

### I- Consideraciones generales:

Las figuras agravadas del homicidio que se contemplan en el artículo 80 del Código Penal Argentino, han sufrido muchos cambios legislativos.

La ley 23.077 ha dispuesto mantener la vigencia de este artículo según el texto impuesto por la ley 21.338. La disposición contempla los homicidios agravados; la agravación se produce en razón del vínculo ( inc. 1º ), del modo de comisión ( inc. 2º y 6º -antes de ser derogado- el artículo 80 bis inc. 3º), los móviles ( inc. 3º y 4º), los medios utilizados ( inc. 5º) y los fines ( inc. 7º).

El párrafo final establece una atenuación de la pena para el caso de que en la comisión de un delito agravado por el vínculo, concurren circunstancias extraordinarias de atenuación. También califica al homicidio -antes de la ley 23.077- la calidad jurídica del sujeto pasivo y la ocasión en que el hecho era cometido ( artículo 80 bis, inc. 1º y 2º, derogados).

El actual artículo 80 dispone:

*“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52\*, all que matare:*

- 1- A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son;*
- 2- Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;*
- 3- Por precio o promesa remuneratoria;*
- 4- Por placer, codicia, odio racial o religioso;*
- 5- Por un medio idóneo para crear un peligro común;*

*6- Con el concurso premeditado de dos o más personas;*

*7- Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.*

*Cuando en el caso del inciso primero de este artículo, mediare circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años”.-*

\*Según el artículo 52 del Código Penal:

*“Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoría de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:*

*1- Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;*

*2- Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.*

*Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoría, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26”.*

Pena de reclusión por tiempo indeterminado: la norma parece facultar a los jueces a aplicar la pena accesoría prevista en el art. 52 del Código, pero esto ha sido cuestionado argumentándose que tal remisión es originario del Código de 1.921 y, conforme a él, lo que podían hacer los jueces era disponer que la reclusión se cumpliera en el territorio del sur, pero no someter al condenado al régimen de la reincidencia<sup>1</sup>, y la supresión de esa facultad por el decreto ley 20.942/44, que se mantiene a la fecha, unida al régimen penitenciario impuesto por el decreto ley 412/58, habrían derogado tácitamente esta parte de la norma<sup>2</sup>.

# EL HOMICIDIO CUALIFICADO POR EL VÍNCULO DE PARENTESCO.

Esta es la primera modalidad cualificada que contempla la ley.

## I- Concepto:

-Se llama parricidio al homicidio cometido en la persona de un ascendiente, descendiente o cónyuge, conociendo esa calidad de la víctima (Soler).

-En el derecho antiguo y moderno, se dá el nombre de parricidio a la muerte del padre, del hijo, del cónyuge, del hermano o del pariente comprendido en determinado grado de parentesco ( Ramos).

## II- Denominación:

La muerte del padre o madre se denomina parricidio; la del cónyuge uxoricidio; la de los hermanos ( caso no comprendido en el precepto) fratricidio ( Moreno).

## III- Las circunstancias; sujetos y vínculos excluidos; prueba del vínculo:

Para configurar esta forma agravada del homicidio, el Código agrega dos circunstancias a la figura del homicidio simple:

- a) determinado parentesco entre el autor y la víctima;
- b) conocimiento de la existencia de ese vínculo por parte del autor.

Es esta la figura conocida en doctrina con el nombre de parricidio. No obstante la limitación que su nombre pareciera indicar, “en Roma se le dio una extensión mucho mayor, comprendiendo la muerte del ciudadano romano o par”<sup>3</sup>. El Derecho moderno da a esta denominación el alcance de homicidio cometido en la persona de determinados parientes, fijando los grados cada texto legal, no faltando los que prescinden de su mención específica, tales como el griego y el alemán, éste luego de la reforma de

1.941.

-Es importante destacar dos aspectos fundamentales:

a) En cuanto a los *sujetos y vínculos excluidos*; no quedan comprendidos en la agravante por vínculo sanguíneo los hermanos ni afines - aunque pueda ello constituir circunstancia agravante de la pena: conf. art. 40 41 C.P. -

Tampoco se incluye a quienes se dispense trato de ascendiente o descendiente, ni aún mediando lazos adoptivos<sup>s</sup>.

Finalmente, no existe agravamiento por matrimonio si los cónyuges están divorciados, o el matrimonio es nulo, aunque sí se califica el homicidio cuando es anulable.

Se halla excluido asimismo de la calificante el homicidio en la persona del cónyuge declarado muerto con presunción de fallecimiento, que reaparece<sup>o</sup>.

- Jurisprudencia:

*\* La simple cohabitación, el concubinato, el trato mutuo de marido y mujer, no basta para la calificación penal del uxoricidio ( Cám. Fed. Paraná, LL, I-457; J.A., 50-19).*

*\* Los hermanos ( Cám. Fed. B. Blanca, J.A., 37-942).*

b) En lo que se refiere a la *prueba del vínculo*; la materia no se rige por la libertad de la prueba, sino que debe estarse a las disposiciones específicas que regulan la cuestión.

Breglia Arias- Gauna, sostienen que *“si ni la confesión ni la prueba testimonial pueden acreditar un vínculo matrimonial en sede civil, y no pueden ser, por lo tanto, fuente de obligaciones ni de deberes, con menos razón en el campo penal puede agravarse la situación de un condenado cuya situación jurídica no es reconocida por el derecho que específicamente la contempla, tanto en lo que respecta a la existencia de la filiación como a la del matrimonio”*. Sin embargo, no es éste el punto de vista de algunos tribunales<sup>a</sup>.

- Jurisprudencia:

*\* Aun cuando el procesado haya reconocido anteriormente como hija a la víctima, cabe condenarlo por homicidio simple, si se dan elementos de juicio que autorizan por lo menos a dudar sobre su paternidad ( Cám. Crim. , Concep. Uruguay, J.A., 1.962- VI-22).*

*\* Tratándose de una agravante calificativa tan estricta como es la de la paternidad, cualquier duda al respecto no despejada por otras pruebas supletorias, basta para no tener por suficientemente probado el vínculo de sangre que requiere la ley ( C. S. J., Fallos, 212-190).*

**IV- Fundamento:**

La agravación del homicidio, por razón del parentesco, se funda en la mayor peligrosidad exteriorizada por el agente quien además de violar la ley escrita, atenta contra las propias leyes de la naturaleza, evidenciando la carencia de sentimientos primarios.

El agravamiento del homicidio por el matrimonio se funda en el menosprecio del respeto que se deben mutuamente los esposos.

El parricidio se reprime con pena más grave porque viola un vínculo moral inherente a la naturaleza humana.

Para su configuración es necesario tanto el elemento objetivo ( existencia del vínculo) como el subjetivo ( conocimiento de dicho vínculo).-

- Jurisprudencia:

*\* Cuando el artículo 80 dispone que se aplicará reclusión perpetua o prisión perpetua al que matare a su esposa, presume que el esposo, además de violar la ley con la destrucción de una vida humana, atenta contra las propias leyes de la naturaleza con la carencia de evidentes sentimientos primarios. ( T. S. Santa Fe, LL, 48-613, disidencia).*

*\* El vínculo en línea recta deriva de la naturaleza misma, y cuando la ley penal califica el homicidio en estos casos, la hace **substantia filiationis**, por ley de la naturaleza o generación ( S. C. Tucumán, LL, 11-503).*

#### **V- Requisitos:**

-Es necesario, como requisito positivo, que el autor conozca esa relación en el momento del hecho y con referencia a la persona que mata .

Es necesaria la coincidencia objetiva y subjetiva de la agravación, quien dispara contra el pariente y mata a un tercero, no comete parricidio, salvo que el tercero a su vez sea pariente ( Soler, III- 23 y 24).

- Es esencial para que el homicidio de uno de los parientes señalados en el inciso dé lugar a la aplicación de la pena determinada especialmente, que el hecho se haya producido sabiendo el delincuente en la persona de quien lo ejecuta ( Moreno, III-333).

- El autor debe conocer las circunstancias que determinan que la víctima aparezca ante sus ojos como pariente o cónyuge ( Nuñez, III-35).

#### **- Jurisprudencia:**

*\* La agravante por parentesco exige no solamente la existencia real del vínculo, sino el conocimiento efectivo de éste por parte del agente en el momento de la comisión del delito ( S. C. Bs.As., LL, 17-62).*

*\* La fórmula “el que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son”, supone conocimiento y discernimiento ( S. C. Bs.As., LL, 17-62).*

*\* La circunstancia calificativa del vínculo matrimonial sólo requiere la existencia de tal vínculo, no siendo necesaria la premeditación ( C.C.C., JA, 39-885).*

#### **VI- El parentesco:**

El Código Penal Argentino se limita a los ascendientes, a los descendientes y al cónyuge. En cuanto a los primeros sin limitación del grado. La extensión de la agravante alcanza al homicidio de los mismos

parientes en los proyectos de 1.937 ( Coll y Gómez) ; art. 116, inc. 1; el de 1.942 ( Peco) art. 112, inc. 1 y el de 1.960 ( Soler) art. 111, inc. 1.

En cuanto a la *premeditación*, esta agravante tradicional del homicidio, erizada de dificultades, ha desaparecido de nuestra legislación como agravante autónoma, en otras tiene gran importancia como ocurre en el derecho alemán.

a) En lo que respecta a todos los ascendientes y descendientes ha de tenerse en cuenta los vínculos de sangre; la ley no distingue<sup>4</sup>. Además, en este caso, los antecedentes históricos completan la interpretación.

El actual art. 80 ha sido tomado del proyecto de 1.906 concordante con el de 1.891, suprimiendo al bienhechor, tal como la propuso el proyecto de 1.917. El Código derogado requería el parentesco natural o legítimo para calificar el delito, siendo suprimida la exigencia por la ley 4.189, a influjo del referido proyecto de 1.891.

La ley 14.367 en su art 1º, al suprimir las exclusiones de los artículos 341 y 342 del Código Civil, ha suprimido el obstáculo que algunos autores encontraban para admitir en una interpretación sistemática, que el parentesco adulterino, el incestuoso y el sacrilego, fueran alcanzados por el agravante.

Cuando se trata de una cuestión procesal, la mayoría de los autores y la jurisprudencia, han sostenido que el vínculo debe ser probado legalmente ( algunos de los autores son: Gómez; Soler; Nuñez y algunos fallos de la Corte Suprema de la Nación).

En cuanto a lo que se refiere al vínculo matrimonial, este punto de vista no parece que admita objeciones.

En cuanto a la filiación, la exigencia limita la agravante a los descendientes legalmente reconocidos. Fontan Balestra sostiene que *“la disposición del art. 80 inc. 1º, alcanza la descendencia sanguínea, ya antes de haberse suprimido por la ley 14.367, las exclusiones de los artículos 341 y 342 del C.C., lo que no podría conciliarse con la exigencia de que se tratara de hijos legalmente reconocidos”*.

También señala que *“la solución de requerir la prueba legal no nos parece la más acertada, debido al medio*

*social que regula el Código Penal Argentino. Es muy grande el número de parientes naturales que tienen trato de padre a hijo y de nieto a abuelo, sin haber llenado el requisito de la anotación en el Registro Civil. En estos casos parece más práctico asimilar los hijos legalmente reconocidos a lo que no lo están, que los legítimos a los que no lo son, aunque esta perspectiva no deje de generar dificultades prácticas. El derecho no puede ser indiferente a esta realidad social; el reproche público que el hecho causa en uno y otro caso son los mismos. Pensamos que en los casos en que el vínculo es reconocido por el matador, puede aplicarse la pena agravada”.*

Este punto de vista vale también para los abuelos y los nietos no legítimos que tengan trato de tales (estado).

Ahora que la ley argentina admite la adopción ( Ley 13.252, art. 1º), cabría preguntarse si la agravante alcanza al hijo o padres adoptivos. Aun cuando el art. 1º de la Ley 13.252 diga que la adopción crea un vínculo legal de familia, la respuesta negativa es clara: la ley no se refiere al hijo o al padre, sino a los ascendientes o descendientes, y los adoptivos no lo son.

b) En lo relativo al cónyuge, sólo quien ha contraído matrimonio válido para las leyes argentinas puede considerarse casado. Está comprendido dentro del matrimonio válido, el matrimonio putativo, que tiene para el cónyuge de buena fe todos los efectos del matrimonio válido, por disposición del art. 87 de la ley del matrimonio civil. Cuando la víctima sea el cónyuge de buena fe, el hecho será parricidio. Mientras que el de mala fe, no será de aplicación esta agravante, puesto que la víctima no es el cónyuge y el victimario sólo cree que lo es.

Si ambos son de buena fe, y esta se mantiene, la muerte de cualquiera de ellos por el otro es parricidio. La muerte de la concubina es un homicidio simple, porque en este caso no puede hablarse de cónyuges; y aunque pareciera que esto no pueda discutirse, la hipótesis ha dado lugar a declaraciones en la justicia en el sentido opuesto<sup>5</sup>.

La circunstancia de que en el derecho argentino -fuera del período de vigencia del art. 31 de la ley 14.394- el divorcio no disuelva el vínculo, a dado pie a que se divida la doctrina al apreciar la calificación del homicidio entre divorciados. La mayoría de la doctrina fundada en esta hipótesis se define por



el parricidio.

Fontan Balestra estima que *“el divorcio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no resulta aplicable la figura cualificada”*.

Ricardo Nuñez *“resuelve la cuestión con justicia y con un buen fundamento jurídico: pero la admisión de la indisolubilidad del vínculo, conduciría a la defensa, mediante la pena, de una situación que la ley y la justicia civiles ya han declarado inexistente, salvo que se piense que la simple infracción formal de la ley o la obligación del respeto que en general se deben las personas entre sí, que no ha de dudarse que persiste entre los divorciados, puede sustentar el agravamiento. el agravamiento del homicidio por el matrimonio se funda en el menosprecio del respeto que se deben mutuamente marido y mujer”*.-

En la práctica reviste importancia la hipótesis de quien mata a su cónyuge estando en trámites de juicio de divorcio y existiendo separación de hecho.

Fontan Balestra sostiene que *“en tales casos no cabe otra decisión que la de aplicar el art. 80 inc. 1º; la pena es fija y no existe posibilidad de atenuación, cualesquiera sean las circunstancias del caso, excepción hecha de las previstas expresamente por la ley en el art. 82, que sólo es aplicable a esta modalidad del homicidio cualificado. Le queda al juzgador la posibilidad de aplicar pena de prisión y de no recurrir a la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52, si de las circunstancias del hecho resultare que la separación pudiera considerarse como atenuante”*.

Para Creus, en cuanto al *“matrimonio anulable, mientras no se halla declarado la nulidad, la muerte de un cónyuge a manos del otro es un homicidio calificado; por un lado porque no habiéndose disuelto el vínculo los cónyuges siguen siendo tales; y por el otro, porque permanece entre ellos el deber de respeto que la doctrina señala como fundamento de la agravante”*.

En lo relativo al *matrimonio absolutamente nulo*, Creus dice: *“Si alguna cuestión ha dividido a los tratadistas es la relativa a la muerte de uno de los cónyuges por el otro cuando el matrimonio en que se unieron es absolutamente nulo y el hecho ocurre antes de que esa circunstancia halla sido objeto de un pronunciamiento judicial definitivo.*

*Teniendo presente la regulación de la antigua ley del matrimonio civil ( 2.393), que reconocía la existencia de todos los efectos del matrimonio válido para el cónyuge de buena fe hasta que se declare la nulidad ( artículos 221 y siguientes del C.C., según ley 23.515), la doctrina discute la repercusión de la agravante cuando uno de los contrayentes es de mala fe y el otro de buena fe, situación muy compleja, porque se inserta en ella razones de justicia, ya en el acto mismo de interpretación de la ley.*

*Otra opinión sostiene que la calificante se da para ambos cónyuges, ya que “ la ley no requiere otra cosa que ser cónyuge, y cónyuge es quien ha contraído matrimonio mientras este subsiste”. Pero se advirtió que como los efectos del matrimonio se producen respecto del cónyuge de buena fe, únicamente a este le cabrá la aplicación de la agravante cuando es autor del homicidio del otro, pero no al de mala fe, para el cual no existe la obligación de respeto que crea el matrimonio y sabe que no mata a su cónyuge; aunque se reconoce que esta última es una solución aparentemente inmoral, se dice que la realidad es que sólo el esposo de buena fe viola, junto con “el derecho a la vida del otro”, “el deber de respeto que como cónyuge le debe”, mientras que el de mala fe sólo viola al primero. Por eso, **la ley no puede encontrar mayor criminalidad en el hecho de que el delincuente no se atenga a un deber que nunca se impuso-** Nuñez- .*

*Otro sector de la doctrina, aunque sostiene que en el caso de que ambos ( víctima y victimario) sean de buena fe, la muerte de cualquiera de ellos es el parricidio del art. 80, inc 1º, cuando uno es de buena fe y el otro de mala fe, sólo el homicidio perpetrado en la persona que es cónyuge de buena fe por el de mala fe, es calificado, ya que para la ley civil el que es cónyuge es el de buena fe: el de mala fe verdaderamente mata al cónyuge sabiendo que lo es, mientras que el de mala fe no mata al cónyuge sino a quien cree erróneamente que lo es. Faltará en este último caso, **el sustento objetivo del tipo que es el vínculo** ( Fontán Balestra), y estaremos en presencia de homicidio simple.*

*Estas tesis olvidan el verdadero elemento objetivo del tipo agravado; en el matrimonio absolutamente nulo no hay vínculo; la circunstancia de que el acto nulo produzca algunos de los efectos del matrimonio para el contrayente de buena fe, no tiene virtualidad jurídica para convertirlo en cónyuge; ni él ni el de mala fe está casados; no existe un matrimonio actualmente válido ni lo hubo nunca; por lo tanto, cualquiera que sea el*

*agente o el sujeto pasivo, el homicidio quedará fuera de la agravante y se deberá punir de conformidad con el art. 79 del C.P.”.-*

- Jurisprudencia sobre personas comprendidas ( ascendientes, descendientes y cónyuge) :

*\* La calificación del homicidio hecha por el art. 80 del C.P., no establece distinción ni limitación alguna al emplear los términos “descendientes o ascendientes”, en los cuales están comprendidos todos los ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, ya sean legítimos o naturales ( C.S.J., J.A., 36-814; Fallos, 172-374).*

*\* Si el divorcio decretado en el extranjero, carece de validez para nuestra ley, concurre la agravante ( C.C.C., Fallos, V-29).*

*\* Separación de hecho.*

*Sumario:*

La breve separación personal de los esposos no excluye la agravante prevista en el inc. 1º del art. 80 del C.P., porque esa situación no exime a la cónyuge de los deberes derivados del vínculo ni excluye la mayor sanción penal que merece el atentado contra su marido.

*Datos:*

( C.N. de Crim. y Correc. , Sala V, Marzo 27-979 — García Estivill, María T.), La Ley, 1.980-B, 709.

- Jurisprudencia, “Caso Schoklender”:

*\* Sumario:*

No pueden aceptarse las alegadas “causales extraordinarias” de atenuación contempladas por el último párrafo del artículo 80 del C.P., ya que esa posibilidad no es siquiera considerable a quien mata a sus padres porque hacen una vida desordenada, llene de infidelidades recíprocas, que a él lo mortifican.

Máxime si esto sucede cuando sus padres ya habían decidido enviarlo a vivir a otro país y cuando el

sujeto tenía edad suficiente para dejar el domicilio de sus padres y emprender su propia vida autónoma

.

*Datos:*

( C.N. Crim. y Correc. , Sala V, Abril 7-986.- Schoklender, Sergio M. y otro), La Ley, 1.986-C, 365.

*\* Prueba confesional ( valor probatorio).*

*Sumario:*

Tiene entidad probatoria la versión de quien explica por qué su hermano tuvo siempre la idea de matar a su madre, describe los movimientos de ambos dentro del departamento la noche del doble homicidio, aclara que ambos habían concertado encontrarse allí en la ocasión y relata como su hermano mató a su madre, como él la ultimó, como deliberaron durante dos horas sobre si debían o no hacer lo mismo con su padre, como predomina la intención parricida de su hermano y como él le da muerte para proceder ambos después para cubrir los cadáveres y llevarlos al baúl del automóvil.

*Datos:*

( C.N. Crim. y Correc., Sala V, Abril 7-986.-Schoklender, Sergio M. y otro), La Ley, 1.986-C, 365.

**VII- El elemento subjetivo:**

El Código contiene una *exigencia subjetiva* : el conocimiento del vínculo por parte del autor; quien mata a su ascendiente, descendiente o cónyuge debe saber que lo son para que el hecho encuadre en la figura agravada del artículo 80, inciso 1º. No es suficiente que lo sospeche ya que no se trata de la culpabilidad. Se precisa que la víctima sea ascendiente, descendiente o cónyuge y que el autor lo sepa, pues faltando el vínculo el autor podrá creer que es su padre o su hijo aquel a quien mata, pero no saberlo. El error funciona aquí respecto a un elemento de la figura agravada: el conocimiento del

vínculo, excluyendo la agravante aun el error culpable. Es irrelevante que la víctima tenga o no ese conocimiento.

El conocimiento de la existencia del vínculo debe ser abarcado por el dolo. Basta el dolo eventual. Esta es la opinión dominante, aun exigiendo el conocimiento del vínculo<sup>6</sup>.

Fontan Balestra estima que *“no se trata en el dolo eventual de la duda sobre la existencia del vínculo, sino sobre la producción del resultado muerte, que no deja de quererse”*.

Cuello Calón y la jurisprudencia española sostienen : *“el que sin el propósito deliberado de causar la muerte, pero previendo la posibilidad de que elle se produzca, golpea a su mujer, será culpable de parricidio”*.

-Extensión del error que elimina el dolo, *aberratio ictus* y *error in personam*.

Siguiendo a Creus, éste sostiene, *que claro está que el error sobre la existencia del vínculo excluye el tipo agravado por la ausencia del elemento subjetivo que requiere. El tipo tampoco rige, por falta del elemento objetivo correspondiente, cuando el autor cree matar a quien es su ascendiente, descendiente o cónyuge, pero mata a quien en realidad no lo es ( In Personam).*

*Tal exclusión también se da en los casos de Aberratio Ictus, en los que la acción, aunque dirigida contra alguno de los sujetos pasivos enunciados, se desvía y produce la muerte de un tercero no unido vincularmente con el agente; en este supuesto se aplica la figura básica.*

*Pero no es correcto aplicar esa solución cuando el Error In Personam ha hecho recaer la acción sobre otra persona también vinculada con el agente ( P.ej. , quien creyendo matar a su ascendiente mata a su descendiente), puesto que entonces los requisitos objetivos y subjetivos del tipo agravado se conjugan, aunque la acción se halla dirigido equivocadamente”.-*

- Jurisprudencia:

*\* Tratándose de la obra de un inconsciente, no puede jugar la agravante calificativa, porque el conocimiento es incompatible con el estado de inconsciencia ( S. C. Bs. As. , LL, 17-62).*

*\* La ley penal sólo ha dispuesto que la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge, sea conocida por el matador, sin distinguir entre vínculo legítimo, natural o adulterino ( C.C.C., JA, 24-417).*

*\* La creencia fundada del parentesco basta para perfilar sin ninguna duda, su mayor temibilidad; será menester la prueba del error para descartar la agravante ( S. C. Bs. As., minoría, JA, 72-85).*

### **VIII- Tentativa y participación:**

El parricidio admite tentativa y todas las formas de participación. La pena que corresponde a la participación, es la del partícipe en parricidio sólo para quienes conocen la existencia del vínculo, en virtud del sistema de la *hiperaccesoriedad* adoptado por el artículo 48 en materia de comunicabilidad de las relaciones personales cuyo efecto es gravar la penalidad.

### **IX- Circunstancias extraordinarias de atenuación:**

#### **- Noción:**

En nuestra legislación son circunstancias extraordinarias de atenuación las referidas al hecho, que por su carácter y la incidencia que han tenido en la subjetividad del autor, han impulsado su acción de manera tal, que le ha dificultado la adopción de una conducta distinta de la que asumió.

#### **- Especies; Origen; Relación Psíquica con la Acción:**

Pueden ser concomitantes con el hecho ( sorprender a la esposa en adulterio) o preexistentes y, en esta segunda situación, desarrollarse en corto o largo plazo ( una larga enfermedad de la víctima a cuyos padecimientos el autor decide poner fin). Pueden originarse en las relaciones con la víctima con el agente ( larga vida de malos tratos de un cónyuge para con el otro), proceder de la misma víctima ( el caso del homicidio piadoso a que antes nos hemos referido) o hasta originarse en circunstancias extrañas a las relaciones personales ( la madre que decide poner fin a la vida de sus hijos por encontrarse en

un estado de miseria de tal magnitud, que le es imposible satisfacer sus necesidades).

En cualquiera de esos casos, desde el punto de vista subjetivo, la acción de matar debe ser una respuesta, una reacción, que haya tenido en cuenta esas circunstancias; con todo esto se quiere llegar a que no basta la existencia objetiva de la circunstancia sin esa relación psíquica, para que pueda aplicarse la atenuante ( P. ej. , el caso del cónyuge que ha decidido dar muerte al otro para librarse de él y aprovecha la circunstancia de un adulterio cometido por el mismo).-

- Parricidio atenuado:

El Código prevé como forma atenuada del parricidio la muerte del ascendiente, descendiente o cónyuge causada en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

De todas las formas de homicidio calificado, ésta es la única que admite dos posibles formas de atenuación:

a) Ocurre *“Cuando en el caso del inc. 1º de este artículo mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años”*. Esta solución, adoptada por la ley 17.567, responde a la experimentada inconveniencia de imponer una pena rígida para todos los casos.

b) Esta ocurre cuando el parricidio ha sido cometido en estado de emoción violenta, art. 81, inc. 1º.

Si un homicidio, además de llevar la agravante del inc. 1º, ha sido cometido con algunas de las agravantes de los otros incisos del art. 80, no es susceptible de atenuación.

La alevosía es incompatible con la emoción violenta; el homicidio conexo, el envenenamiento, también lo son. En consecuencia, si un parricidio ha sido cometido con veneno y el hecho puede ser calificado de envenenamiento por reunir los demás elementos que esa figura requiere, además del empleo material del tóxico, no es posible aceptar la escala atenuada del art. 82.

Cuando dos agravantes se presentan al mismo nivel con respecto a su figura básica, guardan general-

mente entre sí una relación de neutralidad, es decir, que no se excluyen recíprocamente; pero una sola circunstancia basta para llevar a la pena<sup>7</sup>. La razón es sencilla: el que mató con veneno ya tiene una pena fija que con nada puede atenuarse; menos podría atenuarla el hecho de que la víctima fuese la esposa<sup>8</sup>.

Se ha discutido en doctrina la compatibilidad del parricidio con el llamado dolo de *ímpetu*. Algunas legislaciones se han pronunciado en el sentido de que el parricidio no es nunca excusable<sup>9</sup>, mientras que, por el contrario, ciertos escritores han afirmado que el ímpetu de ira hace desaparecer el aspecto subjetivo que determina la agravación por parentesco.

Carrara se muestra partidario de la vía media entre estos dos extremos que es, la que ha seguido nuestra ley al crear una figura más grave que el homicidio atenuado y más leve que el parricidio.

El nuevo art. 81 inc. 1º, dispone: *en el caso del inciso 1º del artículo anterior (80), la pena será de dos a ocho años de prisión.*

La ley sólo contempla la concurrencia de la emoción violenta con el homicidio cometido en la persona del ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.

No parece imaginable conciliar el estado emocional con todas las demás circunstancias enunciadas en el artículo 80.

Sería posible, que el autor en estado emocional se valiera para causar la muerte, de un medio idóneo para crear un peligro común, y en tal caso, el hecho queda sometido a la penalidad del artículo 80.

La pena de dos a ocho años de prisión, impuesta por la Ley N° 17.567, además la limitó a prisión, dando así prevalencia al elemento subjetivo.

En la versión original se determinaba reclusión o prisión de diez a veinticinco años, lo mismo que cuando concurría el vínculo con la preterintención (art. 82). El máximo de la pena resultaba elevado; pero más aún lo era el mínimo, dos años más que el fijado para el homicidio simple.

La pena de reclusión no parece apropiada para este tipo de atenuaciones.

También se atenúa el homicidio de los parientes cuando se trata de un hecho preterintencional, lo



mismo que para todos los demás supuestos del art. 80. La pena es de dos a ocho años de reclusión ( conf., art. 82, párr. 2º).

La pena, antes de la reforma, era de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años.

-Casos de exclusión de la atenuación:

Trátase de una atenuante referida exclusivamente a los casos del art. 80, inc. 1º, por lo cual, si la acción de matar al cónyuge, ascendiente o descendiente, estuvo acompañada de alguna otra circunstancia calificante, distinta de la contemplada en dicho inciso, la atenuante no se aplicará ( será punible, con la pena corriente del homicidio calificado el caso de la cónyuge que mata por medio de veneno u otro procedimiento insidioso al esposo que durante años la ha infligido rudos castigos u otros agravios).-

- Razón que justifica el menor castigo:

El fundamento debe buscarse en la calidad de los motivos que determinan una razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre o a la calidad de cónyuge.

Esa razonabilidad encuentra su génesis fuera del propio individuo.

La disminución de la pena debe hallarse en la menor culpabilidad del agente; en los hechos o circunstancias que la ley llama extraordinarios y capaces de atenuar ( Laje Anaya).

- Jurisprudencia:

*\* Sin perjuicio de otras hipótesis posibles, las circunstancias extraordinarias de atenuación son las que colocan al agente en una situación vital que, por alguna razón, los vínculos tenidos en cuenta para agravar el delito, hayan perdido vigencia en cuanto a la particular consideración que debían suponer para una persona determinada ( Cám. Pen. Mercedes, JA, 1.968-IV-392).*

- Carácter facultativo de la aplicación de la pena atenuada:

Se insiste en que la disminución de la pena es facultativa para el juez, lo cual implica que este - al margen de la injusticia o justicia de su fallo- cumple con la tipicidad de la pena típica, aunque haya reconocido la existencia de una circunstancia extraordinaria de atenuación, imponiendo la que prescribe el artículo 80, párr. final ( de ocho a veinticinco años) o imponiendo la que prescribe el párrafo inicial ( prisión o reclusión perpetua y, eventualmente, la accesorias del art. 52).

No es que se le otorguen al magistrado poderes más amplios para estimar si en el caso se dan o no las circunstancias extraordinarias de atenuación, ya que ello es una cuestión de interpretación del derecho y de subsunción de los hechos en él, sino de una verdadera facultad que tiene para optar por una u otra pena, fundamentando esa opción, lo que constituye una cuestión eminentemente procesal.-

- Pena:

Concurriendo las circunstancias extraordinarias de atenuación, la represión queda sometida a los límites fijados en el homicidio simple ( Laje Anaya).

- Jurisprudencia:

*\* A los efectos de una correcta interpretación del nuevo texto, conviene observar que en el supuesto de concurrir las circunstancias que menciona, la sanción imponible al homicidio calificado por el vínculo conyugal o por parentesco, se reduce exactamente a la del homicidio simple, con idénticos límites inferior y superior ( Cám. Pen. Mercedes, JA, 1.968-IV-392).*

- Jurisprudencia, “Circunstancias extraordinarias de atenuación”:

*Sumario:*

Las circunstancias excepcionales de atenuación en el homicidio calificado por el vínculo deben analizarse en su sustancia, sin que importe que ellas encuentren su génesis fuera del propio individuo. La interpretación correcta del precepto ( art. 80, último párr., C.P), debe corresponderlo con las pautas

de individualización de la pena de los artículos 40 y 41 del C.P. y atender a la peligrosidad del individuo, a la gravedad del acto y a la gradación de la culpabilidad.

*Datos:*

( C.N. Crim. y Correc., Sala V, Marzo 27-979 — García Estivill, María T.), La Ley, 1.980-B, 709.

### **X- Esquema de defensa:**

Respecto de una acusación por homicidio agravado en razón del vínculo ( inc. 1º), el defensor deberá destacar, en primer lugar, que tipos de vínculos agravan el hecho. Así, en principio, el parentesco consanguíneo o afín en línea colateral queda descartado del tipo.

También es necesario, cuando se trate del cónyuge, que preexista un matrimonio válido, ya que se excluye de esa premisa al matrimonio absolutamente nulo.

La doctrina discute si la existencia de un divorcio autoriza o no la aplicación de esta agravante.

Por otra parte, la propia letra del Código exige, además de ese elemento objetivo ( ser pariente o cónyuge), la concurrencia de un elemento subjetivo ( conocer el vínculo); es necesaria la certeza acerca de esta circunstancia. El defensor tendrá en cuenta que la duda, así como la ignorancia -aun culpable-, excluye la calificación agravada del hecho. También en el caso inverso: si el autor creyera estar matando a su ascendiente, descendiente o cónyuge, pero matara a un sujeto que no lo es; o cuando por un “error en el golpe” , matara a un tercero queriendo, en realidad, matar a un pariente o cónyuge.

Finalmente, el abogado deberá tener en cuenta la facultad que el Código otorga a los magistrados de disminuir la pena cuando concurrieran circunstancias extraordinarias de atenuación, las cuales deben distinguirse del homicidio en estado de emoción violenta excusable.

Esas circunstancias pueden ser, p. ej. , larga vida de malos tratos, sorprender al esposo en adulterio, larga y penosa enfermedad a la que el agente decide poner fin ( eutanasia), etc.

## XI- Infanticidio:

### - La figura del infanticidio y su derogación:

No es la primera vez que el *infanticidio* desaparece como figura en nuestro derecho positivo. La derogó la ley 17.567, regresó con la ley 20.509, volvió a desaparecer con la ley 21.338 y reapareció a partir de 1.984, con las reformas del texto ordenado del Código ( decr. 3.992/84).

Ahora, la ley 24.410 ha derogado otra vez el inc. 2º del art. 81.

No se necesita insistir en que, ciertas hipótesis de las “especializadas” por la norma derogada, podrán quedar cubiertas por la causal de atenuación prevista por el art. 82, C.P. ( circunstancias extraordinarias de atenuación), si es que no caben por supuesto, en el cuadro del art. 81, inc. 1º, del Código.

No obstante esta derogación, se mantienen los textos que examinaban el desaparecido art. 81, inc. 2º , C.P. , en parte por razones históricas y por otra atendiendo a que la figura sigue operando en algún derecho latinoamericano.-

<sup>1</sup>Soler, Derecho Penal, t. III, p. 58, & 79, XIV.

<sup>2</sup> Laje Anaya, Jusot, Comentarios al Código Penal. Parte especial, vol. I, p. 10 y Delitos contra las personas. Reflexiones para un futuro, JA, doctrina 1.975-92.

<sup>3</sup>MOMMSEN, Derecho Penal Romano, T. II, p. 121; Quintano Ripollés, Tratado, cit., T. I, p. 110.

<sup>§</sup> TERÁN LOMAS, Derecho Penal, t. III, p. 50, señala que, de lo contrario, se violaría el principio de legalidad. De acuerdo también LAJE ANAYA, Comentarios, vol. I, p. 12, citando a Nuñez.

<sup>ˆ</sup> TERÁN LOMAS, Derecho Penal, t. III, p. 51.

<sup>3</sup> La CSJN ha dicho que no son suficientes, según lo dispuesto en el C.C., la confesión del reo y la declaración de varios testigos para considerar demostrada la calidad de hijo legítimo de la víctima que el autor se atribuía, por lo que lo condenó de homicidio simple, sin perjuicio de graduar la pena en su máximo ( CSJN, Fallos, 203: 421) aunque no admitió revisar fallos contrarios a su doctrina, por entender que la desición versa sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho común ( CSJN, Fallos, 270: 243).

<sup>4</sup>Gómez, Tratado, T. II, número 373, p. 36.

<sup>5</sup> Corte Suprema Nacional, Fallos, T.172, p. 374.

<sup>6</sup>CUELLO CALÓN, Derecho Penal, T. II, p. 463; J. RODRIGUEZ MUÑOZ, Derecho Penal, T. II, p. 257; Cámara del Crimen de la Capital, Fallos, T. VII, p. 222. En contra, R. C. NUÑEZ, D. p. argentino, T. III, p. 35.-

<sup>7</sup> Dice Beling que están en relación de concurso ideal, Die Lehre v. Verbrechen, p. 311. Conclusión ésta no compartida por la opinión dominante, que suele emplear otro nombre para este caso, pero sin variar los resultados prácticos. Si concurren varias agravantes, se aplica la pena mayor.

<sup>8</sup> La agravante de parentesco y la atenuante de emoción no son incompatibles ni producen el mismo efecto, y buena prueba de ello es el art. 81 del C.P. Argentino.

<sup>9</sup> Así C. Francés, art. 323; art. 324 para el uxoricidio, salvo ciertos casos. Garraud, II, p. 219 y ss.









