



Amira Johanna Kihn

LEGAJO: VABG109344

DNI: 37.292.765

*TEMA: Delitos de Comisión por omisión Impropia y el
Juzgamiento con falta de Perspectiva de Género*

Nota a fallo: Juzgar con perspectiva de género

Fallo:

"CRISTO MIGUEL ANGEL S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO, CON
ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSÍA Y LESCOANO, YANINA SOLEDADS-HOMICIDIO
CALIF. POR EL VÍNCULO MEDIANDOCIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS
DE ATENUACIÓNS/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", Expte. N° 5253.

Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos.

FECHA DE ENTREGA: 02/07/23

TUTOR: ROMINA VITTAR

TEMA: JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Sumario:

1. Introducción. 2. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. 3. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia. 4. Las familias ensambladas y la figura del progenitor afín. 5. La posición de garante y la omisión impropia. 6. La inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión impropia. 7. Antecedente jurisprudencial. omisión impropia y violencia de género. 8. Juzgamiento con falta de perspectiva de género. 9. Antecedentes. 10. Postura del autor. 11. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

Para desarrollar el presente análisis me parece fundamental comenzar con los conceptos en torno a los cuales se redactará el presente trabajo y que utiliza como punto neurálgico el fallo seleccionado.

Así, en principio nos encontramos con dos figuras interdependientes entre sí, que son la de progenitor afín y la de garante -que se desarrollarán más adelante-, las cuales en este caso dieron lugar a la condena de la acusada por un delito de omisión impropia y que además, durante años fueron el centro de múltiples debates y contradicciones entre los juristas, ya que su controversial imputación surge de “la falta de escritura de los mencionados tipos y la ausencia de cláusulas expresas de conversión o de equivalencia que permitan a los operadores jurídicos realizar la debida subsunción de una conducta en un tipo específico cometido en su modalidad omisiva” (Quincose Vilalta, Andrea M. s/a).

Ahora bien, el análisis a desarrollar cuenta como premisa fundamental la cuestión de la perspectiva de género y cómo la falta de ésta lleva a la condena de una mujer, basándose -principalmente- en estereotipos que la colocan en una posición de “dar todo por el otro”. Asimismo, estos estereotipos no solo se encuentran haciendo referencia a la abnegación, sino que también se tildó a la acusada Lescano de manipuladora y mentirosa, entre otros adjetivos que dejan de lado el punto central de la condena que es ¿qué acciones pudo haber realizado en concreto para salvar la vida de la víctima, estando ella misma inmersa en la violencia que inundaba todo el seno familiar y que era ejercida por Miguel A. Cristo? En este sentido debo decir que no es nada nuevo hablar de perspectiva de género y de los estereotipos que poco a

poco, estudios de este tipo (perspectiva de género) intentan desnaturalizar, pero, si resulta por lo menos llamativo que el proceso de subsunción de los magistrados -a estas alturas- haya obviado la situación de víctima también de la acusada, focalizándose en dichos estereotipos que no hacen más que encorsetar la identidad adquirida y estructurar las relaciones interpersonales, provocando desigualdad y discriminación. Es por este motivo que estaríamos hablando de un problema de relevancia jurídica producto de los estereotipos de género que, aún a estas alturas siguen -y lamentablemente seguirán- generando desigualdades e injusticias.

Considero que el análisis de este fallo resulta relevante debido a que en el mismo se evidencia que el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Paraná, Entre Ríos, al momento de juzgar a Yanina Soledad Lescano no tuvo en cuenta la violencia de la que ella misma estaba siendo víctima; por lo que al pronunciar su condena ninguno de los argumentos y consideraciones acerca de su situación de vulnerabilidad, fueron vistos con perspectiva de género, siendo cuestionada desde una posición revictimizadora y alejada de lo que dicha perspectiva enfatiza en el ámbito judicial.

En este caso, lo que resulta fundamental tener en cuenta son las figuras de progenitor afín y de garante que fueron imputadas a Yanina S. Lescano, sin considerarla también como víctima de violencia por parte de su cónyuge. Bajo estas consideraciones podemos decir que este caso no fue juzgado desde una perspectiva de género, teniendo en cuenta que

Toda interpretación jurídica donde estén en juego derechos de las mujeres, derivados de su sola condición de tal, deben ser valorados con perspectiva de género. Ello significa que requiere del Derecho una protección especial, por la sola razón de integrar un colectivo cultural, social y económicamente discriminado (Juan, 2020, p. 75).

Es por la falta de perspectiva de género que se tuvo en aquella instancia que luego de cuatro años -y en un fallo más que controversial para la opinión pública- el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos decide absolver a la acusada.

En efecto, en el proceso no se consideró a la mujer como víctima también, sino que se la colocó casi en una condición de igualdad con el autor del homicidio, sin una efectiva valoración del contexto de violencia sufrido por parte de la misma, responsabilizándola por un “no obrar” condenándola de manera asimilable a un delito de acción. En este caso además se puede ver cómo de manera flagrante se estereotipó a Yanina S. Lescano, como una persona de

la cual, por ser mujer se esperaba que asumiera su “rol natural” de cuidadora resignada y abnegada.

En este fallo el problema jurídico que se evidencia es de relevancia, teniendo en cuenta que la interpretación judicial puede definirse como “una interpretación orientada a los hechos en el sentido de que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia del que se busca solución” (Guastini, 1999, p. 20). De esta manera podemos establecer dicho problema de relevancia vinculado con la identificación inicial de la norma aplicable al caso, debido a que en el proceso judicial llevado a cabo por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de Paraná se le adjudicaron a Yanina S. Lescano dos posiciones interdependientes de responsabilidad, frente a la vida de Nahara Cristo: la de garante y la de progenitor afín. Así, el problema principal de este fallo gira en torno a la imputación de estas figuras, las cuales admitirían la condena de Lescano por un delito de omisión impropia, siendo estos la versión omisiva de los delitos de resultado. En efecto, lo que interesa analizar en el fallo seleccionado es lo que el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos observa sobre el hecho de que las figuras de progenitor afín y, por lo tanto, de garante fueron erróneamente aplicadas al caso concreto tanto por el Tribunal de Juicios y Apelaciones como por la Cámara de Casación Penal de la provincia de Entre Ríos, ya que:

No surge clara la posición de la imputada Lescano frente a la víctima Nahara, pues se importó del derecho civil la definición de “progenitor afín, imponiéndosele así el rol de garante que la creación doctrinaria necesita, sin advertir que ese deber de garantía por antonomasia, sobre la menor, lo tenía en este caso específico su actual progenitor e imputado de autos (...) (Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 29/3/23, Cristo Miguel ángel s-homicidio calif. por el vínculo, con ensañamiento y alevosía y Lescano, Yanina Soledad-homicidio calif. por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación s/impugnación extraordinaria", expte. n° 5253, p. 16.)

Resulta importante evaluar el valor que se le dio a la imputación de las figuras mencionadas y confrontarlas con el problema de la relevancia normativa para poder inferir de esta manera si la falta de perspectiva de género llevó a que a la acusada se le adjudiquen las figuras de garante y de progenitor afín de manera arbitraria, solamente teniendo en cuenta que

por su condición de mujer está obligada a sobreponerse a cualquier peligro y situación para proteger y cuidar.

En este fallo, resultan controversiales las figuras de progenitor afín y de garante que el Tribunal de Juicios y Apelaciones adjudicó a la acusada Lescano; lo cual se realizó, sin dejar en claro lo que esto significaría o cuáles son las acciones que Lescano pudo haber llevado a cabo para proteger a la víctima Nahiara Luján Cristo, no acatando los recaudos indispensables de una imputación precisa, clara y objetiva.

2. RECONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA, HISTORIA PROCESAL Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El fallo correspondiente a la causa "Cristo Miguel Angel S- homicidio calif. por el vínculo, con ensañamiento y alevosía y Lescano, Yanina Soledad S- homicidio calif. por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación S/ impugnación extraordinaria" tiene lugar en virtud de una causa iniciada en el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Paraná, Entre Ríos por el fallecimiento de Nahiara Luján Cristo de 2 años el 7 de febrero del año 2019.

Conforme surge de la causa la menor fallece por una falla generalizada de órganos lo que se habría originado como consecuencia de los padecimientos infligidos por su padre biológico Miguel Ángel Cristo y el aporte omisivo de Yanina Soledad Lescano, pareja de Cristo desde el año 2018 y con quien convivía además de los tres hijos de la imputada. Que en esta instancia procesal se solicitó la prisión perpetua para ambos, delimitando el grado de responsabilidad de cada uno en el fallecimiento de Nahiara Cristo. Resolviéndose declarar a Miguel Ángel Cristo autor material y penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, con ensañamiento y alevosía y en consecuencia se lo condenó a la pena de prisión perpetua y accesorias legales (arts. 79, 80 inc. 1 y 2, 45 y 12 del Código Penal) y a Yanina Soledad Lescano, autora material y penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación y en consecuencia se la condenó a la pena de 16 años de prisión y accesorias legales (arts. 79, 80 inc. 1 y último párrafo, 45, 48 y 12 del Código Penal).-

Dos años después la Cámara de Casación Penal resuelve respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la imputada Lescano, donde alegan que no se ha logrado el grado de certeza necesario para quebrar el estado de inocencia del que goza la Sra. Lescano, en tanto estaba inmersa en un contexto de violencia de género, debiéndose aplicar una perspectiva de género, no pudiendo el Estado exigirle que realice "tal" conducta, porque tiene absolutamente disminuida su libertad de decisión y además advierten una acusación deficitaria que no cumple con los requisitos mínimos para resguardar tal garantía. Finalmente, concluyeron que el Tribunal omitió aplicar correctamente la perspectiva de género, acorde lo viene estableciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como así también el Superior Tribunal de Justicia; y que la condena se basó en la elaboración del tipo omisivo no escrito a partir de estructuras típicas activas, siendo esto inconstitucional, por implicar una violación al principio de legalidad estricta (art. 18 C.N.)

Por su parte, la defensa técnica del imputado Cristo afirmó que este no ha sido autor material de los graves hechos que provocaron el deceso de su hija. Sostuvo que la autora ha sido Lescano, existiendo pruebas importantes durante el curso del debate que demuestran que Lescano golpeaba a la niña y la maltrataba.

Por su parte los representantes del Ministerio Público Fiscal afirmaron que Lescano, en el contexto en el que acontecieron los hechos, se encontraba en pleno conocimiento de la situación y además tenía capacidad de acción, lo que significa que nadie le exigió que realice ningún acto heroico, sino que realizara alguna de las conductas más elementales que le eran debidas en función de su rol para salvar a la niña y evitar el resultado fatal.

Resumidamente, la Cámara de Casación Penal concluye que Lescano se encontraba, a la época de los hechos, en posición de garante en virtud de su rol como progenitor afín. Por eso solicitaron que se confirme el fallo en lo atinente a Cristo y se condene a Yanina Lescano conforme la pretensión fiscal, por considerarla autora penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el vínculo, alevosía y ensañamiento; y, en consecuencia, que se la condene a la pena de prisión perpetua (Arts. 45; 80 inc. 1 y 2 del C.P.).

La Cámara de Casación Penal resuelve rechazar el recurso interpuesto por el defensor técnico del imputado Cristo (en fecha 08/06/2020), y, en consecuencia, confirmar la sentencia condenatoria recurrida, en relación al encartado Miguel Ángel Cristo y rechazan el

recurso interpuesto por los defensores técnicos de la imputada Lescano (en fecha 09/06/2020, cfr. fs.407/413).

Finalmente, la causa es elevada al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos en virtud del Recurso de Queja interpuesto por los defensores técnicos de la encausada Yanina Soledad Lescano por denegación de la concesión de la Impugnación Extraordinaria interpuesta contra la resolución de la Cámara de Casación de fecha 14/03/2022, expresando que el órgano revisor no trató la queja concreta relativa a la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia. Cuestionaron la falta de precisión en la conducta atribuida a Yanina Lescano, expresando que nunca se le describió qué conducta debió realizar para evitar el reproche penal, dejando indeterminado el hecho imputado. Sostuvieron que en Casación tampoco se contestó este agravio, a pesar de que en estos casos es de buena práctica procesal volcar una enumeración de aquellas acciones que habrían estado al alcance del agente para evitar el resultado lesivo. Denunciaron que la Cámara de Casación tergiversa las declaraciones de la imputada y los testigos para deducir que no hubo en el caso violencia de género. Respecto a lo esgrimido por la Casación al tratar la calificación legal de la conducta de Lescano, expusieron que no se puede ser cómplice por comisión por omisión, salvo algunas excepciones y descartaron que Cristo y Lescano hubieran tenido un plan común, porque a Cristo se le imputó una conducta comisiva, y agregaron que si se ratifica que Yanina es garante, se estaría hablando de una autoría, nunca de una coautoría, complicidad o participación.". Para terminar, resaltan que, a la gravedad extrema de este hecho, se le suma una dificultad adicional, y es que a lo largo del proceso se ha invisibilizado la violencia hacia la mujer y acá es donde se advertiría que Lescano ha sido condenada por errores judiciales.

A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal, dijo, respecto a la comisión por omisión que tanto el Tribunal de Juicio como Casación ha dado razones para sostener su constitucionalidad y añadió que todos los tipos penales deben ser interpretados más allá de la literalidad del texto. Aludió a una interpretación histórica y refirió que esa Sala Penal ha sentado jurisprudencia al respecto. Adujo que la defensa se agravia diciendo que no se ha expresado la referencia normativa de donde surge la fuente de garante y refirió que, en primer lugar, la doctrina ubicó como fuente de garantías la fuente formal, aquellas que surgen de la ley, contratos, etc, pero luego el análisis doctrinario se fue desarrollando, ubicando a estas como fuentes materiales. Afirmó, que Yanina Lescano era un garante de protección -de una niña de dos años-, que no es igual a la figura de garante de custodia. En cuanto al agravio

referido a la falta de perspectiva de género de los tribunales, consideró que han dado buenas razones para descartar esta situación de violencia de género que la defensa pretende plantear como hipótesis y que esto tenga efectos exculpatórios. Indicó que el tribunal se ha despojado de todo prejuicio. Finalmente solicitó que sea desestimado el pedido de la defensa, que la sentencia sea confirmada y no se haga lugar al pedido de absolución de la defensa ni que se renueve el acto casatorio.

Por todo lo expuesto es que el Superior Tribunal de Justicia resuelve hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por la Defensa de la imputada; revocar tanto la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Casación en fecha 14/03/2022 como la emanada del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná del día 14/05/2020; y disponer la absolución de culpa y cargo de Yanina Soledad Lescano por el delito que le fuera enrostrado, ordenando su inmediata libertad.

3. IDENTIFICACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE LA RATIO DECIDENDI DE LA SENTENCIA

Fallo del 29 de marzo de 2023. Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos. Se hace lugar a la impugnación extraordinaria deducida por la Defensa de la imputada y se dispone la absolución de culpa y cargo a Yanina Soledad Lescano por el delito que le fuera enrostrado como también revocar tanto la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Casación como la emanada del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná, ordenando su inmediata libertad.

Para arribar a esta resolución el Superior Tribunal de Justicia tuvo en cuenta, entre sus argumentos, que el análisis de los antecedentes y agravios expuestos por la defensa revela que, en cuanto a las funciones asignadas al progenitor afín, éstas no afectan los derechos de los titulares de la responsabilidad parental, que son quienes conservan su rol principal. No hay desplazamiento ni sustitución de figuras y el lugar que ocupa el progenitor afín no tiene aptitud para avanzar sobre la autoridad parental. En el caso de que el padre o madre biológico se vea impedido de hacerse cargo de su hijo/a allí esta responsabilidad se trasladaría al progenitor afín, pero este último se encuentra relegado por la figura del padre biológico, ya que, siguiendo las palabras de la Dra. Úrsula C. Basset, la progenitura afín está llamada a una

duración temporal y precaria (Basset, 2015), por lo que el único garante posible y exclusivo en este caso es el padre de la menor. Así, frente al padre, en pleno ejercicio de su patria potestad, no puede coexistir otro sujeto que asuma un rol de esa naturaleza o que ostente ese estatus tan especial, ya que como establece el art. 673 del CCCN en cuanto a los Deberes del progenitor afín:

“El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.” (CCCN, art. 643).

Siendo, así de carácter subsidiario respecto de los progenitores.

Asimismo, respecto de la intención de hacer concordar los malos tratos sufridos por la niña con el periodo de convivencia con Lescano son desestimados por el Tribunal debido a que la misma no alcanzó siquiera los seis meses.

En cuanto a la comisión por omisión plantean la oscuridad respecto de dicha figura, debido a que su imputación no resulta clara, ya que una de las principales cuestiones es la aparente inexistencia del dolo o la culpa, por lo que la condena de la imputada se basaría, en este caso en el conocimiento de determinados hechos, algo que no resultaría aplicable debido a la inexistencia de la correlación entre la acción típica y su pena, violando así el principio constitucionalmente reconocido de la legalidad. En tal sentido, considera el Tribunal lo dispuesto por

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha expuesto que la descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la Sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan” (Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 29/3/23, Cristo Miguel ángel s-homicidio calif. por el vínculo, con ensañamiento y alevosía y Lescano, Yanina Soledad-homicidio calif. por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación s/impugnación extraordinaria", expte. n° 5253, p. 25)

Final y fundamentalmente, se cuestionan en todo caso la capacidad que tenía Lescano de ser garante de Nahara debido a ser víctima también de violencia por parte de su pareja y padre de Nahara. Al respecto opinan que corresponde valorar la situación de Yanina Lescano como una mujer que fue víctima de violencia casi toda su vida, llegando al punto de naturalizar dichas situaciones y presentando una actitud pasiva y de sumisión, de reproducción de estereotipos del lugar del hombre dominante, “jefe” de familia y de la mujer sumisa y obediente a sus mandatos. Así las mujeres que han sufrido violencia consideran las conductas violentas y agresivas como algo natural porque por lo general es lo único que han llegado a conocer en su vida. Respaldo estas consideraciones, el Tribunal remite a legislación referida al caso, así como protocolos y leyes, entre las que puedo destacar la

“Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, impone un deber jurídico para todos los operadores del sistema de administración de justicia vinculado con la metodología de abordaje de estos particulares delitos, abarcando los aspectos fácticos especiales que conforman cada caso concreto y atendiendo a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas” (Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 29/3/23, Cristo Miguel ángel s-homicidio calif. por el vínculo, con ensañamiento y alevosía y Lescano, Yanina Soledad-homicidio calif. por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación s/impugnación extraordinaria", expte. n° 5253, p. 23.)

De esta forma la citada ley recalca la necesidad de considerar cada caso de forma aislada teniendo en cuenta todas sus particulares circunstancias, por lo que la omisión de examinar el caso a la luz de las normas que lo regulan condujo a la falta de perspectiva de género y a la errónea imputación y condena de Lescano.

4. *LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS Y LA FIGURA DEL PROGENITOR*

AFÍN

Esta figura surge en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, a consecuencia de las diferentes trayectorias familiares que en el camino se entrecruzan y dan lugar a la configuración de las distintas familias. Es así que se llega a hablar de las conocidas “familias ensambladas” siendo ésta una estructura familiar originada en el matrimonio o en las convivencias de pareja, en la cual uno o ambos tienen hijos,

nacidos con anterioridad a esta unión. Y es en este ámbito donde, como dice María Soledad Briozzo: “el derecho tiene que tener en cuenta que nos encontramos en presencia de una estructura que tiene un grado de complejidad donde la ambigüedad en los roles del cónyuge o conviviente del progenitor, puede afectar en forma negativa la dinámica y la estructura del nuevo núcleo” (Briozzo, 2014, p. 30).

Por este motivo, a los fines de completar las carencias del plexo normativo respecto a esta figura, la última reforma del CCCN incorporó tanto la figura del progenitor afín como sus deberes. Así, los arts. 672 y 673 del CCCN rezan:

ARTICULO 672.- Progenitor afín. Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. (CCCN, art. 672)

ARTICULO 673.- “El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.” (CCCN, art. 673).

Se puede decir entonces que las familias ensambladas no son por supuesto nada nuevo ni surgen con la modernidad, sino todo lo contrario. Estas formas de relacionarse y de crear lazos socioafectivos que son producto de las distintas dinámicas sociales fueron evidenciadas para, posteriormente otorgarle un reconocimiento jurídico con sus consecuentes obligaciones (Leonardi, 2020)

En el caso trabajado Nahiara Luján Cristo convivió con Yanina Soledad Lescano y Miguel Angel Cristo desde al menos el 8 de agosto de 2018 y hasta el 7 de febrero del año 2019, junto además a tres hijos de Lescano. Evidentemente, tal como surge de la causa y conforme el artículo 672 del CCCN, Lescano puede ser reconocida como progenitora afín de Nahiara, debido a esta convivencia y cotidianeidad, resultado de la relación que la unía en pareja a Cristo y, por ende, a los hijos que ambos tuvieron en relaciones anteriores.

“El supuesto de la relación existente entre padrastros y madrastras, hoy llamados progenitores afines por la más aclamada doctrina en derecho de familia, y los hijos de sus parejas ha sido pasible de análisis y encontrado

soluciones diversas según la teoría que se tome como punto de partida. No obstante, la reforma introducida por la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a revolucionar no solo la rama del derecho a la que pertenece, sino que también impacta en otras, como ser el derecho penal.” (Quincosa Villalta, s/a, p. 1)

Respecto del progenitor afín, lo que resulta totalmente aceptado y receptado en nuestro sistema jurídico es que la existencia de esta figura en la familia ensamblada, no provoca un reemplazo de la posición de garante de quien ejerce la patria potestad y guarda de los hijos menores de edad, es decir, que Yanina Lescano venía a cumplir un rol accesorio en la crianza y cuidado de Nahara, siendo el padre biológico, Miguel A. Cristo, quien debía asegurar el absoluto bienestar de la menor. En este sentido Federico Notrica nos dice acerca del progenitor afín que

“La idea que atraviesa este instituto es la de reconocer en el plano jurídico la ampliación de los lazos socio afectivos que un niño o adolescente puede generar con las nuevas parejas de sus progenitores. Se trata de una figura que busca protección y que, de ningún modo, reemplaza o excluye a sus padres.” (Notrica, 2015, p. 1)

5. LA POSICIÓN DE GARANTE Y LA OMISIÓN IMPROPIA

En el caso concreto, el nudo gordiano radica en establecer si Lescano estaba en posición de garante respecto de Nahara Cristo. Mediante la figura del progenitor afín tratada anteriormente e importada del derecho civil, los tribunales de primera y segunda instancia colocaron a Lescano en una posición de garante frente a Nahara Cristo, lo que en consecuencia les permitió condenarla por un delito de omisión impropia, siendo aquellos que se presentan como la versión omisiva de los delitos de resultado, puesto que lo que se sanciona es la no evitación de un resultado típico. El tipo objetivo se completa agregando a los elementos previstos para la simple omisión, otros tres: el resultado típico, el nexo de evitación, es decir, cuando se compruebe que si el autor hubiera realizado la acción habría sido causa de la no producción del resultado y la posición de garante (cuando el autor está obligado por su situación a conservar, cuidar, vigilar o defender el bien jurídico de manera especial). Así, tal como nos dice Marco Antonio Terragni: “Para considerar que la conducta

omisiva es adecuada al tipo, un dato decisivo es la equivalencia de la omisión con el actuar positivo” (Terragni, 1997, p. 2). En la causa se imputa a Yanina S. Lescano un actuar omisivo respecto de la violencia infringida sobre la víctima, pero se incurre en el fallo del Tribunal de Juicios y Apelaciones, en el defecto de no explicitar aquellas conductas omisivas. Este es uno de los principales problemas en los que recae una imputación omisiva -sin considerar el abandono de persona- debido a que la o las acciones deben tener una precisa correspondencia con la evitación del resultado. En este caso la imputada, durante el lapso de seis meses -según la acusación- no realizó comportamiento alguno tendiente a evitar el deceso de la niña Nahara Luján Cristo. Sucede que una acusación de este tipo resulta demasiado imprecisa para que la defensa pueda diferenciar y de esta manera refutar aquellas acciones que Lescano debió haber llevado a cabo y que habrían evitado el deceso de Nahara Cristo, debido que los maltratos que le infringió su padre biológico fueron desplegados durante varios meses. Armin Kaufmann al respecto nos brinda una reflexión esclarecedora respecto de las acciones omisivas venidas a tratamiento:

hoy se reconoce en lo sustancial que las nociones y preceptos sobre la omisión sólo pueden concretarse y diferenciarse en función de la estructura o las propiedades de la acción que se ha omitido. Sólo la descripción y la captación conceptual de lo que se ha omitido —esto es, la descripción de la acción omitida— permite diferenciaciones. Omitir una acción no significa, en primer lugar, más que la ausencia de una acción, pero la mera constatación de esta ausencia no permite determinar más la propia ausencia, lo que quiere decir: diferenciarla conceptualmente. (Kaufmann, 2006, p. 17)

Este tipo de delitos pueden ser endilgados a la persona que ocupa una posición de garante respecto del bien jurídico protegido, definido por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. En el caso de que este bien jurídico sea la vida, tal como nos dice Marco Antonio Terragni, “la muerte será imputable objetivamente a su conducta, tanto si el autor ha producido efectivamente el resultado dañoso, cuanto si, pese a ocupar una posición de garante, desde la que asumía la tutela del bien, ha dejado que se produzca” (Terragni, 1997, p. 3)

En efecto, del artículo 673 del CCCN surge palmariamente que el progenitor afín participará en la crianza de los hijos no biológicos producto de la familia ensamblada, siendo

lo más importante que lo hará pero a modo de cooperación, no afectando los derechos de los titulares de dicha responsabilidad parental, es decir, que esta responsabilidad no es reemplazada, por lo que el padre de Nahiara, Miguel Ángel Cristo, se encontraba en la posición de garantizar él mismo el bienestar de la menor ya que no se comprobó que éste no haya podido hacerse cargo de su guarda, su protección, educación y manutención.

6. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN IMPROPIA

Uno de los planteos realizados por la defensa de la imputada, fue el de la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia y, doctrinariamente son muchos los autores que sostienen esta postura dada la imprecisión del o los delitos endilgados en este tipo de figuras delictivas y, consecuentemente “La vulneración al principio de legalidad en sus variantes de ley escrita y de ley cierta, es el más fuerte argumento sostenido por parte de la doctrina para sostener la inconstitucionalidad de estos delitos.” (Quincose Villalta, s/a, p. 1).

Para que una persona pueda ser acusada y culpada por un delito de comisión por omisión impropia debe recaer sobre la misma un rol de garante del bien jurídico protegido, sin esta figura cualquier persona podría ser responsable por un delito de este tipo (estaríamos hablando por otro lado de una omisión propia, lo cual está fuera del presente análisis).

Los tipos omisivos impropios no escritos devienen de una deducción de los tipos comisivos activos, toda vez que la ley parte de la premisa de que un sujeto puede realizar un tipo penal activo, omitiendo hacer determinada conducta que le es exigida por hallarse en posición de garante, en una determinada circunstancia. Entonces, se entiende que, establecida una determinada posición de garante sobre un sujeto, si éste no realiza la conducta “debida”, y por ello se afectase el bien jurídico que la ley le obliga a “garantizar”, se le atribuye la comisión del tipo activo, aun cuando la conducta omisiva no estuviese tipificada. (Annovelli, 2022, p. 2)

Bajo tales circunstancias la tipicidad viene dada justamente por la protección y cuidado que en este caso Lescano debería haberle procurado a la vida de la menor en virtud de

su función de progenitora afín y según la acusación, de garante. En este punto uno de los principales problemas con los que nos encontramos es que

Nuestra legislación penal, nada dice sobre cuáles son los presupuestos a partir de los cuales un individuo es colocado en este especialísimo rol, por lo que para quienes creen sorteado el obstáculo de la ausencia de una cláusula de conversión o de equivalencia y la falta de escritura de delitos omisivos impropios, éste sigue siendo el punto que más problemas trae al poner en tela de juicio la constitucionalidad de los mismos por verse vulnerado el principio de legalidad ante la indeterminación de los sujetos pasibles de ser considerados garantes de un determinado bien.” (Quincose Villalta, s/a, p. 3).

Teniendo en cuenta que en el derecho penal los deberes son regulados de manera negativa es que se plantea un problema de difícil acuerdo y resolución respecto de este tipo de figuras, debido, principalmente a que toda persona tiene derecho de saber puntualmente de qué está siendo acusada para no incurrir en una violación al principio nullun crimen sine lege, bajo el aspecto lex stricta (prohibición de la analogía) y así poder ejercer una justa defensa respecto de los supuestos hechos típicos de los que se le acusa haber cometido. Así, “desde una mirada dogmática, existe una evidente incompatibilidad entre la construcción por analogía de los tipos penales omisivos impropios, y el principio de legalidad. Dicha incompatibilidad acarrea consigo la inconstitucionalidad de dicha construcción legal.” (Annovelli, 2022, p. 1)

En efecto, los delitos de omisión no están descriptos claramente por la norma porque, por ejemplo, ésta expresamente prohíbe matar a otro, no dejar morir a otro. Así,

El delito de omisión en su forma de omisión impropia, al no estar escrito ha sido puesto en cuestión por su virtual incompatibilidad con el principio de legalidad en su manifestación de lex scripta, que manda que tipos penales deben estar consagrados en forma escrita en el cuerpo del Código Penal, o sea en la Ley. (Stefani, 2018, p. 4).

Entendido de manera estricta, al no estar consagrados estos tipos penales, no se respetaría el principio de reserva el cual reza que ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Los procesos judiciales la mayoría de las veces son de compleja resolución, pero más aún resulta difícil cuando hay una enorme carga de sensibilidad social que presiona a los

administradores de la justicia para que se juzgue una conducta que desde el punto de vista del sentido común iría en contra de la más absoluta moral.

Los delitos de omisión al no encontrarse expresamente delimitados y explicitados en nuestro código penal permiten interpretaciones de las más amplias y, por ende, más discutidas ya que los hechos típicos se vuelven muy difíciles de delimitar cuando lo típico es lo que se omite.

Los parámetros para culpar a una persona por este tipo de delitos se desvanecen en discusiones morales que lejos de dar soluciones terminan generando más y más problemas que complejizan y por qué no, complican el trabajo de subsunción de los magistrados. Se terminan dejando de lado hechos puntuales y las circunstancias particulares que caracterizan cada causa.

Así las cosas, ante la ausencia de una cláusula en el Código Penal Argentino, se visibilizan, en general, dos enfoques:

Plantear la inconstitucionalidad de las omisiones impropias por considerar que violan el principio de legalidad en su forma de *lex scripta*, por no estar expresamente consagrados en el Código Penal argentino en forma escrita, con la consecuente aplicación analógica de la ley penal, que, a su vez, violaría el sub principio de *lex stricta*, que prohíbe la aplicación analógica.

Plantear la constitucionalidad de las omisiones impropias no tipificadas haciendo referencia al argumento teleológico. Así cuando la ley se refiere a matar o causar la muerte, lo hace en el sentido netamente normativo. Como lo sostiene en doctrina, por ejemplo, Marcelo Sancinetti, que plantea que causar la muerte sería asimilable a considerar que se ha tenido la culpa de la producción del resultado (Stefani, 2018, p. 7)

Al respecto, considero que se debe abogar por la primera línea de razonamiento a fin de no terminar con interpretaciones excesivamente laxas y peligrosamente imprecisas, teniendo en cuenta fundamentalmente el principio jurídico *in dubio pro reo*, el cual en Derecho Penal expresa que, si el juzgador tiene dudas sobre la culpabilidad del acusado, tras valorar las pruebas, este debe ser considerado inocente. Al no diferenciarse de manera precisa las acciones de evitación surge el problema de, como dice Annovelli, “un juicio de probabilidad”, donde

Establecer que alguien no ha evitado el resultado antijurídico por no realizar una acción, presupone el juicio de que la realización de la acción hubiera evitado el resultado. Solamente de tal acción que hubiera impedido el resultado. Como la contestación de esta pregunta previa no puede ser un juicio real, sino solamente un juicio de posibilidad (juicio causal hipotético), ella solo puede aportar valores de probabilidad. Para condenar por un delito de comisión a través de omisión, debe exigirse una probabilidad de impedir el resultado prácticamente al borde de la certidumbre. Una omisión puede haber acarreado, entonces, el resultado, solamente cuando la realización de la acción lo hubiera evitado con una probabilidad prácticamente al borde de la certidumbre.” (Annovelli, 2022, p. 3)

Sobre todo, debemos tener en cuenta de que en el caso trabajado los malos tratos hacia la víctima se dieron en un lapso de aproximadamente seis meses, resultando difícil establecer con certeza aquellas acciones de evitación que Yanina Lescano pudo haber llevado a cabo, principalmente teniendo en cuenta la violencia de la que era víctima la misma imputada.

En consonancia con lo dicho, el mismo Superior Tribunal de Justicia, en la sentencia analizada considera que debe realizarse una interpretación restrictiva en virtud de la cuestionada figura:

Ya es harto conocida la resistencia que aún presenta esta figura para un sector de la doctrina que la ha reputado de inconstitucional, y, cuánto más, su extensión sin límites claros, por lo que se impone aquí formular una interpretación restrictiva a este respecto. (Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 29/3/23, Cristo Miguel ángel s-homicidio calif. por el vínculo, con ensañamiento y alevosía y Lescano, Yanina Soledad-homicidio calif. por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación s/impugnación extraordinaria", expte. n° 5253, p. 17.)

7. ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL. OMISIÓN IMPROPIA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

En virtud de la falta de una consagración expresa en nuestro Código Penal, las construcciones realizadas para dar solución a este tipo de casos que involucren acciones

omisivas son de tipo jurisprudencial. En este punto me parece importante el fallo de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal “B., A. M. s/procesamiento” (Causa N° 37.458/2018) resuelta el 14/6/19 donde Hernán Martín López y Ricardo Matías Pinto revocaron el procesamiento y dispusieron el sobreseimiento de una madre que fuera imputada como coautora del delito de lesiones leves y graves en concurso ideal entre sí y agravadas por el vínculo, por no haber evitado, pudiendo hacerlo, que su concubino lesionara a su hija menor de edad. En esta causa las lesiones producidas a la menor bajo el cuidado del concubino de la progenitora llevaron al fallecimiento de la niña. Los vocales consideraron que los elementos reunidos demostraron que la imputada no se encontraba en el lugar del hecho cuando sucedió y que tampoco tenía conocimiento de la violencia que su concubino ejercía sobre la niña. Agregaron que el tipo penal enrostrado no contempla su comisión por omisión y que la analogía empleada por la magistrada era violatoria del principio de legalidad, conforme destacada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto precisaron que corresponde descartar la figura de omisión impropia en el caso de tipos comisivos (lesiones, arts. 89 y 94 del C.P.). Ello por cuanto lesiona el principio de legalidad al no estar previsto expresamente en el Código Penal (art. 18 de la C.N.). En el considerando 10° del voto citado, se valoró 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 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. Añadieron que en ningún momento se le atribuyó la figura de abandono de persona, único supuesto previsto por el ordenamiento represivo en los delitos contra la vida -Título I- como un tipo penal de omisión impropia (art. 106 del C.P.), pues en el caso no se cuenta con elementos probatorios que permitan sostener dicha hipótesis delictiva. Al respecto, se ha sostenido que el delito en su forma de abandono admite la omisión impropia cuando es realizado por el garante, abandonar consiste en que el autor, que tiene una posición jurídica especial con relación a la víctima, se aleje de ella. Pero no basta la mera separación espacial entre el autor y la víctima: éste tiene que poner en peligro efectivo la vida o la salud de ésta y en su caso concretarse en el resultado, ya sea produciéndose lesiones o afectándose la vida. Resaltaron también que, en la misma senda, en la disidencia aludida el juez Zaffaroni-considerando 13°- concluyó 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.

En este caso la madre de la víctima del homicidio, había sido condenada en una primera instancia por un delito de comisión por omisión impropia. En efecto, la persona que habría omitido realizar acciones de evitación a fin de proteger la integridad de la menor -posición de garante- era la madre biológica, quien ejercía la patria potestad en ese momento. En esta causa se resuelve el sobreseimiento de la imputada porque, entre otras cuestiones, se tuvo en cuenta que la misma también había sido víctima de violencia por parte de su ex-pareja, surgiendo palmariamente de la causa que la niña fue, durante un periodo de tiempo previo a los hechos, separada de su madre a causa de que las dos, madre e hija, presentaban evidencias de violencia por golpes. Menos de un año después la madre solicita se le restituya la tenencia de la niña y, pasado un año de la restitución se produce el fatal desenlace que lleva al mentado proceso.

El sobreseimiento de la imputada radica asimismo en la inconstitucionalidad de los delitos omisivos ya que este tipo de imputaciones lesionan el principio de legalidad debido a que, en nuestro código penal, aunque pretendido por muchos juristas, no puede encuadrarse dentro de ningún tipo de analogía por resultar contrario a derecho.

8. JUZGAMIENTO CON FALTA DE PERSPECTIVA DE GÉNERO

En la resolución de casos como el que es objeto del presente análisis es de suma importancia llevar a cabo un minucioso análisis del contexto en el que ocurrieron los hechos, pues de allí podrá determinarse si la mujer imputada por conductas omisivas se encontraba inmersa al momento de los hechos en un contexto coactivo, así como para evaluar si en el caso concreto efectivamente contaba con la capacidad física o material de realizar la acción debida, como así también evaluar cuáles eran los medios que realmente tenía a su alcance para actuar y evitar la producción del resultado lesivo atribuido. En relación con esto es sumamente importante tener en cuenta

La posibilidad material y técnica de realizar la acción impuesta: Referida a la persona individualizada que entra en consideración como autor en el caso

concreto, pues solo la omisión de una acción que hubiera sido posible precisamente para éste puede tener “cualidad de injusto”. Esta capacidad debe ser entendida de modo razonable, puesto que los presupuestos bajo los cuales ésta puede afirmarse es discutible. Lo acertado primero asegurar el conocimiento de la situación típica por parte del agente, deberán concurrir presupuestos externos como proximidad espacial y socorro apropiado para la realización de la acción, y que se disponga de las necesarias fuerzas propias (fuerzas físicas, conocimientos técnicos y facultades intelectuales). Por otra parte, el autor de una omisión debe poder representarse todos estos elementos, por lo que el análisis de la situación fáctica deberá realizarse “ex ante” a fin de comprobar que un observador inteligente se hubiera representado la acción ordenada como meta de su voluntad y a considerar suficientes las posibilidades externas (Quincose Villalta, s/a, p. 3)

En casos de este tipo parece que lo -erróneamente- primordial es lo que debe hacer una mujer para ser una buena madre de acuerdo a las expectativas sociales, según las cuales todo lo tiene que saber y poder, tiene que ver con la idea de sacrificio y abnegación, porque aun cuando el derecho no se lo puede exigir sí aparece un mandato moral como de una entrega total y absoluta.

En la acusación de Lescano se puede destacar que esta, en primer término, se realizó con elementos ajenos al tipo penal sobre o que es o debe ser una "buena o mala madre", para derivar de allí que la imputada debe ser considerada homicida como producto de una derivación lógica, es decir, una acusación de carácter “objetivo” o demasiado amplia en la cual no se precisa cuál era la conducta debida ni qué era lo que la imputada debía o podía hacer para evitar el resultado; también se observa un prejuicio de la “mujer mendaz” sobre su relato de haber sido víctima de violencia de género, prejuicio basado en las expectativas sociales sobre cómo debe comportarse una víctima de violencia de género, sin tener presente que las imprecisiones u olvidos del relato de la víctima no equivalen a mendacidad. Este prejuicio se debió, entre otras cosas, a que la víctima, en la etapa indagatoria no habría hecho referencia a que Cristo tenía en su poder la tarjeta de cobro de su plan social, como también los documentos de ella y de sus hijos. Además, apenas comenzó la convivencia entre Lescano y Cristo éste último no permitió que Lescano siguiera trabajando y si salían lo hacían todos juntos o, si él salía sin ella lo hacía llevándose al hijo mayor de la mujer, lo que impedía que

abandonara a Cristo o haga algo que lo perjudique por miedo a que le pueda pasar algo a su hijo, sabiendo el daño que le causaba a su propia hija. Podemos identificar entonces una ausencia de análisis contextualizado del asunto, a fin de cotejar si existe o no en el caso un "contexto coactivo" (lo que no equivale necesariamente a la verificación de amenazas explícitas del modo en que se encuentran tipificadas en nuestro Código Penal).

Se realizó una actividad procesal dirigida a investigar si Lescano pudo o no denunciar, desconociendo los innumerables obstáculos que existen en muchos casos para que la víctima pueda radicar una denuncia. En efecto, los malos tratos físicos, sexuales, psicológicos y económicos, basados en relaciones inequitativas responden a prejuicios que deben ser superados con un nuevo paradigma con base centralmente en la igualdad, comprensión, empatía, protección y equidad.

Me parece importante traer a colación el antecedente citado en el anterior punto a fin de equiparar ambas circunstancias signadas por la violencia y los patrones comunes que las caracterizan.

S. y J. comenzaron a convivir, junto con el hijo de S. –quien en aquel momento contaba con apenas un año y once meses de edad– el 1/12/2004. Solo diecisiete días después J. fue denunciado por la persona que cuidaba a M. durante las horas de trabajo de S., debido a que encontró al niño fuertemente golpeado en su cara; según relató, se encontraba “desfigurado”. Aquel suceso motivó que se privara a S. de la tenencia de su hijo. También se les indicó a S. y J. la realización de tratamientos psicológicos individuales y de pareja focalizados en la situación de violencia familiar. Durante ese tiempo, S. concurría asiduamente a las visitas para ver a su hijo, sin la compañía de su pareja. Una de las consideraciones que determinaron la separación de M. de su madre, en el juzgado de familia en el cual tramitó el expediente, fue que ella no comprendía verdaderamente la gravedad de lo ocurrido, minimizaba la violencia y justificaba a su pareja. Más adelante, la psicóloga designada informa que S. “[e]ntabla vínculos viscosos, poco discriminados, con interacciones violentas, ambivalentes, que implican niveles de riesgo considerable” y “[m]uestra tendencia a mecanismos de acción y a fabulizaciones que enmascaran vínculos altamente patológicos”. Finalmente, concluye que padece un trastorno de personalidad borderline o limítrofe. (Chiminelli, s/a. p. 207)

Pareciera ser que un patrón común entre ambos casos es la naturalización de la violencia y la justificación de la posición predominante del hombre respecto de la mujer que debe permanecer sumisa y obediente. Muchas mujeres que se encuentran en una relación abusiva han sufrido otros vínculos violentos con parejas anteriores o en su niñez y esto influye en la reacción ante una pareja violenta y en su percepción de los peligros que representa. Este historial de vida influye en muchos casos en la imposibilidad de acción. Esto se encuentra confirmado por la Lic. en Psicología, Melina Vázquez que presta funciones en la Unidad Penal N°6 donde estuvo alojada Yanina Lescano. Allí las internas podían asistir voluntariamente a sesiones con la profesional y es por esto que la Licenciada atendió a Lescano, quien concurrió en reiteradas oportunidades.

En primera instancia el Fiscal Malvasio le consultó a Melina Vázquez si la violencia de género podía limitar las capacidades, a lo que su respuesta fue muy clara y muy explícita de que eso es lo que genera justamente la violencia de género. Que la violencia en cualquiera de sus formas sumada justamente a la subordinación, fuera económica, simbólica, etc, dificulta cualquier intento de efectuar la intervención en conductas ilícitas realizada por terceros como su pareja. (legajo oga n° 11776, Cristo Miguel Ángel - Lescano Yanina soledad s/homicidio agravado por el vínculo, alevosía y ensañamiento)

En el caso de Yanina Lescano se han acreditado circunstancias tales como su institucionalización desde temprana edad, que ha tenido nulo o escaso contacto con sus progenitores, que ha sufrido la falta de referentes afectivos de su confianza, que ha mantenido relaciones previas de pareja signadas por la violencia, que ha sido víctima de violencia de género y de abuso sexual por parte de su ex pareja Palma, por lo que debió atravesar por un proceso judicial que culminó con el dictado de una condena debido a los actos de violencia extrema y abuso que padeció, y además motivó que se sometiera a una interrupción legal del embarazo en el año 2017. Su situación de consumo problemático de estupefacientes (adicción a las drogas) que determinó que fuera medicada ante la abstinencia de consumo durante el embarazo que cursó durante el año 2019, tras ser derivada al Servicio de Salud Mental del Hospital San Roque (conforme surge de la Historia Clínica incorporada a la causa). La fragilidad de su estado emocional y afectivo, motivado por la circunstancia de haber estado cursando un embarazo avanzado para la época de los hechos -que demandó

internaciones y controles periódicos en cercanías a la fecha del hecho- dando finalmente a luz a su hija al día siguiente de la muerte de Nahiara, en el marco de ese elevado nivel de tensión y angustia, y por el permanente temor evidenciado a perder el contacto con sus hijos menores. La circunstancia de que haya debido afrontar la crianza y la satisfacción de las necesidades elementales para la subsistencia de sus hijos menores sin contar un empleo, demandando asistencia económica el Estado.

Todas estas circunstancias fueron prácticamente ignoradas por el Tribunal de Juicios y Apelaciones. Por otro lado, el Tribunal se focalizó mucho en determinar mediante indagatoria a los peritos psicológicos y psiquiátricos si Lescano mentía, si acomodaba su relato para lograr ser sobreseída, asimismo les parecía importante el hecho de que Yanina Lescano tenga dominio institucional, por lo que al conocer el funcionamiento y manejo de las instituciones podría fácilmente saber como actuar, qué decir y hacer a los fines de que se resuelva su inocencia respecto del caso. En reiteradas ocasiones también el tribunal indagó respecto de la inteligencia de Lescano, y cómo ella tenía un mejor dominio del funcionamiento institucional, incluso que su ex pareja Cristo, como si una persona “inteligente” no pudiera ser víctima de violencia. Con esto, no se hace más que demostrar que muchas veces se estigmatiza la violencia de género, con la creencia de que las víctimas son sobre todo ignorantes -con el dote peyorativo que el mismo representa socialmente-.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la falta de investigación con perspectiva de género es fomentar la discriminación. Que una investigación con perspectiva de género debería incorporar desde el inicio y de manera oficiosa la hipótesis del ejercicio patriarcal, cosa que en este caso no se hizo ni tuvo en cuenta, desestimándose prácticamente ab initio.

Puedo decir que si se realizaron investigaciones e indagatorias tanto a testigos como a peritos psicólogos y psiquiatras que realizaron evaluaciones respecto de la situación de Lescano en ese entorno familiar como una posible víctima de violencia doméstica, pero desde un inicio reluce la intención del Tribunal de descreer los indicios que apoyaron la hipótesis de que la imputada se encontraba en una posición de desventaja, de sumisión, violentada emocional, económica y, aunque Lescano no lo dijo expresamente, puede que hasta físicamente. En este sentido, los prejuicios se hicieron presentes en prácticamente todo el proceso de primera instancia y tanto las pericias, declaraciones de testigos como de la propia víctima no fueron valorados con prudencia. Similares circunstancias se dieron en el

caso “Espinosa González vs Perú” donde una mujer imputada denuncia un abuso sexual y la Corte Interamericana de Derechos Humanos terminó calificando como discriminatoria la sentencia que descreyó de la denuncia de violencia sexual de la mujer imputada estando fundada en que la mujer manipulaba la realidad en su conveniencia, ya que estaba basado en la base del estereotipo de género en la falta de confiabilidad en las declaraciones de las sospechosas de haber cometido un delito.

Finalmente quiero finalizar agregando un breve fragmento de la Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que resumida pero claramente habla de los riesgos que acarrea una justicia sin perspectiva de género:

El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. Esto tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, en el derecho penal, ya que dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad. En todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciadas. (Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW, 2015, p. 14)

9. ANTECEDENTES

En primer lugar, me pareció correcto comenzar el presente trabajo avanzando desde los conceptos que pueden resultar ser más llanos y familiares para el lector, para luego avanzar hacia aquellos que pueden ser más complejos. Este orden se debe principalmente a que, poco a poco los diferentes apartados del trabajo fueron retomando lo tratado en los anteriores puntos o subtítulos, lo que permite un avance y una comprensión más afable del

quid del presente análisis. Así, decidí comenzar conceptualizando la figura del progenitor afín, sin profundizar de sobremanera en el tema a fin de evitar redundancias innecesarias, ya que lo que me interesa es que el lector tenga conocimiento sobre la existencia de esta figura y sus causalidades jurídicas en las familias ensambladas. El progenitor afín viene a ocupar un lugar relevante en nuestro derecho civil, debido a que se le otorga reconocimiento jurídico lo que conlleva a que también deba cumplir obligaciones en la familia de la que ahora forma parte y que se origina por el matrimonio o las convivencias de pareja, en donde uno o ambos tienen hijos nacidos con anterioridad, y que ahora conforman una nueva familia: la familia ensamblada.

Han sido varios autores los que han trabajado el rol y las obligaciones que tienen que cumplir estos integrantes en las familias ensambladas, ya sea desde el punto de vista de la psicología, como también desde el jurídico, el cual resulta especialmente importante para el presente análisis.

En este punto he tomado tres autores que han realizado publicaciones referidas al tema: Juan Manuel Leonardi, Federico Notrica y María Soledad Briozzo.

El Dr. Federico Notrica, en su publicación sobre la figura del progenitor afín, de manera precisa y escueta, explicita la información que resulta primordial para comprender el origen y las obligaciones del progenitor afín en las nuevas familias ensambladas, tomando, para ello, una descripción de los arts. 673 y 674 del Código Civil y Comercial de la Nación. Por estos motivos considero que este autor es de gran relevancia para introducirnos en la temática del progenitor afín y las obligaciones que esta figura implica.

La Dra. María Soledad Briozzo, por otro lado, realiza un análisis pormenorizado de este instituto jurídico y, a modo progresivo, pone de relieve todas aquellas cuestiones que permitieron definir la importancia de darle un reconocimiento jurídico a la figura del progenitor afín en nuestro ordenamiento jurídico. Para poder realizar esto, retoma estudios realizados por otras ciencias, como por ejemplo la sociología, la antropología y la psicología. Esta autora tiene en cuenta los distintos aspectos de gran relevancia que dieron lugar al surgimiento de las familias ensambladas, como, por ejemplo, la aparición del divorcio vincular y también la negatividad con la que eran calificadas y vistas aquellas familias que no cumplían con los estándares establecidos socialmente para la “familia tipo”. Asimismo, también repasa el camino que se siguió a lo largo del tiempo en materia legislativa, hasta llegar a la configuración del instituto del progenitor afín y que tenía

como principal objetivo el de garantizar una mayor protección a las personas, debido a que las nuevas relaciones familiares en la familia ensamblada eran difusas y se encontraban poco reguladas. La Dra. Briozzo continúa su trabajo detallando las obligaciones y consecuencias jurídicas que tienen en y para las familias ensambladas estas nuevas figuras reconocidas en nuestro derecho civil argentino, como, por ejemplo, en el aspecto alimentario y sucesorio. Para finalizar su trabajo analiza un caso de familia ensamblada en el cual la cuestión controvertida, luego de agotar todas las instancias judiciales, termina siendo resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que destaco la completitud del trabajo de la Dra. Briozzo ya que finaliza brindando al lector un panorama respecto del ámbito internacional en la materia tratada.

El otro autor es el Dr. Juan Manuel Leonardi quien, al igual que el Dr. Notrica nos explica de manera sencilla y escueta en el tema del progenitor afín. Luego de introducido el tema, se enfocará en una cuestión específica respecto de las responsabilidades de este instituto, que es el deber alimentario y, si bien en el trabajo que me ocupa no trata particularmente de esta obligación, si es interesante poder evidenciar las diferencias que establece respecto de los deberes del progenitor y del progenitor afín, siendo las responsabilidades de éstos últimos más limitadas en el tiempo y menos rigurosas que para los ascendientes. De esta manera queda evidenciada la menor exigibilidad que puede tenerse para el progenitor afín, en tanto los progenitores biológicos del niño o adolescente menor de edad, puedan hacerse cargo de su manutención y cuidado. Además, debe tenerse en cuenta que, en caso de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia ya no estaremos en presencia de progenitor afín y por lo tanto dejarán de existir las responsabilidades jurídicas para con los hijos de la ex pareja.

ahora bien, continuando con el trabajo nos encontramos con la posición de garante y la omisión impropia. Para completar las ideas al respecto trabajé a los autores Marco Antonio Terragni y a Armin Kaufmann.

El primero de ellos, en su texto “La omisión impropia y la posición de garante”, realiza una descripción de las distintas características que completan este tipo penal. Así, comienza describiendo la acción y su diferencia con la inacción en relación con la comisión de un delito. Seguidamente pone en relación la omisión con la tipicidad y las dificultades que se presentan al no poder adecuar una conducta omisiva al tipo, por lo que se procede a realizar una equivalencia de la omisión con el actuar positivo, por lo que la

omisión debe corresponder a la realización del tipo penal mediante un hacer. Este autor, con el objetivo de remarcar la falta de una previsión expresa en el ordenamiento positivo argentino, respecto de la comisión por omisión, toma como referencia el código penal alemán debido a que éste abarca los delitos omisivos de forma más clara y completa. De esta manera pone de relieve las falencias con la que es tratada la comisión por omisión en nuestro ordenamiento jurídico, siendo una de las más resonantes la violación al principio de legalidad, ya que nuestro código penal alude la pena en correspondencia con la acción típica, no con una inacción encuadrada dentro del tipo penal, es decir, no se puede establecer una correspondencia directa, por ejemplo, entre no matar e impedir la muerte como si ambas fueran equivalentes. Terragni, asimismo no omite el hecho de que los magistrados puedan realizar una interpretación extensiva de las normas para adecuar una correspondencia entre la acción típica y la omisión que produzca el mismo resultado, pero, de la misma manera nos deja en claro los peligros que dicha subsunción implicaría al comprometer las garantías individuales, por lo que estima que lo más prudente sería una interpretación lo más ajustada y restrictiva posible.

Otra de las aristas de suma importancia que es tratada por Terragni es el de la posición de garante y su importancia para la imputación de un delito de comisión por omisión, al ser los que tienen la responsabilidad, jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia. Pero plantea también las dificultades que se presentan a la hora de definir quién revestiría tal rol para ser juzgado conforme lo previsto por el derecho penal. En este sentido también es importante tener en cuenta el hecho de que, como analiza Armin Kaufmann, si la acción o acciones omitidas realmente hubieran evitado el desenlace del suceso típico. Kaufmann resalta en este aspecto el hecho de que no solamente debe tenerse presente la acción desde una concepción finalista de la acción o inacción, sino que es importante efectuar además un análisis de las circunstancias que median la realización o no, como también las consecuencias y las posibilidades al alcance de la persona que sería responsable de la evitación del hecho.

Las dificultades originadas por la imprecisión que caracteriza a los delitos omisivos, permitiría erróneamente y por analogía extenderse sobre situaciones y hechos hasta el infinito, con el consiguiente riesgo para los derechos individuales. En este sentido, el Dr. Terragni nos deja en claro que lo que realmente importa es que debe existir una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus

manos esté el control de la situación a fin de evitar la laxitud en la interpretación del hecho juzgado.

Otro de los autores tratados en el presente trabajo es Andrea M. Quincose Villalta, quien establece una diferenciación entre los delitos de omisión simple e impropia, describiendo aquellos elementos y circunstancias que deben tener lugar para que nos encontremos ante estos últimos, lo cual resulta muy importante en tanto permiten una identificación pormenorizada y consciente de este tipo de delitos omisivos. Entiende esta autora que el principal problema se encuentra en establecer quienes son las personas que por el rol que ocupan, en relación al bien jurídico protegido, son pasibles de ser imputadas por un delito de este tipo. Para profundizar al respecto esta autora recabará aquellas teorías que considera fuentes de la posición de garante, tomando a distintos pensadores que, a lo largo de los años, e inmersos en diversas corrientes e ideologías, han intentado enmarcar y definir el rol de garante. También se encarga de tratar el tema referente al progenitor afín, figura que surge con las familias ensambladas y realiza un análisis muy similar al trabajado por la Dra. Briozzo y los Dres Leonardi y Notrica, por lo que me parece importante el trabajo de la Dra. Quincose Villalta ya que suma argumentos que refuerzan y dan mayor sustento a lo postulado tanto respecto a la figura del progenitor afín como a las responsabilidades que tienen en la familia ensamblada.

La Dra. Natacha Annovelli fue trabajada debido a sus aportes en cuanto a la incompatibilidad entre la construcción por analogía de los tipos penales omisivos impropios, y el principio de legalidad porque implica la inconstitucionalidad de dicha construcción legal. Esta autora comienza dejando en claro la importancia de que la persona que es culpada por un delito de omisión impropia debe encontrarse en el rol de garante del bien jurídico protegido. Ahora bien, además del rol de garante, la persona debe encontrarse con las posibilidades materiales y anímicas, necesarias para evitar el resultado dañoso, y es en este sentido donde, en el fallo analizado se conjugan estas posibilidades con las circunstancias de la imputada Yanina S. Lescano, que, además de no encontrarse en posición de garante frente a la víctima (el padre se encontraba en ejercicio pleno de la patria potestad de la menor), estaba limitada en sus medios y capacidades como consecuencia de la violencia ejercida por su pareja y padre de la niña Nahiera L. Cristo. Annovelli recalca además que para que exista comisión por omisión impropia, debe existir en la cuestión criminal concreta, un sujeto activo colocado en posición de garante, ya sea por la ley, por un contrato, o por una relación especial de

confianza, por lo que se espera que dicha persona, ocupando este rol de garante, proteja y evite daños a los bienes jurídicamente protegidos. De este modo, que el garante no evite la acción lesiva se equipara a la comisión del delito por acción.

La autora, luego de introducidos los temas mencionados anteriormente, procede a tratar la cuestión de la inconstitucionalidad de los delitos de omisión, por considerarlos violatorios del principio de reserva consagrados en el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina. Así, lo que no está prohibido está permitido para los habitantes de la nación y, conforme el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15:1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe haber una ley que otorgue una pena para el incumplimiento de una norma ya sea por un obrar, o en este caso por no haberlo hecho, pero debe existir en cualquier caso una pena equivalente y adecuada, no pudiendo aplicarse las mismas por analogía. Me parece sumamente importante que esta autora analice también el principio de reserva y el hecho de que debe existir una ley previa, escrita, formal y estricta que prohíbe determinada conducta y que es un límite al poder punitivo del estado, ahí justamente radica la peligrosidad de las interpretaciones ambiguas, laxas, imprecisas y aunque prohibidas... análogas ya que conforme nuestro ordenamiento legal, no se pueden equiparar “el que matare a otro” con “el que no impidiera la muerte de otro”.

Finalmente, esta autora concluye en que no considera que los delitos omisivos no deben ser penados, sino que debe aplicarse una pena coherente, no equiparándola con la de un delito de acción, cuando evidentemente no es lo mismo un hacer que un no hacer, aunque cierto es que en cada caso concreto deberán analizarse los agravantes o atenuantes que pudiesen eventualmente recaer en el mismo. Concluye que debe darse un tratamiento especial por parte de la legislación a este tipo de delitos ya que existen actualmente espacios vacíos que hoy solo pueden rellenarse mediante construcciones analógicas prohibidas, teniendo presente que las omisiones impropias carecen de tipificación expresa en los Códigos Penales, pero se incorporaron al ordenamiento jurídico a través de una equiparación con los delitos de comisión, sobre la base de considerar que es equivalente no impedir un resultado a causarlo. Finalmente, debo resaltar que, en el fallo analizado, Lescano no ostentaba, respecto de la niña Nahara, la “posición de garante” exigida por la doctrina para que la imputada sea pasible de considerarse autora de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión.

Seguidamente, la Dra. Gabriela Vanesa Stefani realiza un trabajo comparativo entre el Código Penal Argentino y el Español, teniendo en cuenta la ausencia en el primero de una cláusula general que regule los delitos de comisión por omisión impropia, no así en el segundo, los cuales se encuentran regulados en su Art. 11. Así, esta ausencia, nos dice la autora que implica una incompatibilidad con el principio de legalidad en su manifestación de *lex scripta*, que ordena que los tipos penales deben estar consagrados en forma escrita en el cuerpo del Código Penal, o sea en la Ley. Sin embargo, esta autora irá tomando varios autores que trabajaron el tema de la omisión impropia, pero desde la perspectiva tanto de la constitucionalidad como de la inconstitucionalidad, por lo que me pareció importante tomar el trabajo de Stefani, ya que en un único texto encontramos dos posturas contrarias respecto de un mismo tema, lo que permite que el lector vaya formulando y sacando sus propias conclusiones conforme los argumentos esgrimidos para cada una de ellas. Asimismo, al realizar un trabajo comparativo nos muestra las soluciones y problemas que se presentan con una disposición normativa como la del Código Penal Español, donde, conforme el planteo de la autora, estas disposiciones generales en cuanto a los delitos de omisión impropia ofrecen soluciones, pero también pueden representar problemas en determinadas circunstancias.

Ahora bien, en relación a esta temática me fui encontrando con fallos (pocos) de índole similar, como el de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal “B., A. M. s/procesamiento” (Causa N° 37.458/2018), resuelta el 14/6/19. En este fallo resulta sobreseída una madre que había sido acusada y condenada como coautora del delito de lesiones leves y graves en concurso ideal entre sí y agravadas por el vínculo, por no haber evitado, pudiendo hacerlo, que su concubino lesionara a su hija menor de edad. En este caso se demostró que ese hombre ejercía violencia física tanto con su pareja como con la hija de ésta, llegando al momento en el que tiene lugar el desenlace fatal de la situación con el fallecimiento de la niña. Finalmente, los vocales consideraron que los elementos reunidos demostraron que la imputada no se encontraba en el lugar del hecho cuando sucedió y que tampoco tenía conocimiento de la violencia que su concubino ejercía sobre la niña. Agregaron que el tipo penal enrostrado no contempla su comisión por omisión y que la analogía empleada en una primera instancia era violatoria del principio de legalidad, conforme destacada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto precisaron que corresponde descartar la figura de omisión impropia en el caso de tipos comisivos (lesiones, arts. 89 y 94 del C.P.). Ello por cuanto lesiona el principio

de legalidad al no estar previsto expresamente en el Código Penal (art. 18 de la C.N.). Se valoró 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 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. Como se puede apreciar, en este caso median elementos esenciales tratados en el desarrollo de la presente nota a fallo, como lo son la omisión impropia, su inconstitucionalidad, y la falta de perspectiva de género -entre otros-, que llevó a la presentación del recurso por parte de la defensa y el posterior sobreseimiento de la imputada. En este caso es necesario tener en cuenta que la imputada por el delito omisivo impropio si se encontraba en posición de garante, pero, incluso ostentando este importantísimo rol, el tribunal resolvió el sobreseimiento ya que no fue menor valorar el hecho de que la imputada se encontraba inmersa en una relación violenta, lo cual, conforme la opinión de los especialistas, limitan el comportamiento de la víctima y distorsionan la realidad, llegando incluso a justificar al agresor y a encubrirlo. Finalmente, tomé el trabajo de la Dra. Lucila Chiminelli, quien realiza un comentario a este fallo, analizando de manera minuciosa las conductas de los autores y las condenas que se le imputaron tanto a la madre como al concubino. Así, retoma el concepto de comisión por omisión impropia y las posturas y discusiones que surgen en torno a estos en cuanto a que su aplicación es constitucional o que es errónea por resultar contraria al principio de legalidad y por lo tanto, inconstitucional

10. POSTURA DEL AUTOR

En el caso trabajado la acusación llevó a cabo un trabajo que forzaba institutos jurídicos, en una constante relación con el actuar del sentido común. Se culpó y encarceló a Yanina Soledad Lescano por no garantizar el bienestar de la víctima porque se cree que “es lo que hubiera hecho cualquier persona” aunque no se encuentre bajo la figura endilgada.

Es en la tercera instancia de este Proceso judicial donde el Superior tribunal de Justicia de Entre Ríos procede a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta las cuestiones específicas del caso; más que nada la situación de la imputada respecto a la violencia doméstica infringida por su pareja y que le restringieron su capacidad para actuar conforme los “mandatos socialmente aceptados”.

En la causa analizada, la posición de la imputada Lescano frente a la víctima Nahara se presenta de manera poco clara, pues, se importó del derecho civil la definición de "progenitor afín", imponiéndosele así el rol de garante, sin advertir que ese deber de garantía, sobre la menor, lo tenía por sobre el resto, su progenitor, Miguel Ángel Cristo.

La omisión impropia ligada a la responsabilidad de la figura del garante se encuentra con diversos problemas y en el meollo de las más diversas discusiones y posturas. En este sentido me parece que este tipo de delitos presentan un problema acerca del alcance del tipo de delito, ya que estaríamos frente a una "interpretación extensiva", donde el problema ya no es uno de simple subsunción. Equiparar la omisión de una acción impeditiva de un determinado resultado a la ejecución de una acción productiva de ese mismo resultado es contraria al principio prohibitivo de la analogía en derecho. Además de que es desacertada la imputación del rol de garante de Lescano para con la víctima y en consecuencia enrostrarle un delito de comisión por omisión impropia, juzgar a la imputada por un delito de este tipo es entrar en un terreno de posibilidades en el cual las certezas son pocas, teniendo en cuenta que la muerte de la menor fue producto de una serie de maltratos infringidos por su padre biológico en un periodo aproximado de seis meses, por lo cual se torna difícil asegurar el tipo y la efectividad de la asistencia que pudiera haber sido brindada por Lescano, dentro de las limitaciones propias de su condición de víctima de violencia doméstica. En efecto, está comprobado que el que causaba los malos tratos de manera continua a su hija, era Miguel Ángel Cristo y que paralelamente, y aunque el Tribunal de Juicios no lo haya considerado como veraz -pese a la opinión de profesionales en salud mental-, la violencia ejercida por cuestiones de género limita la conducta de la víctima.

Finalmente me parece que la cuestión de la violencia de género sufrida por Lescano fue subestimada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones ya que la investigación no se realizó de manera subjetiva, sino que iba dirigida a demostrar que la imputada era mentirosa, inteligente para manipular las situaciones a su favor, que su conocimiento institucional le permitía contar con mayores recursos a la hora de saber qué decir para salir beneficiada de situaciones como las del presente caso. Ahora bien, con respecto al dominio institucional que pueda llegar a tener, éste se dio, en todo caso por la casi constante institucionalización sufrida por parte de Lescano desde muy pequeña, por lo que tal dominio se dio bajo circunstancias poco felices, producto más que nada de la falta de protección que estas mujeres tienen respecto de su entorno violento. Asimismo, que el Tribunal la haya considerado mentirosa y

manipuladora, demuestra como estos estereotipos más que anquilosados lamentablemente siguen impregnando todos los ámbitos sociales y, en este caso, judiciales. Tratar de demostrar la culpabilidad de una persona sólo basándose en estos estereotipos de género resulta por lo menos injusto y es por este motivo que la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia pudo finalmente resolver los distintos aspectos del caso desde una mirada orientada por la perspectiva de género que logró hacer relucir el verdadero trasfondo del caso analizado y sus reales consecuencias -por supuesto inequívocas- para las víctimas del imputado.

11. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha realizado una nota a fallo respecto de la sentencia "Cristo Miguel Angel S- homicidio calif. por el vínculo, con ensañamiento y alevosía y Lescano, Yanina Soledad S- homicidio calif. por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación S/ impugnación extraordinaria", Expte. N° 5253. Del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos. El mismo fue abordado desde la perspectiva de género, teniendo en cuenta que las circunstancias que mediaron el caso fueron utilizadas para enrostrar a la acusada un delito de comisión por omisión impropia atribuyéndole el rol de garante respecto de una niña de dos años, hija de su concubino. El Tribunal de Juicios y Apelaciones de Paraná llevó a cabo un proceso judicial en el que no se valoró de manera suficiente y efectiva la situación de víctima de la acusada. Este caso resultó muy mediatizado en la provincia de Entre Ríos y sobre todo en la ciudad de Paraná y es por esto que considero que, como tantas otras veces sucede a lo largo del país y también del mundo, la presión social jugó un papel muy importante en la condena de la imputada Lescano. Considero que la imputada fue juzgada antes de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia, ya que durante el proceso -evidenciado en la sentencia-, la acusación hizo mucho hincapié en caracterizar a Lescano con adjetivos tales como mentirosa y manipuladora, entre otros. Entiendo que esto puede ser consecuencia del tipo de delito que se le pretendía endilgar: comisión por omisión impropia donde, al no haber una acción, el no hacer debe ser enrostrado a través de otras cuestiones o circunstancias que lleven a relucir la intencionalidad de la imputada que omitió en este caso socorrer a la víctima Nahara L. Cristo. Asimismo, el error que desde el principio acompañó la acusación fue el rol de garante atribuido a Lescano,

llevando a la consecuencia de que el resto del proceso la coloque en una posición que no le correspondía, forzando a su vez un tipo penal también equivocado, como lo es, en este caso el de la comisión por omisión impropia, el cual requiere que el imputado se encuentre en un rol de garante frente al bien jurídico protegido.

Ahora bien, la sentencia analizada, haciendo hincapié en todos los argumentos y circunstancias que no fueron valorados por el anterior tribunal resuelve el sobreseimiento de Lescano y ordena su inmediata libertad, por lo que considero que es una sentencia justa que logra dejar en evidencia los problemas y las consecuencias de impartir justicia sin perspectiva de género. Finalmente puedo cerrar reflexionando sobre todo el camino que aún resta por recorrer en materia de perspectiva de género. Este tipo de problemáticas, nos muestra cómo la mujer es invisibilizada y es exigida a llevar a cabo acciones que, aunque para muchos parecen lógicas, estas exigencias se hacen sin valorar la realidad a la que son sometidas muchas mujeres, ya que la violencia no solo hiere físicamente, sino que limita y daña mental y emocionalmente.

DOCTRINA

- Annovelli, N. (2022). La composición de tipos penales omisivos impropios, y su incompatibilidad con el principio de reserva. Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Julio de 2022, No. 431
- Conf. Dra. Úrsula C. Basset (2015). Revista Código Civil y Comercial. La Ley.
- Briozzo, M.S. (2014). La figura del progenitor afín en la reforma proyectada: ¿superó la falta de lineamientos institucionales que determinan sus acciones? Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/75/56> el 3/6/23
- Chiminelli, L (s/a). Comentario al fallo “K., S. N. y otro”: el delito de abandono de personas vs. el homicidio en comisión por omisión.
- Guastini, R. (1999). Estudios sobre la interpretación jurídica. México: Universidad Autónoma de Buenos Aires.
- Juan, G. L. (2020). La interpretación jurídica con perspectiva de género. Un decálogo de estándares interpretativos. En Revista Boliviana de Derecho.
- Kaufmann, A. (2006). Dogmática de los delitos de omisión. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.
- Leonardi, J. M. (2020). Progenitor afín: obligación alimentaria. Sistema Argentino de Información Jurídica.
- Notrica, F. (2015) Suplemento DPI Familias, Bioética y Derechos Humanos N° 2. Diario DPI. Recuperado de <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/11/Suplemento-Doctrina1-2015-12-01.pdf> el 3/6/23
- Quincose Vilalta, A. M. (s/a). La figura del progenitor afín, posición de garante y principio de legalidad Derivaciones del art. 673 del Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho Penal y su aplicación temporal.
 - Stefani, G. V. (2018). Delitos de omisión impropia: “Análisis comparado entre legislación de España y Argentina”. Salamanca: Universidad de Salamanca.
 - Terragni, M. A. (1997). Omisión impropia y posición de Garante. REVISTA Colección Jurídica, Fac. Ciencias Jur. y Soc. Univ. Nac. del Litoral

Centro de Publicaciones, Sec. Ext., Univ. Nac. Litoral Id SAIJ:
DACF000106.

JURISPRUDENCIA

- "Cristo Miguel Ángel S- homicidio calif. por el vínculo, con ensañamiento y alevosía y Lescano, Yanina Soledad S- homicidio calif. por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación S/ impugnación extraordinaria", Expte. N° 5253. Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos.
- Espinoza González VS. Perú. Sentencia del 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CCC 37458/2018/CA1 "B., A. M.". Procesamiento. J:5 (AR/SGS). Fallo del 14/6/2019. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala 5. Buenos Aires, Argentina.

LEGISLACIÓN

- Código Procesal Penal de la Nación Argentina
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW (2015). Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Naciones Unidas.
- Honorable Congreso de la Nación (11-03-2009). Ley de Protección Integral a las Mujeres. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia. Ley 26485