por la que la tomó de los pelos y la insultó.

En función de todo lo expuesto, solicitó que se califique el hecho como homicidio simple, conforme el Art. 79, C.P., subsidiariamente, que se disminuya la pena impuesta según lo establecido en el Art. 80 último párrafo C.P., y finalmente, que se declare la inconstitucionalidad de la pena perpetua prevista en ese precepto penal.

Para la Defensa, y en sentido contrario a lo resuelto por el tribunal, entre la imputada y D. sólo existía un vínculo enfermizo, que duró nueve meses, pero que, para afirmar la existencia de una relación de pareja debían exigirse otros requisitos, como por ejemplo, un carácter amoroso, lo que en el caso no se daba.

De manera general, el tribunal de mérito comete un error de razonamiento. Trató de buscar en los testigos la expresión de la palabra “pareja” para tener por acreditada su existencia.

En realidad, el razonamiento debió ser inverso. En primer lugar, correspondía establecer qué clase de relación existía entre E. y D. para luego establecer si ella se subsumía en el concepto de “pareja”. En este sentido, remarcó el tribunal revisor que la sentencia en ningún momento establece qué denota ese término, tarea que ineludiblemente debió realizar, pues se trataba de un elemento normativo.

Para considerar que entre E. y D. existía una relación de pareja, el tribunal a quo consideró los elementos que a continuación se enumeran.

a. La declaración indagatoria prestada ante la jueza de instrucción, donde al ser preguntada sobre sus condiciones personales, E. “...en presencia del defensor oficial sostuvo espontáneamente: ‘...que alquila, y vive con su hija, C., con D. G. – pareja de C. – y sus dos nietos, de 3 meses y 2 años de edad, así como también, E. D., a quien lo ayudaba y compartían el mismo domicilio hace unos nueve meses atrás. Agregó que D. tenía su propio departamento pero no se lo entregaban. Aclaró que tenía una situación sentimental con quien en vida fuera E. D. desde hacía nueve meses. Dijo que desde el mes de febrero del año 2012 vive en el domicilio indicado...”.

b. Incluso, si no se tomaba en cuenta la declaración transcrita, cuestionada por la defensa, según el tribunal de mérito podía arribarse a la misma conclusión si se consideraban los dichos de la madre de E. N. V.: “Con H. salía todo el tiempo y consumían todo el tiempo...los veía que salían los fines de semana en muy mal estado...”

c. El testimonio de D. G., yerno de E.

Al respecto, el tribunal hizo varias consideraciones.

En primer lugar, recordó que había ordenado investigar el presunto falso testimonio en que habría incurrido durante la audiencia de debate. Luego, afirmó: “Debe tenerse en cuenta que las ventajas de la inmediación permiten evaluar a los testigos en su plenitud no sólo a través de lo que dicen sino también de la manera en que se expresan teniendo en cuenta la impresión que causa su declaración...”. Se dijo “...que para que la prueba testimonial pueda tener fuerza legal y convictiva conforme las reglas de la sana crítica, debe ser veraz, sincera, objetiva, imparcial, concluyente y concordante...”. Además: “La apreciación probatoria de la declaración de los testigos está librada a la sabiduría, experiencia y buen sentido crítico de los jueces quienes no tienen otra finalidad que averiguar la verdad real de los sucesos y valorarla a la luz del derecho positivo...”. A continuación, se valora el testimonio: “...De este testigo surge notoriamente que ha sido instigado para que viniera a mentir ante el Tribunal únicamente sobre el tema referido a que su suegra mantenía una relación de pareja con el occiso.” Se recordó que durante el debate se le había leído toda la declaración prestada en instrucción, y que G. ratificó en su totalidad, con excepción de la frase referida a la relación sentimental que mantenían D. y E., aunque había admitido que ambos mantenían relaciones sexuales y que a veces iban a un hotel cercano para tener mayor intimidad.

Tras estas consideraciones, la sentencia transcribe lo sucedido en el debate, donde G. ratificó su declaración en instrucción, previa lectura por parte del mismo tribunal, salvo en el aspecto referido al vínculo entre D. y E. Al respecto, el testigo había afirmado: “Que lo que dijo ante el juez de instrucción fue mentira”. Luego, el tribunal a quo indicó que lo sucedido era comprensible desde un punto de vista humano: ocurridos los hechos, G. declaró la verdad ante la jueza de instrucción; llegado el debate alguien lo anotició que su suegra recibiría la pena más severa si el occiso era considerado su pareja. “Entonces, alguien lo instruye y le pide que suprima esa frase cuando declara ante el Tribunal. Así se ve que cuando declara ante este órgano jurisdiccional concurre temeroso, de alguna manera intranquilo, lo que se advierte perfectamente y en resumen ratifica toda su declaración prestada en instrucción sosteniendo que todo es verdad, menos esa frase que indudablemente aportó el mismo ante la instrucción.”

El tribunal de mérito consideró que G. se encontraba ante una disyuntiva terrible: no mentir y poder ser responsabilizado por su propia esposa de que su madre sufrió una pena severísima por su declaración. “Esto no es banal pues, como se dijo, desde el punto de vista humano, este sujeto se encuentra en una terrible opción, a través del conocimiento de lo que significa su testimonio. Tiene dos opciones, una es mantenerse en

la verdad de sus dichos y sufrir las consecuencias familiares o desdecirse tratando de ayudar a la madre de su esposa, logrando de esa manera la armonía familiar. Esto indica la experiencia, la vida es así.” En definitiva, para el tribunal de mérito, G. optó por preservar la unidad familiar y ante esta situación, el a quo se consideró libre para conceder mayor o menor fiabilidad a la declaración prestada en instrucción o a los dichos en el debate.

Estaba claro que D. E. y D. tenían una relación sentimental y que se frecuentaban hace meses.

En el debate, E. dijo que sólo mantenía relaciones sexuales con D. y cuando el fiscal general le preguntó por qué había declarado en instrucción que eran pareja no pudo explicar las razones, pues en aquel momento no estaba en condiciones de decir nada

Luego el tribunal a quo volvió a referirse al testigo G. y transcribió sus manifestaciones, donde aclaraba los motivos por los cuales había dicho en instrucción que E. y D. eran pareja. Tras ello, los jueces de mérito reiteran: “Como se sostuvo el testigo ha venido a mentir durante la audiencia de debate, por los motivos antes expuestos. Al sostener que era mentira lo que ha dicho ante la justicia de instrucción queda en evidencia su propósito desincriminante, pues no existe ninguna razón lógica que permita justificar que haya ido a mentir durante la etapa instructoria, exclusivamente sobre este aspecto introduciendo un elemento falso. En cambio, la experiencia indica claramente que lo declarado durante el debate fue una mentira y lo hizo para ayudar a la abuela de sus hijos...”

Por último, el tribunal valoró los dichos de V., ex pareja de la imputada. Concluyó que como la buscaba o llevaba a su domicilio podía tenerse por acreditada la relación de pareja que mantenía E. con D. En palabras del a quo: “...Se dice así porque la experiencia indica que cuando un hombre sale con una mujer casada o en relación de pareja que para el caso es lo mismo, no la debe ir a buscar a su casa y tampoco debe dejarla en su domicilio, por cuanto existe la posibilidad de encontrarse con su actual pareja. Esto es lo que se trasluce de su propia declaración porque no se entiende cuál puede ser el motivo de no ir a buscar o dejarla en su propio domicilio...”

¿De dónde surge que quien sale con una mujer casada no la busca ni la lleva a su casa? . Para formular una regla de este tipo, deberían ofrecerse una serie de casos, en un número apreciable, que muestren tal tipo de conductas.

A su vez, la fiabilidad de la regla dependerá de varios factores: su designación, es decir que debe estar explícitamente formulada, indicando si tienen naturaleza determinista

o probabilística de acuerdo al grado de certeza que brinden (si se aplican en todos los casos o en un porcentaje). Relevante, es decir, que permita resolver el caso investigado; fundamentada, basada en conocimientos científicos generales y que permita descartar las hipótesis que compitan con ella; también debe contar con aceptación jurídica y científica; y su fundamento debe ser controlable por medio del remedio procesal que corresponda. Ninguno de estos requisitos cumple la regla enunciada por el tribunal de mérito.

A partir de lo expuesto, cabe concluir que se comprobó que E. y D. mantuvieron una relación durante aproximadamente nueve (9) meses –aunque se conocían desde hacía varios años–, que tenían relaciones sexuales y que el occiso no tenía un domicilio propio. Sin embargo, ni siquiera está probado que aquél viviera en el departamento de la calle G. junto a la imputada.

Como sostuvo el Sr. Defensor Oficial Mariano Maciel en el marco de la audiencia, frente a la agravante en cuestión, surgen varios interrogantes tales como: ¿para que una relación sea considerada “de pareja” es necesario que exista un vínculo de noviazgo?, ¿esa relación debe ser conocida por terceros?, ¿aquellas personas deben mantener periódicamente relaciones sexuales?, ¿deben tener un proyecto de vida en común?, ¿debe tratarse de una relación monógama?

Resulta, pues, una necesidad que se apoya en el mandato de certeza que surge del *nullum crimen sine lege* (Art. 18 C.N.), alcanzar una definición de “relación de pareja” que supere la multiplicidad de vínculos a los que se podría estar haciendo referencia. Hablar de pareja, de manera global e indeterminada, afecta el principio de máxima taxatividad legal y puede permitir ampliar o reducir la gama de situaciones incluidas en la agravante, de acuerdo a la interpretación que los juzgadores efectúen a partir de su propia valoración cultural.

En el lenguaje coloquial y diario de las personas, resulta sencillo entender a qué se refiere el término “relación de pareja”, es decir, “Juan está saliendo con Ana”, “Pablo se puso de novio con María”, etc. Pero de lo que se trata es de establecer límites a esa fórmula legal.

Por ello, lo relevante a los fines de aplicar la agravante no consiste en tener por acreditada una relación afectiva. Son necesarios otros aspectos tales como la convivencia o el proyecto de vida común de la pareja, y cierta permanencia en el tiempo.

Otro aspecto que corresponde analizar es el que parecería surgir de la letra de la ley en la parte final de la redacción del inciso, de la que se podría derivar que, a efectos de considerar de aplicación la agravante, el dato objetivo de “la convivencia” no sería

relevante, ya que en la nueva norma se indica que sería de aplicación “mediare o no convivencia”, lo que tornaría irrelevante ese dato.

En el año 2012, con la sanción de la Ley N° 26.791, el Congreso de la Nación aprobó la modificación del Art. 80 del Código Penal de la Nación, incorporando en su Inciso 1° a la agravante de quien matare a la persona con quien mantiene o ha mantenido relación de pareja. Como se verá, una interpretación de esta naturaleza constituiría una ampliación indebida del alcance del concepto que se viene analizando.

A ese efecto, conviene recordar en qué contexto se introdujo la reforma. Es importante destacar que en el actual estadio cultural del mundo occidental se ha tomado conciencia de la necesidad de ofrecer un mayor marco de protección a las mujeres frente a la problemática de la violencia sexista de la que, culturalmente, se está contaminado como sociedad. Es por ello que Argentina ha ratificado, entre otros instrumentos internacionales, la CEDAW (Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer) en 1985, a través de la Ley N° 23.179 –cuyo Protocolo Facultativo fue aprobado por la Ley N° 26.171 e incluida en el bloque de constitucionalidad federal del Art. 75 Inc. 22 de la C.N.–, y con posterioridad, la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) en 1996, a través de la Ley N° 24.632.

A modo de ejemplo, en el primero de los tratados se ve reflejada la preocupación de los estados parte por la violencia de género y, en su Art. 5°, la Convención insta a los países firmantes a “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Es por ello que, en la exposición de motivos de la Ley N° 26.791 se efectuaron consideraciones al respecto.

En el debate parlamentario de la ley en cuestión se señaló: “Frente a hechos delictivos que evidencian formas de matar a mujeres eludiendo dejar rastros probatorios, diversas propuestas legislativas intentan enfatizar el feminicidio en el Código Penal.

El presente proyecto va en idéntica dirección, es decir, establecer más específicamente la pena de prisión perpetua del homicidio agravado para ese universo de casos y aun otros en los que la víctima no necesariamente sea mujer.

Conforme los datos e índices proporcionados por la Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la CSJN, las denuncias en ese ámbito han crecido en forma notoria en los

últimos dos años, incrementándose en un 75 por ciento. En el año 2010 aumentó un 12,5 por ciento la cantidad de mujeres asesinadas con respecto al 2009, según un relevamiento publicado por el Observatorio de Femicidios Marisel Zembrano.

Si bien con la ley integral contra la violencia de género (Ley N° 26.485), que ha sido sancionada en el año 2009 se han previsto los standards internacionales en materia de investigación, juzgamiento, sanción y medidas de protección frente a los actos de violencia contra las mujeres, resulta necesario dar una respuesta en el ámbito penal frente a casos de la naturaleza que vengo señalando, pero sin alterar aún más de lo ya hecho la unidad sistemática, dogmática y punitiva del código penal”.

Como se puede advertir, si bien el contexto es ese, el de la lucha contra la violencia hacia la mujer, fueron introducidas otras cuestiones que también se encontraban pendientes de ser actualizadas; y una de ellas era la necesidad de equiparar a los supuestos de agravación del Inciso 1° del Art. 80 C.P. los casos de los concubinos o uniones del mismo sexo que por una cuestión normativa no estaban alcanzados por la agravante de “cónyuge” aunque, de hecho, social y culturalmente tuvieran el mismo reconocimiento que los esposos, del mismo modo en que se produjo en el ámbito de la legislación civil. Se puede afirmar que la contracara de la ampliación de derechos que las relaciones de ese tipo obtuvieron con la reforma del Código Civil es el mayor rigor que nace en materia de obligaciones. Un reflejo de ello, es la inclusión en el mencionado inciso primero de esas situaciones.

Por ese motivo, el texto legal no hace diferencia entre los sexos y sólo establece el término “pareja”, por lo que el hecho de que el autor o la víctima sean hombre o mujer es indistinto, ya que el tipo de relación de pareja, heterosexual u homosexual, será la que determine la aplicación de la agravante y no el sexo.

La reforma de la Ley N° 26.791 amplió el sujeto pasivo del delito, incluyendo en la agravante al ex cónyuge y a la persona con quien se mantiene, o ha mantenido, una relación de pareja (los que se suman al ascendiente, descendiente y cónyuge).

Entonces, para definir qué debemos entender por “relación de pareja”, de la misma forma que antes de la reforma se utilizaba el concepto normativo matrimonio para definir quién era “cónyuge”, también debemos recurrir al Derecho Civil, y mas estrictamente a las Uniones Convivenciales: “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”.

Se puede decir que esa definición entraría en contradicción con la modificación del Código Penal analizada, que establece, en principio, la irrelevancia de la convivencia entre “la pareja” a los efectos de la aplicación de la agravante. Y sobre esta cuestión hay que prestar especial atención para otorgarle una respuesta desde este lugar.

La cuestión, sintéticamente, consiste en que para establecer qué se entiende por una pareja hay que recurrir al Derecho Civil, que es el ámbito normativo que ofrece la pauta de cuáles son aquellas relaciones vinculares entre dos personas que generan derechos entre las partes. Una vez que alcanzaron esa entidad, si el vínculo no se mantiene y se está en vías de disolución, para el Derecho Penal la circunstancia de que convivan o no, a los efectos de la aplicación de la agravante “relación de pareja”, es secundaria.

Con ello ya puedo adelantar que “relación de pareja”, a los efectos de ser considerada tal, no es cualquier pareja “ocasional” o de características informales, sino aquella que está constituida por 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”.

A su vez, ello requiere de mayores precisiones.

Del Art. 509 C. C. y C. surge claramente que una relación de pareja supone algo mucho más serio que una mera relación afectiva o sexual ocasional.

El legislador cuando estableció la agravante para el que matare “a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia” no tuvo intención de agravar la pena frente a cualquier relación, sino precisamente aquellos casos en que ella importa un vínculo estable y de convivencia.

Ello se encaminaría dentro de la misma lógica que utilizó antes de la reforma de la Ley N° 26.791, buscando siempre proteger ese vínculo especial entre sujeto activo y pasivo del homicidio. En estos casos el legislador entiende que es más grave matar a la pareja que a alguien que no lo es, pero el término “relación de pareja” debe tener sus contornos delimitados.

Esto no implica que el homicidio del novio/a ocasional quedará impune, porque le corresponderá la pena del homicidio simple, de 8 a 25 años de prisión o, incluso, de darse las características del caso, la agravante introducida por la misma reforma en el inciso 11° del Art. 80 C.P., pero no se aplicará la agravante por “la condición de pareja” en casos donde ella no llegue a consolidarse en la forma que lo establece el Derecho Civil para generar obligaciones y derechos entre los que la integran.

Sostener lo contrario por otra parte puede llevar, como ocurrió en este caso, a indagaciones sobre la clase de relación que tendrían los miembros de la pareja, que deberían presentarse con claridad por su carácter público, notorio, estable y permanente y no dependientes de una indagación al respecto por su carácter efímero, clandestino u ocasional.

El Art. 510 C. C. y C. en su inciso E establece que para el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos a las uniones convivenciales se requiere que “mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años”. Ese es el plazo a partir del cual el legislador entiende que se trata de una relación de pareja estable y permanente, lo que resulta relevante para interpretar los alcances de la fórmula legal “relación del pareja” en el Código Penal.

Respecto de la última parte de la agravante del Inc. 1° del Art. 80 C.P., la referida a “mediare o no convivencia”, la misma no debe ser interpretada como la posibilidad de quitarle entidad al vínculo, es decir, que permita incluir tanto relaciones estables como ocasionales en las que jamás haya habido convivencia, sino que debe entenderse en el sentido que la calificante 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.

De esta forma, volviendo sobre aquello que se ha acreditado en el juicio, la relación de nueve meses que tuvieron E. y D. no puede ser subsumida en la agravante elegida por no reunir las características objetivas a las que se ha hecho referencia y, en consecuencia, se le debe aplicar al caso la norma del homicidio simple prevista en el Art. 79 C.P.

A la hora de calificar el hecho, el tribunal de Casación consideró que "relación de pareja, a los efectos de ser considerada tal, no es cualquier pareja ocasional o de características informales, sino aquella que está constituida por 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."

Los jueces consideraron que el Congreso, cuando aprobó el nuevo Código y la reforma del artículo sobre homicidio agravado "no tuvo intención de agravar la pena frente a cualquier relación de pareja, sino precisamente aquellos casos en que la pareja importa un vínculo estable y de convivencia". La de Escobar y Dellacasa no encuadraba en la definición de "pareja" y, en consecuencia, "no se aplicará el 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".

Para el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos a las uniones convivenciales se requiere que mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años. Ese es el plazo a partir del cual el legislador entiende que se trata de una relación de pareja estable y permanente, lo que sirve para interpretar los alcances de la fórmula legal 'relación del pareja' en el Código Penal, insiste el fallo.

En consecuencia el Tribunal hizo lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de D. E., y condenó a la nombrada por ser autora de homicidio simple.

3.-c.- Fallo SANDUAY¹⁸

Los hechos de este caso acaecieron el día 10 de Febrero de 2014 entre las 2 y las 4 de la madrugada. En ese momento la pareja del imputado desde hacía siete años, Carla Leticia Cruz Huaycho, se encontraba en su domicilio, momento en el cual intentó darle muerte. Cuando estaba acostada en la cama aprovechó ese momento de nocturnidad y fue a buscar un cuchillo tipo "Tramontina", con punta, tipo carnicero, con el que regresó al dormitorio donde estaba durmiendo también el hijo menor de su pareja y provocó lo que la víctima señaló como golpes al principio pero que luego se dio cuenta de que estaba acuchillada, ya que le quedó el cuchillo adelante, lo cual le provocó heridas en la región torácica, en la espalda en la región escapular, en la palma de la mano derecha y tres heridas más en el abdomen, donde quedó el cuchillo.

Esto se desarrolló mientras ambos estaban en el interior de uno de los dormitorios del domicilio, y específicamente el detonante fue la consecuencia final de una relación en la que había momentos donde la damnificada decía que la quería cortar, que desde el primer año fue una relación violenta; que esa noche se negó a tener relaciones sexuales y esta negativa a tener relaciones sin protección generó que ella dijera que no quería tener relaciones, que se lo sacó a él de encima y le dijo que era el final de la relación; que no quería seguir con él, a lo que el contestó "si me denuncias no me importa y con un buen abogado salgo en dos años"; que luego Sanduay huyó del domicilio dejando los efectos

18 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional – Sala III – Reg. N.º 686 / 2016 – 06/09/2016.

que fueron secuestrados por el agente Sánchez, esto es su D.N.I., su tarjeta de débito, su cartera y ropa, pantalones y calzado.

El representante del Ministerio Público Fiscal calificó el accionar del imputado como constitutivo del delito de homicidio agravado por el vínculo y con alevosía en grado de tentativa, en calidad de autor

La víctima refirió que mantenía con Sanduay una relación de pareja hacia 8 años, aunque durante ciertos lapsos se distanciaron debido al vínculo tortuoso y conflictivo que mantenían; y que la relación fue sumamente violenta, refiriendo que en varias ocasiones fue objeto de distintas agresiones físicas (golpes de puños, arrojamiento de objetos, golpe con un batidor de alambre, etc.) y verbales, destinadas a denigrarla y subordinarla.

Ahora bien, habida cuenta la relación de pareja que mantenían Sanduay con Cruz Huaycho, corresponde subsumir dicha conducta en la figura agravada contemplada en el Inciso 1 del Art. 80 del Código Penal.

Se ha demostrado que efectivamente víctima y victimario han mantenido “un vínculo de pareja” que era evidente para terceros, como pudo valorarse de los testimonios, no solamente de la víctima, sino también de otros testigos. A su vez el propio imputado lo refirió, agregando un detalle revelador como la descripción que diera de la vivienda (a la que concurrió en algunas ocasiones de Lunes a Jueves), como señaló la víctima.

Está claro que el tipo objetivo agravado que se analiza exige trato de carácter amoroso entre dos personas –siendo ésta una de las acepciones del término “relación” que nos brinda la Real Academia Española en su 22ª edición- y que no excluye que ese vínculo o lazo lo mantengan personas del mismo sexo. Lo cierto es que el concepto de relación de pareja debe apreciarse desde una valoración cultural o del lenguaje coloquial y esta acepción es receptada por la Real Academia Española.

Además cabe agregar que en modo alguno el tipo penal exige que la pareja haya convivido, como surge del propio Inciso primero del Artículo 80.

Las razones de dicha agravante radican en los deberes de asistencia, respeto y cuidado que se deben mutuamente los integrantes de las parejas y que se ven vulnerados en los supuestos como el de autos en el que uno de los integrantes de la pareja intenta quitarle la vida al otro.

Como bien lo señalan los diputados Gustavo A.H. Ferrari y Natalia Gambaro al fundamentar su proyecto: la necesidad de incorporar a cualquier relación de pareja obedece a que dichos deberes existen al margen de la forma de constitución del vínculo, y aún contemplando aquellas relaciones finalizadas. A su vez dichos legisladores refieren

que se adopta la concepción amplia del concepto del ámbito doméstico que contienen los instrumentos legales, nacionales e internacionales: la Ley N° 26.485 de violencia contra la mujer ; La Convención sobre la Eliminación sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer incorporada a nuestra Carta Magna en 1994 ; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Radicar La Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) incorporada al derecho argentino por la Ley N° 24.632.

Con la reforma legislativa de la Ley N° 26.791 se plasmó la protección del vínculo originado en el parentesco por consanguinidad y del matrimonio, así como también las uniones de hecho y las parejas o noviazgos, incluyendo las relaciones vigentes o finalizadas, remarcando que no es necesario como requisito la convivencia.

Cabe señalar que ninguno de estos supuestos se trata de un femicidio, y que el agravante del Inciso 1° no corresponde a cuestiones de género sino de vínculo familiar o sentimental. Queda claro que el agravante es independiente de la continuidad del vínculo, en tanto los deberes de respeto violados a través del delito y el abuso de confianza que esto implica son independientes de la vigencia de la relación de pareja.

A fin de establecer qué se entiende por pareja, cabe remitirse a lo decidido por la Excelentísima Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II en el Fallo “Escobar, Daniela s/recurso de casación”, del 18 de Junio de 2015, en cuanto hace referencia a la figura de uniones convivenciales - Arts. 509 y sucesivos del Código Civil y Comercial de la Nación - para cerrar el tipo penal, esto es a las uniones basadas en las relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven (2 años por lo menos) y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

Pero por otro lado se añadió que el agravante requiere además la constatación en cada caso concreto de un efectivo aprovechamiento por parte del sujeto activo de la existencia de la relación, de manera tal que el hecho de matar se hubiese visto facilitado.

Un sector importante de la doctrina acepta que no es posible prescindir de la utilización de los elementos normativos y valorativos al momento de definir las normas penales de carácter general y de estructurar los tipos legales. A su vez que tampoco es posible afirmar que los elementos descriptivos entendidos como la percepción de un objeto del mundo exterior permitan lograr la más alta determinación o exhaustividad, pues muchas veces terminan siendo objeto de valoración. Esto significa que se acepta un grado razonable de inexactitud, pues la tarea legislativa y la codificación no pueden prescindir de la utilización de términos que tengan hoy día fuertes elementos valorativos y

normativos. Este grado de indeterminación no supone la pérdida de racionalidad y equilibrio de las leyes penales como tampoco supone la afectación de la seguridad jurídica penal.

En este marco es el propio juez quien debe interpretar el elemento normativo que compone el tipo conforme la intención del legislador y los intereses que busca proteger. Es por ello, que se considera que una interpretación razonable del concepto “relación de pareja” debe construirse a partir de los deberes de asistencia, respeto y cuidado que se deben mutuamente aquellas personas que mantienen una relación afectiva, sin que sea necesario recurrir al derecho civil para establecer el concepto de relación de pareja.

Debe destacarse que la figura de uniones convivenciales tiene como objeto regular aquellas relaciones de pareja, cualquiera sea la orientación sexual de sus integrantes, que no hayan formalizado su relación mediante el matrimonio. Unión que origina derechos y obligaciones entre las personas que conviven.

En este sentido, puedo decir que la regulación de las uniones convivenciales es otra de las grandes reformas que introduce el nuevo Código Civil y Comercial. Se trata de una manda constitucional cuando obliga a lograr la protección integral de la familia. Así, a las parejas que no se casan, pero que cumplen con determinados rasgos o caracteres, se les debe reconocer un piso mínimo de derechos. Este núcleo se inspira en los Derechos Humanos, por ende, aquellos efectos jurídicos relacionados directamente con estos, como ser la vivienda y todos los que giran en torno al principio de solidaridad familiar, deben también extenderse a las uniones convivenciales.

Estas uniones convivenciales para generar los derechos y deberes regulados por la ley deben cumplir determinados requisitos. Siendo una situación fáctica o no formal como el matrimonio, se necesita reunir determinados elementos para ser considerada una relación de afecto de cierta magnitud para que, efectivamente, se generen determinadas consecuencias jurídicas. El código enumera de manera precisa cuales son los requisitos que se debe tener en cuenta para ser considerada una unión convivencial.

Las normas civiles relacionadas con las “uniones convivenciales” se contraponen sin lugar a dudas con lo establecido en el tipo penal del Art. 80 Inciso 1° en cuanto que excluye la exigencia que la pareja comparta el mismo hogar.

El fundamento del tipo legal cualificado reside en el menosprecio al respeto que se deben mutuamente quienes hayan mantenido una relación afectiva y busca prevenir las violencias que pueden originarse en el seno de una relación de pareja.

De entenderse de otro modo, quedarían excluidos como sujetos pasivos de este tipo agravado todo un universo, como son aquellas parejas que no conviven, ya sea por decisión propia o por razones económicas o cualquier otra, a las que el legislador no ha querido marginarlas de dicho refuerzo punitivo.

En el caso concreto, se reitera, Cruz Huaycho y Sanduay han mantenido de manera prolongada, aunque con interrupciones, una relación de trato afectivo, de otro modo no se entiende que en esos ocho años hayan compartido en varias ocasiones el mismo techo, que el imputado haya conocido a la familia de la víctima, que hayan participado en actividades de esparcimiento e inclusive que la víctima hubiera permitido que el imputado pernoctara el día del hecho junto a ella encontrándose su hijo durmiendo en la misma habitación. Es decir que no se trató de una relación pasajera, transitoria o amistosa, sino que la misma se sostuvo aun mediando hechos de violencia por un lapso muchas veces superior a otra relación conviviente.

En consecuencia el Tribunal condenó a Sanduay por ser autor material penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vinculo en grado de tentativa, a la pena de doce años de prisión.

4.- Conclusiones.

Como ha podido vislumbrarse a lo largo de este trabajo he dividido el presente en dos partes:

1) Por un lado me referí a la doctrina y a la ley:

a) Desarrollé el tipo penal del homicidio simple, en miras de que al tratar un delito agravado primero es necesario hablar de la figura básica;

b) Luego dediqué unas líneas al antiguo Artículo 80 Inciso 1, como antesala de la normativa actual;

c) Y finalice este primer pilar con el actual Art. 80 Inciso 1, haciendo especial énfasis al término pareja y al contexto de la Reforma de la Ley N° 26.791 del año 2012, la cual trajo, entre otras figuras, la fórmula objeto de este trabajo.

2) En un segundo término, y a partir de la investigación de jurisprudencia, escogí los 3 casos tribunalicios que marcan la historia de la interpretación legal del término “pareja” en nuestro Código Penal a partir de la reforma mencionada anteriormente.

a) El Fallo Schiaffino del año 2012 fue el que constituyó el primer antecedente jurisprudencial acerca del tratamiento del el término “ relación de pareja”.

Ante la ausencia de una normativa para definir que era pareja (tengamos en cuenta que en ese entonces no existía el nuevo Código Civil y Comercial) los jueces debieron recurrir a la valoración objetiva de preceptos no jurídicos. Partiendo sobre la acepción gramatical del término y sobre la base de criterios socio – culturales, e incluso psicológicos, pudieron dilucidar que hay relación de pareja cuando dos personas mantienen una relación afectiva amorosa de atracción física sexual, de mutua satisfacción, confianza y compromiso, que trasciende la esfera de la intimidad o privacidad, tornándose pública y notoria, aunque no resulte necesaria la convivencia.

b) En una segunda etapa contamos con el Fallo Escobar del año 2015. Aquí se interpretó que para establecer que debemos entender por “relación de pareja” había que recurrir al Derecho Civil.

Se acudió de esta manera al Código Civil y Comercial de la Nación, más específicamente al Artículo 509, el cual habla de las Uniones Convivenciales. La norma mencionada se refiere a este instituto como “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 en común, sean del mismo o de diferente sexo”.

El tribunal entendió que debe recurrirse al Derecho Civil para determinar que es “pareja”, porque es el ámbito normativo que ofrece la pauta de cuales son aquellas relaciones vinculares entre dos personas que generan derechos recíprocos.

De esto modo, se consideró que del Artículo 509 C. C. y C. surgía claramente que una relación de pareja suponía algo mucho mas serio que una mera relación afectiva informal, casual, sexual u ocasional.

Se aclaró además que, si bien el tipo penal no exige convivencia, se toma el aspecto temporal contenido en el Art. 510 Inciso E del C. C. y C. (2 años) para establecer que ese sería el plazo a partir del cual el legislador considera que hay una relación de pareja estable y permanente.

c) Por último, el fallo “Sanduay” del año 2015 tomó el precedente anterior pero le adicionó un requisito extra: además de exigirse las pautas de las Uniones Convivenciales del Derecho Civil debía existir un efectivo aprovechamiento por parte del autor de la relación de pareja, de forma tal que con base a ella se hubiere visto facilitada la ejecución del homicidio.

Es este el precedente el utilizado en la actualidad jurisprudencial.

Finalizo el presente trabajo volcando mi postura personal acerca del problema central: definir pareja.

Con la Reforma de la Ley N° 26.791 se agregó esta fórmula a nuestro Código Penal, presentando una encrucijada difícil de sortear: ¿que es relación de pareja?.

Antes del Código Civil y Comercial había que recurrir a la filosofía, al diccionario y a la experiencia.

Con la llegada de la norma expresada ut supra se pudo hacer un paralelismo de pareja con las uniones convivenciales, pero quitando la obligatoriedad en la convivencia.

A mi entender el antecedente más acertado y el que debe utilizarse en la actualidad es el Fallo Sanduay porque tienen que aplicarse las características de las uniones convivenciales para las relaciones de pareja (excepto la convivencia), pero además adicionarse el efectivo aprovechamiento de esa situación de pareja por parte del sujeto activo.