

**R. 730. XLVI.RECURSO DE HECHO – “Rosas, Romina Mariela y otros s/ p.ss.aa. homicidio calificado” – CSJN – 20/08/2014**

Buenos Aires, 20 de Agosto de 2014.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Romina Mariela Rosas en la causa Rosas, Romina Mariela y otros s/ p.ss.aa. homicidio calificado", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que, dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese.

Fdo.: RICARDO LUIS LORENZETTI – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – CARLOS S. FAYT – ENRIQUE S. PETRACCHI – JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia) – E. RAÚL ZAFFARONI (en disidencia)

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que a los fines de poder analizar adecuadamente el recurso interpuesto y los agravios planteados, se requiere a la Secretaría solicite la remisión a esta Corte, de los autos principales.

Fdo.: JUAN CARLOS MAQUEDA

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que el recurso extraordinario -cuya denegación motiva esta queja- se dirige contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que rechazó el recurso de casación deducido por la defensa de Romina Mariela Rosas contra la sentencia que la había condenado a la pena de prisión perpetua por considerarla coautora penalmente responsable -por comisión por omisión- del delito de homicidio calificado por el vínculo (arts. 45 y 80, inciso 1º, del Código Penal) en perjuicio de su hijo de tres años de edad.

2º) Que el a quo sostuvo que "para considerar acreditada con certeza la existencia del hecho reprochado a los encartados (...) el Tribunal de mérito asentó su fundamentación en la ponderación conjunta de la prueba recabada, en base a la cual extrajo una serie de conclusiones provisionales que, vinculadas entre sí, no dejan dudas en relación con los extremos incriminatorios de los encartados, del modo que se expondrá a continuación:

Las características, distribución y gravedad de los golpes recibidos por el menor, que no se condicen con un accidente doméstico y sólo se explican como resultante de una golpiza propinada intencionalmente (...) La imposibilidad de que quien golpeó al niño de ese

modo, ignorara la concreta aptitud letal de su conducta (...) Los golpes fueron propinados mientras el niño se encontraba en la vivienda del imputado Vega, en circunstancias en que estaban allí únicamente éste y la prevenida Rosas (...) Es posible sostener con certeza que de los integrantes de la pareja, al menos el prevenido Vega intervino activamente ejecutando materialmente los golpes sufridos por el niño. Y aunque no puede afirmarse lo mismo con igual grado de convicción en relación con la imputada Rosas sí es válido extraer certeramente su comportamiento omisivo en relación con dicho resultado lesivo. Esto es, que pese a haber sabido lo que ocurría y poder intervenir impidiendo, anulando o morigerando el accionar de Vega, ni hizo nada, siquiera verbalmente o propinándole después oportuno auxilio médico".

En este último aspecto, señaló que el tribunal de mérito también tuvo en cuenta "la falta de crédito que ofrece la posición exculpatoria de la prevenida Rosas, manifestando que se encontraba dormida y con la música alta, lo cual le habría impedido advertir lo acontecido y auxiliar a su hijo ante los golpes propinados y las lesiones causadas por los mismos por Vega (...). A su vez, ha destacado el sentenciante que se desprende asimismo de la prueba analizada, que en la oportunidad en que Vega golpeó al niño, la encartada Rosas no se encontraba dormida, como pretende alegar en su declaración indagatoria, sino despierta y por ende, consciente de lo que ocurría -de lo que por esa razón intenta desvincularse alegando encontrarse dormida-. Y que no obstante ello, no intervino mínimamente frente a la agresión de su hijo (...). Expresa que, siendo ello así, no cabe dudas que la acusada no auxilió al niño para preservarlo del accionar violento de su progenitor pese a contar con posibilidades concretas para hacerlo".

Por lo expuesto, el a quo concluyó que si bien el fallo atacado "excluyó a la prevenida Rosas de haber intervenido materialmente en la golpiza debido a los claros indicios de que esa conducta fue desplegada por el encartado Vega (... ) ello en modo alguno excluye su responsabilidad omisiva como madre del niño golpeado, en los términos a los que se ha hecho referencia precedentemente".

3º) Que en el recurso extraordinario el defensor de Rosas cuestionó, entre otros agravios, la participación que se le atribuyó a su asistida en el hecho de otro a título de comisión por omisión. Si bien el recurrente formuló este agravio como un supuesto de arbitrariedad fáctica, también señaló que –en ese aspecto- la condena se apoyó en una interpretación de la ley penal violatoria del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional).

4º) Que, en tales condiciones, el recurso extraordinario resulta procedente en cuanto se ha invocado que la interpretación dada a la ley común por el tribunal superior de la causa conculca el reconocimiento de un principio constitucional y la sentencia ha sido contraria al interés del recurrente (art. 14, inciso 3º, de la ley 48).

5º) Que, en efecto, la sentencia apelada responde al criterio de que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, y que el juez los debe completar individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos. Por ende, los tipos impropios de omisión no escritos serían tipos abiertos, al igual que los tipos culposos. Partiendo de estas premisas y observando que en los tipos escritos la posición de garante (el círculo de posibles autores) está definido en la ley, pues todos son delicta propria, se hace necesario delimitarla en los que se consideran tipos omisivos impropios no escritos. Para ello se apela a criterios generales, que han sido introducidos legislativamente en los códigos más recientes a partir del art. 13 del código alemán, que

sirvió de modelo a los restantes (art. 2 del código austríaco, art. 11 del español, art. 10 del portugués, art. 13 -segundo párrafo- del brasileño, etc.)

6°) Que en esta corriente legislativa -de la que hace excepción el código francés de 1994- además de criterios generales para sustituir las faltantes definiciones de posición de garante, suele establecerse una equivalencia de la omisión con la acción, con lo cual por un lado se crea una cláusula de equivalencia, pero por otro se introduce también una cláusula de correspondencia, que implica un correctivo a la posición de garante, para los casos en que, pese a ella, la conducta no alcance un contenido de injusto (desvalor) correspondiente al de la tipicidad activa. Aunque en el código argentino no existe ninguna de estas cláusulas, en general la doctrina ha sostenido una construcción análoga, fundada en la supuesta necesidad derivada de considerar inadmisibles o escandalosas la imaginada impunidad de los impropios delitos de omisión no escritos.

7°) Que ya en el derecho anterior al Iluminismo se afirmaba que *qui peut et n'empeche, peche* (quien puede y no impide, peca). Así, la glosa sostenía que quien no evita el crimen, estando obligado a ello por su estado y teniendo el poder de hacerlo, como los padres, maestros, magistrados y maridos, eran responsables, y ya incorporaban la regla de la correspondencia, considerando que siempre la pena debía ser menor, conforme a la máxima *gravior semper reputatur culpa in committendo quam in omittendo*. Este principio fue adoptado por el código fascista de 1930 (art. 40), en el que se consagró que no impedir un resultado que se tenía el deber de evitar equivale a causarlo, para lo que se apeló a la causalidad jurídica y se eliminó la atenuante de los posglosadores. Con posterioridad se apeló a la posición de garante para limitar la extensión del deber jurídico a toda la antijuridicidad. Finalmente, algunos códigos introdujeron la posibilidad de atenuar las penas en función de un menor contenido de injusto, pese a la posición de garante, es decir, volvieron a la norma de los posglosadores. Esta dinámica muestra que los tipos de los impropios delitos de omisión no escritos se originaron en una teoría preiluminista a la que se procura poner límites, porque a nadie le pasa por alto la lesión a la legalidad que importa y que no se salva con cláusulas generales: nunca la legislación penal autoritaria consagró la analogía libremente, sino conforme a pautas que señalaba el propio legislador.

8°) Que pese a todos los esfuerzos de la doctrina contemporánea por justificarlos, es innegable que estos códigos por lo menos están violando la exigencia de estricta legalidad.

No en vano y desde antiguo se ha criticado la pretensión de que existen tipos omisivos no escritos, con el escaso argumento de que agotan el contenido prohibitivo de los tipos activos, expresión que encierra una pretensión de completividad incompatible con el carácter fragmentario de la ilicitud penal. No hay una diferencia sustancial entre el casi desaparecido crimen *culpa*, que pretendía construir un tipo culposo junto a cada tipo doloso, con los pretendidos tipos omisivos no escritos que operarían como falsete de los tipos escritos. Ambos aspiran también a una legislación penal sin lagunas en la que nada pueda escapar al poder punitivo.

9°) Que habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos.

Los argumentos que se basan en supuestas dificultades de técnica legislativa no tienen más sentido que los que se oponían al *numerus clausus* en los países que consagraban el crimen *culpa*. La objeción fundada en que llevaría al código a una extensión desmesurada es

insostenible en medio de un proceso de banalización irresponsable de la ley penal. En síntesis la vía franca a la construcción analógica de tipos penales en esta materia no tiene otra explicación que una pretendida etización que retrocede en varios siglos, a la confusión entre moral y derecho: qui peccat et non delinquit, peccat, pero no delinque, salvo que un tipo penal debidamente escrito lo establezca. Es inadmisibles que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber emergente de otras leyes, como puede ser la civil: el incumplimiento de un contrato no es materia del código penal, sino que constituye un injusto civil y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia de un tipo escrito; igualmente, la violación a un deber impuesto por el derecho de familia tiene sus sanciones reguladas en ese mismo derecho y, en ausencia de tipo legal, no es admisible la construcción judicial de un tipo para imponer una pena, cuando lo único legal sea un divorcio por injuria o la exclusión hereditaria, con su consecuente efecto patrimonial.

10) Que en la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía in malam partem. Por ende, conforme a toda la tradición legislativa, no hay referencia alguna a la omisión que permita inferir la posibilidad de construir analógicamente estos tipos judiciales. En la parte especial, existen numerosos tipos de impropios delitos de omisión, paralelos a los tipos activos correspondientes y con su círculo de autores delimitado (en posición de garante). Los ejemplos que usualmente se esgrimen para argumentar la necesidad de construir analógicamente los tipos, apelan a una supuesta injusticia notoria a que llevaría la posición correcta desde la perspectiva constitucional. El más clásico ejemplo, siempre recurrido, es el de la madre que deja de alimentar al niño para que muera. Esta afirmación es dudosa incluso en los textos que contienen la cláusula de equivalencia, cuando en función de la correspondiente cláusula de correspondencia, se reconoce que dejar morir tiene un contenido injusto menor que matar, lo que, por otra parte, no solo responde a un valor social innegable, sino que desde el punto de vista jurídico, no puede asignarse igual desvalor al que pone en funcionamiento una causalidad dirigida a producir el resultado, que a quien solo se limita a no interrumpirla. En consecuencia, tanto desde la intuición del público como desde la valoración jurídica, no puede afirmarse que es exactamente lo mismo dejar morir que ahogar a la criatura. En la ley vigente, el caso encuadra en el tipo del art. 106 Código Penal, calificado por el parentesco conforme al art. 107. Esto significa que el delito está conminado con pena máxima de veinte años, según la reforma de la ley 24.410. Dada la escala penal prevista, la pena prácticamente sería idéntica en los códigos que establecen la cláusula de equivalencia con el correctivo de correspondencia, con la ventaja de que en el texto argentino no se viola la legalidad.

11) Que en cuanto a los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, también en el código existen disposiciones expresas en forma de tipos de impropios delitos de omisión escritos: se sanciona a los que continuaren en funciones en caso de usurpación del poder (art. 227 bis) y a los que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance (art. 235, 2º párrafo). En los delitos contra la administración, igualmente se prevé la omisión de un acto propio del oficio (art. 249), la de las acciones debidamente ordenadas por una autoridad (art. 239), y la de prestación de un auxilio debido a la autoridad civil competente (art. 250). En cuanto a la tortura, se pena al funcionario que omitiese evitarla (art. 144, quater).

12) Que esto prueba que, al menos en los delitos que afectan a alguno de los dos bienes jurídicos de cuya existencia depende la de los restantes bienes jurídicos, esto es, de la vida de las personas y del estado, no se presentan lagunas pretendidamente escandalosas, pues éstas se evitan con la mera aplicación de los tipos escritos. Respecto de esta aplicación, cabe preguntarse si la difícil construcción teórica acerca de la posición de garante resulta irrelevante cuando ésta está legislada y solo se relevan los tipos omisivos escritos. Es claro que la teoría pierde gran parte de su significado, toda vez que ya no está incumbida en la inadmisibles tarea de poner coto a la analogía constructiva de tipos. No obstante, ese esfuerzo doctrinario conserva valor para el análisis de los límites de las posiciones de garante legisladas, como materia propia de la parte especial, función que en ningún momento debe subestimarse. En cuanto a las pretendidas situaciones escandalosas de impunidad, además de que no existen, es necesario subrayar que incluso si se presentasen, se tratarían de omisiones del legislador que los jueces no están autorizados a colmar por vía de la analogía, y que no sería difícil resolver legislativamente. La omisión legislativa no autoriza la violación de la Constitución por parte de los jueces y, menos aun, la instigación a ello por parte de la doctrina.

13) Que en virtud de lo expuesto, cabe concluir que resulta constitucionalmente inadmisibles -por incurrir en una analogía violatoria del principio de legalidad- una imputación por homicidio (que es un tipo activo doloso) basada en una omisión, toda vez que ni siquiera existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo (conf. Fallos: 330: 4945 -"Antognazza"-, disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, considerando 8°).

14) Que, por último y a mayor abundamiento, cabe observar que la presente sentencia ofrece otro aspecto vulnerable, aun admitiendo ad demonstrationem la posibilidad de construcción analógica del tipo penal omisivo impropio. En la tipicidad omisiva siempre la doctrina planteó serias discusiones acerca de la construcción del dolo, que son más agudas cuando la tipicidad se elabora por vía analógica. Dado que se consideró que no había causalidad en el material del mundo sometido a estos tipos, se ha hablado incluso de un quasi dolo en lugar de un dolo propiamente dicho, que se contentaría con el mero conocimiento del proceso causal. El concepto de dolo se ha oscurecido más en la doctrina a partir de un renacimiento de la teoría del conocimiento, que parece acercarse peligrosamente a la vieja y archivada presunción de dolo, suprimida en nuestra ley desde 1921. Retomando un concepto más clásico y difundido de dolo como voluntad realizadora de los elementos del mundo requeridos por el tipo objetivo, cabe entender que no basta que el omitente conozca la causalidad que se está desplegando en la realidad, sino que precisamente no quiera interferirla con el objeto de que sobrevenga el resultado. En el caso presente este objetivo no está probado a juzgar por las constancias de la causa, pues no parece haber habido ni un concierto ni una voluntad coincidente con el agente activo que puso en funcionamiento la causalidad. La condena en base a un mero conocimiento importa en alguna medida un *versari in re illicita*, sin que pueda evitarse esta consecuencia por alegación de un supuesto dolo eventual, que en estos tipos resulta aun más nebuloso que en la tipicidad activa.

Por ello y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado, debiendo volver los autos al tribunal de origen para que se dicte uno nuevo con arreglo a lo expuesto. Hágase

saber

Fdo.: E. RAUL ZAFFARONI