UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES

TÍTULO: HOMICIDIO EMOCIONAL

Apellido y Nombre/s del/la alumno/a: ARRESE, José María

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho penal II

Encargado del curso Prof.: OSIO, Alejandro Javier

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2019

I-Introducción

Este trabajo trata sobre el trastorno mental transitorio, específicamente sobre la emoción violenta y su aplicación en casos de delitos contra la vida de conformidad con la legislación argentina.

Este trastorno se manifiesta en tres estadios: estados pasionales terror y furia. Estos estados son desarrollados a través de un proceso fisiológico normal y estas son emociones causadas por un factor externo de gran carga afectiva. Cuando una persona obra bajo el estado de emoción violenta y comete un crimen, la conclusión a la que se llega es que la pena establecida por un juez o tribunal penal deberá ser proporcional con la conducta efectuada. Es decir, todo homicidio por activación emocional que se compruebe a través de exámenes psicológicos, que demuestren que el autor no tuvo plena conciencia y voluntad al momento de realizar el hecho, debe ser penado, pero con una pena atenuada. Este trabajo abarca el análisis de como el ordenamiento jurídico argentino resuelve los casos de delitos contra la vida cuando ocurre por causas de emoción violenta en el cual se da un juzgamiento con atenuación a casos de esta naturaleza.

II-HOMICIDIO EMOCIONAL

1)- Tipicidad

Este delito se encuentra legislado actualmente en el código penal de nuestro país en el libro segundo “de los delitos”, libro I “delitos contra las personas”, en el artículo 81 inc. I a, que dice; artículo 81: se impondrá reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años, a) al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancia hicieren excusable.

2)-Aclaraciones previas

Infanticidio: este delito, fue derogado por la ley 24410 (B.O. 2/1/1995), se lee en la exposición de motivos que acompañó al proyecto, la derogación respondió al hecho de que “los cambios sociales operados no provocaban la censura ni el repudio que otrora acarreaba la maternidad irregular.

Según el derogado artículo 81 inc. 2° del Código Penal, cometían un infanticidio:

a) la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante su nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal.
b) Los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito.

Se trata de un delito distintos del parricidio y del homicidio. El infanticidio era un atentado contra la vida humana que cometido por la madre o por terceros presentaba como característica especial frente a aquellos delitos, el propósito especial que guiaba al autor, esto es, el de ocultar la propia deshonra o la de la parienta o esposa.

Como consecuencia de la derogación del delito de infanticidio el autor que fuese ascendiente de la criatura a la que dio muerte cometerá un homicidio calificado por el vínculo (art. 80 inc. 1°) y si fuese hermano, cometerá un homicidio simple (art. 79), aunque unos u otros hubieran obrado para salvar la honra, salvo que el embarazo que a su juicio la afectó los hubiera

colocado en estado de emoción violenta excusable por las circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80, último párrafo). (Ricardo Núñez). 1

Según Carlos Creus 2 queda comprendido en la protección penal el interés por la integridad física y psíquica del hombre en todas sus manifestaciones: su vida, su estructura corporal, la plenitud de su equilibrio fisiológico y del desarrollo de sus actividades mentales.

Los demás atributos de las personas, los que constituyen la personalidad, como el honor, la honestidad, el estado civil, la libertad, encuentra su amparo en otros títulos.

En el caso especial del artículo 81 inc. I, el resultado es la muerte en una forma atenuada de matar.

3)-El bien jurídico protegido

El bien jurídico, que es la vida humana, se concreta en la existencia de todo hombre, y por ende en el objeto de la acción de homicidio. Por lo tanto, será abarcado por la protección, toda formación humana, aunque sea monstruosa. Según Edgardo Alberto Donna 3, sigue rigiendo la afirmación de Liszt, "Todo lo parido por la mujer hay que considerarlo, a partir del parto, como humano" 4.

El problema de determinar desde cuando corre la protección dada por el derecho penal al ser humano, en el delito de homicidio, no es menor, ya que antes de comenzar a nacer, la muerte del feto no tipifica el delito de homicidio, sino el de aborto, que en nuestra legislación tiene una menor sanción

La discusión jurídica tiene relación con al acto fisiológico por el cual el feto es expelido del vientre materno. Hay que preguntarse entonces, cuando se considera que una persona ha comenzado a nacer.

1 Ricardo Núñez, manual de derecho penal especial, 2°edición actualizada, 1999, página 27, citado por Andrés José *D'Alessio*, Código comentado y anotado página 25

2 Carlos Creus- Derecho penal especial, tomo I 6° edición actualizada, 1° reimpresión 1998 editorial Astrea

3 Edgardo Albero Donna, Derecho Penal, parte especial tomo I, pág. 17

4 Citado por Donna en página 17 nota 7

Se ha elaborado así diversas soluciones, llegándose en un momento, según Donna 4, y por obra de Ricardo Núñez y Sebastián Soler, a un primer análisis de la cuestión, relacionando el momento del nacimiento con el tipo penal de infanticidio.

En resumen, las actuales posiciones se podrían sintetizar de la siguiente manera: una posición que afirma que vida humana se inicia con la expulsión del seno materno (Bacigalupo, Luttger, Gooseel). Una segunda posición afirma que se produce después de la dilatación, cuando el feto está preparándose para iniciar la expulsión del seno (huerta tocildo).

Otro grupo sostiene que hay vidas dependientes mientras el feto permanezca dentro del seno de la madre.

Otro grupo mayoritario en España, exige separación completa del seno de la madre. En definitiva, hay vida independiente cuando la expulsión haya llegado a un punto en que sea posible matar directamente al producto de la concepción.

De acuerdo a una interpretación que debe estar basado en las normas constitucionales y en los pactos sobre derechos humanos, hay que adherir a la posición que afirma que desde el comienzo de las contracciones y de los dolores, o sea desde el inicio real del proceso activo, con su fase interna que conduce normalmente al nacimiento. O sea, comienza el nacimiento cuando ha terminado el proceso de desarrollo del feto y empiezan los intentos de expulsión. Este momento, o en el parto complicado (rotura de bolsa), comienzo de la cesárea, marca el instante en que el feto se vuelve humano, en el sentido del derecho penal.

Otro problema que se plantea tanto de la dogmática como desde el punto de vista legal es el del final de la vida.

Tener certeza sobre el final de la vida es importante para saber desde cuándo se puede decir que nos encontramos ante un homicidio.

Según Soler [5], no es necesario que el sujeto pasivo reúna determinadas condiciones, no es preciso la vitalidad. Hay homicidio tanto si se mata a un ser bien constituido como si la acción se efectúa contra un sujeto cuya muerte a corto tiempo es segura. El que mata a un agónico o a un condenado a muerte, comete homicidio.

Para clarificar algo más el tema del fin de la persona humana o muerte de la persona humana es importante la lectura del manual de Jorge Buompadre de derecho penal 6. Según este texto, el bien jurídico protegido en todas las formas de homicidio es la vida humana. El derecho penal no suministra un concepto de vida humana; solo se ocupa de protegerlo como objeto material de los delitos que atentan contra ella. Por lo tanto, debemos convenir en que al menos desde un punto de vista otológico-biológico, es la vida humana misma el bien jurídico tutelado por estos delitos, afirmación que actualmente parece que no pueda discutirse. Interesan aquí dos cuestiones y que ha suscitado un interesante debate doctrinal y jurisprudencial. Una es el momento en que comienza la vida humana independiente, cuestión que permitirá trazar la frontera entre los delitos de aborto y homicidio.

Y el otro es el momento del fin de la vida o muerte de la persona humana, instante en que quedará marcado el límite entre el homicidio y la impunidad o el delito imposible, por falta del objeto material de protección. Así, según el mismo texto de Bompadre, para algunos autores la vida humana debe ser entendida desde un punto de vista puramente naturalista, o sea atendiendo a la propia existencia “físico-biológica” del ser humano. Esto independientemente de valoraciones sociales u otras razones de utilidad social.

5 Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo III, 10° reimpresión total, pág. 12

6 Jorge Eduardo Buompadre, manual de Derecho Penal, 2012, parte especial, pág. 20/25

El enfermo terminal, el moribundo, el discapacitado o las llamadas, en algún momento histórico, vidas carentes de valor vital, como todos los seres humanos, merecen la protección de la ley. Sin embargo, esto no quiere decir que la vida no deba ser también comprendida desde una perspectiva valorativa. La vida humana desprovista de criterios normativos perdería todo su sentido, su potencia de ser el valor preponderante, el soporte fundamental del disfrute de otros bienes. La vida es algo más que un puro acontecer biológico; la vida humana es vida humana en tanto sea considerada a partir de criterios de valor, El derecho mismo considera a la vida como un valor al otorgarle protección de distinta intensidad según sea la fase o el momento por el que ella atraviesa. Por otra parte, la ausencia de consideraciones valorativas en el tratamiento jurídico de la vida humana implicaría dejar sin explicación supuestos como el aborto, la eutanasia, la ayuda al suicidio, la muerte en legítima defensa o en el cumplimiento de un deber, etcétera.

En cuanto a la muerte, y siguiendo a Bompadre, esta es un proceso biológico irreversible, determinables por criterios médicos. Sin embargo, la verificación del instante mismo en que una persona está muerta para el derecho ha suscitado controversias que no parece que pueda ser resuelta sin ciertas dificultades. Lo que si puede afirmarse con certeza es que dicha cuestión no puede ser determinada únicamente por la ciencia médica, con prescindencia de criterios normativos.

Hasta hace poco tiempo, se consideraba muerta a una persona cuando, en virtud del diagnóstico médico, se constataba los signos negativos de vida, esto era, cuando se producía el cese definitivo de la actividad cardio-respiratorio y de los centros nervios centrales. Esta muerte natural o real de la persona implicaba, también su muerte jurídica.

Actualmente debido a los grandes avances de la medicina, en particular por la llamada técnicas de reanimación que pueden mantener con vida a un ser humano por un considerable tiempo, los criterios han cambiado. La muerte, la natural, ya no tiene mayor utilidad para el derecho,

pues aun cuando se verifique el cese de ciertas funciones vitales del organismo, algunas partes del cuerpo humano pueden continuar manteniendo actividad biológica, ya sea en forma natural o por medio de instrumento de sostén que posibilitan mantener con vida a las personas.

La muerte es un proceso que va ocurriendo en forma progresiva, y se torna así de máxima importancia determinar el momento en que se produce la muerte de la persona, por cuanto al derecho penal le interesa determinar, con el máximo rigor, no por qué y cómo sino cuándo la persona está muerta.

En nuestro país, Argentina, existen dos clases de muerte: la muerte natural o real, establecida en el Código Civil, ley 304, cuyo artículo 103 prescribe que la existencia de las personas termina con la muerte natural de ellas, y la muerte cerebral, establecida por la ley 21541 sobre trasplante de órganos y material anatómico (ley reformada por las leyes 23464 y 24193 y 26066 (7); actualmente la ley 27447 (8) que deroga en su art. 71 a la ley 24193) Según el artículo 23 de la ley 21541, el fallecimiento de una persona se considera tal cuando se

verifique de modo acumulativo los siguientes signos que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuestas cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia de reflejos cefálicos corroborada por medios técnicos y/o instrumentos adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Único Coordinador de ablación e implante

7 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=112375

8 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=312715

(INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inc. d), no será necesario en el caso de paro cardio-respiratorio total e irreversible.

Sin perjuicio de que el concepto real o natural de muerte es un concepto también "normativizado" (legislado en el Código Civil), el límite máximo de protección, o sea, el momento en que la persona está muerta para el derecho penal, parecería estar resuelta por el artículo 23 de la ley 21541, por cuanto ha establecido también normativamente un concepto de muerte válido para todo el derecho, en especial para el derecho penal. En atención a este criterio jurídico de muerte actualmente no puede discutirse que aun cuando la persona no esté muerta biológicamente, debe ser considerada muerta o fallecida para el derecho penal si se dan los criterios establecido por la legislación antes referida, vale decir, si se han producido el "cese total e irreversible de las funciones cerebrales". De tal manera aun cuando la ablación de un órgano en un cuerpo que todavía vive (porque se mantienen ciertos signos biológico) realice "formalmente" el tipo de homicidio, el hecho no será punible porque la persona, legalmente estará muerta. Y lo que al derecho penal le interesa es que, al momento del hecho,

la persona esté viva "normativamente". Resulta aconsejable, entonces, la revisión de este problema, manteniendo un único concepto de muerte con validez para todo el ordenamiento jurídico. Esto debe ser así por cuanto "el diagnóstico de la muerte es un asunto absolutamente médico sobre la que no corresponde decidir al jurista, sino al médico de acuerdo con los conocimientos y técnicas más avanzadas generalmente aceptadas, pero es la ley la que tiene que indicar al médico los criterios que ha de tener en cuenta para diagnosticar la muerte" (Gracia Martín). Hoy se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial 9 que, para este tema dice en su art. 94 "comprobación de la muerte. La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver".

9 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm

4)-Estado de emoción violenta 10

Homicidio emocional es un delito atenuado por la ley porque el autor ha sido impulsado al delito por la fuerza de las circunstancia que han conmocionado su ánimo, dificultando el pleno dominio de sus acciones (Fontán Balestra), porque se puede estar emocionado sin que cambien los rasgos fundamentales de la personalidad del sujeto: por el contrario, la emoción puede llegar a remarcar esos rasgos (el normalmente irascible al emocionarse puede intensificar su ira), aunque lo otro puede también ocurrir en algunos casos (el manso que se transforma en irascible a raíz de su estado emocional).

La emoción puede manifestarse con diversas repercusiones los estados anímicos del sujeto: puede traducirse en ira, en dolor, en miedo, en abulia (por ejemplo, en los delitos de comisión por omisión).

Hasta no hace mucho se procuraba distinguir la emoción como raptus de pasión, como proceso que quedaría a priori fuera de la atenuación. Esta distinción se ha superado, porque no tenía razón de ser: se puede matar fríamente por pasión, pero la pasión puede haber provocado el estado de emoción dentro del cual se mata; son dos cosas distintas, pero no es posible negar que la pasión puede ser el medio para llegar a la emoción.

5)- Violencia en la emoción

Siguiendo al mismo autor (Creus), la emoción debe ser violenta: los excesos de los sentimientos alcanzados en el estado del agente tienen que ser de tal modo desordenados y potente, que le resulte difícil controlar los impulsos a la acción contra la víctima. La capacidad de reflexión del agente debe haber quedado tan menguada, que no le permitiera la elección

10 Carlos Creus, Derecho Penal parte especial, tomo I, pág. 37

de una conducta distinta con la misma facilidad que en supuesto normales. La doctrina llama a esta situación, el debilitamiento o disminución de los frenos inhibitorios. Y no es imprescindible que se vea afectado su capacidad de comprensión o inteligencia perceptiva sin perjuicio de que ello pueda ocurrir, pero si es imprescindible que la violencia de la emoción haya obrado de alguna manera sobre su capacidad deliberativa, aunque sin anularla porque cuando se ha traspasado ese límite, cuando el sujeto “no sabe lo que hace” o no puede “dirigir su conducta” serán ya casos de inimputabilidad y estará encuadrado en el artículo 34, inciso 1° del código penal.

6)- Excusabilidad de la emoción

El estado de la emoción debe ser excusable porque las circunstancia que las produjeron normalmente pueden tener repercusión en las particulares situaciones que vivió el agente, con referencia a cualquier persona. De eso trata la ley con la expresión “que las circunstancias hicieren excusable”. Por lo tanto, lo que las circunstancia tienen que excusar es el hecho de haberse emocionado violentamente. Para ello exige, en primer lugar, que haya existido una causa provocadora de la emoción que sea un estímulo recibido por el autor desde afuera (aunque no coincida con la realidad, por ejemplo, con el error); la emoción no debe de haberse conformado en el mero desarrollo interno de sus sentimientos a raíz de las características de su temperamento esto no quiere decir que ciertos temperamentos deba a estar, a priori, excluida de la atenuante, ya que puede también, ser campo fértil para que el estímulo externo opere eficientemente. Así ese estímulo podrá estar constituido por hechos o situaciones de cualquier carácter (moral, económico, afectivo, etcétera); no es indispensable, por lo tanto, que proceda de un hecho de la víctima: la atenuante se aplica aun cuando la víctima sea extraña al hecho que ocasionó la emoción. Tampoco es indispensable que se trate de un hecho o situación que afecte directamente(materialmente) al agente, con tal que revierta en el como

estímulo (por ejemplo, la indignación producida por los malos tratos que la víctima inflige a un tercero; la situación desesperada de un ser querido, etcétera).

También la causa debe ser eficiente respecto de la emoción que alcanza características de violencia: por tal se entiende la que normalmente, según nuestro parámetro cultural, incidiendo sobre las singularidades del concreto autor y en las circunstancias particulares del caso, puede ocasionar una emoción de esa índole. Por lo tanto, tiene que ser un estímulo externo que muestre la emoción violenta como algo "comprensible" (Sebastián Soler). Debe, pues, revertir cierta gravedad (aunque la emoción en si puede desencadenarse en un hecho menor insertado en una situación precedente que no lo sea). La llamada causa fútil, o de escasa importancia, no es eficiente (bromas, discusiones intrascendentes, recriminaciones justas o injustas de poca entidad), puesto que no cabe en la relación de normalidad (alguna doctrina la trata como relación de proporción entre el estímulo y la relación emotiva).

Se han propuesto así distintos criterios para medir la eficiencia causal, como el relativo al tiempo transcurrido entre la producción entre el estímulo y el hecho delictuoso; el del medio empleado; el conocimiento previo o no de la situación que constituye el estímulo, etcétera, negándose la eficiencia cuando el hecho ocurre después de un intervalo respecto del suscita miento del estímulo, o cuando el agente ya tenía conocimiento previo de la situación que no hace más que renovarse en el momento en que se produce la emoción o ha empleado medios que ha tenido que buscar para llevar a cabo la acción, pero ninguno de esos criterios permite resolver los casos sin insertarlos en las circunstancias particulares. Por supuestos, hay medios que por la preparación que exigen requieren una deliberación incompatible con la emoción, pero ello no es una verdad inconcusa; el transcurso del tiempo puede disminuir la emoción o atenuar su violencia, pero a veces puede exacerbarla; el conocimiento previo de la situación puede ser el terreno en que se inserta un acontecimiento actual que provoca la emoción. Y son

todas ellas soluciones relativas que dependen de las concretas circunstancias de los hechos y del autor.

7)--Excusabilidad subjetiva de la emoción

Además de la Excusabilidad objetiva vista, la doctrina habla de una Excusabilidad subjetiva, o sea, el autor no debe haber provocado intencionalmente el estímulo para emocionarse, que es un caso relativamente académico, pero posible (que no es el caso de quien provocó la circunstancia externa para fingirse emocionado, que es un supuesto de ausencia de emoción), en el cual no se excusa la emoción violenta, ni opera, por consiguiente, la figura atenuada. Distinta es la situación del que provocó culposamente el estímulo sin pre ordenarlo a la producción de la emoción: el mero ocasionamiento material de la causa no coloca al autor fuera del tipo atenuado.

Hay alguna doctrina que requirieron que la emoción tuviese un contenido ético (Juan P. Ramos)-

Según Ramos, cuya tesis dominó la jurisprudencia por largo tiempo: "<el motivo ético debe ser la causa determinante de la reacción emocional violenta que se manifieste en homicidio o en lesiones… No basta que haya emoción sino existe un motivo ético inspirador, el honor herido de un hombre de honor, la afrenta inmerecida, la ofensa injustificada"11 (citado por Ricardo Núñez en manual de derecho penal, parte especial 2° edición 1999 en nota 71- página 45). En contra de esa posición reaccionaron Soler, P. Guzmán, Núñez entre otros.

Según Ricardo Núñez 11, no es necesario que el autor haya sido impulsado al homicidio por un

11 Ricardo Núñez, manual Derecho Penal, parte especial 2° edición 1999 en nota 71- página 45

motivo ético. Lo necesario es que la circunstancias justifiquen por una u otra razón, aceptada o no por la ética social, que el autor se haya emocionado en el grado en que lo estuvo. Algunos tribunales han negado Excusabilidad a la emoción violenta nacidas de motivaciones que no consideraron éticas ("pasiones humanas espurias, como las relaciones sexuales"). En fallo citado por Rubianes, en la cual dos hombres habían formalizado pareja y uno de ellos fue engañado por el otro. Se llegó a descartar al concubinato como base de reacción del integrante de la pareja engañado por el otro "porque no puede exigir fidelidad quien no se la ha impuesto asumiendo los deberes del vínculo legal.

Lo cierto es que hay que reconocer que el carácter ético (para el agente) del estímulo recibido no es requisito imprescindible de la Excusabilidad basta que haya alcanzado los límites antes expuestos.

8)- Actualidad de la emoción

La aplicación del tipo atenuado requiere la actualidad de la emoción con respecto a la acción de homicidio. Este debe cometerse en estado de emoción violenta. La emoción pasada, la que se ha extinguido en el momento de la acción, aunque violenta, obviamente no cabe en la fórmula legal**.**

VIII- Valoración de las circunstancias. (Fontán Balestra.) 12

La previsión legal valora la circunstancia, al requerir que el autor haya obrado encontrándose

12 Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, parte especial, decimoséptima edición 2008- pág. 56, Ed. Perrot

en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable. Lo que requiere ser excusado es el estado emocional, no el homicidio, que tiene como consecuencia una pena. Hay en ello una innegable limitación de los motivos provocadores de la emoción.

Ramos sentó una premisa: la causa debe responder a motivos éticos para que las circunstancias del hecho sean excusables. No basta que haya emoción violenta sino existe un motivo ético inspirador, El honor herido en un hombre de reconocida reputación, la afrenta innecesaria, la ofensa injustificada. Este criterio, que tuvo singular acogida en la jurisprudencia, prácticamente limita los motivos éticos a motivos de honor. La doctrina ha ido rompiendo este molde. Que. A nuestro juicio, no encuentra apoyo en el texto legal ni el fundamento de la atenuante. Hemos sostenido siempre que en todos los casos en que el estado emocional no sea consecuencia de un propósito ilícito, existe la posibilidad de excusar la emoción. Repetimos que lo que se excusa es la emoción y no el homicidio. Por eso hemos considerado incluido en el estado de emoción estado de ánimo como el miedo y móviles como la venganza. Nos ratifica en esta convicción de la circunstancia de que los comentaristas del Código Suizo, cuyo texto es similar al nuestro en este punto, no existen los móviles éticos. Hoy se abre paso entre nosotros el criterio dé la valoración jurídica, que es el correcto.

También en el aspecto subjetivo, el estado emocional debe ser excusable. No lo será cuando el autor haya buscado de propósito o facilitado del mismo modo el aparente motivo provocador de la emoción. En estos casos, por lo demás, rara vez se producirá realmente la reacción emocional, puesto que el autor espera que el estímulo exterior tenga lugar.

9)-Error sobre las circunstancias de las emociones (Carlos Creus) 13

En la emoción no es imprescindible que el estímulo respondiere estrictamente a la realidad.

13 Carlos Creus pág.41

Ello es así porque lo válido es la causación de la emoción. No se está en presencia de una causalidad mecánica (Núñez), sino ante la influencia del estímulo sobre el espíritu del autor. Siempre que el estímulo tenga algún sustento objetivo, el error o la ignorancia sobre las circunstancias –aún los atribuibles a la culpa del agente- que lo constituyen, no elimina la atenuante (por ejemplo: el esposo que mata emocionado violentamente al encontrar a un extraño en el lecho conyugal, ignorando que es hermano de la esposa, sin conocerlo y que estaba de huésped, comete un homicidio encuadrable en el artículo 81 inciso 1, a)

IX-Extensión de la atenuante a los casos de homicidios agravados. (Carlos Creus) 14

La ley; determinando una pena de gran severidad-reclusión o prisión de diez a veinticinco años- extiende la atenuante a los casos en que el homicidio puede encuadrarse en el artículo 80, inc. 1° (art. 82). La exclusión de los demás incisos del artículo 80 se explica porque en ellos la influencia del dolo directo con referencia al resultado o a la realización de los medios y las conexiones subjetivas que requieren las agravantes, la tornan incompatibles con el tipo atenuado.

III- Penalidad (Fontán Balestra) 15

(….) La pena establecida por la ley para el homicidio cometido en estado de emoción violenta es de prisión de uno a tres años o reclusión de tres a seis años. La Exposición de Motivos nada dice respecto de la penalidad fijada, ni, en particular, respecto de la adopción de la pena de reclusión, la cual, según el decir de Soler (Sebastián Soler, tomo III, especial, pág. 73, 10° reimpresión total 1992), está dotada de caracteres que condicen poco con los que acusan el delito cometido en estado emocional. Tal vez en este punto se haya seguido, disminuyendo

14 Carlos Creus pág. 41

15 Carlos Fontán Balestra, parte especial, decimoséptima edición, 2008

los máximos, al proyecto suizo, que fija la reclusión en hasta diez años o la prisión de uno a cinco años.

El artículo 2° de la ley 24.192 establece la agravación en un tercio de la pena mínima y máxima de este delito si se hubiere cometido con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él. Esta ley fue modificada por la ley 26358 de 2008. (16)

IV-Evolución histórica-17

Se puede señalar que el antecedente más rescatable de la figura está dado por Carrara, donde si bien la acepción fue introducida a posteriori con el sentido que le otorga la jurisprudencia y doctrinas actuales, dicho autor hizo distinciones entre las situaciones que podía provocar la hoy emoción violenta, distinguiendo con su maestría habitual, lo que llamó "ímpetu de ira y el dolor que tupo por razonable en su producción y bien llamado justo.

El ímpetu de ira estaba dado por la reacción que experimenta el agente ante contingencias signadas por la evidencia de provocación. La reacción experimentada alcanza su clímax cuando decide al sujeto activo el acto de voluntad orientado a la consumación, movido por el impulso que habilita la reacción que escapa al autocontrol o razonamiento reflexivo.

A todo ello, agrega Carrara, en su referencia al justo dolor, pone en evidencia la reacción del sujeto activo ante el cuadro conformado por la merituación física, moral o material inferida a alguien que forma parte integral de su esfera emotiva, sentimental, afectiva.

Para el doctor José Enrique Marianetti, médico psiquiatra especializado en psiquiatra-citado por Stella Maris Tato 13-, desde el derecho, el término emoción violenta, es empleado por

16 https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26358-138847/texto

17 Stella Maris Tato- https://docplayer.es/13118720-Homicidio-emocion-violenta.html

primera vez en el ordenamiento jurídico, sin precedente históricos, no explicando, la letra de la ley, el significado del término, propio de una ciencia auxiliar, por ser un concepto psicológico, radicando aquí, la primera dificultad para el intérprete.

Visto el cuadro históricamente, hubieron de superarse muchas vicisitudes. Una de ellas, fue esclarecer la difícil y, para el autor, inoperante distinción entre los conceptos de emoción y pasión.

Al decir de Pilar Aguilar Malpartida 18: lo que hoy conocemos como homicidio en estado de emoción violenta, es producto de la transformación paulatina del conyugicidio, figura que permitía hasta los inicios del siglo XX el asesinato de la cónyuge infiel sin pena alguna.

Dicha exención obedecía al ejercicio de la venganza privada absoluta que constituía, en esa etapa del desarrollo del Derecho Penal, la forma de aplicar la represión, siendo que en los siglos XIII y XIX cada individuo tomaba la justicia por mano propia, por cuanto el poder coercitivo del Estado, no tenía ningún valor para obrar en intereses lesionados. Al aplicarse de dicho modo la justicia penal, se producían numerosos y graves exceso, llegando a establecerse la ley del talión como una medida moderadora, en virtud de la cual no podía ocasionársele al ofensor un mal mayor que este había inferido al agraviado, lo que evidenciaba proporcionalidad. Poco después, nació la compensación, mediante la que se autorizaba al ofendido y al ofensor a nombrar representante que moderara los reclamos recíprocos, acordando la modalidad del castigo.

18 Pilar Aguilar Malpartida, Abogada (Pontificia Universidad Católica del Perú) Psicoterapeuta de Orientación Psicoanalítica (Escuela de Psicoterapia Psicoanalítica de Lima), Blog de Beatriz Garrido, citada por Stella Maris Tato 17 Stella Maris Tato- https://docplayer.es/13118720-Homicidio-emocion-violenta.html

En la evolución del Derecho Penal, el homicidio y las lesiones causadas a los responsables de adulterio, han sido juzgados de distintas maneras, aplicándose, por ejemplo, la excusa absolutoria; la aplicación de las penas comunes al homicidio y las lesiones y el establecimiento de una regla especial de atenuación.

Para el Derecho Romano primitivo, la infidelidad de las mujeres, no estaba penalizada, su castigo la aplicaba un tribunal doméstico. En aquella época le correspondía al páter familias la represión del adulterio. Posteriormente, cuando se generalizó el matrimonio libre, dicha facultad pasó al marido ofendido.

Fue la lex Julia de Adulterio, una de las leyes más trascendente del Derecho Penal Romano, la que convirtió dicho delito en público, consistiendo el castigo en la confiscación de los bienes y la infamia además de permitir que el padre de la adúltera la matara de inmediato en caso de que no lo hiciera el marido. (César Augusto decreta la Lex Iulia de Adulteriis Coercendis con el fin expreso de preservar la castidad de la mujer casada y la moralidad de los hogares patricios, y evitar las perversiones sexuales, o en su caso, sancionarlas).

Las leyes españolas del medioevo, instituyeron el derecho de venganza a favor del ofendido. El código de Eurico, que es una colección de leyes jurídicas del derecho alemán 470, reguló el adulterio concediendo o facultando al marido para ejercitar la acción de perseguir o privar de la vida a los culpables que fueran sorprendidos en el acto. El fuero real, de 1255, en el título XVII, consideraba el hecho cometido en legítima defensa, cuando la víctima fuera sorprendido yaciendo con la mujer, hija o hermana del matador. Las Siete partidas de Alfonso X, definieron al delito de adulterio y le concedieron el carácter de privado, concediéndole al cónyuge inocente, o su padre o hermanos o tíos, el derecho de accionar. Cabe aclarar que el derecho español estuvo fuertemente influenciado por los principios morales de la iglesia, siendo fuertemente regulados, los comportamientos sociales de las personas, sobre todo, las mujeres,

la que, por otra parte, eran consideradas moral y mentalmente inferiores a los hombres, en razón a su tendencia al mal y debilidad ante las tentaciones.

El varón no solo tenía el derecho de matar a la mujer infiel, sino el deber de hacerlo. En cambio, para el Derecho Peruano, en el imperio Incaico, el castigo de los delitos era derecho exclusivo de los autócratas y solo podía decretarse por los ejecutores de ese derecho, excluyéndose toda forma de venganza personal, no estando permitido matar a la mujer adúltera sorprendida infraganti, siendo que, si ello ocurría, al marido se le imponía una pena menor que el homicidio simple, de trabajo forzado hasta por un año. En la colonia el sistema penal tenía las mismas características que la española: regulación de las leyes de Los Reinos de Indias y las Ordenanzas de Ballesteros. Dichas normas, si bien no la contemplaban expresamente, implícitamente consagraban el derecho de matar. (citas 5 y 6).

V- Evolución histórica legislativa en Argentina

1)- Período hispánico 19

Antes y después de 1810, hasta la iniciación de la codificación del derecho penal con el Proyecto Tejedor, la fuente exclusiva de la legislación represiva vigente en el territorio del Río de la Plata, que en su mayor parte pasó a ser de las Provincias Unidas y luego de el de la República Argentina, eran las leyes penales españolas anteriores al Código Penal de 1822. La Nueva Recopilación, las Leyes de Indias, Las Partidas, el Fuero Juzgo, las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación, que constituyen esa fuente reflejaban la recepción del Derecho Romano y del Canónico.

2)- Revolución de mayo 19

19

https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Penal_de_la_Naci%C3%B3n_Argentina#Per%C3%ADodo_hisp%C3%A1nico

A partir de 1810, junto a las leyes españoles que subsistían como legislación represiva común, siguieron leyes especiales, en su mayoría con vigencia local en las distintas provincias. La más importante ley de alcance nacional fue la N° 49 (14-09-63) que designaba los crímenes cuyo juzgamiento competió a los tribunales nacionales y establecía su penalidad.

Esta ley, reconociendo la potestad de las provincias para dictar sus propios códigos penales, los declaró supletorios respecto de los delitos contra la nación no previsto por ella y comunes cometidos en los lugares sujeto a su jurisdicción (art. 93).

Reconoció así de manera expresa, la doble fuente del derecho penal común existente en esa época del país.

Un primer intento de codificación penal general fue el proyecto Tejedor. Este proyecto sigue en gran medida al Código Penal de Baviera de 1863, obra de Johan Von Feuerbach. Y en menor medida el aporte de la doctrina española a través de Joaquín Francisco Pacheco, comentarista del código español de 1848/50 y de la doctrina francesa a través de Chauveau. No fue sancionado como código nacional. Pero si adoptado como código penal por once provincias.

Luego le sigue el proyecto de 1881. Redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García.

Y se llega así al Código Penal para la Nación (ley 1820 del 07-12-1886) que fue sancionado por el congreso sobre la base del proyecto de Tejedor y entró a regir el 10 de febrero de 1887.

Para el tema que se está analizando sobre homicidio atenuado este código de 1886 establece en su artículo 234 que el cónyuge que sorprende en adulterio a su cónyuge, de muerte en acto a ésta o a su cómplice o a los dos juntos, sufrirá cárcel de tercer grado (3 años).

VI- Antecedentes según Sebastián Soler 20

Como antecedente para homicidio emocional en el Código Penal Argentino tenemos los siguientes: Tejedor, título VI. Art. 4°: La criminalidad disminuye, por el contrario: 5. Cuando ha obrado arrebatado por una pasión, o en un momento de perturbación intelectual sobrevenida casualmente, y sin que de su parte haya culpa, a menos que la ley expresamente haya tenido en cuenta estas circunstancias para la fijación de la pena.

Art. 2° - La pena será de tres años de prisión si el muerto mismo provoca el acto homicida con ofensas o injurias ilícitas y graves, o si en el momento del hecho el homicida se hallaba en un estado de furor sin culpa suya, y sin que hubiese al mismo tiempo exclusión completa de imputabilidad.

Art. 3° - El cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte dé muerte en el acto a esta o a su cómplice, o las dos juntos, sufrirá de uno a tres años de prisión.

Art. 4° - Los padres y los hermanos mayores que dan muerte a los que yacen con sus hijas o hermanas menores de edad en el acto de sorprenderlos in fraganti, sufrirán siempre el máximum de la misma pena.

Art. 5° - Lo dispuesto en los artículos precedente no aprovechan a los que hubieren promovido, causado o tolerado la prostitución de sus mujeres, de sus hijas o de sus hermanas.

Proyecto del C. Penal de los doctores Villegas, Ugarriza y García.

En este proyecto encontramos por primera vez al flagrante adulterio como total excusa del hecho.

20 Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino Especial. Tomo III 10° reimpresión total: 1992, § 80, página 49 y siguiente en las notas.

Art. 83. – Están exento de responsabilidad criminal …II. El cónyuge que, sorprendiendo a su consorte en flagrante delito de adulterio, hiere o mata a los culpables, o a uno de ellos, siempre que la mala conducta del cónyuge no haga excusable el hecho de su consorte.

Fundamentos:

Entre los casos en que hay exención de penas, se ha comprendido el del cónyuge que sorprende a su consorte en flagrante delito de adulterio, y mata o hiere a los culpables, o a uno de ellos.

El proyecto en revisión imponía penas en estos casos al autor de la muerte o herida, pero nuestra legislación tradicional y jurisprudencia uniforma lo ha libertado de todo castigo. Este principio no ha sufrido alteración seria en las ideas modernas. Algunos códigos, como el español, por ejemplo, imponen al homicidio en tales casos solamente la pena de destierro cuando hay muerte, y lo dispensan de todo castigo cuando solo hay heridas, mientras que, otros, como el de Chile y el de Bélgica, consignan con más franqueza el principio, libertándolo de pena en todos los casos.

Proy. 1881, p. XXVIII y sigs.

Sin dar los fundamentos, consignan además la siguiente disposición:

Art. 198. – Los padres y los hermanos mayores que den muerte a los que encuentre yaciendo con sus hijas o hermanas menores de edad sufrirán la pena de prisión menor (Esta pena no se extendía más allá de dos años y era sustituible por el servicio de las armas).

Finalmente, entre las atenuantes, art. 96, las siguientes. 2. Haber precedido inmediata provocación, amenaza u ofensa, o indirectamente por parte del ofendido.

El Código Penal de 1887.

Art. 81. – Están exento de penas: …12. El cónyuge que, sorprendiendo a su consorte en flagrante delito de adulterio, hiere o mata a los culpables o a uno de ellos.

13. El padre o hermano que hiere o mata al que encuentra yaciendo con su hija o hermana menor de quince años.

Entre las atenuantes:

Art. 83. – Son circunstancias atenuantes:

4. Haber precedido provocación, amenaza u ofensa por parte del ofendido.

5. El estado de irritación o de furor sin culpa propia, que haya hecho perder del todo la conciencia del autor.

6. El estado de irritación o de furor sin culpa del autor del delito, cuando no le haya hecho perder del toda la conciencia de lo que hace.

En el homicidio calificado este código no contiene una disposición especial, clasificándose los hechos según que concurriesen una, dos o más circunstancias atenuantes.

Art. 97. – La pena será de tres años de prisión si la víctima misma provocó el acto homicida con ofensas o injurias ilícitas y graves.

Proyecto de Código Penal de 1891:

Art. 59. Están exentos de responsabilidad criminal: …6) El cónyuge que, sorprendiendo a su consorte en flagrante adulterio, hiere o mata a los culpables o a uno de ellos, con tal que la mala conducta del agente no hiciera excusable aquel hecho.

7) El padre o hermano que hiere o mata al que encuentra yaciendo con su hija o hermana menor de quince años.

Destacamos el fundamento dado:

El motivo de eximir de responsabilidad al cónyuge que, en el acto de sorprender a su consorte en adulterio flagrante, hiere o mata a ambos culpables o a uno de ellos, no es otro que el estado de pasión, de verdadera indignación que se apodera del agente en presencia del gravísimo ultraje que se le ha inferido.

Art. 112. – Corresponde la pena de penitenciaría de tres a diez años: 1° Al que matare a otro en el acto de ser provocado por una injuria inmerecida, o cuando la víctima con anterioridad, le había provocado con una injuria u ofensa igualmente inmerecida y grave…3° Al ascendiente o hermano que matare a la descendiente o hermana en el acto de sorprenderle, en ilegítimo concúbito.

Ley de reforma al Código Penal (N°4189).

Los incisos 12 y 13 del artículo 81 y los inc. 4° y 6° del art. 83 del C. Penal, permanecen sin modificación, introduciéndose las siguiente en la parte especial: Art. 17… 4. Corresponde la pena de penitenciaría por tres a diez años:

a) Al que matare a otro, si la víctima misma provocó el acto homicida con ofensas o injurias ilícitas y graves.

c) Al ascendiente o hermano que matare a la descendiente o hermana en el acto de sorprenderla en ilegítimo concúbito.

5. Cuando en los casos del inc. 2 (parricidio) concurra algunas de las circunstancias de los puntos a) y d) del inciso 4. La pena será de presidio por diez a veinticinco años.

El P. 1906 reproduce el texto del artículo 17, 4°, a), de la ley de reforma, castigando el hecho con pena de 3 a 6 años. Luego el inc. 3° del mismo artículo (85), así concebido:

3° Al cónyuge, al ascendiente o hermano, que matare a su cónyuge descendiente o hermana, o al cómplice o a ambos, en el acto de sorprenderlos en ilegítimo concúbito, pudiendo los jueces eximir de pena, según las circunstancias particulares del hecho.

VII- Marco normativo 21

La incorporación a nuestra ley de la disposición que atenúa el homicidio cometido en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable, ha dado lugar a numerosos fallos, tanto por la frecuencia de los hechos como por la necesidad de comparar, a los fines de la revisión de causas anteriores, esa disposición con las que regían para el homicidio provocado. En efecto, la nueva figura no solamente importó una innovación considerable con respecto a la ley anterior, sino que lo fue también con respecto a los proyectos de 1891 y 1906.

La innovación fue introducida por la Comisión de la Cámara de Senadores, sobre la base del artículo 105 del proyecto suizo de 1916, y ello ha sido causa de que se descuidaran un poco las razones dadas por la comisión del Senado, en homenaje a las razones que servían de base a la comisión redactora del texto suizo. Los antecedentes del texto suizo, en efecto, muestran que algunos comisionados tomaban muy en cuenta la posibilidad de absoluciones escandalosas de parte de los jurados. Pero la fundamentación dada para la reforma no responde a los mismos propósitos, sino que el texto es tomado sin consideración a sus propios antecedente, y para sustituir disposiciones que venían desde el Proyecto Tejedor, con diversas variantes, entre las cuales se hallaban algunas de antiguo origen español, que había positivo interés en abandonar, cuál era la exención de pena por el homicidio cometido *in ipsis rebus veneris*, superviviente forma de venganza privada.

Esta institución ejerció influencia hasta en el P. de 1906, en el cual, por mantenerla, se incurrió en lamentables confusiones. Además, la pluralidad de disposiciones vigentes aconsejaba resolver el problema con un criterio menos casuista. L legislación vigente era esta: C.P., 81, 12

21 Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino Especial. Tomo III 10° reimpresión total: 1992, § 80, página 49 y siguientes.

(exención de pena al cónyuge): 81, 13 (íd., al padre y hermano de menor de 15 años): 17, 4° (provocación): 6° (irritación). Ley 4189: 17, 4°, a (homicidio provocado): c (pena atenuada para ascendiente t hermano): 17, 5° (parricidio atenuado).

La situación no podía ser más desgraciadamente desordenada.

Por eso consideramos que tiene importancia destacar los motivos dados por la comisión, que son los siguientes:

Siguiendo al pie de la letra, aunque modificando la duración de la pena, al art. 195 del anteproyecto suiza de 1916, hemos creído más justo y razonable establecer una regla para el caso de homicidio por pasión, que puede ser aplicable, cuando las circunstancias lo hicieran excusable, a los que se encuentren en las condiciones preindicadas. El inciso sería así menos casuista y podría abarcar otros casos de muerte dada en estado de emoción violenta.

No admitimos la exención de pena que establece el inc. 3° del art. 81, siguiendo el Proyecto de 1906, que suprimió las eximentes consignadas en los inc. 12 y 13 del artículo 81 del Código Penal vigente pero el cual admitió que el juez la pudiera declarar, según las circunstancias particulares del hecho. Y no la admitimos, precisamente, por la misma razón—pero aplicando el principio lógico con justa inflexibilidad—invocada por los autores de aquel proyecto para modificar las citadas disposiciones de la ley: por creer que, si bien puede explicarse la ejecución del delito en las circunstancia de referencia por la emoción violenta y debe reducirse, por consiguiente, la pena, dejando al juez el arbitrio de aplicar la de prisión o reclusión, de acuerdo con las circunstancias particulares del hecho y los antecedente del autor, no debe reconocerse el derecho de matar.

En cambio, hemos dado al juez suficiente margen para que, adaptando la pena al delincuente en cada caso, pueda aplicar un mínimum bajo – hasta de un año de prisión—si lo creyese justo y en vista de las circunstancias especiales en que se encontraron los autores de la muerte de otras personas indicadas en el inc. 3° del art. 81. Pero también podría, según los casos, aplicar el máximo de tres años, o bien infligir la pena de reclusión de tres a seis años.

El artículo 81, que la Comisión tenía en vista, contenía cuatro incisos, de los cuales uno se refiere al homicidio preterintencional, otro al infanticidio y los dos restantes, que son a los que hace alusión, se refieren, el 1° al homicidio provocado por la víctima con ofensas o injurias ilícitas y graves, y el otro, el 3°, al cónyuge, ascendiente o hermano que matan al cónyuge, descendiente o hermana, o a su cómplice, o a ambos, en el acto de sorprenderlos en ilegítimo concúbito pudiendo los jueces eximir de pena, según las circunstancias particulares del hecho.

Es necesaria esta comparación, porque cuando la Comisión se refiere al propósito de ser menos casuista, de modo que la actual disposición pueda abarcar otros casos, muestra que no aparecen fundados los intentos de considerar que con la innovación se operó una restricción legislativa, que vino a disminuir la extensión de la figura anteriormente legislada.

Sin embargo, no pude desconocerse que la ley ha trazado su propia figura, y, que, si bien las hipótesis anteriores correspondían a situaciones en que normalmente existe un estado emotivo, éste ha pasado a constituir un elemento psíquico subjetivo, necesario para la existencia de la figura como tal, No basta ser provocado: es necesario que esa situación se traduzca efectivamente en un choque emocional.

El texto del art. 81 comentado por el A., originado esencialmente en la ley 17567, fue reimplantado, después de la derogación ordenada por ley 20509, gracias a la 21338, para finalmente ser sustituido por ley 23077, art. 1°, que restituyó al artículo su redacción primitiva según leyes 11179 y11221, es decir, el C.P. de 1921, con la siguiente redacción:

1°) Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancia hicieren excusable: b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2°) Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiese el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a del inc. 1° de este artículo.

La versión hoy vigente adolece, pues, de las imperfecciones que el A. señala en el texto – y a la que el tuvo por superadas- en materia de penalidad (§ 80, IX). Abarca como sujetos activos, además de la madre que da muerte al hijo recién nacido para ocultar su deshonra, a los parientes taxativamente indicados que cometieren el mismo delito en las circunstancias previstas en la letra a) del inc. 1°, es decir, en estado de emoción violenta que las circunstancia hicieren excusable.

Se ha suprimido la agravante que remitía a los casos previstos por los artículos 80, inc. 1° y 80 bis- hoy derogado-, trasladándose la hipótesis del primero (parricidio) al actual art. 82, que dice así: Cuando en el caso del inc. 1° del art. 80 concurriesen alguna de las circunstancias del inc. 1° del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años. Texto original del Código de 1921.

Cabe añadir que la escala penal aplicable a los casos previstos por el inc. 1° del art. 81 se incrementa en un tercio cuando los hechos han sido cometidos con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo en estadios de concurrencia pública o inmediatamente antes o después de él (ley 23184, art. 1° y2°). Por razones obvias, la agravante carece de aplicación al inc. 2°

(infanticidio). Esta ley 23184 fue modificada por la ley 24192 y luego por la ley 26358. (22) de 18 de marzo de 2008

Para esta parte sobre la normativa debe tenerse en cuenta también los tratados sobre Derechos Humanos 23. La Reforma constitucional de 1994 introdujo en su artículo 75 inc. 22 una serie de once tratados internacionales sobre derechos humanos a los cuales se le otorgó jerarquía constitucional. Entre ellos se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 2 prevé la obligación de los Estados Partes de adoptar, de conformidad con sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrado en su texto. Además, conforme el art. 2 de la convención, de la cual nuestro país es parte desde el 5 de septiembre de 1984, los Estados Parte deben adaptar su derecho interno de manera que no se vea vulnerado lo garantizado por ella. He aquí el problema planteado en el caso Kimel 23: la ley nacional que regulaba el desacato y los delitos de difamación criminal, como son las calumnias e injurias, era doblemente violatoria de un tratado internacional del cual nuestro país es parte.

Por supuesto se debe tener en cuenta en primer término, como cimiento, los principios constitucionales como el principio de legalidad del artículo 19 de la Constitución Nacional. Es que los ciudadanos no solo deben saber qué es lo que está prohibido –nullum crimen sine lege- sino también qué no puede prohibirse –nullum crimen sine culpa-, puesto que ambas posibilidades de conocimiento permiten determinar cuál es el ámbito efectivo de libertad en la que pueden actuar socialmente.

El principio de legalidad constituye una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del

22 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/138847/norma.htm

23 http://www.corteidh.or.cr/

Estado, determinando que por elevado que sea el daño social que se atribuya a una conducta, no puede el Estado imponer una sanción penal sino cuando expresamente así lo haya dispuesto una ley.De este principio deriva entonces que todo hecho para ser calificado como delito, debe estar definido como tal en una ley formal, que haya entrado en vigencia con anterioridad a la ocurrencia de ese supuesto fáctico.

Asimismo, de dicha garantía constitucional se desprende, conforme ROXIN, cuatro consecuencias que se erigen como prohibiciones, dirigidas tanto al legislador como al juzgador, siendo ellas, a modo de enunciación:

- La prohibición de analogía (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta).

- La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (nullum crimen, nulla pen sine lege stricta).

- La prohibición de la retroactividad (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia).

- La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (nullum crimen, nulla poena sine lege certa). 24

VIII-Jurisprudencia 25

Los fallos jurisprudenciales han seguido estos criterios dados;

Se ha dicho: la ley atenúa el homicidio porque el sujeto activo no ha tenido al momento del hecho el pleno dominio de sus acciones. Pero "…la figura privilegiada del artículo 1, inc. 1°, del Código Penal no fue acuñada para premiar a los violentos, hipermotivos y pasionales…"122

24http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170308_03.pdf

25 Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal parte especial, tomo I. Pag. 59 y siguiente

porque impone, además, que la conducta homicida sea excusable 123.

Para que el estallido emotivo determinante del homicidio resulte excusado por el derecho penal, es preciso:

a) Que el estado emocional resulte explicado no ya por la misma conmoción anímica, sino por las circunstancias que envuelven a esa conmoción;
b) Que la afrenta provocadora represente una injusticia de no escaso relieve, idónea para producir sin más una reacción de magnitud;
c) Que, como consecuencia del agravio injusto y provocado, el homicida se encuentre impelido por una causa que tenga para él cierto aspecto de justicia, aunque por exceso de ira haya pasado los límites debido, y
d) Que la fuerza impulsora del homicidio sea extraña al autor, o sea, que su génesis sea ajena al emocionado mismo 124.

La figura calificada del delito previsto en el artículo 81. Inc. 1° del Código Penal se distingue del delito doloso por dos elementos normativos propios: uno psicológico, el estado de emoción violenta, y el otro valorativo constituido por las circunstancias que la hicieran excusable 125.

Supone alguna “relación de proporción” entre la causa desencadenante y la reacción emocional, no pudiendo aceptarse como hechos que expliquen la reacción, en los casos de provocación, aquellas actitudes que no encierran cierta forma de injusticia de parte del provocador 126.

Cuando una emoción es violenta no debe necesariamente dañar la memoria. El recuerdo de lo sucedido no es excluyente de la emoción violenta, pudiendo, en caso de una amnesia afectiva, ser incluido en un estado de inconciencia 127.

Lo atinente a la existencia o inexistencia de emoción violenta es una cuestión de derecho común ajena al recurso extraordinario 128.

Se ha encuadrado en la figura del artículo 81, inc. 1° a quien mató al amante de su esposa, habiendo recibido humillaciones de parte de la víctima y de su propia esposa, quienes andaban juntos sin siquiera tratar de disimular su relación, y constantes provocaciones y amenazas frente a su domicilio, lo que provocó ser desbordado emocionalmente y reaccionar en forma callada y violenta, volviendo recién a la realidad cuando el policía, arma en mano, "le ordena que se detenga y allí es cuando manifiesta "usted no sabe quién es ese tipo, es un delincuente del barrio, me arruinó la vida" 129, o si el procesado al herir mortalmente al amante de su compañera, había perdido el pleno dominio de su capacidad reflexiva, encontrándose disminuido sus frenos inhibitorio 130, se ha excusado la conducta de la mujer que mató al hombre con el que aspiraba a casarse, quien en momentos de intimidad sexual le exigió actos sexuales aberrantes y ante su negativa le pegó, insultó y descalificó como mujer, dando por terminada la vinculación y, posteriormente, la relegó al asiento trasero del automóvil durante el regreso, en cuyo transcurso continuó, entre risas e ironías, tratándola de mujer inservible para él y todo hombre 131, o si el procesado encontró a su mujer en brazos de otro hombre y al pedir explicaciones, recibe insultos y provocaciones de parte de éste, a quien da muerte, no obstante el hecho de que el procesado desconfiara de su esposa y la vigilara 133.

Se ha rechazado la atenuante "…si la acusada no bien ocurrido el hecho tomó un geniol en la cocina y luego dirigiéndose al cuarto de su hijita la despertó diciéndole "maté a tu padre" , para acto seguido acostarse en la cama con su hija, y fumando un cigarrillo, esperó hasta que aclarara para sacar el cadáver; si ella misma refiere que no hizo el hueco en forma inmediata porque no había luz, y si la usaba la iban a ver los vecinos, señalando –asimismo- que cuando aclaró alrededor de las 5:00 cavó el pozo, sacó el cadáver, lo envolvió en una frazada y lo arrojó en su interior junto con ropa de cama; si horas más tarde de la ejecución del hecho,

ante la pregunta que le formulara su suegro respecto al paradero de su hijo, silenció el suceso respondiendo que éste había abandonado el hogar, y si la hija de la acusada expresó que en circunstancia en que su madre le contara el hecho no la notó si estaba nerviosa…"134, o si"…la incitación que el occiso (homosexual) efectuó al procesado no estaba revestida de aptitud suficiente para generar una reacción cruel y brutal por parte del acusado. Ello en virtud de que es inaceptable la sorpresa que alega, puesto que conocía las tendencias del damnificado…"135, o cuando se actúa con "ánimo frío y en forma deliberada"136, o cuando el autor revela premeditación (fue al encuentro de la víctima portando un arma)137.

Jurisprudencia citada por Edgardo Alberto Donna:

122 SCJ de Buenos Aires, 14-10-82; "Cheres, Héctor D.", D. J. B. A. 124-2; ídem, 7-9-82, "Juárez, Osear F.", D. J. B. A. 123-433. En igual sentido, al no ser excusable el estado de emoción violenta por el carácter irascible del homicida, Cám. Pen. de Morón, 8-11-87, "Vite, Alberto A.", L. L. 1990-B-629, Jurisp. Agrup., caso 7053.

123 SCJ de Buenos Aires, 21-9-82, "Quaresma, José G.", D. J. B. A. 123-450.

124 Cám. Acus. de Córdoba, 12-12-84, "Lucero, Salvador B.", L. L. Córdoba 985-625.

125 SCJ de Buenos Aires, 22-9-81, "Infrien, Pedro D.", D. J. B. A. 121-289.

126 Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, 26-6-79, "Fernández, Agustín J.", L. L. 1980-A-446, BCNCyC 979-VI-67, sum. 2223, J. A. 1980-1-412.

127 SCJ de Buenos Aires, 25-9-90, "Sandoval, Ramón D.", P. 34.568, L. L. 1991-A-344.

128 CSJN, 18-10-83, "Aladro, Domingo", L. L. 1984-D-698, Sec. Jurisp. Agrup., caso 5334.

129 Cám. Acus. de Córdoba, 13-5-88, "B., H. C", L. L. Córdoba 1989-60.

130 Cám. Acus. de Córdoba, 28-9-89, "Merlo, Luis E.", L. L. Córdoba 1990-981.

131 Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 11-8-72, E. D. 46-352.

132 Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 29-8-72, E. D. 45-216.

133 Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 27-10-67, E. D. 22-411.

134 Cám. Crim. 5a de Córdoba, 15-9-78, "Nanni de Reyes, Lujan A.", B. J. C. XXII-823.

135 Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, 1-4-80, "Montes, R.", BCNCyC 980-VI-109.

136 SCJ de Buenos Aires, 28-12-90, "Domingo de Armoa, María E.", D. J. B. A. 141-3969 (del voto del Dr. Rodríguez Villar).

137 Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VII, 16-8-87, "Arizzi, Raúl E.", L. L. 1990-B-630, Jurisp. Agrup., caso 7056 (del voto del Dr. Ouvifta).

Para los motivos éticos (Ereglia, Arias citando a Ramos) 26: la naturaleza de los hechos no puede circunscribirse a causas éticas u honorables. Sin embargo, algunos tribunales han seguido el criterio opuesto, negando Excusabilidad a la emoción violenta nacida de

26 Breglia Arias, Código Penal Comentado, anotado y concordado, 3° edición pág. 274.

motivaciones que no consideraron éticas “pasiones humanas espurias, como las relaciones homosexuales”). 27 (citado por Breglia Arias en pág. 274)

27 CNCrimCorr, Sala de Cámara, 26/8/75, citado por Rubianes, El Código Penal, t. V, p. 160, n° 81, c. Las motivaciones éticas son tenidas en cuenta a veces para determinar la existencia de la emoción violenta. Se ha llegado a descartar al concubinato como base de reacción del integrante de la pareja engañada por el otro “porque no puede exigir fidelidad quien no se la ha impuesto asumiendo los deberes del vínculo legal”. Núñez, Derecho Penal, t. II, p. 96, nota 264, critica acerbamente este fallo, tildándolo de reaccionario.

IX- Conclusión

Este trabajo a tratado sobre un tema de actualidad e importancia en nuestra sociedad dado los altos niveles de violencia que experimentamos. Se ha demostrado como el derecho penal se torna en una herramienta necesaria para situaciones que vemos y escuchamos diariamente en nuestro país.

El ser humano tiene sus sentimientos, pero cuando una persona sufre una carga afectiva de gran magnitud y no puede controlar sus impulsos, estos pueden desencadenar en acciones involuntarias y hechos irreparables. Es aquí donde entra el derecho penal para regular la pena en delitos cometidos bajo este tipo de emociones que afectan la conciencia del ser humano, ya que el estado psíquico de una persona es el motor por el cual una persona puede perder los frenos inhibitorios y ocasionar hechos no queridos. Los jueces deben tomar en cuenta. caso a caso las circunstancias temporales y espaciales en la que se produce un delito y si existe alguna forma en que haya actuado el sujeto que genere una excusa en su comportamiento.

Es necesario aclarar que el resultado del análisis de este trabajo conlleva a concluir que el obrar en estado de emoción violenta no es una causal de inimputabilidad porque, aunque el sujeto se encuentre atravesando por un trastorno mental éste es transitorio y no permanente, porque el sujeto puede comprender la criminalidad del acto luego que ha terminado el hecho mas no mientras ocurre el mismo.

La emoción violenta produce una disminución en la capacidad de comprenderé y/o el poder dirigir las acciones. No solo debe tenerse en cuenta la emoción misma, sino también las circunstancias que hicieron que la conducta ilícita realizada sea excusable. La emoción es parte del área afectiva de cada persona. La emoción se manifiesta en cada persona de manera diferente, y por lo mismo no puede generalizarse en todos los casos la forma por el cual se va a presentar. Las formas por la cual se presenta la emoción son a través del miedo que en su máxima fase es el terror, la ira que en mayor grado es la furia y dentro del amor, los celos, que cuando la carga afectiva es alta se conoce como erotomanía.

Todas estas manifestaciones por las cuales el ser humano puede presentar la emoción son circunstancias que benefician al sujeto activo, ya que dependiendo de la magnitud y la carga afectiva que impacte en el mismo, harán que reaccione de manera inesperada frente a un estímulo externo y que no pueda contener sus frenos inhibitorios. La emoción violenta es por tanto cuando una persona en reacción a un estímulo externo le hace cometer un crimen.

En el delito de homicidio, la emoción violenta se convierte en un atenuante de la pena en situaciones extraordinarias como lo explica la siguiente sentencia

La injustificada ofuscación vivida por el autor del homicidio en el momento del hecho pergeñada al calor de sentimiento de ira, odio o desazón, está lejos de configurar los extremos que integran la emoción violenta. Y los impulsivos, los irritables o los violentos, no se encuentran amparados por la atenuación del homicidio por emoción violenta.

De esta manera una vez que se compruebe el estado emocional, los jueces analizan las circunstancias que rodearon al hecho, y si las circunstancias le hacen excusable dentro de su comportamiento (la reacción ilícita). Es así que la emoción violenta constituye un estado de ánimo que no excusa al sujeto activo de ser responsable penalmente del delito, sino que su pena será atenuada si las circunstancias le fueran excusables.

Para que una persona pierda la cordura, es decir, que no pueda entender de manera clara su comportamiento en ese momento, o peor aún controlarlo, es porque existió una causa, un factor externo que provocó que se alteren los sentimientos del sujeto activo y los convierta en emociones. Las emociones provocadas por el estímulo externo harán que la persona sea impulsada a cometer un delito. Una de las causas que estimulan al ser humano a obrar sin plena capacidad de querer y entender es la provocación, que se genera de un estímulo externo. La provocación propia puede tratarse de ofensas, insultos y hasta golpes contra su persona. Se llega a establecer tres estados de alteración anímica donde las causas que impulsan a que una persona cometa homicidio, estas son: la provocación, amenaza o injurias y agresiones físicas. Todas estas acciones deben ser realizadas por un tercero, es decir que no pudo ser provocado ni buscado por el sujeto activo. Finalmente, el justo dolor que ocasiona por el amor, la erotomanía que tiene una persona con otra, este amor puede ser de pareja (cónyuge) o familiares (ascendiente, descendiente). Todo esto da como desencadenante que la emoción violenta causada por la ofensa de la víctima a los sentimientos del sujeto activo lo lleve a cometer una acción homicida bajo las circunstancias y requisitos analizado en este trabajo.

En este trabajo queda demostrado que el tema del homicidio emocional el Código Penal Argentino es una buena ley. Por supuesto que los cambios en la costumbre sociales, los cambios culturales, el problema de la globalización que puede llevar a crear nuevos Tratados Internacionales principalmente sobre Derechos Humanos, y se tengan que modificar algunos

conceptos como vida o muerte esto teniendo en cuenta también los avances tecnológicos y sobre el tema de la bioética. Y por supuesto estar atento a las nuevas leyes que van surgiendo en esta época de inflación legislativa.

X Bibliografía

Textos

1 Ricardo Núñez, manual de derecho penal especial, 2°edición actualizada, 1999, página 27, citado por Andrés José D'Alessio, Código comentado y anotado página 25

2 Carlos Creus- Derecho penal especial, tomo I 6° edición actualizada, 1° reimpresión 1998 editorial Astrea

3 Edgardo Albero Donna, Derecho Penal, parte especial tomo I, pág. 17

4 Citado por Donna en página 17 nota 7

5 Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo III, 10° reimpresión total, pág. 12

6 Jorge Eduardo Buompadre, manual de Derecho Penal, 2012, parte especial, pág. 20/25

10 Carlos Creus, Derecho Penal parte especial, tomo I, pág. 37

11 Ricardo Núñez, manual Derecho Penal, parte especial 2° edición 1999 en nota 71- página 45

12 Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, parte especial, decimoséptima edición 2008- pág. 56, Ed. Perrot

13 Carlos Creus pág.41

14 Carlos Creus pág. 41

15 Carlos Fontán Balestra, parte especial, decimoséptima edición, 2008

20 Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino Especial. Tomo III 10° reimpresión total: 1992, § 80, página 49 y siguiente en las notas.

21 Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino Especial. Tomo III 10° reimpresión total: 1992, § 80, página 49 y siguientes.

25 Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal parte especial, tomo I. Pág. 59 y siguiente

26 Breglia Arias, Código Penal Comentado, anotado y concordado, 3° edición pág. 274

Material recuperado de sitios de Internet:

. 16 https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26358-138847/texto

17 Stella Maris Tato- https://docplayer.es/13118720-Homicidio-emocion-violenta.html

18 Pilar Aguilar Malpartida, Abogada (Pontificia Universidad Católica del Perú) Psicoterapeuta de Orientación Psicoanalítica (Escuela de Psicoterapia Psicoanalítica de Lima), Blog de Beatriz Garrido, citada por Stella Maris Tato 17 Stella Maris Tato- https://docplayer.es/13118720-Homicidio-emocion-violenta.html

22 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/138847/norma.htm

23 http://www.corteidh.or.cr/

24http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170308_03.pdf

Jurisprudencia:

Jurisprudencia citada por Edgardo Alberto Donna:

122 SCJ de Buenos Aires, 14-10-82; "Cheres, Héctor D.", D. J. B. A. 124-2;

ídem, 7-9-82, "Juárez, Osear F.", D. J. B. A. 123-433. En igual sentido, al no ser excusable el estado de emoción violenta por el carácter irascible del homicida, Cám. Pen. de Morón, 8-11-87, "Vite, Alberto A.", L. L. 1990-B-629, Jurisp. Agrup., caso 7053.

123 SCJ de Buenos Aires, 21-9-82, "Quaresma, José G.", D. J. B. A. 123-450.

124 Cám. Acus. de Córdoba, 12-12-84, "Lucero, Salvador B.", L. L. Córdoba 985-625.

125 SCJ de Buenos Aires, 22-9-81, "Infrien, Pedro D.", D. J. B. A. 121-289.

126 Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, 26-6-79, "Fernández, Agustín J.", L. L. 1980-A-446, BCNCyC 979-VI-67, sum. 2223, J. A. 1980-1-412.

127 SCJ de Buenos Aires, 25-9-90, "Sandoval, Ramón D.", P. 34.568, L. L. 1991-A-344.

128 CSJN, 18-10-83, "Aladro, Domingo", L. L. 1984-D-698, Sec. Jurisp. Agrup., caso 5334.

129 Cám. Acus. de Córdoba, 13-5-88, "B., H. C", L. L. Córdoba 1989-60.

130 Cám. Acus. de Córdoba, 28-9-89, "Merlo, Luis E.", L. L. Córdoba 1990-981.

131 Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 11-8-72, E. D. 46-352.

132 Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 29-8-72, E. D. 45-216.

133 Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 27-10-67, E. D. 22-411.

134 Cám. Crim. 5a de Córdoba, 15-9-78, "Nanni de Reyes, Lujan A.", B. J. C.

XXII-823.

135 Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, 1-4-80, "Montes, R.", BCNCyC 980-VI-109.

136 SCJ de Buenos Aires, 28-12-90, "Domingo de Armoa, María E.", D. J. B.

A. 141-3969 (del voto del Dr. Rodríguez Villar).

137 Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VII, 16-8-87, "Arizzi, Raúl E.", L. L. 1990-B-630,

Jurisp. Agrup., caso 7056 (del voto del Dr. Ouvifta).

Jurisprudencia citado por Breglia Arias, Código Penal Comentado, anotado y concordado, 3° edición pág. 274 :

27 CNCrimCorr, Sala de Cámara, 26/8/75, citado por Rubianes, El Código Penal, t. V, p. 160, n° 81, c. Las motivaciones éticas son tenidas en cuenta a veces para determinar la existencia de la emoción violenta. Se ha llegado a descartar al concubinato como base de reacción del integrante de la pareja engañada por el otro “porque no puede exigir fidelidad quien no se la ha impuesto asumiendo los deberes del vínculo legal”. Núñez, Derecho Penal, t. II, p. 96, nota 264, critica acerbamente este fallo, tildándolo de reaccionario.

ÍNDICE

	Página
Presentación	1
I-Introducción	2
II-HOMICIDIO EMOCIONAL	2
1)- Tipicidad	2
2)-Aclaraciones previas	2
3)-El bien jurídico protegido	3

4)-Estado de emoción violenta 9

5)- Violencia en la emoción 9

6)- Excusabilidad de la emoción 10

7)--Excusabilidad subjetiva de la emoción 12

8)- Actualidad de la emoción 13

9)-Error sobre las circunstancias de las emociones 14

III- Penalidad 15

IV-Evolución histórica 16

V- Evolución histórica legislativa en Argentina 19

1)- Período hispánico 19

2)- Revolución de mayo 19

VI- Antecedentes 21

VII- Marco normativo 25

VIII-Jurisprudencia 30

IX- Conclusión 35

X Bibliografía 38

[1]

[1]