



**LA PERSPECTIVA DE GENERO: UN VALOR TRASCENDENTAL DE  
JUZGAMIENTO EN EL FALLO “CRISTO - LESCANO” DEL SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE ENTRE RIOS**

NOTA A FALLO

Autor: Ignacio Massone

D.N.I.: 37.544.463

Legajo Nº: VABG89981

Profesor: Dr. César Daniel Baena

Guauguay, 2 de Julio de 2023.

**Tema:** Perspectiva de Género

**Fallo:** Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos. Sala Nro. 1 en lo Penal. (29 de Marzo de 2023). Expediente Nro. 5253 caratulado “CRISTO MIGUEL ANGEL S-HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VINCULO, CON ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSIA Y LESCOANO YANINA SOLEDAD S-HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VINCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACION S/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA”

**Sumario:** 1. Introducción; 2. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal; 3. Ratio decidendi; 4. Análisis crítico del fallo; 4.1. Estereotipos de género; 4.2. Ciclo de la violencia; 4.3. Obligación constitucional de fallar con perspectiva de género; 4.4. Postura del autor; 5. Conclusión; 6. Referencias bibliográficas; 6.1. Doctrina; 6.2. Jurisprudencia; 6.3. Legislación; 7. Anexo: fallo completo

## **1. Introducción**

En la nota en cuestión, analizaremos el fallo resuelto en fecha 29 de marzo de 2023, por la Sala N° 1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (a partir de ahora STJER), en el Expediente N° 5253, caratulado “Cristo Miguel Angel S-Homicidio calificado por el vínculo, con ensañamiento y alevosía Y Lescano Yanina Soledad S-Homicidio calificado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación S/Impugnación Extraordinaria”. En este marco, es dable precisar que en ésta nota a fallo haremos hincapié en la acusada Lescano, no así en Cristo. Yanina Soledad Lescano fue hallada autora material y penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación y condenada a la pena de 16 años de prisión en primera instancia, confirmando dicha condena el Tribunal de segunda instancia. No obstante, en la sentencia en estudio, el órgano máximo provincial de justicia -STJER- revocó la condena citada para absolver a la acusada y disponer su libertad.

Presentado el fallo traído al análisis, debemos comenzar expresando que uno de los puntos trascendentes en ésta resolución es la condición de género femenino de la que goza la imputada, con la que comienza a destrabarse la decisión de los jueces para deslindar de la responsabilidad penal a Lescano, entre otros argumentos que esgrimen los vocales.

En un momento a nivel mundial donde la violencia de género ha tomado una relevancia política y cultural estelar, debemos remarcar que la República Argentina no ha sido la excepción en esta lucha, confirmando su compromiso a través de los Tratados y Convenciones Internacionales jerarquizados a nivel constitucional en el año 1994, en protección de la mujer, como lo es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Sin embargo, analizaremos si ésta condición de género, la que podemos definir como una “construcción social que tiene su génesis en los principios de la división de la razón androcéntrica, fundada a su vez en la división de los estatutos sociales atribuidos al hombre y a la mujer” (Bourdieu, 2000, p. 15), resulta suficiente para absolver a una persona ante un delito tan aberrante como lo fue el homicidio de una niña de dos años de edad.

Ahora bien, enfocados en nuestro caso en particular, se logra divisar un problema jurídico del tipo axiológico, más precisamente una laguna axiológica. Alchourrón y Buligyn (2012), entienden que la expresión laguna del derecho se suele utilizar para clasificar situaciones en las que si bien existe solución, la misma sería inadecuada. Aún así, no toda solución imperfecta supone una laguna; dichos autores marcan que los juristas hablan de lagunas cuando la solución es inadecuada en el sentido de que el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta. Prosiguen diciendo que este tipo de lagunas suponen la existencia de una propiedad relevante para el caso en cuestión, que en realidad es irrelevante para el sistema considerado. Es de esta manera que piensan que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, pero que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente, a lo que clasificaremos como laguna axiológica, diferenciando ésta del concepto de laguna normativa.

En este sentido, relacionamos esta problemática ante la regla de Derecho Penal que tipifica el delito cometido por la acusada, lo que pudo ser probado durante el juicio y que determinó una sentencia en su contra. No obstante, ésta regla es encontrada por los jueces del STJER como contraria al deber que tienen los magistrados de fallar con perspectiva de género, el que se toma como un principio constitucional acorde lo establecido por nuestra carta magna en el Art. 75 Inc. 22, donde se le otorga jerarquía constitucional a Tratados y Convenciones Internacionales que tienen supremacía ante nuestras leyes. Dicho esto, debemos expresar que “toda mujer tiene derecho a ser oída, y sus dichos configuran un medio de prueba imprescindible que ninguna Corte puede descartar, ya que, no solo hablamos de violencia física, sino también de otras modalidades como la del tipo sexual y psicológica” (Art. 2 de la Convención Belém do

Pará), principio jerarquizado constitucionalmente, el cual choca con la regla legal, teniendo en cuenta el contexto de violencia de género en el que se encontraba sumergida Lescano.

Siguiendo a otro autor, damos cuenta que las lagunas axiológicas “no se dan toda vez que el sistema jurídico estipula una solución injusta para un caso, sino cuando tal injusticia se funda en la consideración de que debería tomarse como relevante una propiedad que para el derecho no lo es” (Nino, 2003, p. 288), así, nuevamente notamos como la norma jurídica aplicada (homicidio), disiente con la obligación de los jueces de fallar con perspectiva de género, teniendo en cuenta la situación en que se encontraba inmersa Lescano, es decir, el contexto de violencia de género que la rodeaba, el que le imposibilitaba actuar de otra manera -según el STJER-, obviando, tanto el Tribunal de Primera Instancia, como la Cámara de Casación, resolver contemplando esta propiedad, la que debiera ser relevante en ésta causa. En este marco, no podemos evitar mencionar, que a través de la Ley Micaela (2019), todo el personal del Poder Judicial se encuentra obligado a capacitarse en cuestiones de género, con miras en la aplicación de estos recursos cuando se abordaren cuestiones relacionadas a la temática, como aquí se nos presenta.

Luego de advertir el problema jurídico comentado, demostramos que tenemos diferentes soluciones para el juzgamiento del caso, aunque no de fácil decisión, teniendo en cuenta que confrontan dos derechos sumamente importantes, como lo son los del niño/a y el de la mujer, ambas temáticas tan debatidas en las masas sociales en los tiempos presentes. Es por ello, que aquí debemos distinguir si prevalecerá la situación de vulnerabilidad y violencia de género en la que se encontraba Lescano respecto de su pareja Cristo, y así justificar su omisión de obrar con el deber responsable que requiere ser progenitora afín de la niña, o si en contrapuesto, más allá de su situación particular, Lescano debió, de alguna manera, escapar de ese círculo violento para lograr salvar la vida de N.L.C., advirtiendo a las autoridades competentes para evitar el posterior desastre.

## **2. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal**

En el fallo de primera instancia, Yanina Soledad Lescano fue hallada autora material y penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación y condenada 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), por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Paraná, a través de la sentencia dictada en fecha 14 de mayo de 2020.

En este marco, volviendo en el tiempo al día 7 de febrero de 2019, cuando ocurrió el fallecimiento de la niña N.L.C. de 2 años de edad, la Unidad Fiscal de Paraná comenzó la investigación penal preparatoria en virtud del parte informativo policial de misma fecha que alertaba acerca del suceso y las extrañas circunstancias en que murió la víctima. Siendo así que luego de la recolección de pruebas, tanto testimoniales, documentales e instrumentales, se remitió la causa a juicio oral por parte de la fiscalía, fijando fecha el Tribunal de Juicios y Apelaciones de Paraná y dando comienzo al debate en los primeros días de mayo de 2020, para concluir en la condena del progenitor y la progenitora afin de N., como marcamos en el párrafo ut supra.

La muerte de la pequeña de dos años de edad, se da -según la autopsia suscripta por médico forense- por una falla generalizada de órganos, consecuencia de padecimientos que le fueran infligidos en su domicilio, como son: agresiones físicas y tratos inhumanos consistentes en golpes con elementos duros y romos, quemaduras en la totalidad del cuerpo con líquidos a altas temperaturas y cigarrillos y privación de alimentación indispensable, lo que le provocó un estado de desnutrición generalizado.

Desde el 8 de agosto de 2018, N.L.C. comenzó a convivir en su nuevo domicilio con su padre Miguel, la nueva pareja del último nombrado, Yanina, y los dos hijos menores de edad de ella, situación que se da a raíz de la nueva relación afectiva que comenzaron los dos adultos referenciados, dato que es dable remarcar teniendo en cuenta que todas las lesiones constatadas a la niña se han dado en el marco temporal de la fecha marcada y su desaparición física.

Siguiendo con el proceso penal, notificado el veredicto condenatorio a las partes, los defensores de la acusada impugnaron el fallo ante la Cámara de Casación Penal de Paraná en fecha 9 de junio de 2020. Comenzada la intervención de la Cámara de segunda instancia, resuelve el día 14 de marzo de 2022 rechazar el recurso presentado por los letrados y confirmar la sentencia de primera instancia, siendo así como los defensores técnicos de Lescano interpusieron recurso de queja ante el mismo organismo, el que siendo nuevamente denegado va en subsidio al STJER. Una vez que adquiere competencia la Sala N° 1 en lo Penal del STJER, resuelve el fallo en análisis, ante los argumentos alegados por la defensa, que son entre otros: indeterminación del hecho imputado a Lescano, ausencia de perspectiva de género en el enfoque del proceso, violencia institucional en la acusación, apartamiento del material probatorio, omisión de deberes constitucionales y estereotipos de género. Es así que el STJER

resuelve hacer lugar a la impugnación extraordinaria presentada por los abogados de Lescano, y revocar la sentencia dictada por la Cámara de Casación Penal de Paraná de fecha 14/03/2022, como la emanada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de Paraná de fecha 14/05/2020, disponiendo de esta manera la absolución de culpa y cargo de la condenada Yanina Soledad Lescano.

### **3. Ratio decidendi**

Llegado a este punto, en principio tenemos que decir que lo resuelto por la Sala Penal N° 1 en lo Penal del STJER fue decidido con la primera opinión del vocal Giorgio, argumentos que fueron adheridos por la vocal Mizawak, quien emitió sufragio en segunda instancia, con tan solo algunos comentarios complementarios al primer voto, cerrando el fallo la vocal Medina, quien se abstuvo a emitir criterio.

Centrados en la postura del Dr. Giorgio, el mismo considera que en el contexto de vulnerabilidad que se encontraba Lescano, siendo una mujer que ha sufrido violencia a lo largo de toda su vida -su anterior pareja se encuentra cumpliendo condena por delitos en contexto de violencia de género contra su persona-, ha naturalizado esa situación, mencionando que se hallaba viviendo con quien maltrataba y mató a N. frente a ella y a sus dos hijos, con el aditamento de encontrarse cursando los últimos meses de embarazo, al punto tal que dio a luz al día siguiente de la muerte de N., por lo que el vocal entiende que mantenía sus posibilidades de acción restringidas. En este sentido considera que el Estado adquiere un rol activo en la lucha contra la violencia de género, que implica su intervención como custodio de los tratados y convenciones que suscribe y ratifica, y ello debe verse reflejado en sus roles ejecutivo, legislativo y judicial. Acto seguido, Giorgio marca que la Ley 26.485, 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.

A segundo turno, la vocal Mizawak, entiende que las violencias enumeradas en el proceso, muchas veces son observables, pero otras no, y que cuando no se lleguen a observar no quiere significar que haya que invisibilizarlas. Asimismo, expresa que no puede aseverarse que Lescano tenía capacidad de llevar a cabo una acción de salvamento, la cual además no fue precisada, cuando resulta destacable que la cuestión de género pudo haber incidido en la determinación de la capacidad individual de acción. Engulle también que si hay violencia de género hay disminución de la autonomía, y la

capacidad de la conducta debe ser analizada conforme el contexto coactivo. La descontextualización y el ideal de la "buena madre" -valga la aclaración que Lescano era la pareja del padre de la niña, en todo caso progenitora afín si nos remitimos al Art. 672 del Código Civil y Comercial- crean exigencias que no son realmente esperables en los casos en que las mujeres son sometidas a violencia habitual, pues son afectadas por muy baja autoestima, depresión, aislamiento, dependencia emocional y evidencian síntomas que han sido descritos como el "síndrome de la mujer maltratada", que emerge a partir de las dinámicas del círculo de la violencia y la indefensión aprendida.

Planteados los lineamientos esgrimidos por los dos vocales opinantes, logran la mayoría necesaria para resolver, y sentencian con igual conclusión: hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por la defensa de la imputada; y 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.

Mencionada la resolución adoptada, es momento de ponerlo en relación con nuestro problema jurídico axiológico del tipo laguna axiológica, dando cuenta que aunque el fundamento del delito de homicidio por omisión imputado a la implicada tiene valor como norma del derecho penal vigente, se ha omitido tratar la cuestión con el principio aplicativo de juzgar con perspectiva de género, cuestión que si advirtió el STJER y que catapultó el veredicto hacia la absolución de Lescano.

## **4. Análisis crítico del fallo**

### **4.1 . Estereotipos de género**

La perspectiva de género es una categoría de análisis, una obligación de derechos humanos legal, constitucional y convencional y una garantía contra la arbitrariedad que generan los estereotipos (Cartabia, 2021).

Tal es así, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), nos entrega un concepto de lo que se puede definir como estereotipos de género -en el fallo del Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México- definiéndolos como "una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes". Luego, en la misma sentencia, la CIDH comenta que a raíz de esto, el uso de éstos estereotipos lleva

directamente a la violencia de género, viéndose reflejado en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales, tanto implícita como explícitamente.

Ante la difícil tarea de transparentar la problemática esgrimida en ésta nota, llegamos a la visión de una autora, que nos parece acertada. Perceval (2023), cree que ha sido indispensable la tarea de hacer visible la importancia de los cuidados para la sostenibilidad de la vida y denunciar los estereotipos de género que naturalizan la responsabilidad de las mujeres sobre las tareas de cuidado.

La CIDH, en el fallo del caso Manuela y otros Vs. El Salvador, sentó postura admitiendo “que la utilización de estereotipos por parte de las autoridades judiciales en sus providencias puede constituir un elemento indicativo de la existencia de falta de imparcialidad”. En este sentido, la CIDH en el caso Velásquez Paiz Vs. Guatemala, reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad, favorece su perpetuación, así como una persistente desconfianza de las mujeres en el sistema de administración de justicia.

De esta manera, queda claro que hay una nueva manera de juzgamiento ante este tipo de cuestiones en donde se ven violentados los derechos femeninos, debiendo las autoridades ser sumamente cuidadosas ante la posible evidencia de violencia física, psicológica o económica en contra del género femenino. Si nos enfocamos en nuestro caso en particular, está claro que ante tal punto de vista acerca de estereotipos de género, resultaría evidente que Lescano a la hora de actuar e inmiscuirse en la vida de la niña N. tenía sus facultades restringidas a fin de accionar algún salvataje para frenar la conducta de Cristo, y lograr que la menor tenga una vida digna de cualquier niño de su edad. De esta manera lo expresa la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), cuando reconoce en su Art. 24 el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Tal es así, que el Art. 646 del Código Civil y Comercial de la Nación, enumera los derechos y deberes de los progenitores, siendo uno de ellos “cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo”, norma que no se cumplió en éste caso.

Volvemos al debate, y analizamos si podemos caratular a Lescano como progenitora o guardadora de los derechos mencionados de la que goza todo niño o niña menor de edad. Suponiendo que así sea, y enfocándonos en la postura de los vocales opinantes en este fallo, en referencia al concepto de buena o mala madre, nosotros nos alineamos con Roberts (2017), quien explica que para encontrar evidencia de esta relación especial entre maternidad y delito, en la mayoría de los casos se refieren a

madres (o mujeres que ejercen el rol de madres) que han fracasado en el cuidado adecuado de sus hijos. Estos casos demuestran que el derecho penal es más propenso a imponer deberes de actuar a las mujeres que a otras clases de personas. Encontramos en éste concepto, como reiteradamente se hace referencia al deber que tiene la mujer de encargarse y ser la guardadora del niño o niña, sin tener en cuenta que no es la única responsable de ello, visibilizando otro estereotipo de género.

Roberts (2017), prosigue en la explicación del concepto y comenta que el derecho impone y legitima relaciones de poder preestablecidas, explicando que las normas jurídicas premian las conductas que satisfacen el rol de las mujeres como madres y castigan al mismo tiempo las que entran en conflicto con la maternidad. Continúa diciendo que la construcción de la maternidad por parte de la sociedad, su imagen de lo que constituye una buena madre y lo que representa una mala madre, facilita el control continuo de las mujeres. La sociedad considera como desviadas a las mujeres que no logran realizar el ideal de maternidad. Estigmatiza a las madres solteras o ineptas, junto a las mujeres que no se convierten en madres, por violar la norma dominante. Teniendo en cuenta el abandono generalizado que sufren niños y niñas en nuestra sociedad, es posible que las leyes que sancionan la conducta de las madres, lo hagan tanto para imponer roles de género como para protegerlos.

Es así, que la reconocida autora Roberts (2017), cierra su idea argumentando que si bien la ley trata a las madres que cometen delitos en general con relativa indulgencia de modo tal que puedan cumplir con su rol tradicional, trata a las mujeres que cometen crímenes como madres con mayor dureza por violar su rol tradicional. El sistema de justicia penal sanciona a las acusadas dependiendo de la medida en la cual sus actos se desvían de la conducta femenina apropiada.

Para cerrar la idea, no podemos dejar de citar el inciso b) del artículo 7 de la Convención de Belém do Para, la que expresa la obligación del Estado de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Mujer”, principio constitucional al que nuestros jueces deben adecuarse en razón de una valoración justa, no así dejándose llevar por el estereotipo de género, idea que puede concluir con una sanción injusta, como comenta Roberts.

## **4.2. Ciclo de la violencia**

Centrándonos en la violencia ejercida contra Lescano por parte de Cristo, debemos decir que cualquier mujer que es agredida se encuentra inmiscuida en un círculo o ciclo de violencia, según lo explica en el capítulo 5 de su libro la autora

Walker (2009). Ella clasifica éste círculo de violencia en tres fases. La primera fase es de acumulación o construcción de tensión, donde se produce un episodio abusivo con actos de violencia menor y abuso verbal, donde la mujer cree tener cierto control sobre esto y evita incrementar la violencia del maltratador intentando calmarlo y frenando las conductas que cree que le puedan molestar al violento, la mujer siente culpa, pero pasado un tiempo siente confusión y angustia, lo que concluye en su alejamiento hacia el maltratador, quien responde con una actitud más controladora y provocadora hacia ella. Aquí llega una segunda fase, la que Walker llama de agresión o descarga de tensión, donde la intensidad de violencia psicológica aumenta, y comienza la violencia física y sexual, el violento descarga su agresividad, sintiendo alivio, no obstante la mujer se concentra en sobrevivir y complacer, lo tranquiliza con una actitud amable y servicial, hasta llegando a insinuar que podría abandonarlo si no cesa con los malos tratos. En esta etapa comienza la tercera fase de conciliación o “luna de miel”, que es un momento de calma, con arrepentimientos de por medio, promesas del agresivo de buscar ayuda y de no volver a violentar a la víctima, cuando la mujer suele creer en el agresor e intentar que la relación funcione, empero transcurrido el tiempo, el círculo o ciclo volverá a comenzar, y la situación se repetirá, tal vez con desenlaces de mayor relevancia, cadena que continuará repitiéndose hasta que algún acontecimiento lo frene.

Esta idea deja en clara evidencia la postura de los vocales al momento de argumentar la disminución de autonomía en las acciones realizadas por voluntad de Lescano. Es claro que ella no tenía control sobre su propia vida, sin poder tomar decisiones radicales que logren un desenlace diferente al resultado fatal.

#### **4.3. Obligación constitucional de fallar con perspectiva de género**

Ahora bien, si nos sumergimos en el terreno provincial, podemos encontrar que en el fallo Nro. 5050 dictado en fecha 8 de junio de 2021 por el STJER, se sentó postura en temas de cuestiones de género, marcando allí la Dra. Mizawak en su voto, la obligación constitucional y convencional de juzgar en base a principios de perspectiva de género y reafirmó que el Estado Argentino tiene un deber de diligencia “reforzado”. Asimismo, prosiguió bregando porque las juezas y los jueces asuman con seriedad la obligación de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación o violencia por razón de género contra la mujer y de aplicar estrictamente todas las disposiciones penales que sancionan esa violencia, garantizando que todos los procedimientos judiciales sean imparciales, justos y no se vean afectados por

estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas.

Ante esta postura, la vocal deja en claro la relevancia mayor del principio constitucional de juzgar con el principio rector de la perspectiva de género, al momento de fallar ante un delito tipificado por la ley positiva como lo es el Código Penal de la Nación.

Por otra parte, explica Rossi (2021) -al realizar un análisis sobre la causa de la CIDH en “González y otras (Campo Algodonero) Vs. Mexico”- que tal perspectiva de género fue utilizada para alcanzar la certeza requerida para efectuar un reproche penal válido hacia una persona y así poder fundar la aplicación de una pena, como también la falta de ella implicó una valoración estereotipada de los elementos de cargo, sin poder evidenciar que sobre los hechos habían dudas acerca de lo que realmente había sucedido, las que no podían ser superadas, por lo que se resolvió la absolución de la imputada.

Nuevamente, notamos como en ésta conclusión de la autora mencionada, ella remarca la valoración estereotipada del reproche penal. Veamos, como eso se asimila a la idea de la Dra. Mizawak, en relación a la imposibilidad de juzgar en un proceso judicial a una persona sin valorar esta condición, llegando así a la resolución de los jueces de absolver a Lescano.

#### **4.4. Postura del autor**

En concomitancia con el Dr. Giorgio, consideramos acertada la postura de vulnerabilidad en que se encontraba Lescano, tal es así, que en el proceso de primera instancia se dieron por sentadas acciones “correctas” que debía de llevar a cabo la nombrada, generando ni más ni menos que estereotipos de género que deben ser desterrados del marco de un proceso judicial, a fin de resguardar el derecho de defensa en juicio de cualquier persona, en este caso una mujer que está siendo juzgada por omisiones. Notamos, como se da por hecho, que Yanina tenía la libertad para realizar acciones que creemos que en verdad tenía restringidas, sin analizar los funcionarios de primera instancia el contexto de violencia que la abordaba.

Asimismo, conforme marca el vocal citado, Lescano se encontraba cursando un embarazo. Creemos, que el conglomerado de emociones que debe sobrellevar una mujer en su condición, en conjunto con las tareas del hogar y el cuidado de tres niños que realizaba a diario, sumado a la violencia que ejercía Cristo sobre su persona cuando llegaba a casa luego de su jornada laboral, no pudieron haber creado en la persona de

Lescano más que un comportamiento de supervivencia ante tal calidad de vida generada por el “hombre” de la familia.

Por otra parte, pensamos que acertadamente, la vocal Mizawak advierte que cuando la violencia no llega a ser observable a simple vista, no puede significar que haya que invisibilizar dicho aspecto. Acompañamos esa postura, posicionándonos del lado de los vocales, marcando que en el proceso no se investigó la violencia a la que era sometida la acusada. De ninguna manera se puede pensar que una persona sumergida en tal situación de violencia de género, pueda tener la capacidad de accionar para salvaguardar los derechos de otras personas, cuando no puede siquiera salvarse a sí misma de dicha situación. Pensamos fervientemente, que es imposible que no haya disminución de la autonomía en tal contexto coactivo, como bien lo marca la vocal.

Recordando a la citada autora Roberts (2017), confiamos en su pensamiento y nos compenetramos con el mismo, al compartir su ideal marcado en los párrafos anteriores, donde sus líneas fueran reeditadas, creyendo en nuestro pensamiento que realmente una mujer procesada es juzgada con una vara más alta, ya que por tratarse de un delito en el que se supone que por el hecho de ser madre y mujer, nunca le podría haber pasado, o sea, no debía haber descuidado tal situación para concluir en el delito configurado. Pareciera que por el hecho de ésta persona gozar del sexo femenino tendría que darse por sentado que será una “buena” madre o progenitora afín, cuestión que además somos de opinar, no puede ser juzgada sin poner sobre la mesa la óptica de género necesaria para poder observar la calidad de vida que llevaba Lescano al lado de una persona que la violentaba, en todos los aspectos, a diario. Como también describe Mizawak, a ésto se le llama “síndrome de la mujer maltratada”, cuando una persona es afectada de tal manera que posee baja autoestima, depresión, aislamiento y otros síntomas que nosotros creemos tornan imposible la realización de una acción deseada con el fin de hacer lo “correcto” o llevar adelante la estereotipada función de “buena madre”.

Parafraseada la teoría de Walker en el análisis crítico, debemos decir que en el marco de nuestro caso, vemos imposible que una mujer luego de cursar el ciclo de violencia, pueda actuar bajo su autonomía. Apoyándonos en el círculo de la violencia de Walker, creemos que podemos demostrar como la mujer violentada intenta cumplir con la demanda y las necesidades del agresor, mostrando toda la vulnerabilidad que padece a través de sus acciones, en pos de garantizar que el violento no siga matratándola, sin ver la realidad completa, a tal punto de no tomar la drástica decisión que se necesita para éstos casos, siendo que está en juego su propia integridad física. Entonces, llega el

punto en donde habría que plantearse como podría pensar Lescano en la seguridad de la niña, si ésta mujer violentada ni siquiera puede pensar en si misma.

Aquí, es donde nos frenamos en la competencia y responsabilidad del Estado para evitar estos episodios violentos y erradicarlos de nuestra sociedad a través de la efectivización real de la Ley 26.485, la que conforme marca en la sentencia el Dr. Giorgio, impone un deber jurídico para todos los operadores del sistema de administración de justicia, que deben atender a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas en estos sucesos. Creemos que es tarea de todos los poderes del Estado asumir el compromiso y ser eficaces en esta cuestión, que llevaría a una mejor calidad de vida de cada persona que sufre la perforación de sus derechos humanos.

## **5. Conclusión**

En razón del caso que se nos presentó, pudimos reconocer una situación de violencia intrafamiliar, la que culminó con la muerte de una niña de dos años que apenas comenzaba la vida. A partir de este suceso, las investigaciones se centraron en la posible culpabilidad de los dos adultos que debían resguardar la integridad física y salud de la menor, llegando el Poder Judicial entrerriano a la conclusión de que, tanto su progenitor, como su progenitora afín, merecían el castigo de una condena efectiva de prisión. No obstante, sentenciaron sin valorar en primeras instancias la situación de vulnerabilidad que vivía Lescano respecto de Cristo, fue así que se realizó el juicio partiendo de estereotipos de género, llevándolo adelante de manera arbitraria, cuestión que pudimos demostrar en puntos anteriores.

Damos cuenta de la importancia generada en los procesos judiciales a raíz de las cuestiones de género, lo que ha llevado a una valoración especial a realizar por parte de los jueces en las causas de ésta índole, produciendo un cambio en la manera de juzgar, ya que no sólo se tiene en cuenta la particularidad del caso, sino el ámbito que rodea a la mujer que pudiera ser víctima de éstos actos por parte de un masculino, incorporando esta condición como valor a la hora del juzgamiento.

En la historia de la humanidad, se llegó a un punto en el cual los estereotipos fueron tan visibles y chocantes para gran parte de la sociedad, que la denuncia de éstos comenzaron a tener credibilidad y defensa por parte de algunas masas. Creemos que el arduo trabajo de personas importantes en la temática, como quienes están en el día a día encabezando los entes que luchan contra la sociedad machista, han sido quienes dieron el puntapié inicial para que hoy estén reconocidas estas posturas a través de leyes y convenciones que logran visibilizarse en fallos y sentencias reales marcando los

derechos de mujeres violentadas, aunque bien sabemos que el camino es largo y falta mucho por construir, más allá de que con este tipo de fallos, se vislumbra un avance positivo ininterrumpido.

Pienso que los estereotipos de género, que no son más que prejuicios de una sociedad machista, muchas veces afectan la decisión final en un proceso judicial, debido a la percepción que cada autoridad tiene sobre tal persona. En contraparte, es válido decir que se nota el cambio estructural que se está realizando desde los entes gubernamentales, tanto a través de leyes como principios y convenciones adheridas, para lograr una verdadera perspectiva de género, llegando a una decisión unánime de los jueces a la hora de resolver, quienes lo harán con empatía en razón de las historias experimentadas por cada persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad ante cualquiera de las existentes violencias, sea física, psicológica, económica, sexual, entre otras. Para cerrar, confiamos por que en el futuro, la igualdad de género en nuestra sociedad siga marcada por un avance progresivo y concatenado.

## **6. Referencias Bibliográficas**

### **6.1. Doctrina**

**Alchourrón C. E., Bulygin E.** (2012). Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas. Buenos Aires - Bogotá. Astrea.

**Bourdieu, P.** (2000). La dominación masculina. Barcelona. Editorial Anagrama.

**Cartabia, S.** (2021). Violencia de género en el ámbito penal. CSJN, “RCE s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, 29 de octubre de 2019. Revista Debates Sobre Derechos Humanos, (4), pp. 29-42. Recuperado de: <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/article/view/884>

**Nino, C. S.** (2003). Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires. Astrea.

**Perceval M.** (2023). Las personas en situación de vulnerabilidad ante el sistema judicial. Trazos para una Argentina con equidad efectiva. Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de: <http://bit.ly/3P4IJpq>

**Roberts, D. E.** (2017). Maternidad y delito. Revista Argentina de Teoría Jurídica. Volumen 17. Buenos Aires. Universidad Torcuato Di Tella. Recuperado de: <https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/23/18>

**Rossi M. M.** (2021). La perspectiva de género en el proceso penal. 5 de Marzo de 2021. Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de: <https://acortar.link/AVnXdj>

**Walker L. E. A.** (2009). The battered woman syndrome. Springer Publishing Company, LLC. New York. Recuperado de: <https://acortar.link/vdh7Dz> . Traducción mía.

## **6.2. Jurisprudencia**

**Cámara de Casación Penal.** (14 de Marzo de 2022). Sentencia Nro. 15. Legajo Nro. 1582/20 caratulado “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/ RECURSO DE CASACION”. [Doctores Marcela Badano, Marcela Davite y Hugo Perotti]

**Corte Interamericana de Derechos Humanos.** (16 de Noviembre de 2009). Serie C Nro. 205. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México”. [Cecilia Medina Quiroga, Diego GarcíaSayán, Manuel E. Ventura Robles, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet y Rosa María Álvarez González]

**Corte Interamericana de Derechos Humanos.** (19 de Noviembre de 2015). Serie C Nro. 307. “Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala”. [Humberto Antonio Sierra Porto, Roberto F. Caldas, Manuel E. Ventura Robles, Diego GarcíaSayán, Alberto Pérez Pérez, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot]

**Corte Interamericana de Derechos Humanos.** (2 de Noviembre de 2021). Serie C Nro. 441. “Caso Manuela y otros Vs. El Salvador”. [Elizabeth Odio Benito, L. Patricio Pazmiño Freire, Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto,

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Pérez Manrique]

**Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos. Sala Nro. 1 en lo Penal.** (8 de Junio de 2021). Expediente Nro. 5050 caratulado "Carlino, Luis Roberto Jesus - Lesiones leves agravadas en concurso real, abuso sexual doblemente agravado en concurso real S/Impugnación Extraordinaria". [Doctores Miguel Angel Giorgio, Claudia Mónica Mizawak y Daniel Omar Carubia]

**Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos. Sala Nro. 1 en lo Penal.** (29 de Marzo de 2023). Expediente Nro. 5253 caratulado "Cristo Miguel Angel S-Homicidio Calificado por el Vínculo, con Ensañamiento y Alevosía Y Lescano Yanina Soledad S-Homicidio Calificado por el Vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación S/Impugnación Extraordinaria". [Doctores Miguel Angel Giorgio, Claudia Mónica Mizawak y Susana Ester Medina]

**Tribunal de Juicios y Apelaciones de Paraná, Provincia de Entre Ríos.** (14 de Mayo de 2020). Legajo Nro. 11776 caratulado "Cristo Miguel Angel – Lescano Yanina Soledad S/Homicidio Agravado por el Vínculo, Alevosía y Ensañamiento". [Doctores María Carolina Castagno, Alejandro Joel Cánepa y Gervasio Pablo Labriola]

### **6.3. Legislación**

**Código Penal de la Nación Argentina.** (2022). Erreius.

**Código Civil y Comercial de la Nación.** (2023). Erreius.

**Congreso de la Nación Argentina.** (13 de marzo de 1996). Convención de Belém do Pará. (Ley Nro. 24.632).

**Congreso de la Nación Argentina.** (8 de mayo de 1985). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. (Ley Nro. 23.179).

**Congreso de la Nación Argentina.** (14 de abril de 2009). Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. (Ley Nro. 26,485).

**Congreso de la Nación Argentina.** (19 de Diciembre de 2018). Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (Ley Nro. 27.499).

**Constitución de la Nación Argentina.** (1853). Actualizada el 15 de Diciembre de 1994.

### **7. Anexo: fallo completo**

"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 ATENUACIÓN S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", Expte. N° 5253.

---

///C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veintinueve días del mes de marzo de 2023, reunidos los Miembros de la Sala N° 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidenta Dra. CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK, y Vocales, Dr. MIGUEL ÁNGEL GIORGIO y SUSANA ESTER MEDINA, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. Melina L. Arduino, fue traída para resolver la causa caratulada: "CRISTO MIGUEL ANGEL S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO, CON ENSAÑAMIENTO YALEVOSÍA Y LESCOANO, YANINA SOLEDAD S-HOMICIDIO CALIF. POREL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" N° 5253 .-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: GIORGIO - MIZAWAK - MEDINA.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Qué corresponde resolver?

A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. GIORGIO, DIJO:

I.- Fue elevada la presente causa ante este Tribunal de Alzada en virtud de la recepción por esta Sala del Recurso de Queja interpuesto por los Dres. Patricio Nicolás Cozzi y Miguel Ángel Cullen en carácter de 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 que dispuso: I- RECHAZAR el recurso interpuesto por el Dr. Carlos Daniel Antico, 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. II- RECHAZAR el recurso interpuesto por los Dres. Miguel Cullen y Patricio Cozzi, defensores técnicos de la imputada Lescano (en fecha 09/06/2020, cfr. fs.407/413). III- HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso interpuesto por los Dres. Juan F. Malvasio y Santiago Brugo, como representantes del Ministerio Público Fiscal (en fecha 05/06/2020, cfr. fs.389/397); y en consecuencia, ANULAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, sólo en relación a la situación de la imputada Yanina Soledad Lescano, debiendo REENVIARSE el legajo al Tribunal de Juicio, para que un Tribunal debidamente conformado, reedite los actos pertinentes, y dicte sentencia ajustada a Derecho.

Al fundar la Impugnación, los Dres. Miguel Ángel CULLEN y Patricio Nicolás COZZI, defensores de YANINA SOLEDAD LESCANO, reseñaron los antecedentes del caso y se disconformaron con las apreciaciones del tribunal revisor respecto a la determinación temporal efectuada por el Tribunal de Juicio acerca de los malos tratos infligidos a la menor y aludieron a las declaraciones de testigos que manifestaron ver en buenas condiciones de salud a la niña en el mes de diciembre.

Aseveraron que lo único que se acordó fue la convivencia, no el inicio de los tratos crueles por parte de Cristo a Nahiara.

Expresaron que el órgano revisor no trató la queja concreta relativa a la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia, limitándose a sostener que el Tribunal de grado ya lo había abordado, fundándolo en doctrina mayoritaria.

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 "aconsejar" al Tribunal de Juicio 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 e insistieron con ello, manifestando que Lescano hizo lo que pudo, como mujer inmersa en un contexto violento.

Indicaron arbitrariedad y contradicción en la valoración jurídica, exponiendo que la casación considera que no se da la agravante del art. 80 inc. 1º del C.P. pero deja abierta la posibilidad de la agravante de alevosía y ensañamiento, mientras que el Tribunal de Juicio consideró que sí se aplica la agravante del art. 80 inc. 1º del C.P., pero no así las otras. Afirmaron que ambas conclusiones, contradictorias entre sí, son erradas.

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 ("guardadora" como lo dice el propio Tribunal Casatorio), estamos hablando de una autoría, nunca de una coautoría, complicidad o participación como dice la Vocal en la sentencia que comanda..."

Resaltaron finalmente y como agravio autónomo, la denuncia de violencia institucional en la acusación, extremo que quedó al margen del análisis de ambos tribunales.

Al desarrollar la relación directa entre la cuestión federal y lo resuelto, reiteraron la falta de tratamiento del planteo de inconstitucionalidad de los delitos impropios de omisión, como así también, de la pena a prisión perpetua y la falta de imprecisión en la acusación, agregando que no puede existir una condena a pesar de una acusación nula por falta de individualización del hecho.

Sostuvieron la configuración de una arbitrariedad fáctica por apartamiento del material probatorio de la causa, arribando a una condena para Lescano sin la certeza suficiente que esta instancia requiere.

Indicaron la normativa aplicable y solicitaron finalmente se tenga por interpuesta formal impugnación extraordinaria y se haga lugar a la misma, teniendo presente la reserva de Caso Federal.

II.- Se celebró la audiencia respectiva, a la que comparecieron por la defensa de la imputada, los Dres. Patricio Nicolás Cozzi y Miguel Ángel Cullen.

Comenzó su alocución el Dr. Cozzi, expresando 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 advertimos que Lescano ha sido condenada por errores judiciales. Refirieron que resulta absurdo imaginar que hay un varón, que asesina a golpes a su hija, con tratos crueles e inhumanos, que la tortura, pero que con Yanina no era un mal tipo, no era violento y que ella, que veía como esa persona mataba a golpes a su hija, no tenía por qué pensar que era mal tipo, añadiendo que estaban presente también los hijos menores de edad de Yanina, en esa casa.

Expresó que esto se ha ratificado en dos sentencias y que el hecho de no aplicar el enfoque correcto, de generar o mantener una expectativa de conducta de la mujer que sufre violencia de género, de una situación que no puede cumplir, justamente es no contextualizar el caso en el enfoque correcto que se merece.

Afirmó que vienen planteando esto desde el inicio del juicio y en ninguna instancia de las que hasta ahora se han pronunciado, se han detenido en este enfoque.

Denunció la violencia institucional con la que se ha manejado este caso, donde desde el primer día, la acusación se ha pronunciado diciendo que se iba a pedir la pena de prisión perpetua para Yanina, porque era la pena que le correspondía. Consideró que ya había un prejuicio, previo a cualquier declaración de imputado. Expresó que a Yanina nunca se la escuchó y decían que mentía porque no denunció.

Manifestó que se omitieron deberes constitucionales, desobedeciendo a la ley y dejando de investigar con el enfoque que requiere este tipo de caso, más que nada cuando en la declaración de Yanina se denuncia una violencia de género que nunca fue investigada.

Sostuvo que la consecuencia de este tipo de acusación revela la cuestión del hecho intimado, no importa si se precisa o no la conducta, la imputación es "no hiciste nada", "se te asigna un rol, en este caso de madrastra y se atribuye un resultado, no importa si sufriste violencia y si sufriste no te creemos, algo tendrías que haber hecho y salvarla". Esgrimió que allí es donde se esconde el primer estereotipo, que la madre o en este caso, la madrastra, todo lo sabe, lo puede, lo debe. Ahí es de donde partimos, si se identifica el modo con el que inicia la acusación, violando las convenciones internacionales, es decir la ley, invisibilizando así la violencia institucional, la violencia de género, se refleja después en la arbitrariedad de la sentencia, apoyando esa tesis arbitraria.

Expuso que en el Juicio, se indagó más de la vida de Yanina que del propio hecho, acerca de cómo cuidaba a sus otros hijos -que nada tiene que ver-, se le preguntó aproximadamente 27 veces a distintas personas si Yanina era mentirosa o manipuladora, a personas que nada tenían que ver, pero acá es donde la Corte detecta las primeras

alarmas de una investigación discriminatoria (citó fallos de la corte interamericana donde se destaca la interposición de estereotipos, como mentirosa, manipuladora, falta de credibilidad en causas donde hay mujeres investigadas).

Indicó que ambas sentencias, al ratificar el hecho, confirman concretamente que no ha habido violencia de género, y la defensa cree que hay serios indicadores que marcan otra cosa, por ejemplo, el testimonio de Jazmín, la hija de Yanina, con las Lic. Serrano y Santana (refirió que la niña declaró que Yanina le pedía a Cristo que le deje de pegar a Nahiara). Cuestionó que nada se ha dicho acerca del dolo, que el Tribunal ha dicho muy poco y la casación nada, y el dolo se termina justificando con los elementos del tipo objetivo.

Refirió que el tribunal, sin ningún elemento de corroboración afirmó que Yanina conocía lo que pasaba y estaba a gusto con esa situación; y refutó esto relatando que Lescano se metía y le pedía a Cristo que no le pegue, por lo que evidentemente Yanina no estaba a gusto con la situación y esto deja ver una arbitrariedad completa en la reconstrucción de los hechos.

Retomó con la alusión al testimonio de Jazmín y resaltó que ella decía que “mamá se quería ir y papá no la dejaba”. En relación a esto, argumentó que las licenciadas hicieron una interpretación diferente, Serrano decía que luego de discutir Cristo la convencía de que se quede, en cambio Santana deduce que Cristo no la dejaba irse, haciendo referencia a que Lescano se quería ir, no que se quiso ir y concluyó que Yanina no era libre de irse. Agregó que esto no fue controvertido, y es prueba objetiva de que Yanina no era libre.

Se explayó acerca de los testimonios de los hijos de Yanina, estos referían que Cristo siempre estaba en la casa, que salían muy poco, pero cuando lo hacían era todos juntos y si Cristo salía solo, lo hacía con Ulises, el más chiquito. Alegó que Silvia, la vecina de al lado, da cuenta de la violencia de Cristo para con Nahiara, así lo relata el suboficial de la base, que escuchaba muchos ruidos, gritos, golpes, golpes de palo, etc. y ratifica la declaración de Yanina. Concretamente Silvia escuchaba que Yanina le pedía a Cristo que se llevara a la nena a lo de los abuelos porque la nena estaba mal. Relató que hay un video del programa “Nunca es tarde” que demuestra como vecinos cuentan que se escuchaban los gritos, que sólo se lo veía salir a Cristo, que a la madrastra (por Yanina) nunca la vieron salir y describen que eran tales los gritos que en el 2019 prácticamente llamábamos todos los días a la policía, quienes venían y decían que nada podían hacer, por no tener orden del fiscal.

Afirmó que Yanina vivía en una situación de aislamiento, donde excepcionalmente hablaba por teléfono un par de veces con una vecina y para las fiestas que fue la familia de Cristo a visitarlos. Resaltó que Cristo tenía los DNI de Yanina y de los hijos y las tarjetas de los planes sociales de Lescano, por lo que advirtieron la violencia económica, sin embargo el Tribunal dice que no hay violencia económica porque Yanina no lo mencionó al momento de declararlo. Refirió una doble revictimización y una violencia institucional donde pesa sobre la víctima la carga de declarar todos los tipos de violencia que sufre y manifestó que Yanina ni sabía que era víctima de violencia económica.

Respecto del hecho intimado indicó dos cuestiones: 1- El tribunal reconoce la imprecisión por la cual no se determinaron cuáles conductas eran las que Yanina debería haber adoptado y 2- imprecisión respecto al tiempo de la acusación.

Criticó que el Tribunal advirtiera para el futuro a los fiscales, que precisen mejor los hechos y después subsanara tal imprecisión por el rol activo de la defensa, diciendo que por la cantidad de cosas que presentó la defensa, no puede hablarse de una situación de indefensión y por el acuerdo de los hechos que se hizo en la audiencia de garantías, (refiere al hecho intimado, el cual fue cuestionado desde aquellas instancias y siempre se le fue denegado a la defensa, no pudiendo demostrar nunca la acusación cuales fueron las conductas que Yanina debería haber tenido para evitar el hecho).

Expuso que hay errores de transcripciones en la sentencia con respecto a las declaraciones que son fundamentales y que su análisis lleva a una conclusión totalmente opuesta de lo que se declaró.

Agregó que el problema del hecho intimado, lleva que la casación -que hace lugar al recurso de la acusación-, establezca la nulidad y mande a hacer un nuevo juicio para ver si había alevosía, pero a la vez dice que para ellos, había una complicidad de Yanina para con el hecho principal de Cristo y diga que en ese nuevo juicio se determinará si hubo abandono de persona seguido de muerte u omisión de auxilio. Entonces se preguntó si todo esto surge del mismo hecho intimado, concluyendo que se han olvidado de los hechos y se fundamenta exclusivamente con dogmática.

Con la palabra el Dr. Cullen, aludió a la sentencia, en la cual el hecho está mal imputado porque no le dice a Yanina lo que debió hacer y se la condena de todos modos porque dicen que aquellas conductas debidas eran socialmente conocidas y que no se trataba de una persona que sufra violencia de género, porque esporádicamente tenía algún contacto con alguna persona o porque de vez en cuando utilizaba un celular. Expresó que se condena a una persona en base a un delito (refiere a la omisión) que no

está tipificado en el código penal, del cual se dice que está unánimemente aceptado por la doctrina, pero no cree que sea así y propone el debate acerca de si corresponde o no. (citó doctrina y fallos que tratan la inconstitucionalidad de la figura).

Sostuvo que la imputación y posteriormente la condena contradicen directamente el art. 1 del CPPER y que en aquellas legislaciones donde aceptan la equiparación de la omisión con la comisión, lo hacen como lo hacemos nosotros, primero establecen la cláusula de condiciones, de equivalencias y cláusulas de proporcionalidad para no poner la misma pena, porque no es lo mismo.

Solicitó ser escuchado, que atiendan a sus agravios que no fueron tratados apoyándose en que el tribunal de juicio ya respondió tal cuestión. Apuntó que el tribunal de juicio le dijo a los fiscales que el hecho está mal descrito, incluso le dicen como debieron hacerlo, partiendo de una postura de que los delitos de omisión son constitucionales, pero debía decirle por qué Lescano tenía la obligación y cuál era esa obligación.

Refirió que no se puede convalidar esa sentencia condenatoria y mucho menos la sentencia de casación que además le ordena a la fiscalía como debe hacer las cosas en adelante.

Manifestó preocupación porque en este país se condene a una persona por un delito que no está tipificado, pero además que los jueces suplan la actividad de los fiscales, todo para no dar la discusión si debemos aplicar dicha pena no habilitada en el código penal, si se debe pedir o no la inconstitucionalidad del art 1 del CPPER.

Expresó que como única opción posible, ve que este tribunal absuelva a Yanina Lescano, en base a lo sostenido en la instancia de casación y en el recurso de impugnación extraordinaria. Solicitó en subsidio se reedite la etapa casatoria y se cumpla debidamente con la garantía del doble conforme dándose un correcto tratamiento a los agravios planteados por la defensa. Finalmente hizo expresa reserva del caso federal y de recurrir ante los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A su turno, el Dr. Ignacio Aramberry, en representación del Ministerio Público Fiscal agrupó para su tratamiento a los agravios, separándolos en cuestiones procesales -indeterminación del hecho y fuente de posición de garante- en constitucionales -la alegada inconstitucionalidad del delito de comisión por omisión- y convencionales -la incorrecta interpretación del hecho por ausencia de perspectiva de género-.

Aclaró previamente que Casación al hacer lugar al recurso manda a hacer un nuevo juicio, por lo que pierden sustento los agravios de la defensa que no cuestionó esa orden de la Sentencia.

Expresó, respecto a la comisión por omisión que tanto el Tribunal de Juicio como Casación ha dado razones para sostener su constitucionalidad y añadió que no existe analogía, y que todos los tipos penales deben ser interpretados más allá de la literalidad del texto. Aludió a una interpretación histórica y refirió que esta Sala Penal ha sentado jurisprudencia al respecto.

Sostuvo que no constituye agravio suficiente la interpretación de un Tribunal, si es razonable y que no cabe en este caso deslegitimar los fallos por admitir la procedencia de la comisión impropia, indicando que el recurso plantea un mero disconformismo.

Adujo que la defensa se agravia diciendo que no se ha expresado la referencia normativa de donde surge la fuente de garante y recordó que ello se encuentra muy bien explicado en el fallo del tribunal de juicio: en primer lugar la doctrina ubicó como fuente de garantes 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, a punto tal que éstas han inspirado modificaciones legislativas, lo que ha generado que esta posición de garante se reconozca formalmente, es decir han nutrido las fuentes materiales a las formales.

Afirmó, que en ese sentido, Yanina Lescano era un garante de protección -de una niña de dos años-, que no es igual a la figura de garante de custodia.

Con respecto a los agravios procesales que giran en torno a la indeterminación temporal del hecho y a la indeterminación de la conducta mandada, entendió que el tribunal ha sido claro al respecto y que no ha hecho solamente una recomendación, sino que ha dado sus argumentos de por qué se desestiman estos agravios y ha descartado que haya habido una situación de indefensión, que se ha ejercido una defensa activa, que ha introducido prueba, que ha indagado sobre aspectos relevantes al hecho, sin perjuicio de que la tesis de la defensa siempre pasó por querer demostrar que la Sra. Lescano se encontraba en una situación de violencia con Cristo.

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, y el vocal que comanda el voto así lo deja asentado, confrontó las diversas pruebas con la

versión que dio la imputada con respecto a ser víctima de violencia, lo que el tribunal descartó por una serie de motivos.

Se explayó respecto a la versión de la imputada que el Tribunal descreyó con respecto a los malos tratos, a las lesiones que dijo tener la niña, las que en realidad eran más de 24 lesiones, sin contar el estado de desnutrición, en cuanto a lo que sucedió el día del hecho, cuando Nahiara es trasladada al hospital; desestimó que haya tenido la libertad limitada por su ex pareja, descartó que haya estado encerrada ya que ella misma tenía llaves de la vivienda, que haya estado en reposo absoluto, incomunicada y que haya sido víctima de violencia de género.

Sostuvo que el descargo realizado por la imputada y los agravios planteados, han sido tratados de manera minuciosa por el vocal que comandó el acuerdo, por eso consideró que los motivos que da el tribunal para contestar a los agravios planteados y el resultado al que arriba, es razonable. Que no existen los efectos exculpatorios de los que habla la defensa, los que pueden ser reproducidos en todo caso en este nuevo juicio mandado a hacer y que en todo caso deben ser celosamente analizados y probados, no alcanza con su sola invocación. Esto porque en la situaciones de coacción se dan supuestos de bienes jurídicos equivalentes y debe ser suficientemente probada cualquier causa de exculpación.

Expuso que la defensa ha fragmentado distintos elementos de la prueba para sostener su tesis de sometimiento con efectos exculpatorios y el tribunal da explicaciones al respecto, dice con respecto al testimonio de Abraham que Lescano estaba de acuerdo con los malos tratos que recibía Nahiara. El tribunal también hace referencia en relación a testimonio de Silvia, la vecina, quien la escuchó decir a Lescano -en el momento del hecho - “¿y ahora que hacemos?”, buscando una suerte de coartada al respecto, coartada que se explicita también en un llamado que realiza Cristo, a través de un teléfono policial del Hospital San Roque, donde Lescano le dice: “¿están escuchando?” y ahí es cuando dan otra versión y le suministra una coartada.

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.

Hizo su presentación oral como Amicus Curiae, la Dra. Cecilia M. Hopp quien argumentó acerca de la discriminación y los estereotipos que recaen sobre la mujer.

Aludió a la dogmática de los delitos de omisión y a los requisitos para su imputación y desarrolló distintos aspectos de la violencia de género, entre ellas las dificultades estructurales y la capacidad para impedir.

Refirió a la posición de garante, a su regulación legal en el Código Civil y postuló acerca de la culpabilidad, la determinación de la pena y la autoría y participación.

Por último argumentó sobre la responsabilidad internacional y las políticas de protección de la niñez.

Finalmente solicitó se desestime la Impugnación Extraordinaria, se confirme la sentencia recurrida y no se haga lugar al pedido de absolución ni se renueve el acto casatorio.

IV.- Establecidas de este modo las posturas de las partes, corresponde ingresar a resolver la cuestión planteada, imponiéndose el análisis del pronunciamiento casatorio confrontado con los agravios sostenidos en la impugnación deducida.

En esa tarea, resulta necesario destacar que el fallo en crisis inicia su desarrollo tomando la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de Juicio para cuestionar el recorte temporal allí asentado, concluyendo que resulta equivocado afirmar que el comienzo de los malos tratos coincide con la data de las últimas lesiones no cicatrizadas, ya que a su entender, esta afirmación no se compadece con la prueba obrante en autos.

Superado ello, abordó los agravios interpuestos por el representante técnico del encartado Miguel Cristo argumentando que no revisten entidad suficiente para contradecir la conclusión a la que se arribó.

Al adentrarse en el planteo recursivo de la Defensa de Yanina Lescano, la Sra. Vocal que comandó el acuerdo, trató en primer lugar la queja referida a la inconstitucionalidad de los delitos impropios de omisión, reseñando el análisis doctrinario y jurisprudencial efectuado por el Tribunal de Juicio al que calificó de notablemente exhaustivo y le permitió concluir que el hecho de enrolarse los letrados en una postura diversa a la sostenida por el Tribunal, no implica per se arbitrariedad en la respuesta jurisdiccional, por lo que propició su rechazo.

En relación a la alegada sumisión en un contexto de violencia de género tal que le habría impedido a Lescano realizar alguna acción, la Cámara Casatoria realizó un racconto de los elementos tenidos en cuenta por el Tribunal para desestimarlos y compartió tal deducción, considerando que se tuvo en cuenta la literatura especial sobre violencia de género, la normativa aplicable y los parámetros dados por los testigos expertos; todo ello contrastado con el cúmulo probatorio de la causa. Se analizaron las declaraciones de las profesionales del COPNAF -Serrano y Santana- que no advirtieron disociación en Lescano, como para que no pudiera valorar la situación de Nahia, el

testimonio de otros testigos que manifestaron no advertir un vínculo o relación desigual de poder, se descartó que Lescano hubiera estado en una situación de encierro, de sometimiento, de privación de libertad ambulatoria o que no tuviera teléfono para comunicarse. También refiere que el juzgador tuvo en cuenta el relato que Yanina les brinda a las psicólogas Vázquez y Gómez Arpi infiriendo que la imputada les brindó un relato por el que intentó acomodar su situación procesal, pero que no se correlaciona con la prueba arrimada.

Finalmente avaló la conclusión del Tribunal que, amparado en el aporte de las profesionales psiquiatras que intervinieron en la pericia psicológica psiquiátrica, afirmó que de toda la prueba analizada no surge que Lescano hubiera estado sometida a violencia por parte de Cristo.

El órgano revisor tomó los precedentes mencionados por la defensa y se exployó citando doctrina específica. Entendió que el Tribunal ha tenido especialmente en cuenta esa circunstancia y que el análisis de la prueba que se hace al respecto es detallado, contextualizado, racional, elude los estereotipos y determina que Lescano se encontraba en capacidad actuar y realizar las conductas debidas, que "consistían en poner en marcha algunos o todos los medios y herramientas que se encontraban a su entera y libre disposición y a su alcance."

Aludió también que debe extremarse el celo en el juzgamiento atendiendo a la calidad de mujer de la niña víctima.

Finalmente estimó que el caso amerita una reedición del juicio por encontrar yerros concernientes a la calificación legal de la conducta de Lescano, a la autoría, a la aplicación de las agravantes y de la atenuante de las circunstancias extraordinarias de atenuación.

Expresó que es errónea la aplicación de la última parte del art. 80 del C.P. respecto de Yanina Lescano ya que no posee la calidad especial que requiere el inc. 1 del art. 80 del C.P., ni se constatan los extremos necesarios de aplicabilidad de las circunstancias extraordinarias de atenuación.

Sostuvo que sí podrá ser cómplice por comisión por omisión de Cristo y se le podrían comunicar las circunstancias agravantes, pues positivamente, sabía que Cristo era el padre de Nahiara.

Expuso que el precedente "Rodríguez - Flores" (sent. del 31/08/2016) sobre la comunicabilidad de las circunstancias agravantes al partícipe, presupone la situación inversa.

Propuso que la discusión respecto de si le cabe o no la agravante por alevosía y/o ensañamiento se reanude en el nuevo juicio y criticó la postura asumida por el Tribunal que las descartó por no haber sido debidamente intimadas en el hecho que conforma la plataforma fáctica. Entendió que el hecho formó parte del acuerdo en la audiencia de remisión a juicio, se le hizo saber que las calificantes formarían parte de la acusación, como así también la pena que se solicitaría, y en qué consistía su conducta -y la de Cristo-.

En cuanto a la posición de garante, argumentó que ello surge de lo dispuesto normativamente en el Código civil, aunque con la limitación de que no por ello le será extensivo el tipo penal del art. 80 inc. 1 del CP., afirmando que Lescano, en el caso, está en la condición de guardadora (o, según el CC, progenitora afín).

Finalmente, y con la adhesión del resto de los miembros de la Cámara, Casación resolvió confirmar la Sentencia en relación al encartado Miguel Ángel Cristo, rechazar el recurso interpuesto por los defensores técnicos de la imputada Lescano y hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y en consecuencia, ANULAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, sólo en relación a la situación de la imputada Yanina Soledad Lescano, debiendo REENVIARSE el legajo al Tribunal de Juicio, para que un Tribunal debidamente conformado, reedite los actos pertinentes, y dicte sentencia ajustada a Derecho.

V.- Ingresando así en materia decisoria, tomando inicialmente en cuenta los argumentos defensivos esgrimidos y no atendidos en forma satisfactoria en su oportunidad, en torno a lo que consideraron una defectuosa intimación de los hechos efectuada a su pupila, advierto en primer término que ya desde la primigenia imputación se ha dado por sentado que Yanina Lescano asumía en los hechos atribuidos una posición de garante con las consiguientes responsabilidades penales que ello conlleva, sin analizarse acabadamente todas las aristas que ofrece esa particular construcción de la dogmática penal moderna no receptada expresamente en nuestro código sustantivo, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos.

En efecto, a raíz de la adjudicación de ese rol, se le imputó así un delito de omisión impropia, que son aquellos que se presentan según la opinión de autorizada doctrina -dentro de los delitos comisivos- 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 (cuando se compruebe que si el autor hubiera realizado la acción habría sido causa de la no producción del resultado con una

probabilidad rayana a la certeza) 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).

Pero, ciertamente, no luce 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, a quien también se le atribuyó un obrar omisivo, cuando se le adjudica entre otras conductas no suministrarle la alimentación indispensable a la niña que provocó un estado de desnutrición generalizado.

En esta situación estaba el imputado Cristo, desplazando absolutamente la concurrencia de otro garante asimilable a él ya que la progenitora de Nahara había fallecido. 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, siendo jurídicamente inviable establecer y/o acudir a una suerte de listado de posibles garantes subsidiarios y/o subrogantes - como parece haber ocurrido aquí - sin lesionar el principio de prohibición de analogía.

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.

En este aspecto, aún acudiendo a otras fuentes legales para definir esta cuestión, el diseño que instaura una jerarquía en favor de los padres parte del mismo art. 673 del Código Civil analizado en la Sentencia. La norma, luego de regular deberes y derechos del progenitor afín, añade, en el último párrafo, que en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.

Se revela entonces que las funciones asignadas al progenitor afín 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.

Cabe traer a colación a todo esto la opinión de Marco Antonio Terragni quien en su obra "Posición de garante y derechos individuales", al referirse a este tema refiere que "... el vínculo jurídico se establece entre el necesitado y el omitente, de lo que resulta que constituye una relación entre personas identificadas: no se extiende a

terceros. Alguien, con nombre y apellido, está obligado a actuar, pues la indemnidad del bien depende absolutamente de él porque es el dueño del proceso que ha de llevar o no al resultado; no se trata de un mandato dirigido a cualquiera. Por lo mismo, para indicarlo resulta imposible utilizar la fórmula "el que... o "quien..." que aparece en la mayoría de los preceptos de la Parte Especial del Código penal y de las leyes penales especiales, en los casos en los que todos pueden constituirse en sujetos activos del delito de que se trate. Respecto de este sujeto es más fuerte (que en relación con los demás) la expectativa de una conducta positiva pues existe un deber especial que la genera (Nino, Carlos Santiago, ¿Da lo mismo omitir que actuar? Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión, LL, 1979 -C, 815)... (conf. autor citado - Supl. Penal 2010 (septiembre), 6 Cita: TR LALEY AR/DOC/5554/2010).

Más concretamente, la Dra. Úrsula C. Basset vuelca estos conceptos en su artículo: "La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín" y al analizar el rol sustitutivo o complementario del progenitor afín, nos dice que "... por imperativo del art. 7º de la Convención de los Derechos del Niño, siempre es preferible la regulación complementaria jerárquica que privilegie a los padres biológicos o adoptivos y la (regulación) sustitutiva en el sistema argentino sólo podría proceder previa justificación judicial o administrativa del desplazamiento del progenitor biológico o adoptivo de su protagonismo en la relación con su hijo..."

Agrega seguidamente que "...La doctrina comparada ha señalado la inconveniencia de forzar al progenitor afín a ingresar en un estatuto forzoso. Las circunstancias vitales en las que se encuentren el progenitor afín, el hijo y los padres son demasiado variadas para encorsetarlas en un único molde imperativo..." "...Ninguna de estas cuestiones ha sido considerada por el derecho argentino, que reguló con un solo modelo todas las situaciones, incluso la de convivientes de un día..."

Sostiene igualmente esta autora que la patria potestad es intransferible e indelegable y agrega: "...Se advierte rápidamente que la figura del progenitor afín pone en cuestión la estabilidad implicada en la atribución de potestades relativas al cuidado del niño, que se apoya en la irrevocabilidad e indisolubilidad de la filiación. La progenitura afín está llamada a una duración temporal y precaria..." (Conf. Dra. Úrsula C. Basset, Revista Código Civil y Comercial pág. 103, LA LEY, agosto 2015. id SAIJ: DACF160462).

Respecto a la imposibilidad de coexistencia de garantes en distinta jerarquía que sostengo, resulta ilustrativo el ejemplo del Dr. Daniel Rafecas, que al desarrollar la posición de garante por dominio de protección, expresa: "...también le puede ser

atribuida a los abuelos respecto de los nietos menores, siempre y cuando ellos convivan los unos con los otros, y que ellos hayan asumido fácticamente el cuidado de los niños en forma exclusiva (por delegación, permanente o transitoria, de parte de los padres, porque estos ya no existen, por decisión judicial, etcétera). A esta posición de garante, se le asimila la de los tutores o encargados de la guarda, respecto de menores o personas incapaces bajo su custodia..." (cfr. "Derecho Penal sobre bases constitucionales, Daniel Rafecas, 2021) -el subrayado me pertenece-.

Diferente es el caso en que concurren dos garantes de igual rango o categoría, como el ejemplo que cita Roxín de los dos guías de montaña que asumen contractualmente el deber de guiar conjuntamente a un grupo de alpinistas y si conciben y ejecutan el plan de dejarlos en la estacada en un lugar peligroso, son, en función de que tipo sea aplicable, coautores de abandono, homicidio o lesiones.

Lo hasta aquí expuesto revela una jerarquía de roles y me permite afirmar que el único garante posible y exclusivo en este caso es el padre de la menor. Lescano no es garante si aquél ocupa ese lugar; no pueden coexistir ambas posiciones, pues no hay equivalencia entre ellas y no hay reemplazo ni sustitución de uno por otro porque el vínculo paternofilial no se extinguió. Pretender ubicar a Nahara bajo el ámbito de garantía de Lescano es extender de un modo inapropiado el deber de protección. No puede perderse de vista tampoco que la convivencia de la imputada con la niña tuvo una escasa duración que no alcanzó siquiera los seis meses.

Desde otra perspectiva de análisis y en relación al uso extensivo de esta construcción dogmática, Terragni nos advierte que "... por obra de alguna doctrina ha llegado hasta el punto de pretender constituirlo en una incriminación autónoma, en cierta forma independiente de la dolosa y culposa, hasta el extremo de que Roxin habla de que alguien es "sancionado" con una posición de garante (Roxín, Claus, Ingerencia e imputación objetiva, en Revista Penal, La Ley, Madrid, N°19, enero 2007, pp 152 ss); como si la infracción de los deberes que supone hallarse en ese puesto fuese -por sí y con prescindencia de los elementos subjetivos dolo y culpa, la única razón para aplicar una pena..." (cfr. autor y ob. cit.)

A mayor abundamiento, Eugenio Raúl Zaffaroni, al emitir su voto en los autos "R.,R.M. y otros s/ p. ss. aa. homicidio calificado, 20/08/2014, en su considerando 14) refiere que "... 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..."

Sin perjuicio de las diferencias con el caso referido, lo que verdaderamente importa destacar aquí es la necesidad de un cambio de enfoque dirigiendo asimismo el análisis a la prueba del dolo de Lescano en la figura penal atribuida por un supuesto obrar omisivo.

Al respecto, Terragni también observa que "...Parece evidente que una decisión, dictada prescindiendo de la determinación del elemento subjetivo, dolo o culpa, instauraría una responsabilidad puramente objetiva, arrasando con el esfuerzo de más de dos centurias por erradicarla del Derecho Penal de los países con tradición jurídica de origen continental europeo..." ( autor y ob. cit.)

Por otro lado, resulta insoslayable considerar en el caso en examen el contexto de vulnerabilidad y las circunstancias singulares que rodearon a Lescano y en base a ello analizar sus posibilidades de acción, esto es, una mujer que ha sufrido violencia a lo largo de toda su vida, que ha naturalizado esa situación y que se hallaba viviendo con quien maltrataba y mató a su hija frente a ella y a sus propios hijos, con el aditamento de encontrarse cursando los últimos meses de embarazo, al punto tal que - de hecho- dio a luz al día siguiente de la muerte de Nahia. En esa senda, aún cuando se insistiera en la aplicación de esta construcción dogmática, ello nos conduce inexorablemente también al interrogante sobre la aptitud que tenía Yanina Lescano para asumir el rol que

se pretende y constituirse así en garante de la menor. Esto ha sido objeto de agravio y apoya igualmente la postura de la errónea calificación del hecho que se le imputa.

En otro orden, la defensa refirió asimismo a una situación de violencia institucional que también debe ser atendida, y, en este aspecto, caber recordar que el Estado adquiere un rol activo en la lucha contra la violencia de género, que implica su intervención como custodio de los tratados y convenciones que suscribe y ratifica; y ello debe verse reflejado en sus roles ejecutivo, legislativo y judicial.

La perspectiva de género viene a introducir una mirada distinta del "sentido común" con que deben analizarse los hechos, prestando particular atención al contexto en que se producen y considerando a éste como parte del razonamiento jurídico. En este sentido, "...la violencia de género sobre todo la intrafamiliar, no se constituye por una sucesión de actos puntuales sino que tiende a ser un continuum que se prolonga en el tiempo y que se expresa de distintas formas (violencia sexual, física, psicológica, económica y simbólica), aun cuando para la punibilidad solo sea lícito considerar los hechos aislados que se subsumen en algún tipo penal... Esta indagación del contexto habilita una amplia gama de medios de prueba que va mucho más allá del testimonio de la víctima..." (Piqué, María Luisa en "Amplitud probatoria y violencia contra las mujeres" en PITLEVNIK, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Ed. Hammurabi, nro. 20, Buenos Aires, 2016, p. 208).

Resulta inconcebible a esta altura, la alusión a estereotipos de género, entendidos éstos por la Corte Interamericana como una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente.

Al efecto, el Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer) entre sus recomendaciones interesó "promover la igualdad de género, erradicar estereotipos, capacitación, concientización con perspectiva de género en materia de derechos humanos de las mujeres, fomentar el abordaje integral en casos de violencia de género".

En este tema puntual, comenta el Dr. Gustavo Aboso que, respecto a la problemática de las mujeres maltratadas, sociólogos y psicólogos comenzaron a focalizarse en los efectos que produce en las mujeres un patrón sostenido de abuso físico y psicológico, los que son conocidos como el "síndrome de la mujer maltratada" y retratan una serie de características que aparecen en mujeres abusadas física y psicológicamente durante un período extendido de tiempo por una figura masculina dominante en sus vidas, identificando en este fenómeno tres fases: la inicial, con

ataques menores y abuso verbal donde la mujer trata de ser complaciente para no generar más violencia, la segunda con incidentes agudos y una tercera fase caracterizada por la extrema contrición y conducta amorosa del abusador, donde se ofrecen disculpas y promesas. Esta conducta cíclica explica por qué es tan difícil para algunas mujeres abandonar a sus abusadores. La fase tres refuerza las esperanzas de cambio y las mantiene atadas a la relación. "...Algunas mujeres perciben esta conducta como normal, especialmente si creció en un hogar violento. Otras caen en una parálisis por estar tan desmoralizadas y degradadas y no pueden tomar ninguna acción. Otras veces, factores externos, sociales y económicos, dificultan que las mujeres abandonen las relaciones abusivas. Encuentran difícil confiar en familiares y amigos por temor a las represalias o que no les crean..." (cfr. Aboso, Gustavo Eduardo en "Código Penal de la República Argentina comentado, concordado con jurisprudencia 6ta. edición. B de f, pág.543).

Concretamente, 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; por lo que deben tenerse en cuenta, imperiosamente, los parámetros supra referidos.

Recientemente, la CSJN en el fallo "D, N. L. s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" CSJ 1445/2017/RH1 aludió a ciertas condiciones que colocan a la mujer en una "situación de vulnerabilidad a la violencia" (art. 9 de la Convención Belém Do Pará) y si bien el cuadro fáctico dista de las circunstancias acaecidas en el presente, las consideraciones allí efectuadas resultan demostrativas de los parámetros rectores que deben regir en casos en que la mujer imputada resulte amparada por una ley especial.

Así, al referir a la ley N° 26.485 -reglamentaria de la Convención-, expuso: "...El artículo 16 de la ley establece que, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos y leyes dictadas en consecuencia, la mujer víctima de violencia tiene el derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva; a ser oída personalmente por el juez y a la amplitud probatoria teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos (incisos b, c, i). Es decir, con arreglo a la previsión del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, el Estado ha asumido deberes "reforzados" frente a situaciones de abuso o violencia de género o contra

personas discapacitadas. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará, que en su artículo 7.b exige actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (conf. caso “González y otras -‘Campo Algodonero’- vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 258, entre otros).-

El Máximo Tribunal, adhiriendo al dictamen del Procurador, destacó además que "...en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa (Fallos: 27:5095) o que salvaguarden la integridad de ese derecho (conf. Fallos: 329:4248), a cuyo fin V.E. ha admitido, incluso, que sería de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho (conf. Fallos: 314:1909 y 327:5095)."

Finalmente, en el antecedente referido, se concluyó que la omisión de examinar el caso a la luz de las normas que lo regulan condujo a la falta de perspectiva de género, por lo que revocó la cuestionada sentencia.

En suma, receptando entonces el agravio referido a la defectuosa imputación fiscal, estimo efectivamente que ha sido mal redactada la primigenia intimación, pues se aduna al incompleto relato fáctico una construcción dogmática, encorsetando la conducta atribuida a una calificación que en definitiva, resultó a todas luces incorrecta.

En relación a ello, a mayor abundamiento, si consideramos el nivel cultural de la imputada y sus posibilidades de comprensión más allá de lo fáctico, no podemos más que concluir que es imposible que la nombrada tenga un acabado conocimiento de lo que esa construcción dogmática significa y las consecuencias que de ella se derivan. No estamos hablando del desconocimiento de una figura penal básica que torna inaceptable el denominado error de prohibición, sino, de una creación doctrinaria donde ni siquiera los autores de derecho mas destacados se ponen de acuerdo en torno a su constitucionalidad, alcances y/o elementos que la conforman tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, como puso de resalto Eugenio Raúl Zaffaroni en la causa de referencia.

Al respecto, y como bien indica Julio B. Maier, la imputación debe contener la descripción hipotética de un acontecimiento histórico, de un suceso de la vida constituido por una acción humana acaecida en el mundo real o, por lo contrario, por

una acción humana que no se realizó en un momento determinado. (cfr. Julio B. J. Maier en "Derecho Procesal Penal Parte General, Sujetos Procesales, 2013, pág. 32)",

En igual sentido, La Corte Interamericana de Derechos Humanos 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 (Ledesma, 2016:125) (cfr. Alberto M. Binder, Derecho Procesal Penal, Bs. As. 2022, pág. 356).

Por lo expuesto, se evidencia que la tesis propuesta por la Fiscalía resultó desacertada y que las posturas asumidas en las instancias inferiores construyeron todo su andamiaje en una imputación a todas luces defectuosa y violatoria del derecho de defensa -con las graves consecuencias sancionatorias a las que luego se arriban-.

Exhibido ello y a fin de concluir con una solución justa, debe considerarse especialmente el sistema acusatorio adversarial que nos rige, en el que, al decir de Maier, "...su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye..." (cfr. "Derecho Procesal Penal" Julio B. J. Maier Tomo I Fundamentos, 2016).

Se revela entonces que ante la falta de sustento fáctico y jurídico de la única tesis acusatoria ensayada -ya que tampoco se ofreció una acusación alternativa que permita otra óptica de análisis de la conducta desarrollada por la encartada -, no queda más remedio que hacer lugar al recurso impetrado, y absolver de culpa y cargo a Yanina Soledad Lescano por los delitos endilgados, disponiéndose su inmediata libertad.

Las costas de esta etapa impugnativa deben declararse de oficio (arts. 583 sgts. y cdts., C.P.P), no regulándose los honorarios de los letrados intervinientes por no haberlos petitionado expresamente (cfme. art. 97, inc. 1º, del Decreto Ley N° 7046/82, ratificado por Ley N° 7503).

Así voto.-

A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL, DRA. MIZAWAK, DIJO:

I.- Resumidos los antecedentes relevantes de la causa en el voto que comanda este acuerdo, me remito a ello en honor a la brevedad y a fin de evitar innecesarias repeticiones, ingreso directamente al tratamiento de la cuestión traída.

II.- En tal cometido, debo expresar mi adhesión con la solución propuesta por el Dr. GIORGIO; aunque quisiera realizar algunas consideraciones complementarias a su sufragio.

III.- En primer lugar, resulta importante recordar cuál ha sido el hecho que le fue enrostrado a Yanina Soledad Lescano: "que entre el mes agosto de 2018 y el día 07 de febrero de 2019, no realizó comportamiento alguno tendiente a evitar el deceso de la niña Nahia Luján CRISTO, teniendo la posibilidad y el deber institucional de hacerlo en virtud de la posición de garante en la que se encontraba producto de la convivencia y rol de madre sustituta de la niña, vínculo que comenzó cuando empezaron a convivir en el domicilio de Barrio Paraná III, Manzana 18, casa 2 de la ciudad de Paraná -calle Juez Aguilar Torres e Intendente Blanda- junto a la niña y al achacado CRISTO. Ello, pese a que tenía pleno conocimiento -por haberlo presenciado y percibido con sus sentidos los resultados lesivos- de que su concubino Miguel Ángel CRISTO, desde el mes de agosto de 2018, le provocó a la niña sufrimientos innecesarios, a través de agresiones físicas y tratos inhumanos, consistentes en: golpes con elementos duros y romos; quemaduras en la totalidad del cuerpo con líquidos a altas temperaturas y cigarrillos; y no suministrándole la alimentación indispensable, lo que le provocó un estado de desnutrición generalizado" -el resaltado me pertenece-.

III.a).- Ya desde la audiencia prevista en el artículo 405 del CPP, la Defensa viene impugnando el hecho atribuido por el Ministerio Fiscal, al no cumplir con los recaudos que indica el código de rito en cuanto a que la imputación debe ser precisa, clara y objetiva.

El planteo fue desestimado por la Jueza de Garantías, siendo tal decisión irrecurrible; por tal motivo los remedios articulados por la Defensa fueron rechazados.

No obstante, el agravio fue introducido nuevamente en el plenario; el cual tuvo tratamiento por parte del Tribunal de Juicio en estos términos:

“...no puedo desconocer -en atención al derecho de defensa en juicio que le asiste a los imputados y en resguardo de la garantía del debido proceso- que las probanzas objetivas de rigor científico que fueron arrimadas a la causa evidencian con carácter palmario que entre las múltiples lesiones que presentaba el cuerpo de la menor Nahia al ser peritado, se encuentran -dentro de un subconjunto- aquellas que tuvieron

idoneidad suficiente como para causarle muerte, cuya fecha de producción fue determinada en por lo menos 21 días antes de la fecha del deceso (...).-

En función de ello, no es posible seguir sosteniendo a esta altura que... la muerte de Nahiera se produjo por "una falla generalizada de órganos, consecuencia de los padecimientos que le fueron infligidos desde el mes de agosto de 2018 (...)", porque ha sido acreditado que la causa inmediata de la muerte fue una falla generalizada de órganos (es decir, una situación clínica de respuesta inflamatoria general a una agresión), que en el caso concreto tuvo su origen en una infección proveniente de un germen que residía en la dermis de la niña (*staphylococcus aureus*), microorganismo que necesaria e indefectiblemente debió hallar sus vías de ingreso en las lesiones no cicatrizadas que le fueron provocadas a mediados del mes de enero de 2019, conforme lo dictaminado por el Médico Forense que realizó la autopsia.-

En virtud de ello, deviene cuestionable el trato que la acusación le dio a esa misma cuestión, simplificando el asunto al mero hecho de no haberle dado a la niña un vaso de agua o un plato de comida -desde el mes de agosto de 2018- para generar así un estado de desnutrición avanzado. Porque tales aseveraciones -resonantes e impactantes en términos retóricos- no encuentran anclaje en las probanzas producidas durante el plenario. De hecho, ni siquiera se desplegó un esfuerzo tendiente a interrogar a los profesionales de la salud que declararon ante el Tribunal sobre cuáles son aquellos agentes o factores susceptibles de generar un proceso de desnutrición como el que presentaba la niña.-

Antes de continuar con el análisis de las probanzas que acreditan la existencia material de los hechos atribuidos, contestaré el segundo agravio esbozado -en torno a la imputación- por la Defensa Técnica de Yanina Soledad LESCANO, que consiste en que la Acusación Pública omitió consignar expresamente e individualizar en la descripción fáctica cuáles eran los comportamientos tendientes a evitar el deceso de Nahiera que la imputada debió -y pudo- haber realizado y sin embargo no realizó, circunstancia que trasunta -según la Defensa Técnica- una falta de precisión del hecho que atenta contra el derecho de defensa en juicio.-

Ciertamente, de la simple lectura de la descripción del hecho puede advertirse que el mismo carece de la mención expresa de determinados actos que -a criterio de la Acusación- hubiera podido haber realizado la imputada LESCANO para evitar que se produjera la muerte de Nahiera.-

En este sentido, sabido es que en estos casos siempre es aconsejable -y de buena práctica procesal- volcar una enumeración (al menos ejemplificativa) de aquellas

acciones que habrían estado al alcance del agente para evitar el resultado lesivo y que no obstante habría optado libremente por abstenerse de desplegar, para garantizar el cabal y pleno ejercicio del derecho de defensa.-

De hecho, en el presente caso, la acusación enumeró en la discusión final cuáles eran aquellas acciones que -a su criterio- la imputada LESCANO no realizó, habiendo tenido el conocimiento y la posibilidad de hacerlo, y que hubieran evitado el fatal desenlace de Nahiara.-

(... ) Ahora bien, independientemente de lo anterior, el argumento defensorista carece de sustancia y se reduce a un planteo de carácter meramente formal, debido a que hemos podido verificar que durante las extensas jornadas de debate -así como en las instancias previas al juicio- la Defensa Técnica de Yanina Soledad LESCANO ha desplegado una batería de recursos y estrategias (... )

De la somera reseña de los ejes centrales sobre los que discurrió la estrategia defensorista de LESCANO... puede advertirse fácilmente que -lejos de haber sido colocada en un lugar de indefensión (o de desbaratamiento de la estrategia defensiva) como producto de la falta de mención expresa en la hipótesis imputativa de las acciones esperadas o debidas que debió realizar para evitar la muerte de la niña- la Defensa técnica y material de la imputada precisamente fue direccionada y desplegada en orden a contrarrestar y resistir -tanto de modo genérico como específico- todos y cada uno de los comportamientos que fueron enunciados en la discusión final por los Agentes Fiscales como aquellos actos que LESCANO debió y pudo haber realizado para evitar la muerte de la menor Nahiara Luján CRISTO, pero que a criterio del órgano acusador decidió no realizar.-” (lo resaltado me pertenece).

Emerge de los párrafos transcritos que los magistrados del tribunal de mérito advirtieron la imprecisión del hecho, pero en vez de ejercer el debido control del contenido de la acusación y, en su caso, declarar la nulidad de la misma (cfme. Art. 403 del CPP), sopesaron toda la actividad desplegada por la Defensa para concluir que la imputada no estuvo en una situación de indefensión.

La conculcación del principio de igualdad de armas surge palmaria: la deficitaria actuación de la fiscalía es subsanada por la abultada actuación de la defensa.

III.b).- Sin desconocer las implicancias de la observación efectuada, entiendo de todas maneras que lo medular de la cuestión reside en que Lescano no ostentaba, respecto de la niña Nahiara, 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.

En tal sentido, comparto plenamente las valoraciones desarrolladas por el Vocal preopinante sobre este tópico.

El rol de garante lo cumplía exclusivamente Cristo, padre de la menor y quien ejercía su patria potestad, la cual es intransferible e indelegable.

Las obligaciones impuestas por el artículo 673 del CCCN al “progenitor afín” son de carácter subsidiario respecto de los progenitores. Es decir que la propia legislación civil distingue los alcances de los deberes y responsabilidades en uno y otro caso, por lo que no es factible igualar la situación de Cristo y Lescano en cuanto a la extensión del vínculo con el bien jurídico que debían cuidar o defender.

El garante principal que debía evitar cualquier daño que pudiera sufrir Nahia era Cristo; de modo tal que -aun si nos inclináramos por la corriente doctrinaria que aboga por la constitucionalidad de la figura no es posible imputarle a Lescano la producción de un resultado que no evitó, como si ella misma lo hubiera causado (delitos de omisión impropia). Nahia falleció a causa de las agresiones físicas y tratos inhumanos que le provocó su padre. Y no resulta ajustado a derecho responsabilizar por dicha muerte a la imputada, quien no era su madre y sólo convivió con la niña durante 6 meses.

IV.- De lo precedentemente expuesto se colige que, al no estar acreditados los extremos del hecho atribuido, el juzgador -en un sistema acusatorio adversarial- no puede más que absolver.

Recordemos que se llama acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. (cfr. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Trotta, Madrid, 1995, p. 564).

La acusación es la base del juicio y el límite para el juzgador. El sistema es adversarial porque la investigación y el juzgamiento discurren bajo el principio de contradicción exclusivam ente entre el fiscal y el defensor. Las partes deben diseñar su planteo del caso, desarrollar un conjunto de destrezas, aportar pruebas y realizar interrogatorios. El juez tiene un rol relativamente pasivo con base en el principio de justicia rogada, interviene para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes e inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa. (cfr. JAUCHEN, Eduardo M., Proceso Penal. Sistema Acusatorio Adversarial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 26-27).

Por ello es relevante la forma en que se estructure desde el inicio el planteo del caso, pues será la brújula del litigante, el mapa sobre el que se ha diseñado el desarrollo total del proceso. Es el planteamiento que el fiscal y el abogado defensor hacen sobre los hechos penalmente importantes, los fundamentos jurídicos que lo apoyan y las pruebas que los demuestran. Es la visión estratégica para afrontar el juicio oral. Es ahí donde predomina en el juicio el principio de contradicción que implica cargas y deberes para cada uno de los litigantes, por cuanto comprende la defensa en igualdad de oportunidades y derechos (cfr. JAUCHEN, Eduardo M., BROGGI FORCLAZ, Matías F. -Colaborador-, Derechos del Imputado en el Sistema Acusatorio Adversarial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 24).

La esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal en donde están perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, es que el Tribunal sentenciador sólo podría condenar por el delito que ha sido imputado por la acusación.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional español, entre las exigencias derivadas del principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (cfr. SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5).

Me permito en este punto hacer una aclaración: es doctrina sentada por este tribunal que, a los fines de un adecuado respeto al principio de congruencia, resulta imprescindible que la plataforma fáctica que se endilga al acusado se mantenga invariable en lo esencial a lo largo del proceso. No obstante ello, la calificación legal dada al hecho puede en principio cambiar a lo largo del trámite procesal (sea por el órgano de la acusación pública o por el juzgador), siempre que no ponga en riesgo las garantías constitucionales del enjuiciado, en especial su derecho de defensa y contradicción (cfr. los precedentes “PEREZ”, sent. del 19/03/2009; “BARREIRA”, sent. del 14/11/2011; “MILEZZI”, sent. del 06/06/2018; “BULLOSA”, sent. del 25/09/2019; entre otros).

Ahora bien, ello no significa que la calificación legal no sea materia de contradictorio. De hecho, el artículo 403 del código de rito expresamente dispone que el requerimiento fiscal deberá contener la expresión precisa de las disposiciones legales aplicables al caso y su debida correlación con los hechos y con la intervención atribuida al imputado en ellos; y que en caso de existir discrepancia respecto del hecho o el encuadre jurídico entre la acusación del Fiscal y la querrela, el Juez en la audiencia de remisión, intimará a las partes a que la unifiquen. En igual sentido, el artículo 452 del digesto procesal estipula que el tribunal sólo podrá modificar el encuadramiento legal propuesto por la acusación pública si hubiere formulado la advertencia previa.

La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por el mencionado Tribunal español al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (cfr. SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F. 2; 4/2002, de 14 de enero, F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (cfr. SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Hablar entonces de principio acusatorio es en definitiva hablar del derecho fundamental al debido proceso de cual derivan los principios de defensa y de congruencia.

La garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio requiere necesariamente la posibilidad de una dialéctica entre la parte acusadora y el imputado. Esta dialéctica controversial sólo es posible si el acusado conoce de qué tiene que defenderse. (cfr. JAUCHEN, Eduardo M., BROGGI FORCLAZ, Matías F. -Colaborador-, op.cit., p. 564).

En cuanto al principio de congruencia, estimo oportuno recordar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho al respecto: “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... El llamado principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación" (cfr. Corte IDH, caso "Fermín Ramírez C/ Guatemala", sentencia del 20-06-2005, pto. 67).

En pocas palabras: no habiéndose demostrado la tesis acusatoria (que Yanina Soledad Lescano entre el mes agosto de 2018 y el día 07 de febrero de 2019, no realizó comportamiento alguno tendiente a evitar el deceso de la niña Nahíara Luján CRISTO, teniendo la posibilidad y el deber institucional de hacerlo en virtud de la posición de garante), la única síntesis posible es la sentencia absolutoria.

V.- Si bien las consideraciones hasta aquí realizadas resultan suficientes para fundar la solución que en definitiva propiciaré, me permito -dada la trascendencia de la temática-, efectuar algunas reflexiones sobre cómo ha sido abordada la perspectiva de géneros a lo largo del proceso; ello, teniendo principalmente en cuenta los términos de la atribución del hecho.

Celebro que se haya acudido a las figuras de testigo experto y de *amicus curiae* durante el trámite de la causa. Celebro también el encomiable esfuerzo del tribunal de juicio por despojarse de todo tipo de interferencia basada en prejuicios, preconceptos y prácticas discriminatorias basadas en la condición de género de la imputada. Asimismo, es dable resaltar que el tribunal tomó nota de las señales de "alarma" o "alertas" que la testigo experta, Dra. Raquel Asencio, pudo advertir en el presente caso: 1) Expectativas sociales en torno a lo que debe entenderse por una "buena o mala madre", subyacentes en la imputación e investigación, 2) Acusación 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 LESCANO debía o podía hacer para evitar el resultado; 3) 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); 4) 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); 5) Ausencia de un análisis contextualizado del asunto, a fin de analizar 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).-

Pese a ello, en mi opinión, existieron durante el debate elementos indicadores de violencia por razones de géneros que no fueron debidamente advertidos o fueron soslayados.

A modo de ejemplo, el tribunal descartó la existencia de violencia económica alegada por la Defensa Técnica de Lescano, al entender que la circunstancias de que Cristo tuviera los documentos de identidad de aquella y de sus hijos, así como también tarjetas de débito y crédito de titularidad de la imputada, no bastaba para acreditarla.

Dice la sentencia de juicio:

“Tal elemento también debe descartarse como indicio de violencia económica en contra de LESCANO porque cuando ella misma declaró sobre aspectos económicos referidos a los ingresos familiares -el día 12/02/2019- fecha para la cual ya no estaba "sometida" a ninguna voluntad o designio de terceros, ella misma omitió brindar información al respecto.-”

Y, a renglón seguido, transcribe lo que la imputada declaró:

"...Yo cuando lo conocí a él estaba viviendo en Barrio Capibá, en mi casa y estaba trabajando yo. Después dejé de trabajar, vendí mi casa y me fui a vivir con él ahí. Le planteé a él de seguir trabajando, porque yo siempre fui empleada doméstica, pero me dijo que no, él tenía un camión, y se lo vendió a su papá y con eso fuimos sobreviviendo, yo cobraba la asignación de los chicos y demás. No teníamos mucho, pagábamos nada más para comer. No había gastos a lo grande. Él no quiso que yo trabaje..." -lo resaltado me pertenece-

Resulta claro que las violencias enumeradas en la Convención de Belém do Pará y en la ley 26.485 se presentan de distintos modos, algunos más fácilmente observables y otros que son naturalizados y por ello menos observables. Justamente, identificar los indicadores que refieren a circunstancias que pueden permitir inferir la existencia de violencias, es lo que permite dejar de invisibilizarlas.

Afirmar sin más que en el caso no existe violencia de género sólo porque no se acreditaron agresiones físicas, o descartar la situación de encierro únicamente porque Lescano tenía llaves de su casa, implica una visión parcializada y simplista de una realidad muy compleja, que desconoce la profunda huella que causan los abusos y maltratos en todo el mundo psíquico de la mujer.

“Él no quiere”, “él no me deja”, “él tiene los documentos y tarjetas de cobro”, “me quiero ir pero no puedo”, son manifestaciones de una relación de poder desigual marcada por la subordinación.

Las condiciones de aparición y prolongación de este tipo de situaciones incluyen vínculos caracterizados por múltiples dependencias que abarcan lo emocional, lo económico, etc. Es por estos motivos que la aplicación pretendidamente neutral del derecho, exenta de consideraciones sobre la violencia habitual, genera profundas injusticias en el tratamiento que se les otorga a las mujeres. (cfr. HOPP, Cecilia M., “Buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal, en DI CORLETO, Género y justicia penal , Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017, p. 17)

De ahí que no pueda aseverarse lisa y llanamente que Lescano tenía capacidad de llevar a cabo una acción de salvamento -no precisada-, cuando resulta meridiano que la cuestión de género pudo haber incidido en la determinación de la capacidad individual de acción.

El propio tribunal de juicio dio cuenta del contexto de vulnerabilidad extrema en el que se encontraba Lescano:

“Así, en el caso han sido acreditadas las siguientes circunstancias:

-Su historia de vida social, cultural y demás circunstancias personales: LESCANO ha sido institucionalizada desde temprana edad, ha tenido nulo o escaso contacto con sus progenitores, ha sufrido la falta de referentes afectivos de su confianza, ha mantenido de relaciones previas de pareja signadas por la violencia, 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 Génesis Belén al día siguiente de la muerte de Nahia 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 con un empleo, demandando asistencia económica del Estado.-”

Como bien lo expresaba la Dra. Raquel Asencio, durante el plenario: si hay violencia de género hay disminución de la autonomía, y la capacidad de la conducta debe ser analizada conforme el contexto coactivo.

La descontextualización y el ideal de la "buena madre" [y de "buena mujer"] crean exigencias que no son realmente esperables en los casos en que las mujeres son sometidas a violencia habitual, pues son afectadas por muy baja autoestima, depresión, aislamiento, dependencia emocional y evidencian síntomas que han sido descritos como el "síndrome de la mujer maltratada", que emerge a partir de las dinámicas del círculo de la violencia y la indefensión aprendida (HOPP, Cecilia M., ob. cit., p. 26).

VI.- Parágrafo aparte merece la cuestión de la violencia institucional que se ha suscitado en esta causa.

La Ley N° 26.485 define la violencia institucional como una modalidad de violencia contra la mujer. Puntualmente el Artículo 6, inciso b), expresa: “Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley”.

Una de las formas en las que se perpetúa esa violencia institucional -y todas las formas de violencia- es mediante el lenguaje.

Basta sólo con leer el alegato de clausura del Ministerio Público Fiscal para ver que el mismo está impregnado de un lenguaje sexista, sesgado y estereotipado: “Yanina es manipuladora”, “Yanina es mendaz”, “Yanina es mentirosa”.

Como acertadamente enfatizó el tribunal, la Dra. Asencio (a quien la Fiscalía tachó de “funcionaria irresponsable”) brindó un novedoso enfoque -adecuado a las particulares circunstancias del caso- tendiente a garantizar la aplicación irrestricta de un derecho penal de acto y no de autor; es decir, un sistema que se oriente a analizar las pruebas de los hechos y que no decida en función de la personalidad del sujeto o de los estereotipos de "buena o mala madre", para luego derivar de ello la atribución de responsabilidad penal de índole objetiva.

Tales recomendaciones fueron desoídas por el órgano de la acusación pública. Parece mentira que a esta altura haya que reiterar que la incorporación del enfoque de género constituye un imperativo constitucional y convencional ineludible. No está sujeta a la discrecionalidad de las partes o de los jueces y juezas su observancia, sino que se trata de un deber estatal cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad internacional.

VII.- Como colorario de todo lo dicho se infiere fácilmente que el Ministerio Público Fiscal no pudo comprobar su teoría del caso (tesis acusatoria): la imputación fue formulada de manera vaga e imprecisa; no se enunciaron las conductas que la encartada omitió realizar y que, con una probabilidad rayana a la certeza, hubieran evitado el resultado muerte; consecuentemente, tampoco pudo abordarse correctamente la posibilidad física de la imputada de llevar a cabo la conducta ordenada; se invocó erróneamente una posición de garante que Lescano no ostentaba para equiparar su omisión a la comisión del delito de homicidio; y ni siquiera se probó el dolo.

Frente a ello, entiendo no sólo que corresponde receptar el recurso deducido por los defensores técnicos de la encartada, sino que estamos también en condiciones de asumir competencia positiva, para 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, y disponer la absolución de Yanina Soledad Lescano.

La propuesta que formulo se funda no sólo en razones prácticas, de economía y celeridad procesal -tal cual lo prevé el artículo 518 del CPPER, aplicable por expresa remisión del artículo 525 del citado cuerpo legal-, sino también en el derecho de la imputada a que se resuelva su situación en tiempo oportuno y sin dilaciones indebidas.

Lo contrario, implicaría continuar dilatando una situación de indefinición reñida con el derecho de defensa y el debido proceso.

En esta orientación ha fallado nuestro Címero Tribunal federal: "...insistir en el reenvío de las actuaciones a fin de que sea la Cámara de Casación la que asegure el derecho del imputado a una revisión acorde con la presunción de inocencia, se traduciría, en definitiva, en la lesión de otro derecho, cual es el que tiene todo imputado a obtener un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad, y ponga término al estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal (conf. Fallos: 272:188, en particular considerado 10, in fine)..." (cfr. CSJN. Fallos 339:1493).

Por lo demás, la “anulación y reenvío” implicaría -en mi opinión- una solución que, por un lado, violentaría el sistema acusatorio y, por otro y más importante aún, significaría una victimización secundaria o revictimización para la imputada, quien ha sufrido violencia institucional a lo largo de todo este proceso, en virtud del cual ha sido apartada de sus hijos y lleva cuatro años privada de su libertad.

VIII.- Por todo lo dicho, propicio 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.

IX.- Las costas de esta etapa impugnativa deben declararse de oficio (arts. 583 sgts. y cdts., C.P.P). Asimismo, no corresponde regular los honorarios de los letrados intervinientes por no haberlos peticionado expresamente (cfme. art. 97, inc. 1º, del Decreto Ley Nº 7046/82, ratificado por Ley Nº 7503).

Así voto.-

A SU TURNO, LA SEÑORA VOCAL, DRA. MEDINA, DIJO:

Resumidos los antecedentes del caso y las posiciones de las partes en el voto del vocal ponente, existiendo coincidencia en los votos de los vocales preopinantes, cuyos respectivos argumentos dirimientes no son contradictorios, sino complementarios (se ha alcanzado la mayoría absoluta, en cuanto al análisis y tratamiento de las cuestiones a resolver), no emitiré opinión en las presentes.-

Así voto.-

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente:

SENTENCIA:

PARANÁ, 29 de marzo de 2023.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1º) HACER LUGAR a la impugnación extraordinaria articulada por los Dres. Miguel Ángel CULLEN y Patricio Nicolás COZZI, en ejercicio de la Defensa Técnica de YANINA SOLEDAD LESCANO contra la la sentencia Nº 15 dictada por la Sala I de la Cámara de Casación Penal en fecha 14/03/2022 (fs. 457/497 vlta.), la que, en

consecuencia, SE REVOCA, como así también la sentencia emanada del Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Paraná el día 14/05/2020 (fs. 206/376 vlt.).-

2º) DISPONER la ABSOLUCIÓN de culpa y cargo de YANINA SOLEDAD LESCANO por el delito que le fuera enrostrado en autos, ordenando su inmediata libertad.-

3º) DECLARAR las costas devengadas por la impugnación extraordinaria de la defensa de YANINA SOLEDAD LESCANO de oficio (arts. 583 sgts. y cdts., C.P.P).-

4º) NO REGULAR honorarios profesionales a los letrados particulares intervinientes, por no haberlos peticionado expresamente (art. 97, inc. 1º, Dec.-Ley 7046/82, ratif. por Ley N° 7503).-

Regístrese, notifíquese, oportunamente, bajen.

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada y suscripta con firma digital, por el Señor Vocal, Dr. Miguel A. GIORGIO y las Señoras Vocales, Dras. Claudia M. MIZAWAK y Susana E. MEDINA.

Secretaría, 29 de marzo de 2023.-

Melina L. Arduino

Sala N° 1 en lo Penal STJER

-Secretaria Interina-