

EL CONCEPTO DE PAREJA COMO AGRAVANTE DEL HOMICIDIO



Por la Dra. María Mercedes Rossi¹

SUMARIO

| | |
|--|----|
| Introducción | 01 |
| Precedentes jurisprudenciales | 02 |
| I. Precedente: “Escobar, Daniela s/recurso de casación” de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal | 02 |
| II. Precedente: “S., S. M. s/ homicidio”, Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal | 07 |
| II. Precedente: “Mossuto, Ariel Ricardo s/recurso de casación”, Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal | 10 |
| IV. Precedente: “Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley en causa N.º 79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires | 11 |
| Conclusión | 14 |

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto hacer un recorrido por varios precedentes en los que se discute el contenido y alcance del concepto de pareja, el que fuera introducido en el primer inciso del artículo 80 del Código Penal en la reforma del año 2012 (Ley N.º 26.791), cuya redacción del tipo penal fue la siguiente: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el **artículo 52**, al que matare: 1º. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, **o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia**”.

La cuestión que se discute es a qué se refirieron los legisladores cuando utilizaron la locución “pareja”, es decir, ¿se trata de una pareja amorosa, de una pareja deportiva y/o de una pareja de trabajo? En el caso de que la mención fuera

1. Abogada (UBA). Magister en Derecho Penal y Procesal Penal (AUSTRAL). Actualmente se desempeña como Instructora Judicial en U.F.I. y Juicio Descentralizada de Escobar N.º 4, Buenos Aires.

exclusivamente de una pareja amorosa, ¿cómo puede ser definida? Lo complejo de este concepto es que puede abordarse desde varios puntos de vista, desde lo cotidiano, lo sociológico o lo normativo, etc.

En nuestro caso, nos interesa poder definirlo normativamente con el objeto de no violentar los subprincipios de “ley cierta” y “ley estricta” del principio de legalidad, de modo tal que quede claro cuál es el límite impuesto por la norma, y así dar luz al alcance del tipo penal.

La reforma del mencionado art. 80 del Código Penal tuvo lugar estando vigentes en nuestro ordenamiento jurídico tanto la CEDAW (Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer), de jerarquía constitucional, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), normativas que buscan un marco de protección jurídica hacia las mujeres frente a la problemática de la violencia sexista.

El estudio pormenorizado de este concepto resulta necesario, pues de otro modo puede suceder que, en pos de consolidar una política estatal comprometida con la problemática de la violencia de género, se pongan en crisis las conquistas constitucionales en cuanto a garantías del cuidado frente al poder punitivo estatal, en este caso el principio de legalidad, puntualmente en cuanto a la máxima taxativa normativa.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

I. PRECEDENTE: “ESCOBAR, DANIELA S/RECURSO DE CASACIÓN” DE LA SALA II DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL.²

En este caso, un tribunal condenó a una mujer a la pena de prisión perpetua por considerarla autora del delito de homicidio agravado por ser la víctima una persona con la que mantuvo una “relación de pareja”. Dicha condena fue recurrida ante la Cámara de Casación.

2. “Escobar, Daniela s/recurso de casación” de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Fecha 18/06/15. Reg 168/2015, CCC 38.194/2013 TO1/CNC2

Para así resolver, la Cámara de Casación tuvo en cuenta que la víctima y la victimaria mantuvieron una relación desde hacía nueve meses, en el marco de la cual tenían relaciones sexuales, aunque no pudo acreditarse fehacientemente que **conviviesen**.

En lo que aquí interesa, la defensa de la mujer condenada, en su recurso contra la condena, solicitó que se modifique la calificación legal, para que no se aplique la agravante del delito para los casos de “relación de pareja”, y requirió, en consecuencia, que se aplique únicamente la figura básica del homicidio (art. 79 del Código Penal), la que, naturalmente, implica una pena menor.

Para el caso de que no se hiciera lugar a ese planteo, la defensa solicitó que se declarase la inconstitucionalidad del inc. 1 del art. 80 del Código Penal, por ser el concepto de “pareja” incierto y, así, contrario al principio de legalidad.

Al respecto, vale recordar que la interpretación de las normas es una herramienta que se utiliza frente a las posibles objeciones constitucionales que una regla pueda presentar, teniendo en cuenta la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la declaración de inconstitucionalidad como una cuestión de “*última ratio*”.

Se exponen de este modo los dos escenarios posibles para la mujer imputada. En el caso de que se aplique el agravante será condenada a una pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional (teniendo en cuenta la reforma introducida por la Ley N.º 27.375 del año 2017 al régimen de ejecución penal, que impide el acceso a la libertad condicional a las personas condenadas por los homicidios agravados previstos en el art. 80 del Código Penal, según lo establece actualmente el art. 14, inc. 1º de ese Código). En cambio, si la condena fuese dictada únicamente por la figura básica del homicidio (art. 79 del Código Penal), la pena será de entre ocho y veinticinco años de prisión, con posibilidad de acceso a la libertad condicional.

En su fallo, la Cámara de Casación inicia la tarea interpretativa de modo teleológico³, apelando a la exposición de motivos de la Ley N.º 26.791 (ley que

3. También denominado metodología exegética en la que e recurre a la voluntad del legislador para interpretar

reformó el Código Penal en el año 2012) como una guía posible para definir el concepto de pareja.

Ese análisis llevó a la conclusión de que la voluntad del legislador tuvo como norte desalentar los homicidios hacia las mujeres que ocurren en el marco de lo privado eludiendo dejar evidencias, atento a las altas tasas evidenciadas de esos sucesos, lo que se ve plasmado en las reformas que esa misma ley introdujo en los incisos 4º y 11 del art. 80 del Código Penal (agravante del homicidio para los casos en que sea cometido por odio de género y mediado violencia de género, respectivamente).

Luego, la Cámara de Casación infiere que el objetivo que tuvo la reformulación del inciso primero fue el de actualizar la normativa penal en función de la reforma que había tenido la ley civil, en el marco de la cual las situaciones de hecho que eran similares al matrimonio fueron reconocidas e institucionalizadas jurídicamente bajo el concepto de “uniones convivenciales”.

Con lo cual, del mismo modo que para definir al “cónyuge” se utiliza al concepto normativo del matrimonio (ley civil), es en esa rama del derecho donde la Cámara de Casación entiende que se debe buscar el significado del concepto “relación de pareja”.

Desde esta óptica teleológica, la Cámara de Casación hace una interpretación sistemática⁴, refiriendo que el art. 509 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación define las “uniones convivenciales” 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 común, sean del mismo o de diferente sexo**”, y el art. 510 inc. e) del mismo cuerpo 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**”.

y establecer el alcance de la norma. CSJN Fallo: “Gomez Dávalos” (1986). Caso “S.S.M”, Sala III de la CNCP (2016).

4. En el método sistemático el sentido de la ley es deducido de la posición en la que se sitúa en relación con el conjunto del sistema jurídico. Cada norma integra el conjunto del orden jurídico y se interpreta en relación con las restantes, particularmente con las que tratan el mismo instituto tomando en consideración sus jerarquías. CSJN Fallo: “F.A.L.”(2012).

De la lectura armónica de los artículos del Código Civil y Comercial reformado, y teniendo en cuenta que son los mismos legisladores los que reformaron la ley penal en 2012, la Cámara de Casación entendió que cuando se estableció el agravante para el que matare “a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia” **no se tuvo la 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**, y que los elementos necesarios para que haya “relación de pareja” están definidos taxativamente por los arts. 509 y 510 del Código Civil y Comercial.

Surge así el siguiente interrogante: si el inciso 1º del art. 80 del Código Penal parece quitarle relevancia a la convivencia, al señalar que el delito se verifica “mediar o no convivencia”, ¿cómo puede justificarse que la Cámara de Casación, para que se verifique una “relación de pareja” de aquellas a las que alude dicho inciso, exige que haya existido “convivencia” entre víctima y victimario, con una duración de, al menos, dos años?

Los jueces de la Cámara de Casación entendieron, al respecto, que cuando el inciso 1º del art. 80 del Código Penal expresa “mediar o no convivencia”, se está refiriendo al momento de ejecución del homicidio, en el que resulta indiferente (según esa expresión que contiene la ley) que víctima y victimario estén o no conviviendo, pero, no obstante ello, para los jueces de la Cámara de Casación, para que se verifique el delito de homicidio agravado (por tratarse la víctima de una persona con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja) las personas involucradas deben haber alcanzado antes del homicidio el tiempo de convivencia que se exige para una “unión convivencial” en el derecho civil, esto es, deben haber convivido al menos dos años.

A modo de conclusión, para la Cámara de Casación (en el caso) no se puede aplicar el agravante del delito de homicidio previsto en el inciso 1º del artículo 80 del Código Penal, porque no pudo comprobarse que entre la mujer condenada y la víctima hubiese existido una convivencia de al menos dos años.

Es que, justamente, para los jueces del caso los límites del concepto de relación de pareja utilizados en el agravante están dados por las normas del Código

Civil y Comercial que hacen referencia a la unión convivencial (interpretación sistemática) y respecto de la última parte del agravante, es decir, la frase “mediare o no convivencia”, entienden que el norte de la reforma no es ampliar el poder punitivo a cualquier relación ocasional sino a aquellas que antes alcanzaron el *status* necesario para los efectos civiles de la unión convivencial (interpretación teleológica).

Con lo cual, en opinión de la Cámara de Casación, se puede ver las dos caras de una misma moneda, es decir, que la ampliación de derechos desde la óptica civil será la medida del alcance de la obligación que impone la norma penal, porque el fundamento del agravante se justifica en que cuando uno está unido convivencialmente a otro tiene deberes más intensos de cuidado frente a esa persona y, por lo tanto, si alguien daña a su pareja, entonces el hecho es más grave, siendo que este deber se mantiene incluso después de que cesa la convivencia.

Resta analizar, desde esta mirada, si la ampliación de derechos civiles que implica el reconocimiento de la unión convivencial y la agravación de la pena para los delitos cometidos contra la pareja son realmente las dos caras de una misma moneda.

Nótese que, finalizada la unión convivencial, en el plano civil, subsisten algunos efectos que en algún momento caducan, pero eso no ocurre en el ámbito penal, donde una vez “activado” el agravante (es decir, luego de alcanzado el período de convivencia que habría permitido acceder al *status* de unión convivencial) la agravación de la pena por el delito de homicidio cometido en contra de la pareja perdura en el tiempo eternamente.

Es decir, que, para el derecho penal, una “ex pareja” nunca deja de ser “ex pareja”.

II. PRECEDENTE: “S., S. M. S/ HOMICIDIO”, SALA III DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL⁵

En este caso se condenó a un hombre por el delito de tentativa de homicidio agravado por mediar una relación de pareja.

La defensa interpuso un recurso contra la condena, dirigido a solicitar que la Cámara de Casación aplicase la figura base del delito de homicidio (es decir, el delito de homicidio simple, previsto en el art. 79 del Código Penal), porque en el caso no se verificaban los requisitos exigidos en el precedente “Escobar” como necesarios para sostener el agravante del vínculo de pareja.

Sin embargo, el tribunal que debía resolver respecto del recurso presentado (es decir, la Cámara de Casación) estaba integrado de una forma distinta al modo en que estaba conformado para el caso “Escobar”.

Para ver la postura opuesta a la fijada en el precedente “Escobar” vale detenerse en el voto del Dr. Magarinos, quien comienza señalando que la interpretación gramatical⁶ no resultaba suficiente para determinar el concepto de “pareja”, debido a la amplitud de acepciones de ese término que pueden existir, conforme el diccionario de la Real Academia Española.

Este juez entiende que la interpretación del concepto “pareja” que se hizo en el precedente “Escobar” (es decir, la remisión directa y taxativa a las normas de la unión convivencial) era una hermenéutica incorrecta, porque, a su criterio, no se podía equiparar el concepto “relación de pareja” del agravante penal al de “unión convivencial” de la norma civil.

El juez Magariños remarcó que el concepto civil, por definición, indicaba que uno de los requisitos del vínculo era la convivencia (convivencial) y así se traducían

5. “S., S. M. s/ homicidio”, Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Fecha 06/09/16. Reg 686/2016, CCC 55. 8.820/2014 TO1/CNC1

6. El procedimiento gramatical busca el significado de la ley por medio de las palabras que la componen, es la primer herramienta de interpretación, siendo el resto de los métodos complementarios. CSJN Fallo: “Acosta Alejandro s/inf. art. 14 primer párrafo Ley N.º 23.737”.

en la norma que indicaba que, para que se verificase una unión convivencial, las personas involucradas debían convivir al menos dos años, entre otros requisitos más que señala la ley civil. En cambio, el concepto penal de “pareja” no requería la convivencia como requisito.

Ello surge de los antecedentes parlamentarios de la ley que reformó el artículo. Para el juez Magariños no hay duda de que el Poder Legislativo tuvo el fin de comprender, en el marco de la agravante del homicidio prevista en el inciso 1º del artículo 80 del Código Penal, aquellas parejas entre las que no existiese ni hubiese existido (nunca) convivencia (interpretación teleológica).

Para este Magistrado, la reforma buscó prevenir, proteger y erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrolla sus relaciones interpersonales, no siendo un requisito de la circunstancia agravante la convivencia.

A partir de ello, el juez Magariños identifica que dentro del inciso 1º del artículo 80 hay dos clases de delitos. Por un lado, en la primera parte (que agrava el homicidio cuando se cometa contra el “ascendiente”, “descendiente”, “cónyuge” y “ex cónyuge”) estaremos frente a *delitos de infracción de un deber*, mientras que en la segunda parte (cuando la ley alude a “la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia”), estaremos frente a un *delito de organización*.

Muy sintéticamente puede decirse que una de las clasificaciones posibles para los delitos penales es la de delitos de infracción de un deber y delitos de organización. En estos últimos cualquiera puede ser autor, porque el fundamento del reproche es la violación de un **deber general y negativo** de no dañar, mientras que en los delitos de infracción de un deber solo puede ser autor aquella persona sobre la cual pesa una **deber especial y positivo** que solo puede surgir de una **institución jurídicamente reconocida**, y el fundamento del reproche es la violación de ese deber especial y positivo.

Por ejemplo, todos por igual tenemos el deber de no matar a un bebé recién nacido (quien lo haga, cometería un delito que, en esta clasificación, sería considerado un “delito de organización”), pero sus progenitores tienen, además de ese deber

general, el deber *especial y positivo* de alimentarlo, deber que es derivado de la institución civil de responsabilidad parental (por lo que permitir que el niño muera por falta de alimento constituiría un “delito de infracción de deber”).

En esta inteligencia, Magariños sostiene que el fundamento del agravante en la primera parte del inciso 1º del artículo 80 es, justamente, haber quebrantado un deber especial y positivo que surge de una institución civil (“responsabilidad parental” o “matrimonio”).

Pero no sucede lo mismo en la segunda parte del inciso 1º, cuando se hace mención a una “relación de pareja”, porque ésta no se consagró jurídicamente como institución positiva, ya que no existe tal institución (pareja) en nuestro Código Civil y Comercial, con lo cual la relación de pareja, aunque pueda ser fácticamente similar al matrimonio, no genera los mismos deberes por sí sola. Por ende, no puede hablarse de un delito de infracción del deber respecto a este agravante porque, en el caso de una “pareja”, no hay una institución de la que surja un deber que se pueda violentar.

Este fallo “S., S. M.” plantea un análisis sistemático y teleológico que permite concluir que el tipo penal previsto en el art. 80 inc. 1º del Código Penal abarca relaciones no contempladas civilmente (con lo cual no se quebranta un deber derivado de una “institución jurídica”) y, por ello, el fundamento de la agravante de la pena en estos casos es **que la ejecución del delito se vio facilitada por el “abuso de confianza”, consecuencia de la relación, vigente o no, entre víctima e imputado.**

Es decir, la relación de pareja genera cierta confianza entre las personas involucradas, y luego el autor abusa de esa confianza. La imposición de la agravante requiere la contratación, en cada caso, de un efectivo aprovechamiento por parte del autor, de la existencia de la relación, previa o concomitante con el hecho que facilita el hecho.

De este modo, en el fallo “S., S. M.” se sostiene que hay relaciones de “pareja” cuando exista o haya existido una unión de dos personas, sean del mismo o diferente sexo, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo, con

vínculos afectivos o sentimentales, que comparten espacios de tiempo en común, y ámbitos de intimidad. Nótese que, en esta definición, ya no se exige el requisito de la “convivencia”.

Con esta definición, la autopercepción de qué es estar en pareja juega un papel importante, como también lo juega en el plano concreto probatorio respecto de cómo acreditar efectivamente tal vínculo en el proceso. ¿Cómo definimos el concepto de “pareja”?

III. PRECEDENTE: “MOSSUTO, ARIEL RICARDO S/RECURSO DE CASACIÓN”, SALA II DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL⁷

Esta Sala fue la que dictó el precedente “Escobar”, pero en esta ocasión, el Dr. Sarrabayrouse cambia el criterio, para entender que no necesariamente se exigen los requisitos de la unión convivencial para que se trate de una pareja, con especial referencia al requisito de la convivencia por dos años.

Así, el concepto de pareja contenido en el agravante para el magistrado es aquella unión que reúne los requisitos del art. 509 del CCyCN, entre los cuales no está la exigencia de convivencia por un mínimo de dos años, dado que ese plazo recién aparece mencionado en el art. 510 del CCyCN.

Esa podría ser una interpretación plausible del proyecto del Código Penal, que para definir “conviviente” remite a la definición del CCyCN texto en el que se lleva a cabo una labor interpretativa auténtica.⁸

Se apoya en la exposición de motivos del anteproyecto del Código Penal, art. 77, *“La razón tradicional de la agravación por parentesco –la confianza depositada en el pariente– es válida de hecho para el conviviente y también para quien lo haya sido, al que se le ha franqueado el acceso a toda su intimidad, sus modos*

7. “Mossuto, Ariel Ricardo s/recurso de casación”, Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Fecha 07/08/19. Reg 921/2018, CCC 55. 357/2014 TO1/CNC2

8. Es la interpretación que realiza el propio legislador. Implica la definición de la norma en la propia norma. C.S.J.N. Fallo “Batalla Rufino” (2018). CSJN Fallo “Muiña”.

de vida y costumbres. La previsión del conviviente, de paso, resuelve el problema que planteaban los matrimonios nulos”, quedando redactada la norma así “I. Se impondrá prisión de quince (15) a treinta (30) años, al que matare: a) A su cónyuge o a su conviviente estable, o a quienes lo hayan sido, a su ascendiente o descendiente, a su padre, madre o hijos adoptivos, sabiendo que lo son”.

IV. PRECEDENTE: “ALTUVE, CARLOS ARTURO -FISCAL ANTE EL TRIBUNAL DE CASACIÓN- S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA N.º 79.641 DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, SALA I, SEGUIDA A R., F. S.”, SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES⁹

Aquí, el Ministro Soria de la Suprema Corte de la Pcia. De Bs. As. sigue la línea interpretativa del Dr. Magariños en el precedente antes analizado. Considera que, tanto el requisito de convivencia como los restantes, son propios del instituto privado y demandar su concurrencia en ámbito penal implicaría sumarle a la figura elementos que no comprende ni le son característicos.

Sumado a ello entiende que la “unión convivencial,” en vigencia casi tres años después de establecida esta agravante en el Código Penal, ha evidenciando lo erróneo de forzar esa equiparación asimilación, aunque sea parcialmente como se concluyó en el caso Mosutto.

Realizando una interpretación teleológica, repasa los distintos proyectos de ley presentados en el camino a la modificación de los agravantes del art. 80 del C.P., concluyendo que las razones de los agravantes correspondientes a cualquiera de las situaciones descritas en el inc. 1 tienen que ver “...con que la mayor antijuridicidad del hecho radica en los deberes de asistencia, respeto y cuidado que se deben mutuamente las parejas” y, puntualmente en el caso de la relación de pareja, con la amplitud referida, es que la víctima se ve especialmente “vulnerada” en función del “...abuso de confianza en el que se comete el homicidio”.

⁹. Causa P. 132.456, “Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Fecha 20/07/20 C/ 79.641 TCP.

De este modo, la máxima punición tiene base en el quebrantamiento de la “relación de confianza”, esa vinculación afectiva entre los miembros de la pareja, con indiferencia del género, con cierto grado de estabilidad o permanencia -no meramente ocasional-, basada en la “confianza especial” que esa interrelación vital e intimidad determina en aquellos aspectos de la cotidianidad propios y particularmente en los compartidos o en “comunidad”.

Este deber especial no surge de un vínculo jurídicamente reconocido, sino que emana del plano ontológico y por ello deberá ser verificado en cada caso el grado de intensidad que tienen tales relaciones.¹⁰

Apoya esta postura el Ministro Torres, quien entiende que son varias las formas de femicidio enumeradas en los agravantes del art. 80, citando doctrina que refiere, “Claramente, en un sentido estricto, el femicidio está sancionado en el [inciso] no 11 de la norma: cuando un hombre mata a una mujer, mediando violencia de género. Sin embargo, también son femicidios los casos de muertes de mujeres cometidas por sus parejas, sancionadas de acuerdo al [inciso] no 1, disposición [...] en que la sanción del femicidio supone la misma pena que otros homicidios agravados por el vínculo.

La ley, además, impide que se apliquen ‘circunstancias extraordinarias de atenuación’[...] cuando el autor que se encuentre en alguno de los supuestos del [inciso] no 1 ‘anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima’, lo cual refuerza la calificación como femicidio de tales supuestos. En el caso del [inciso] no 4, en cuanto se trate de homicidios de mujeres cometidos ‘por odio de género’ [...] o por odio ‘a la orientación sexual, identidad de género o su expresión’ [...] también constituyen femicidios. Finalmente, la agravante contemplada en el [inciso] no 12, de los homicidios que se cometan con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja corresponde -cuando la persona a la que se busca causar sufrimiento sea una mujer- a lo que...en Argentina [se] ha llamado *femicidio vinculado*”.¹¹

10. Conforme Jakobs, Günther, “Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación”. Traducido por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1995, ap. 29-58, 66, 67-70. Jurisprudencialmente, CNCCyC, Sala III, *in re* “Sanduay”, causa n° CCC 8820/2014/TO1/CNCl, sentencia del 6-9-2016.

11. Toledo, Patsilí, “Femicidio”. En J. Di Corleto, compilado, “Género y justicia penal”, Buenos Aires, Didot, pp.

Y que se ha advertido que “Justificando las diferencias entre las diversas disposiciones introducidas al Código Penal por [la ley 26.791], la jurisprudencia y la doctrina argentinas se embarcan en distinciones [...] que poco contribuyen a la comprensión de la complejidad del femicidio y la violencia contra las mujeres [...] gran parte de los problemas de interpretación y aplicación de estas normas son consecuencia de una comprensión penal de la violencia contra las mujeres que tiende ‘a la transformación de un problema social de violencia machista en hechos puntuales’, sin entender las especificidades de la violencia estructural contra las mujeres (Bodelón, 2012:353)”.¹²

En ese sentido la impunidad o la atenuación del castigo, emite un mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres y una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia.¹³

Analizando la configuración típica del agravante entiende que la distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo penal suele ser compleja, porque rara vez pueden verse los elementos en estado puro, siendo mucho más habitual encontrarlos mezclados, aunque se pueda advertir el predominio de uno o del otro: aquellos elementos que, a primera vista, aparecen como meramente descriptivos, deben interpretarse conforme al fin de protección del precepto legal; y la mayoría de los elementos normativos tienen un sustrato descriptivo.¹⁴

Por tal motivo Zaffaroni prefiere distinguir entre elementos rígidos que pueden ser descriptivos o normativos y se caracterizan por ser de fácil precisión y elementos elásticos, ubicados entre dos límites, quedando en medio de una zona gris y en los que suelen prevalecer los normativos extrajurídicos; y los elementos vagos o indeterminados, que suelen ser totalmente normativos, fundados en pseudoconceptos de naturaleza emocional, que han sido tachados de inconstitucionales.¹⁵

237-264.

12. Toledo, ob. cit.

13. CIDH, caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009.

14. Roxin, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, TI, Madrid, Civitas, 1997, pp .306-307.

15. Zaffaroni, E. Raúl, “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires, Ediar, 2014, p. 462.

Frente al concepto “relación de pareja” el Magistrado reconoce cierta amplitud que exige extremar los esfuerzos interpretativos pero no autoriza a forzar una categoría diferente, partiendo de la significación convencional de las palabras toda vez que el legislador procura motivar ciertas conductas utilizando un lenguaje compartido con los destinatarios de las leyes con ese norte.

CONCLUSIÓN

Los fallos estudiados utilizan la interpretación sistemática y teleológica, pero de modo distintos, en el primero se entendió que el legislador quiso actualizar los vínculos similares al matrimonio tal como lo hizo la legislación civil y por ello la norma civil es la guía que estrictamente hay que seguir, porque la violencia de género se puede repeler con otros agravantes, abordaje similar a que se establece en el tercer fallo.

En el segundo la voluntad definida del legislador es la de prevenir, proteger y erradicar la violencia hacia la mujer que pueda sufrir en el ámbito de las relaciones interpersonales, con lo cual la norma civil es guía, pero no taxativa y la norma penal no requiere el elemento de convivencia.

Este fallo también alude a la interpretación gramatical, pero en este caso no da mucha luz sobre el tema por la amplitud de las posibles definiciones.

El cuarto caso analizado encuentra por medio de una interpretación teleológica que específicamente se buscó recubrir de protección penal del modo más amplio posible a la categoría coloquial de pareja, siendo el fundamento de ello el abuso de la confianza que se genera en el vínculo.

En esta inteligencia lo primero que queda claro, siguiendo las palabras de Roxin, es que: “hay un acuerdo unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable. Todos los conceptos que emplea la ley (...) admiten en mayor o menor medida varios significados (...) el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación”.¹⁶

16. Roxin, Claus, ob.cit, p. 148.

Por tal motivo a los Tribunales superiores se les ha impartido la función nomofiláctica ¹⁷ para proteger la norma de la interpretación que de ella pueda hacerse toda vez que puede ser no uniforme.

Pero como se ve en estos casos, los Tribunales superiores no interpretan de manera uniforme, es que justamente los riesgos de la interpretación de la ley se pretenden neutralizar con el mismo mecanismo, es decir, interpretando con un horizonte de uniformidad inalcanzable por las propias características del lenguaje como por la subjetividad de quien realiza la tarea, con lo cual se fija un contorno fijo de interpretación (conforme principios convencionales), pero dentro de ese marco aun buscando un criterio uniformador pueden alcanzarse distintas conclusiones.

Tal dificultad es común a todo el lenguaje: las palabras presentan como característica la ambigüedad y la vaguedad ¹⁸, evidenciándose los que Hart llama la textura abierta de las normas.

Para este autor, el derecho utiliza en gran medida lenguaje técnico mas también coloquial que conlleva cierta vaguedad, por tal motivo las normas tienen cierto grado de imprecisión y esto lleva a que las normas tengan una “open texture” que implica algún grado de discrecionalidad en la interpretación.

Siguiendo con la línea argumental de Hart, cada expresión lingüística tiene un núcleo duro de significado y un área de penumbra, el primero está formado por los casos fáciles de interpretar en los que todos estarían de acuerdo en aplicar o no la expresión a los hechos, en los casos difíciles se debe resolver con un criterio de aproximación con analogía con los casos sencillos, existiendo más de una interpretación posible, es aquí donde los jueces no aplican el derecho, sino que lo crean.

Sobre este punto Dworkin entiende que la discrecionalidad no debe concebirse como la libertad arbitraria de decisión y creación, para los casos en que no hay

17. La Real Academia Española define a la “nomofilaxis” como la “protección de la norma jurídica”.

18. Carrió, Genaro, “Notas sobre derecho y lenguaje”, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, , pp. 26-35.

reglas precisas que definan la solución se debe acudir a los principios generales del derecho que tienen una estructura y funcionamiento distintos a las reglas, con lo cual en los casos difíciles no habría creación de derechos por parte de quien resuelve sino que los jueces debieran ceñirse a la aplicación del, o de los principios que correspondan.

Así en el caso del concepto de pareja desde nuestro sistema que reviste la característica de ser continental y no de Common law – sistema desde donde escriben los autores antes citados-, la aplicación de los principios ya no es una cuestión doctrinaria sino bien una obligación convencional. En este caso se encuentran en tensión el principio de legalidad¹⁹ y los principios de aplicar perspectiva de género,²⁰ acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.²¹

Al ser los principios mandatos de optimización, a diferencia de las reglas que se cumplen o no, se impone aplicar el *balancing* que propone Alexy en la medida que un principio no invalide a otro “sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico”.²²

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes deben interpretarse y aplicarse procurando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, de manera tal que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre sí, por lo que debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos.²³

Con lo cual la lectura más acertada pareciera ser la que entiende que el agravante por relación de pareja tiene fundamento en el abuso de la confianza que se genera en ese vínculo con lo cual se requiere para su configuración la existencia de una unión de dos personas, sean del mismo o diferente sexo, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo, con vínculos afectivos o sentimentales, que comparten espacios de tiempo en común, y ámbitos de intimidad.

19. Establecido por los arts. 18 CN, 11.2 D.U.D.H., 15.1 P.I.D.C.P. y 9 C.A.D.H..

20. Establecido por el art. 7 de la Convención de Belém Do Pará.

21. Establecidos por los arts. 8.1, y 25 de la C.A.D.H..

22. Alexy, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

23. Fallos: 307:519.

Vale remarcar que este concepto debe verse a la luz del reconocimiento de un sistema patriarcal, pero que el concepto de pareja podría no limitarse a la violencia contra la mujer.