



TRABAJO FINAL DE GRADO

"Aplicación del control de convencionalidad ante la ambigüedad normativa en los delitos de género".

Análisis del art. 80 inc. 1ro. del Código Penal.

NOTA A FALLO: *Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Expte. N.º P 132.456, "Altuve, Carlos Arturo - Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley, en causa nº 79.641 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a R., F. S.", (SD), 20 de julio de 2020.*

AUTOR: PABLO RINALDI

D.N.I.: 23.788.572

LEGAJO: VABG11464

CARRERA: ABOGACÍA

INSTITUCIÓN ACADÉMICA : UNIVERSIDAD SIGLO 21

TUTORA: DRA. VANESA DESCALZO

AÑO 2021

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Marco fáctico e historia procesal. III.- Identificación y reconstrucción de la *Ratio Decidendi*. IV.- Análisis y Comentarios. IV. 1.- La subsunción de la hipótesis normativa, ante la ambigüedad semántica. IV. 2.- El control de convencionalidad en los delitos de género. IV. 2. 1.- Violencia de Género y su evolución normativa en Argentina. IV. 2. 2.- Génesis del Homicidio Agravado por el Vínculo (Ley 26.791). V.- Conclusión. VI.- Referencias Bibliográficas.

I.- INTRODUCCIÓN:

La consiente visibilización de los delitos cometidos en un contexto de violencia de género, alarman hoy a nuestra sociedad argentina, sólo basta citar algunos informes estadísticos para avizorar la compleja trama social que va en creciente aumento.

Para mayor ilustración de éste contexto, cito las estadísticas informadas en la provincia de Buenos Aires por el REVIFAG (Julio 2020)¹, en las que se concluye que en los primeros seis meses del 2020, se iniciaron 52 procesos penales por femicidios, cuatro de ellos con 2 víctimas y que de éstos 56 casos fatales, el 67.90 % fueron cometidos en un contexto de intimidad, que comprenden aquellos casos que se dan en el ámbito de vínculos (actuales o pasados) entre víctimas y victimarios, mientras que el 73 % de ellos han sido cometidos por un hombre mediando violencia de género y agravados por el vínculo, dando cuenta de la relación de confianza preexistente entre ambos.

Tal patente realidad, tiene su correlato en el ámbito jurídico, especialmente en la aplicación de las normas penales previstas como sanción para tales delitos, por lo que en consecuencia, resulta necesario profundizar el abordaje de ésta temática con una perspectiva de género, no sólo desde el ámbito de la interpretación jurídica, sino también desde las múltiples ópticas, que tal como lo expondré a continuación, merecen ser tenidas en cuenta al momento de analizar y resolver éstos casos en el ámbito de la justicia penal.-

Puntualmente el fallo de referencia, a mi criterio presenta dos aristas a analizar en torno a los problemas de interpretación jurídica, en primer término desde el aspecto lingüístico, la ambigüedad semántica que surge de la delimitación del alcance del término "*relación de pareja*"-inserto en el art. 80 inc. 1ro. del Código Penal-, dada por

¹ Informes de Femicidios del Primer Semestre 2020, Registro Penal de Violencia Familiar y de Género (REVIFAG) - Secretaría de Estrategia Institucional y de Gestión - Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

el órgano cuya decisión se interpela, la cual a su entender se contrapone a la interpretación hermenéutica que regula las uniones convivenciales, prevista en el art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que obstaría en principio a la aplicación del mentado agravante.

Por otro lado, subyace el problema axiológico, denotado en la subsunción realizada por el Tribunal que revisó la sentencia, cuya interpretación de aplicación carece de un abordaje desde una perspectiva de género, ello en contraposición con los estándares internacionales de orden constitucional, con los que se comprometió el Estado Argentino, en cuanto a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer².

La sentencia en cuestión nos ofrece la posibilidad de abarcar su análisis desde diferentes ópticas, por lo que no sólo al culminar el mismo podremos desentrañar los fundamentos esgrimidos por la corte bonaerense en relación a la aplicación del mentado agravante del homicidio, sino también reconocer los distintos modelos exegéticos en tal integral tarea, distinguir la interacción entre lo ya resuelto en los distintos fallos jurisprudenciales y doctrina atinentes al tema, y comprender la interpretación teleológica que se presenta entre las normas penales y las aplicadas de manera complementaria, como en éste caso al entrar en juego los preceptos del C.C.C.N..

En síntesis, considero que éste análisis será un aporte a la temática de perspectiva de género, que concluirá seguramente con un mayor entendimiento de la problemática caracterizada y protagonizada tanto por la mujer en su condición de víctima, como por el hombre, involucrados ambos en el ciclo de violencia, que hoy resulta ser un fenómeno latente y creciente en nuestra sociedad.

II.- MARCO FÁCTICO E HISTORIA PROCESAL:

El 12 de julio de 2016, el Tribunal en lo Criminal nº 3 del Departamento Judicial La Matanza, provincia de Buenos Aires, condenó a Facundo Sebastián Rodríguez, a la pena de veinticuatro (24) años de prisión, por resultar autor penalmente responsable del delito de "homicidio agravado por el vínculo y por la utilización de un arma de fuego, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, en concurso real con el delito de

² Arts. 4, inc. "g", 7 incs. "b" y "f" y 9, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - "Convención de Belem do Pará"-, aprobada por la ley 24.632.

tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil"³, teniendo por acreditada en tal instancia la siguiente materialidad ilícita: *"El día 21 de abril del año 2015, promediando las 10:00 horas, en el interior de una de las habitaciones de la finca sita en la arteria Los Girasoles a la altura catastral del n° 438, del Barrio 22 de Enero de la localidad de Ciudad Evita, un sujeto de sexo masculino, munido de una pistola calibre 22 marca Bersa número de serie 7716, que detentaba sin contar con la debida autorización legal, efectuó contra la humanidad de Karen Mariana Arias –con quien mantenía una relación de noviazgo- un disparo con el adminículo de fuego que esgrimía, el que ingresó por el orificio nasal derecho, ocasionándole una herida de tal magnitud que derivó en un shock hipovolémico, con descompresión hemodinámica y edema cerebral generalizado, que a la postre la condujeron al óbito"*⁴.

Contra dicho pronunciamiento, la Defensa Oficial interviniente interpuso recurso de casación, expresando entre sus fundamentos que el Tribunal de primera instancia, efectuó una errónea aplicación de la ley penal, al encuadrar el hecho materia de imputación en una figura legal más gravosa, ya que a su entender, no se acreditó en el debate la relación de noviazgo entre la víctima y el victimario porque no existía relación sentimental alguna entre ambos.

El 8 de agosto de 2017, la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, casó el fallo en lo atinente a la calificación legal, por considerar que no se había configurado el elemento típico *"relación de pareja"*, y ordenó el reenvío al tribunal de origen para que emita un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

Frente a lo así decidido, el Sr. Agente Fiscal ante la instancia presentó un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denunció la errónea aplicación del art. 79 y la inobservancia del art. 80 inc. 1ro., ambos del Código Penal, oponiéndose a lo considerado por los casacionistas en torno a la aplicación del art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación⁵ para definir y establecer el alcance de ese elemento del tipo penal, el cual señaló no se encontraba vigente al momento de sancionarse la actual redacción del homicidio calificado por el vínculo, máxime cuando tal precepto regula las *"uniones convivenciales"* y nada dice del término *"pareja"*, ínsito en el art. 80 inc. 1° del C.P.,

³ Arts. 41 bis, 55, 80 inc. 1 e "in fine" y 189 bis inc. 2 párrafo primero del Código Penal de la Nación Argentina - Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado).

⁴ Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires - Causa nro. 79.641, caratulada "Rodríguez, Facundo Sebastián S/ Recurso de Casación", Registro nro. 723/17.

⁵ "Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo". Art. 509 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina - Ley 26.994.

concluyendo que tal relación en el ámbito penal fue establecido con otra dimensión más amplia.

Finalmente la Suprema Corte Bonaerense, el 20 de julio de 2020, ante los argumentos prenotados concluyó fundadamente que se había acreditado que entre la víctima y victimario, existía efectivamente una relación de noviazgo pública, de alguna permanencia en el tiempo, claramente no ocasional, y con cierta intimidad, resolviendo acoger el recurso interpuesto por errónea aplicación de la ley sustantiva, subsumiendo el hecho de referencia, en el marco de lo normado por el art. 80 inc. 1ro. del Código Penal, remitiendo los autos a la instancia para la adecuada determinación de la pena.-

III.- IDENTIFICACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE LA RATIO DECIDENDI:

En primer término, al momento de emitir los ministros sus correspondientes votos, el Dr. Daniel Fernando Soria, ante los argumentos vertidos en el recurso, sostuvo que *"para la ley civil la convivencia es un recaudo característico del régimen -y al menos por un lapso de duración de dos años-, que no exige el tipo penal, junto con otros presupuestos: la mayoría de edad de los integrantes -sean del mismo o de diferente sexo o género-, la ausencia de impedimento por razones de parentesco o de ligamen, entre otros que se establecen, y con características prototípicas de singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia"*, ello haciendo clara referencia a lo estipulado en los arts. 509 y 510 del C.C.C.N..

En tal orden de ideas, sostiene que exigir su concurrencia importaría añadir a la figura penal elementos que no comprende ni le son característicos, máxime cuando el referido régimen de *"unión convivencial"* en el ámbito del derecho privado entró en vigencia casi tres años después de establecida esta agravante en el Código Penal.

Es de destacar el amplio análisis realizado en torno a la discusión legislativa que tuvo el tipo penal de referencia, a raíz de la cual -concluye el ministro- no hay margen de duda respecto de la real voluntad del legislador, que fue la de abarcar de manera amplia las relaciones de pareja.

Por el mismo andarivel, sostiene que la vinculación afectiva entre los miembros de la pareja, con cierto grado de estabilidad o permanencia, no meramente ocasional, basada en la *"confianza especial"* que esa interrelación vital e intimidad determina en aquellos aspectos de la cotidianeidad propios y particularmente en los compartidos o en *"comunidad"*, es la que justifica la agravante, aún después del cese de la relación.

A su turno, el Dr. Sergio Gabriel Torres, alineado con el voto precedente, cita a Pazos Crocitto (2017): "*El art. 80 inc. 1 ha buscado abarcar la punición de conductas disvaliosas cuyo rasgo saliente es la violencia de pareja. La situación de riesgo y de violencia potencial no solo encuentra fundamento en el vínculo presente sino también en el vínculo pasado, teniendo en cuenta que en las relaciones humanas no es tarea sencilla establecer cuándo una relación ha terminado. Se incorporaron las relaciones que no han llegado a una situación de convivencia pero que claramente son el marco de la violencia que llevó al homicidio. Y se tuvo en cuenta el crecimiento acelerado de este tipo de delitos en nuestra sociedad, especialmente contra las mujeres*"⁶, coincidiendo en la reforma introducida por la ley N.º 26.791 ha buscado proteger el vínculo sentimental aun en configuraciones menos formales que el matrimonio y el concubinato.

Entiende el ministro que éste tipo de delitos se produce a partir de un abuso de confianza, la que no está basada en cualquier tipo de vínculo sino, justamente, en el derivado de la relación de pareja, con lo no cualquier relación quedará abarcada por la figura agravada en atención a los parámetros delineados, siendo necesario un análisis que denote que sus integrantes compartan o hayan compartido cierto ámbito de intimidad y confianza que, precisamente, haya dejado a la víctima en una posición de mayor vulnerabilidad.

Entre las consideraciones destacadas a las que arriba el Dr. Torres, emerge la necesidad de abordar éste agravante del homicidio desde una perspectiva de género, contenida en la mentada ley, desde que busca la protección integral de las mujeres ante situaciones de violencia.

Refuerza su postura citando parte del contenido del art. 7 de la "Convención de Belém do Pará"⁷, en cuanto al deber estatal de incluir en la legislación interna normas penales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, bajo pena de comprometer la responsabilidad de nuestro país frente a la comunidad internacional, adhiriendo en cuanto a la atenuación de la imposición de una pena a lo expresado por la Comisión Internacional de Derechos Humanos (2009): "*la impunidad, envía el 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*

⁶ Pazos Crocitto, José Ignacio, Los homicidios agravados, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, págs. 67, 70 y 74.

⁷ Art. 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará". aprobada por la ley 24.632.

*mujeres y una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia"*⁸.

En síntesis, el mencionado ministro sostiene que el elemento típico "*relación de pareja*" no demanda una regulación normativa sino la ponderación de circunstancias objetivas, por lo que recurrir a la institución de la unión convivencial como lo hizo la Casación resulta incorrecto, ya que la protección que brinda la ley penal es más amplia: abarca a las uniones convivenciales, pero las excede.

Los restantes ministros, Dra. Hilda Kogan y Dres. Luis Esteban Genaud, adhiriendo a los fundamentos del Dr. Soria, votaron también por la afirmativa.

IV.- ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

IV. 1.- La subsunción de la hipótesis normativa, ante la ambigüedad semántica.

Tal como se ha reseñado en el apartado precedente, ha quedado clara la postura del más alto tribunal bonaerense en torno a la diferenciación del régimen de la unión convivencial previsto en la ley civil con la relación de pareja ínsita en el inc. 1ro. del art. 80 del C.P., interpretación teleológica que considera incorrecta, ya que la protección que brinda la ley penal es más amplia, lineamientos que adelanto comparto ampliamente.

Sin perjuicio de ello, advierto de manera liminar, que en el mismo no se ha ahondado respecto de la ambigüedad semántica que surge de la delimitación del alcance del término "*relación de pareja*", la que nos lleva de inequívocamente a plantearnos ciertos interrogantes en cuanto a cuándo una relación entre dos personas puede ser considerada en tal sentido, siendo a mi entender éste extremo de vital importancia a la hora en la que el intérprete jurídico tiene que realizar la tarea de la subsunción, ello atento a la indeterminación propia que éste término tiene en su uso coloquial y normativo.

Como en el caso de marras, tal diferenciación es trascendente, ya que si se subsume teniendo por configurado el agravante del homicidio en cuestión, la pena que le correspondería al autor es la de prisión perpetua, caso contrario la pena a imponer sería la del tipo básico del art. 79 C.P., que establece una pena de entre 8 y 25 años de privación de la libertad, resultando claramente éste el núcleo del dilema.

⁸ CIDH, caso González y otras "Campo Algodonero" vs. México, sent. de 16-XI-2009).

Ante ésta indefinición terminológica he de repasar lo expresado por la doctrina, por ejemplo, Figari (2014) sostiene: "*Resulta un tanto confuso interpretar exactamente qué cualidades o características deben revestir dos personas que llevan una 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...* "⁹.

Conteste con ello, Boumpadre (2013) afirma: "*La norma es confusa, excesivamente amplia, indeterminada y generadora de inseguridad jurídica (piénsese en los problemas de interpretación que acarreará la expresión "relación de pareja"), circunstancias que lesionan el principio de legalidad por violación del mandato de taxatividad penal que exige la mayor precisión técnica posible en la construcción de la figura típica*"¹⁰.

A su tiempo, Molina y Trotta (2013)¹¹, señalan que resulta un tanto confuso interpretar exactamente qué cualidades o características deben revestir dos personas que llevan una "relación de pareja", porque si bien la palabra "cónyuge" o "ex cónyuge" son conceptos definidos en el ordenamiento civil actual, no pasa lo mismo con la expresión "relación de pareja".

Sumado a tales conclusiones, Arocena (2013)¹², sostiene que resultaría viable, como lo hace parte de la doctrina, a efectos de resguardar la precitada garantía constitucional de máxima taxatividad penal, recurrir al C.C.C.N., el cual en su art. 509 define la unión convivencial, tal como lo hizo el Tribunal de Casación Penal en éste fallo.

Ahora bien, hasta aquí pareciera que resultaría acertada la postura de la Defensa que cuestionó primigeniamente la sentencia, pero tal como lo sostiene contrariamente Figari (2017)¹³, al realizar una comparación en cuanto a la definición de tal instituto con el término relación de pareja aplicado por el derecho penal, considero que no obstante a la latente ambigüedad, no puede asimilarse sin más la "*relación de pareja*" a la "*unión convivencial*", pues ello resultaría lógicamente contradictoria con la inclusión que ha

⁹ FIGARI, Rubén; "Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenuación", en Código Penal comentado de Asociación Pensamiento Penal año 2014.

¹⁰ BOUMPADRE, Jorge Eduardo (2013); "*Los delitos de género en la reforma penal (ley 26.791)*".

¹¹ MOLINA, Magdalena y TROTTA, Federico (2013); "*Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados*"; La Ley; 2013 .

¹² AROCENA, Gustavo; "*El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático – jurídico*"; Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013, pág.73.

¹³ FIGARI, Rubén (2017) "*La relación de pareja del inc. 1ro. del art. 80 del Código Penal no equivale a la unión convivencial civil, sino que la excede*".

realizado el legislador en la última parte del inc. 1.º de la norma en análisis, en torno a que tal agravante será aplicado “mediare o no convivencia”.

Indudablemente, tal como el mentado autor lo ejemplifica, desde luego que un homicidio en el marco de una unión convivencial vigente o que haya cesado es atrapada 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 en la cual no hay una convivencia, es decir una vida en común de pareja pero sin cohabitación bajo el mismo techo.

En éste norte, he de concluir que no se puede afirmar que la expresión “*relación de pareja*”, contenida en el inc. 1º del art. 80 del C.P., hace exclusiva referencia al supuesto legal contemplado en el art. 509 y ss. del C.C.C.N., ya que si bien tal agravante puede aplicarse a alguna relación o situación que pueda ser abarcada por la institución de la unión convivencial, el precepto penal en realidad la excede, toda vez que contempla circunstancias más amplias que ésta, por consiguiente, la incidencia de la normativa civil, no obsta a la interpretación que se hace en materia penal.

Concordante con tal conclusión, y con posterioridad al fallo de referencia, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en Expte. nro. P 133.731, caratulado "*Figueroa, Leonardo Ezequiel s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 85.224 del Tribunal de Casación Penal, Sala III*" y su acumulada nro. P. 133.618-Q, caratulada "*Figueroa, Leonardo Ezequiel s/ Queja en causa N° 85.224 del Tribunal de Casación Penal, Sala III*", en fecha 21/05/21 sostuvo que la “*relación de pareja*” exigida por el art. 80 inc 1º del C.P., es un concepto amplio que comprende al vínculo matrimonial, las uniones de hecho o concubinarias, parejas o noviazgos vigentes o finalizados, no siendo requisito la convivencia, o cualquier otra relación afectiva, sumado a que se diferencia de la unión convivencial prevista en el derecho civil, dado que la “*relación de pareja*” penal, como agravante, se funda en el quebrantamiento de la relación de confianza existente entre autor del delito y la víctima, la cual asimismo existe fácticamente, no se ampara en ningún vínculo jurídicamente reconocido por lo cual deberá ser verificado en cada caso el grado de intensidad que tienen tales relaciones.

En el mismo andarivel, resulta insoslayable la crítica sostenida por la postura jurisprudencial minoritaria en cuanto aduce que tal ambigüedad semántica infringe el principio de legalidad (art. 18 de la C.N.), el cual exige una descripción de la conducta en forma clara, precisa y circunstanciada y que la única solución interpretativa resultaría

ser la asimilación de la "*relación de pareja*" al concepto de la unión convivencial inserto en el marco civil.

Me permito relativizar tal aseveración, ha de recordarse que en principio la analogía en materia penal se encuentra completamente vedada, por lo el hecho de que en la cuestionada ley se empleen conceptos de contenido valorativo para definir el agravante del tipo penal, no implica sin más una conculcación de tal principio constitucional, siendo entonces una tarea precisamente jurisdiccional la de recurrir a otras fuentes del derecho a efectos que ahondar sobre la precisión conceptual al subtipo agravado en cuestión, como lo ha hecho la S.C.J.B.A. en éste fallo, al realizar un amplio análisis del génesis legislativo que impulsó la reforma introducida por la Ley 26.791, como así también referente a la injerencia que tales problemas de interpretación jurídica tienen en el impacto social, ya que tal "*relación de pareja*", no sólo importa una vinculación afectiva entre los miembros de la misma, sino también desde la percepción que pueda ser advertida por el círculo más cercano de la víctima y victimario, valorada aquí por los ministros a la hora de analizar la subsunción legal.

En ésta sintonía, encuentra anclaje lo expuesto en lo sostenido en fecha 30/08/16 por el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, en causa n° 76.691 "Aponte" (sent. del 06/06/16, reg. n° 497, Sala Cuarta): "*... con respecto a la agravante del artículo 80 inciso 1 del Código Penal (conforme Ley N° 26.791, BO: 14/12/2012), entiendo que corresponde intentar definir el concepto de "pareja" consignado en la manda de cita. Ello no está exento de dificultades por cuanto con solo reparar en el término empleado, se advierte que la fórmula es excesivamente amplia e indeterminada y que por tanto los jueces debemos hacer una interpretación respetuosa de la taxatividad, limitando los alcances del mismo con el fin de evitar la violación de la interpretación restrictiva del término. En forma preliminar, en este intento por precisar los alcances del precepto legal en cuestión, considero que las relaciones humanas signadas por el afecto y el amor se estructuran en un sistema escalonado de categorías o fases por las que transitan dos seres humanos que se encuentran en esa situación, donde van aumentando las perspectivas de vida en común. Cuando dos personas se conocen y nace entre ellos el afecto de neto corte amoroso, comienza un primer estadio como lo es la "pareja" o "noviazgo", que luego puede avanzar a una "unión convivencial" o bien traslucirse en un "matrimonio". Ahora bien, los dos últimos tienen reconocimiento en la ley (art. 509 citado y en el Libro Segundo, Título I respectivamente) mientras que el restante concepto debemos labrarlo, por lo menos, en lo que en materia penal compete".*

IV. 2.- El control de convencionalidad en los delitos de género.

"La apelación a una interpretación coherente del conjunto de normas disponibles en un contexto social determinado, constituye ciertamente, una manera de atenerse a razones también en los casos prácticos de aplicación de normas".

Klaus Günther (1995)¹⁴

Al analizar la resolución recurrida por el Ministerio Público Fiscal, se puede vislumbrar la carencia de aplicación del control de convencionalidad, cuyo fin es asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de Derechos Humanos, tal como lo prevé el art. 29 de la Convención Americana¹⁵, señalando la "supremacía" normativa del Tratado, en relación con las normas nacionales, que ceden en importancia frente al principio de aplicación de los principios rectores del derecho internacional en Derechos Humanos.

Teniendo tal principio en consideración, comparto lo sostenido por la S.C.J.B.A. en cuanto a la imperiosa necesidad de analizar los hechos ilícitos prenotados, a la luz de los estándares internacionales, que no deben ser ajenos, tanto para el derecho como la administración de justicia, a la hora de aplicar las normas con una clara y firme perspectiva de género, circunstancia en éste caso que da cuenta del problema axiológico que presentó la decisión en crisis y que avaló la intervención de la corte bonaerense, luego del derrotero procesal de las que dan cuenta las diversas interpretaciones vertidas sobre el mismo hecho.-

V. 2. 1.- Violencia de Género y su evolución normativa en Argentina.

A los fines de arribar a la mentada coherencia de interpretación normativa en el marco de la subsunción de la norma penal, considero oportuno profundizar sobre el proceso de adaptación legislativa interna que el Estado Nacional, en cumplimiento a sus obligaciones internacionales de ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ha comenzado un con el fin de dar un marco jurídico de protección a

¹⁴ Günther, Klaus. (1995). *"Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica"*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Pag. 2.

¹⁵ Art. 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

la problemática de género, adoptando diversas medidas para la prevención y sanción de la violencia contra la mujer, por lo que sucintamente a continuación veremos un *racconto* de las reformas legislativas que dieron base a la ley 26.791.

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (ratificada por Argentina en 1985, Ley N° 23.179), cuyo protocolo facultativo fue aprobado por la Ley N° 26.171 e incluida en el bloque de constitucionalidad federal por el artículo 75 inc. 22) de la C.N.¹⁶, conforma un instrumento internacional que alude a la *cuestión de género* al condenar en forma expresa la discriminación contra la mujer en todas sus formas.

En misma tesitura, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (suscripta en Belem do Pará, República Federativa del Brasil, el 9 de junio de 1994), aprobada por nuestro país por la ley 24.632, establece en el artículo 1° que se debe entender por violencia contra la mujer: *“Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

En nuestro ordenamiento interno, la ley 26.485¹⁷, definió exactamente el concepto de violencia contra la mujer al decir en su artículo 4to.: *“Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas*

¹⁶ Art. 75 inc. 22) C.N. "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

¹⁷ Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, promulgada el 01/04/09.

desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

En palabras de Boumpadre (2013), tal normativa ha tenido el principal objetivo de garantizar a las mujeres *“la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres”*¹⁸.

IV. 2. 2.- Génesis del Homicidio Agravado por el Vínculo (Ley 26.791).

La reforma introducida, ha extendido los homicidios calificados a las relaciones entre personas más allá del vínculo sanguíneo y dejando de lado la existencia de una formalidad en cuanto al matrimonio -ínsita en la redacción anterior-, siendo el sujeto activo aquél que realiza la conducta típica, es decir, quien ocasiona la muerte de manera dolosa a un ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia.

Véase que la Comisión de Legislación Penal, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en el sumario de las sesiones ordinarias del orden del día nro. 202¹⁹, explica que las razones de los agravantes correspondientes a cualquiera de las situaciones descriptas en el inc. 1ro. del proyecto de reforma del art. 80 del C.P., tienen principalmente 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 muy particularmente que esa extensión a toda 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.

Asimismo, los legisladores han remarcado que incluir en el agravante en análisis a cualquier relación de pareja, obedece a que dichos deberes, si bien no legales, existen al margen de la forma de constitución del vínculo, aun contemplando aquellas relaciones finalizadas.

La amplia discusión parlamentaria, denota claramente la real voluntad del legislador, que fue la de abarcar de manera amplia las relaciones de pareja, quedando comprendidas las habidas en el marco del vínculo matrimonial, las uniones de hecho o

¹⁸ BOUMPADRE, Jorge Eduardo (2013) *“Los delitos de género en la reforma penal (ley 26.791)”*.

¹⁹ Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias, Comisiones de Legislación Penal y de Familia, Niñez y Adolescencia, Orden del Día 202, 3 de abril de 2012.-

concubinarias, parejas o noviazgos, vigentes o finalizados, no siendo requisito la convivencia.

Por último, como refuerzo al análisis prenotado en cuanto a la concepción y génesis del agravante de referencia, desde el punto de vista del análisis convencional de las normas de jerarquía constitucional, cito lo resuelto en fecha 07-08-18 por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, CCC 55.357/2014 en autos caratulados "M., Ariel Ricardo s/recurso de casación": *"... Aquí cabe agregar que del debate parlamentario de la ley 26.791 se desprende que el término pareja se adoptó a partir de una concepción amplia del concepto de ámbito doméstico, contenido en diversos instrumentos nacionales e internacionales. Se mencionó como principal fuente la ley 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales; además de otros instrumentos internacionales: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Desde esta perspectiva, la ley 26.485, en su art. 6, define las formas en las que se manifiestan los distintos tipos de violencia, refiriéndose en el inc. 1º a la violencia doméstica como aquella ejercida contra la mujer por un integrante grupo familiar, entendido éste como "...el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia..."*

V.- CONCLUSIÓN:

- En síntesis, como se ha podido atisbar, existen en nuestra jurisprudencia distintas posturas en torno a la aplicación del agravante del homicidio cometido en el ámbito de la relación de pareja, por un lado hay quienes sostienen que se debe equiparar el término relación de pareja con la institución civil de la unión convivencial y sus respectivos requisitos, sobre todo el de mantener un tiempo mínimo de 2 años, establecido por tal instituto para determinar a una pareja estable y permanente.

De manera opuesta, la postura mayoritaria -como la adoptada en el fallo de marras-, sostiene que el concepto relación de pareja ínsito en el agravante del homicidio, excede a la unión convivencial por considerarlo más amplio y donde el requisito de los dos años no es requerido, por lo que exigir su concurrencia importaría añadir a la figura penal elementos que no comprende ni le son característicos.

- En éste fallo, la S.C.J.B.A. al tratar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el cual el Ministerio Público Fiscal denunció la errónea aplicación del art. 79 del C.P. y la inobservancia del art. 80 inc. 1ro. del mismo, sostuvo que la delimitación del alcance del término "*relación de pareja*", merced a su remisión al art. 509 del C.C.C.N. -que regula las citadas uniones convivenciales-, no resulta ser una hermenéutica sostenible, toda vez que la relación a la que alude la norma penal, específicamente expresa que no es necesario de que entre las partes medie o haya mediado convivencia, ello tal como se desprende de los fundamentos legislativos de la Ley N.º 26.791 que dispuso el nuevo texto del actual art. 80 inc. 1ro. del C.P. al regular el agravante en cuestión.

- A título personal, he advertido en el desarrollo de éste análisis, que en el fallo de referencia no se ha profundizado respecto de la ambigüedad semántica que surge de la delimitación del alcance del término cuestionado, extremo nuclear en la tarea de la subsunción normativa, proponiendo que ante tal problema de interpretación jurídica, de manera coyuntural y liminar, se aplique el control de convencionalidad a los fines de abordar la temática a la luz de los principios rectores del derecho internacional en Derechos Humanos.

- En fin, más allá de las técnicas de interpretación jurídica reseñadas, considero que resulta vital que los hechos de ésta naturaleza, sean instruidos, investigados, juzgados desde una amplia perspectiva de género, ya que sólo basta con leer algunas estadísticas locales para vislumbrar que urge una labor jurisdiccional docta en éste tema, para lo cual es necesario evitar que en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, se den prevalencia a prejuicios instaurados desde antaño y se aumente la conciencia de género no sólo en quienes ejercen la magistratura, sino también en todos los operadores del derecho a los fines de transformar la sociedad, en una comunidad más justa e igualitaria.

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AROCENA, Gustavo; "*El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático – jurídico*"; Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013.
- BARBITTA, Mariana (2015) "*La reforma del art. 80 del código penal. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género*".
- BOUMPADRE, Jorge Eduardo (2013) "*Los delitos de género en la reforma penal (ley 26.791)*".

- Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos Humanos, Informe temático”. CIDH. OEA, 2011.
- FIGARI, Rubén “*Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenuación*”, en Código Penal comentado de Asociación Pensamiento Penal, año 2014.
- FIGARI, Rubén (2017) “*La relación de pareja del inc. 1ro. del art. 80 del Código Penal no equivale a la unión convivencial civil, sino que la excede*”.
- GUNTHER, Klaus. (1995). “*Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Informes de Femicidios del Primer Semestre 2020, Registro Penal de Violencia Familiar y de Género (REVIFAG) - Secretaría de Estrategia Institucional y de Gestión - Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.
- MOLINA, Magdalena y TROTTA, Federico (2013); “Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados”; La Ley; 2013.
- Código Penal de la Nación Argentina - Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado).
- Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires - Ley 11.922.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina - Ley 26.994.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará". aprobada por la ley 24.632.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23.054.
- Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales - Ley 26.485.
- Ley 23.179 - Aprobación de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.