

1 **"CRISTO MIGUEL ANGEL S/ HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO, CON ENSAÑAMIENTO Y**
2 **ALEVOSÍA Y LESCOANO, YANINA SOLEDAD S/ HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO**
3 **MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN S/IMPUGNACIÓN**
4 **EXTRAORDINARIA". INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL**

6 **Excmo. Superior Tribunal de Justicia ("STJ"),**

7 **Sala Primera en lo Penal:**

8 **MÓNICA E. CARMONA**, Procuradora Adjunta, e **IGNACIO LUIS MARÍA ARAMBERRY**, Fiscal de
9 Coordinación de la ciudad de Paraná, con domicilio procesal constituido en la Procuración General
10 de la Provincia de Entre Ríos, calle Laprida 251, 2do. Piso, de Paraná, Entre Ríos, en autos "**CRISTO**
11 **MIGUEL ANGEL S/ HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO, CON ENSAÑAMIENTO Y**
12 **ALEVOSÍA Y LESCOANO, YANINA SOLEDAD S/ HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO**
13 **MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN S/IMPUGNACIÓN**
14 **EXTRAORDINARIA"**, constituyendo domicilio a los fines de este escrito en el Despacho del Sr.
15 Procurador General de la Nación, calle Guido 1577, CABA, con domicilio electrónico en CUIT 20-
16 10949880-8, a V.E. decimos que:

17 **I. OBJETO**

18 En tiempo y forma en virtud de la legitimación que nos confiere el art. 207 de la Constitución
19 de Entre Ríos y el art. 19 inc. a) de la ley 10.407, venimos a interponer Recurso Extraordinario
20 Federal ("REF") en los términos de los arts. 256 y concordantes del Código Procesal Civil y
21 Comercial de la Nación ("CPCCN"); 24, inc. 2º) del Decreto-Ley 1285/1258 y 14 y concordantes de
22 la Ley 48, contra la sentencia dictada el 29/3/23 por V.E. ("Sentencia Recurrída"), notificada por
23 lectura realizada el día 30/3/23, en tanto que dispone **"1º) HACER LUGAR a la impugnación**
24 **extraordinaria articulada por los Dres. Miguel Ángel CULLEN y Patricio Nicolás COZZI, en**
25 **ejercicio de la Defensa Técnica de YANINA SOLEDAD LESCOANO contra la la sentencia No 15**
26 **dictada por la Sala I de la Cámara de Casación Penal en fecha 14/03/2022 (fs. 457/497 vlta.),**

1 *la que, en consecuencia, SE REVOCA, como así también la sentencia emanada del Tribunal de*
2 *Juicios y Apelaciones de la ciudad de Paraná el día 14/05/2020 (fs. 206/376 vlt.).-2o)*
3 *DISPONER la ABSOLUCIÓN de culpa y cargo de YANINA SOLEDAD LESCANO por el delito que le*
4 *fuera enrostrado en autos, ordenando su inmediata libertad.”, para lo cual contamos con la*
5 *legitimación que nos confiere el art. 207 de la Constitución de Entre Ríos y el art. 19 inc. a) de la ley*
6 *10.407.*

7 **II. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD**

8 **Sentencia definitiva y superior tribunal de la causa:** La Sentencia Recurrída, es
9 “definitiva”, en la medida que hace lugar a la impugnación extraordinaria deducida por los Sres.
10 defensores de la Sra. Yanina Soledad LESCANO, dispone su absolución y, con ello, pone fin al pleito,
11 siendo esa Sala Penal, el superior tribunal de la causa en los términos requeridos por el art. 14 de la
12 Ley 48.

13 **La cuestión federal:** La cuestión federal que se invoca reside en que la sentencia es arbitraria
14 en los términos de la doctrina de esa CSJN, por cuanto realiza una aplicación irrazonable de la ley
15 penal sustantiva al analizar el derecho aplicado al caso, en contradicción a las reglas de la lógica
16 formal, que obligan a expresar el silogismo sentencial con ajuste a los principios de identidad, de no
17 contradicción, de tercero excluido y fundamentalmente el de "razón suficiente".-

18 La CSJN en el caso ***"Recurso de hecho deducido por Ernesto Martínez Areco en la causa***
19 ***Martínez Areco, Ernesto s/ causa N°3792"***, del 25/10/2005, -entre otras-, sentó el *standard* del
20 máximo rendimiento posible para la vía recursiva de los fallos penales, redefiniendo entonces que
21 quedaba para la tradicional creación pretoriana de la "Arbitrariedad".-

22 Trajo allí nuestra Corte a colación una obra clásica y antigua en metodología de la historia -
23 análogo al *constructo* de la verdad forense-, la de Wilhelm Bauer parafraseando sus notas de
24 *Heurística, Crítica externa e interna y Síntesis*, con los cánones argumentativos de la decisión
25 judicial, en la admisibilidad, mérito y conclusión en los enclaves epistemológicos del debido
26 proceso.-

1 Y concluyó que recién cuando se quebrante gravemente esta racionalidad argumentativa no
2 habrá una decisión fundada sino un "puro acto de poder", lo que entendemos se da aquí con
3 elocuencia. -

4 Dicho vicio se da a su vez, en un yerro dogmático grosero en la "*applicatio legis ad factum*" -
5 como *infra* desarrollamos, en el tratamiento de la llamada "omisión impropia o comisión por
6 omisión", que excede notoriamente a la temática propia del Derecho Común para trascender en un
7 yerro jurídico inaceptable en la ciencia penal actual, contraria a la propia nomofilaquia del Poder
8 Judicial de nuestra Provincia en el marco de un caso que, conforme la condición de mujer y niña de
9 la víctima Nahara Cristo, de dos años de edad, se quebranta los compromisos internacionales de
10 nuestro país en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la
11 Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que podrían generar
12 responsabilidad internacional,(cfr. Fallos 339:1628).

13 **Resolución contraria y relación directa e inmediata entre la cuestión federal y lo**
14 **decidido. Gravamen concreto, actual:** La Sentencia Recurrída en tanto que decide abruptamente
15 la absolución de la imputada, quien había sido condenada en instancia, y en tanto la nulidad parcial
16 decidida en la Revisión Casatoria provincial no causaba gravamen Federal a la Defensa, genera un
17 agravio directo y concreto imposible de ser consentido desde la vigencia del orden jurídico por la
18 posible trascendencia internacional del ilícito que se declara impune.-

19 **Introducción oportuna de la cuestión federal y su mantenimiento:** La cuestión federal
20 por arbitrariedad, dado su carácter sorpresivo (absolución en tercera instancia) es planteada aquí
21 por primera vez (cfr. Fallos 326:3874).

22 **III. LAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES DEL CASO VINCULADAS A LA CUESTIÓN** 23 **FEDERAL.**

24 **1) Antecedentes del caso.**

25 Mediante sentencia del día 14/05/2020, el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de
26 Paraná condenó a la pena de prisión perpetua a Miguel Ángel CRISTO, al hallarlo responsable del

1 delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO, CON ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSÍA.

2 En el exhaustivo fallo se imputó al progenitor de la criatura *"que le dio muerte a su hija de*
3 *dos (2) años de edad, Nahara Luján CRISTO, aprovechándose de la nula capacidad de defensa de la*
4 *niña. El óbito, se concretó el día 07 de febrero de 2019, a las 22:30 horas aproximadamente, por una*
5 *falla generalizada de órganos. Ello, como consecuencia que desde el mes de agosto de 2018, le provocó*
6 *sufrimientos innecesarios, a través de agresiones físicas y tratos inhumanos, consistentes en: golpes*
7 *con elementos duros y romos; quemaduras en la totalidad del cuerpo con líquidos a altas*
8 *temperaturas y cigarrillos; y no suministrándole la alimentación indispensable, lo que le provocó un*
9 *estado de desnutrición generalizado. Para ello, contó con el aporte en omisión de su concubina y*
10 *madre sustituta de la niña, Soledad Yanina LESCANO. Hecho ocurrido en el domicilio que compartían*
11 *CRISTO y LESCANO sito en Barrio Paraná III, Manzana 18, casa 2 de la ciudad de Paraná, -calle Juez*
12 *Aguilar Torres e Intendente Blanda."*

13 Además, hizo lo propio con Yanina Soledad LESCANO a quien le aplicó la pena de 16 años de
14 prisión por considerarla autora del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO
15 MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN. El hecho por el cual se la
16 declaró culpable es el siguiente:

17 ***"Entre el mes agosto de 2018 y el día 07 de febrero de 2019, no realizó comportamiento***
18 ***alguno tendiente a evitar el deceso de la niña Nahara Luján CRISTO, teniendo la posibilidad y***
19 ***el deber institucional de hacerlo en virtud de la posición de garante en la que se encontraba***
20 ***producto de la convivencia y rol de madre sustituta de la niña, vínculo que comenzó cuando***
21 ***empezaron a convivir en el domicilio de Barrio Paraná III, Manzana 18, casa 2 de la ciudad de***
22 ***Paraná -calle Juez Aguilar Torres e Intendente Blanda- junto a la niña y al achacado CRISTO.***
23 ***Ello, pese a que tenía pleno conocimiento -por haberlo presenciado y percibido con sus sentidos***
24 ***los resultados lesivos- de que su concubino Miguel Ángel CRISTO, desde el mes de agosto de***
25 ***2018, le provocó a la niña sufrimientos innecesarios, a través de agresiones físicas y tratos***
26 ***inhumanos, consistentes en: golpes con elementos duros y romos; quemaduras en la totalidad***

1 *del cuerpo con líquidos a altas temperaturas y cigarrillos; y no suministrándole la*
2 *alimentación indispensable, lo que le provocó un estado de desnutrición generalizado".*

3 Dicha sentencia, fue recurrida por la Defensa de ambos condenados y por el MPF. La Sala
4 Primera de la Cámara de Casación de Paraná, rechazó el recurso articulado por la defensa y acogió
5 parcialmente el de nuestra parte, -como veremos infra-, ANULÓ lo decidido respecto de la
6 guardadora Lescano y reenvió para la realización de un nuevo juicio.-

7 Ante ello, las Defensas interpusieron Impugnación Extraordinaria que fue denegado por el
8 Tribunal Casatorio en fecha 20/5/22, al no darse los elementos materiales de la vía Federal, art.521
9 y sig. CPP .-Solo ocurrió en Queja ante el Superior Tribunal de Justicia la Defensa de Yanina Lescano,
10 que decidió hacer lugar en fecha 31/8/22.-

11 Finalmente, en fecha 29/3/23, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, hizo lugar a la
12 impugnación extraordinaria y dispuso su absolución de culpa y cargo.-

13 Como veremos infra, es crucial a los fines de demostrar la grosera arbitrariedad,-ausencia
14 de motivación, motivación contradictoria y yerro manifiesto "*de iure*", la circunstancia que respecto
15 de Cristo, se ha consentido el fallo condenatorio, por lo que todas las cuestiones de la premisa
16 fáctica como de calificación jurídica del fallo de instancia como de su pormenorizada revisión
17 Casatoria se hallan firmes, y en varios aspectos sustanciales desnudan los vicios argumentales del
18 fallo de la Sala Penal que cuestionamos .-

19 Debido a ello es que desde el MPF sostuvimos en la audiencia del recurso del
20 art.521 y sig. CPP que la imputada Lescano carecía de agravio, pues la Nulidad del fallo la colocaba
21 nuevamente en el nuevo Juicio de Reenvío, es decir la tradicional nomofilaquia del STJER de que el
22 sometimiento a proceso no afecta al principio "*ne bis in ídem*", y la bilateralidad recursiva, -en este
23 caso del MPF basada en la tutela Judicial efectiva y reforzada,-doble protección Convencional por
24 niña de dos años y mujer, ante el acogimiento del Recurso Fiscal no afectaba a sus Derechos
25 Fundamentales, (confr. idem recientemente en "**ROCCHI, Miguel Angel s- Abuso Sexual con Acceso**
26 **Carnal reiterado en Concurso Real con Amenazas reiteradas S/RECURSO DE QUEJA**", del

1 13/11/19; idem "GORO, Jorge Carlos -Homicidio agravados/ RECURSO DEQUEJA", del 18/2/20
2 ; "ACUÑA, Nestor David - doble homicidio agravado y resistencia a la autoridad en concurso real
3 mediando circunstancia extraordinarias de atenuación S/ IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA".
4 EXPTE. Nº 5036., del 27/8/21, entre muchas).-

5 2) La sentencia que impugnamos.

6 Para decidir en tal sentido, la Sentencia Recurrída considera que LESCANO -a diferencia de lo
7 dicho por los Tribunales de Juicio y Casación- no se encontraba en "posición de garante" frente a la
8 víctima Nahiara CRISTO. Concluye en tal sentido, luego de criticar que se haya "importado" del
9 derecho civil el concepto de "*progenitor afín*" para colmar la posición de garante que el tipo objetivo
10 de la comisión por omisión requiere, cuando ese deber de garantía, por antonomasia, lo tenía en el
11 caso específico el actual progenitor e imputado en autos -Miguel Ángel CRISTO-, a quien también se
12 le atribuyó un obrar omisivo.

13 Reafirmando esta idea, se puso énfasis en que la posición de CRISTO como progenitor de la
14 niña víctima desplaza a otro garante asimilable a él, afirmando que, frente al padre en pleno
15 ejercicio de la patria potestad no puede coexistir otro sujeto que asuma un rol de esa naturaleza,
16 resultando inviable la existencia de garantes subsidiarios o subrogantes sin lesionar el principio de
17 prohibición de analogía.

18 La decisión recurrida, profundiza aún más en esta idea confrontando las posiciones del
19 "*progenitor afín*" y el progenitor propiamente dicho, señalando que el primero no tiene aptitud para
20 avanzar sobre la autoridad parental, según extrae del art. 673 del Código Civil y Comercial de la
21 Nación.

22 Para afianzar su tesis, la sentencia acude a doctrina civilista expresando que por imperativo
23 del art. 7º de la Convención de los Derechos del Niño, siempre es preferible la regulación
24 complementaria jerárquica que privilegie a los padres biológicos o adoptivos y la (regulación)
25 sustitutiva en el sistema argentino sólo podría proceder previa justificación judicial o
26 administrativa del desplazamiento del progenitor biológico o adoptivo (sic).

1 Consolida su posición descartando que sea un caso de garantes de igual rango o jerarquía -
2 como el ejemplo de los dos guías de montaña citado por Roxin-, para terminar diciendo que en el
3 caso se revela una jerarquía de roles que permite afirmar que *el único garante posible y exclusivo es*
4 *el padre de la niña.*

5 Pese a ello, -en clara autocontradicción-, el Sr. Vocal que comanda el acuerdo ingresa a
6 analizar *otro* de los elementos de la tipicidad objetiva del delito de omisión, considerando en el caso
7 concreto las *posibilidades de acción de la imputada*, sosteniendo que el hecho de que LESCANO haya
8 sufrido violencia a lo largo de su vida, que haya naturalizado esa situación, que haya convivido con
9 quien maltrató y mató a su hija frente a ella y a sus propios hijos, y que se encontraba cursando los
10 últimos meses del embarazo, lo conduce a preguntarse sobre la aptitud de LESCANO para asumir el
11 rol que se pretende y constituirse en garante de la niña.

12 Luego de referirse a la situación de violencia institucional denunciada por la defensa y
13 destacar el rol activo que le cabe al Estado como custodio de los tratados y convenciones que
14 suscribe en la lucha contra la violencia de género, resaltando la necesidad de que los casos de
15 violencia contra las mujeres sean analizados con perspectiva de género, tacha por defectuosa a la
16 imputación realizada por este MPF, considerándola mal redactada e incompleta, señalando que el
17 nivel cultural de la imputada y sus posibilidades de comprensión, hace imposible que la misma
18 tenga un acabado conocimiento de lo que esa construcción dogmática (comisión por omisión)
19 significa y las consecuencias que de ella se derivan.

20 Considera que la tesis propuesta por el MPF resultó desacertada y que se estructuraron
21 posturas sobre una imputación defectuosa y violatoria del derecho de defensa.

22 Finaliza sosteniendo que ante la falta de sustento fáctico y jurídico de la tesis acusatoria, no
23 queda otra alternativa que la absolución.

24 La Sra. Vocal a cargo del segundo voto, expresó su adhesión al primero.

25 En orden a la supuesta "impresión del hecho" imputado, agrega que los magistrados del
26 Tribunal de mérito al haber advertido dicho defecto, debieron en su caso decretar la nulidad de la

1 misma antes que sopesar la actividad desplegada por la Defensa para concluir que la imputada no
2 estuvo en situación de indefensión.

3 En orden a la supuesta "posición de garante" de LESCANO respecto de la niña víctima,
4 coincide en que ese rol de garante lo cumplía CRISTO de manera exclusiva, como padre y por ende
5 portador de la patria potestad, la cual es intransferible e indelegable.

6 Afirma que las obligaciones impuestas por el artículo 673 del CCCN al "progenitor afín" son
7 de carácter subsidiario respecto de los progenitores. Es la propia legislación civil la que distingue
8 los alcances de los deberes y responsabilidades en uno y otro caso, por lo que no es factible igualar
9 la situación de CRISTO y LESCANO en cuanto a la extensión del vínculo con el bien jurídico que
10 debían cuidar o defender.

11 Como deducción de lo dicho, sostiene que el garante principal que debía evitar cualquier
12 daño que pudiera sufrir la víctima era CRISTO, de modo tal que no es posible imputarle a LESCANO
13 la producción de un resultado que no evitó, como si ella misma lo hubiera causado, por lo que
14 entiende que no resulta ajustado a derecho responsabilizar por dicha muerte a la imputada, quien
15 no era su madre y sólo convivió con la niña durante 6 meses. Por tales razones, resuelve la
16 absolución, considerando no demostrada la tesis acusatoria.

17 Por otra parte, expresa la Sra. Magistrada que existieron durante el debate elementos
18 indicadores de violencia por razones de género que no fueron debidamente advertidos o fueron
19 soslayados, tales como la "violencia económica"; por lo que entiende que no puede afirmarse que
20 LESCANO tenía capacidad de llevar a cabo acciones de salvamento, cuando la cuestión de género
21 pudo haber condicionado la capacidad individual de acción.

22 Luego de afirmar que el Ministerio Público Fiscal no pudo comprobar su teoría y señalar
23 distintos tipos de falencias que a su juicio exhibe el caso, entiende que la anulación de los fallos de
24 instancias anteriores y el consecuente reenvió, significaría una victimización secundaria o
25 revictimización para la imputada, declarando que la misma ha sufrido violencia institucional a lo
26 largo de todo el proceso.

1 **IV. AGRAVIOS FEDERALES. CRÍTICA CONCRETA Y RAZONADA DE TODOS LOS**
2 **FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA .**

3 **a) La sentencia recurrida comete un yerro grosero en lo atinente a la dogmática**
4 **jurídico-penal de la Omisión Impropia o Comisión por Omisión, sosteniendo una posición**
5 **que ningún Tribunal ni postura doctrinaria sostiene, ni siquiera en un regreso a la superada**
6 **teoría formal de las fuentes de garante y que se aparta de la nomofilaquia del propio STJ.-**

7 El voto ponente,-y su adhesión-,para llegar a su insólita conclusión de que la competencia del
8 progenitor “desplaza” a la de su pareja “guardadora”, se circunscribe erradamente en la legislación
9 civil, en una especie de teoría Formal de los deberes propios de la protogdomática de Feuerbach,-
10 aunque creemos que ni él suscribiría esta postura, ya que como tantos en su época, imputaría
11 complicidad a la guardadora.-

12 Como recuerda Jakobs con acierto Feuerbach esbozó con nitidez la “obligación originaria del
13 ciudadano” en que no se emprendan violaciones activas del Derecho y supeditó la omisión punible a
14 un especial fundamento jurídico, (ley o contrato), que de base a su obligatoriedad.-

15 Es obvio que para la ideología liberal individualista de la burguesía optimista —fines del siglo
16 xviii y xix—, todo “procurar por el otro” contenía un dejo moralizante de la teoría de la virtud,
17 contraria a la posición del Estado Gendarme, pero es evidente que ni la Ley ni el Contrato serían
18 suficiente fundamento sino solo positividad para justificar la excepcionalidad de los mandatos,
19 entendidos como deberes positivos.

20 Muy pronto quedó claro en la institución de la “injerencia” que no había tal fundamento
21 jurídico especial, no había “fuente formal” alguna, sino que se trataba —como el viejo ejemplo de
22 Glaser—, de que quien introduce —se ingiere—un riesgo en una esfera de existencia ajena que va a
23 producir sus efectos, debe neutralizarlo: Si un cochero atropella a un transeúnte dolosamente será
24 imputado a título de acción, ahora bien si los caballos se encabritan y corren hacia la persona, el
25 cochero debe intervenir en forma salvadora, sea frenando o desviando la marcha. Si no lo hace
26 lesiona como omisión.- Todo ello no es mas que *neminem laedere*, no dañar a otro.(confr. Jakobs,

1 Günther: La imputación penal de la acción y de la omisión, Universidad Externado de Colombia,
2 Bogotá, 1996, p. 48 y sig. ; ídem “La omisión. Estado de la cuestión”, en seminario Univ. Pompeu
3 Fabra, Sobre el estado de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 2000, pp. 142-153 ; idem Jakobs,
4 Günther: Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 266, 993 ; ídem sobre el abandono de la
5 teoría Formal, Roxin, C., T.II., pag.848 y sig.).-

6 En el exhaustivo y lucido voto ponente del fallo de instancia, queda muy claro que la alusión a
7 la ley civil y la institución del “progenitor afin”, no significa en absoluto regresar a la antigua,- y no
8 seguida por nadie ya en la Ciencia Penal-, teoría formal de los deberes de Garante, -que el
9 Magistrado releva en la opinión del neokantismo clásico, -Soler, Nuñez, Fontán Balestra-,etc., sino
10 agregar el reconocimiento de la Ley Civil a la función de protección de Bienes Jurídicos, lo que en la
11 doctrina se ha denominado desde hace muchos años “Estrecha Comunidad de vida o de relación”, es
12 decir de fuentes materiales que fundamentan la equivalencia del evitar .-

13 Desde las obras ya clásicas en nuestro medio de Bacigalupo – “Delitos Impropios de Omisión-
14 ,o del Tratado de Zaffaroni, nadie en la dogmática nacional ha vuelto a sostener las fuentes formales
15 de Garante, las que como “rara avis” aparecen en el voto preopinante de la Sala Penal, pese a que el
16 Magistrado Labriola en su voto recuerda su abandono definitivo desde la aparición del harto
17 conocido trabajo de Armin Kaufmann de 1959,-La Dogmática de los delitos de Omisión-,, -recién
18 traducido hace unos años-.

19 En uno de los textos generales mas recientes, Rafecas da cuenta de esta evolución que
20 reemplaza a las fuentes formales y se apela a una definición basada directamente en criterios
21 materiales, a partir de lo cual fueron construyéndose parámetros análogos al dominio del hecho
22 característico de los delitos activos, aplicable a todos los casos de comisión por omisión (cfr.
23 RAFECAS, Daniel, "Derecho penal sobre bases constitucionales", 1ra. edición, Edit. Didot, Bs. As.
24 agosto de 2021, pág. 491).-

25 Es menester la transcripción puntual del fallo de instancia, pues es dejado de lado sin ningún
26 argumento por el voto ponente para su conclusión notoriamente desacertada .-

1 El fallo trae a colación la opinión de H.H. Jescheck, quien conjuga “...la teoría formal con la de
2 las funciones propone que la posición de garantía puede surgir de dos grandes grupos: en primer
3 lugar, de deberes de protección en cuanto a determinados bienes jurídicos (este grupo abarcaría a la
4 solidaridad natural con el titular del bien jurídico, las estrechas relaciones de comunidad y la asunción
5 de custodia). Entre el primer supuesto de solidaridad natural, el autor considera los vínculos
6 familiares más próximos, y en cuanto a las estrechas relaciones de comunidad, destaca que lo decisivo
7 es la confianza recíproca que nazca de las relaciones de dependencia. Por otra parte, en el segundo
8 grupo de fuentes generadoras de posiciones de garantía estima que la fuente principal es la
9 responsabilidad respecto a determinadas fuentes de peligro (al igual que Kaufmann).-

10 Finalmente, desde una óptica más reciente, Jakobs, al referirse a las posiciones de garantía parte
11 desde su clasificación inicial más genérica y distingue entre las posiciones de garantía basadas en la
12 competencia por organización sobre un ámbito propio que dan lugar a los deberes de actuar propios
13 del tráfico jurídico (cuya razón de imputación hay que encontrarla en la idea de responsabilidad como
14 sinalagma de la libertad); y entre las posiciones de garantía que surgirían de una competencia
15 institucional, que sólo existirían si la institución tiene para la vida social el mismo peso que la
16 existencia de un ámbito de organización. Entre estas instituciones enumera la relación paterno-filial,
17 las relaciones matrimoniales, la adopción y la tutela, las relaciones de confianza especial y la
18 confianza en la protección de los órganos de estatales. En relación con la posición de garantía de los
19 padres respecto de los hijos, Jakobs señala que estos deberes de los padres garantizan tan sólo un
20 estándar mínimo de cuidados, ya que jurídicamente no se puede garantizar la dedicación óptima.-

21 He decidido realizar este breve repaso por las teorías de las fuentes generadoras de la posición
22 de garante para los delitos de omisión impropia, para concluir que en el presente caso, desde las
23 distintas perspectivas que se puede abordar la temática, no existen dudas en que Yanina Soledad
24 LESCANO se encontraba, a la época de los hechos, en posición de garante de fuente legal, de manera
25 previa y precisamente determinada, pues dicha posición tenía como base y fundamento normas
26 específicas del Derecho Civil y Comercial, que establecen: "Deberes y derechos de los progenitores e

1 hijos afines. ARTÍCULO 672.- Progenitor afín. Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente
2 que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. ARTÍCULO 673.-
3 Deberes del progenitor afín. El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y
4 educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito
5 doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el
6 progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.".-

7 Pero a más de ello, la posición de garante que ocupaba la imputada también se encontraba
8 prevista de manera previa y expresa en una fuente de carácter convencional, pues los deberes que le
9 incumbían en cuanto progenitora afín de la víctima surgen explícitamente del art. 16° de la CEDAW
10 que establece: "1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la
11 discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones
12 familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los
13 mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en
14 materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración
15 primordial. f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y
16 adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la
17 legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.".-

18 Ello, sin dejar de considerar la especial relación de confianza derivada de la estrecha comunidad
19 de vida que se acreditó que concurrió en el caso entre la imputada y la víctima, pues convivían en el
20 mismo domicilio, y ello la obligaba a que desempeñara el rol de cuidado y salvamento de la niña como
21 sujeto competente de la evitación del resultado lesivo, al que le incumbe un haz de deberes positivos
22 derivados de la institución que asumió garantizar de manera responsable.

23 Sin embargo, reitero, aún dejando de lado la confianza especial, solidaridad máxima o las
24 estrechas comunidades de vida como fuentes generadora de la posición de garante (algunas de las
25 cuales han sido cuestionadas por su amplitud o imprecisión), respecto de la ley civil (y de la
26 Convención CEDAW) como reguladoras de la relación paterno-filial no hay absolutamente nada que

1 *cuestionar al respecto, pues como sostiene Gonzalo Javier Molina, en los casos como éste, en que la*
2 *posición de garantía sí es evidente, son los que precisamente obligan a buscar un salvoconducto para*
3 *salvar a las figuras de omisión impropia de la objeción de inconstitucionalidad.-*

4 El fallo y su revisión confirmatoria en Casación son plenamente compatibles con las mas
5 relevantes tesis materiales o mixtas del fundamento de las posiciones de Garantes, -o roles de
6 competencia como dirían Jakobs o su discípulo Pawlik .-

7 Así Schünemann, en su relevante tesis doctoral, “Fundamento y límites de los delitos de
8 Omisión Impropia “, de1971, -Marcial Pons,2009-, construyó su “directriz de equivalencia superior”
9 de la comisión por omisión, en el “dominio sobre el fundamento del resultado”, (typus), es decir un
10 control actual sobre el suceso equiparable en intensidad al dominio del autor comisivo, ya sea en la
11 asunción de la custodia —desamparo del bien jurídico—, o de una fuente de peligro dominada por
12 el autor, considerándolo incluso como una “estructura lógico objetiva”. Distanciado del concepto de
13 “Infracción del Deber “ de su maestro Roxin, elabora el deber especial a través del “dominio fáctico,
14 sobre el motivo del resultado, mas precisamente sobre el “desamparo de la víctima”. Lo
15 institucional o el deber extrapenal constituirían a lo sumo, ratio cognoscendi de la autoría, pero ello
16 se fundamenta —ratio essendi—, v. gr. en las relaciones paterno-filiales, en si el autor ha ejercido
17 un “dominio de protección efectiva personal” sobre el desvalimiento.-

18 Bacigalupo, en su texto de 1969 ya citado, que recogía toda la evolución doctrinaria hasta esa
19 época, decía en un modo bastante cercano, que “lo que determina que detrás de un tipo de comisión
20 se encuentre también un mandato de acción para ciertos y determinados casos...” —los
21 estrictamente alcanzados por la posición de garante y equivalentes—, “es el fin de la norma, en
22 relación a la cual se construye el tipo”. Como es sabido, en la actualidad, Bacigalupo sigue la
23 clasificación de Jakobs de “delitos de organización / delitos de competencia institucional”.

24 Como dice con razón Silva Sánchez, *“los verbos típicos tienen un sentido mucho mas adscriptivo*
25 *de atribución de responsabilidad -imputación- que descriptivos de causalidad. La Norma Primaria es*
26 *usualmente prohibición de riesgos relevantes para el bien jurídico, pero ello puede adquirir una*

1 *configuración ontológica doble, sea por causación eficiente, sea por asunción del compromiso de*
2 *actuar a manera de barrera de contención de riesgos que amenazan a estos bienes, vulnerando este*
3 *compromiso -omisión impropia o comisión por omisión...”. “...Comisión activa y comisión por omisión*
4 *aparecen como dos formas diversas ontológicamente pero que desde esta perspectiva normativa se*
5 *hacen idénticas en su estructura y en su configuración material como modos de dominio, (control),*
6 *sobre el riesgo típico “La comisión por omisión `dice Silva es compleja: es omisión en cuanto supone*
7 *la vulneración del compromiso de actuar concretamente adquirido; por otro lado es comisión, en*
8 *cuanto la asunción mas su vulneración implican “un control del riesgo idéntico al que se tiene por la*
9 *vía de la creación activa del mismo”.*

10 Ya en la originaria versión de “*El delito de omisión*” Silva había demostrado el error de
11 identificar tipo de resultado con norma de prohibición de causación, y su deriva de la extensión
12 extratípica axiológica a la no evitación en el rol de garante —déficit de la tesis de Kaufmann—. La
13 tipicidad de matar contiene tanto la producción causal del riesgo relevante, como la no evitación
14 por la responsabilidad de prestaciones positivas de salvaguarda, estructuralmente equivalentes.
15 (confr. aut.cit. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, reeditado con un epílogo de actualización,
16 BdF, Montevideo, p. 183 y sig.; ídem. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M.
17 Bosch, Barcelona, 1997, p. 60 y sig.)

18 En resumidas cuentas, la posición de garante de LESCANO surgía de la propia situación de
19 desamparo en la que se encontraba la niña, que estaba siendo agredida físicamente por su padre,
20 torturada con cigarrillos, golpeada con elementos contundentes, todo ello mientras se hallaba
21 amarrada y postrada debido al avanzado estado de desnutrición.

22 No se pretende endilgarle a la imputada una competencia ilimitada ni tampoco se trata de un
23 caso de responsabilidad objetiva como lo afirma la sentencia, sino de la atribución de un rol
24 especial de custodia de la incolumidad de la persona frente a la clara situación de desamparo de la
25 víctima y de la que LESCANO tenía pleno conocimiento, porque tales atrocidades estaban
26 sucediendo frente a sus ojos.

1 La responsabilidad por deber positivo de LESCANO, tampoco cesa por la condición de
2 progenitor del condenado CRISTO.

3 He aquí las consecuencias impropias que acarrea la aplicación formal del derecho civil, que
4 traza una suerte de orden jerárquico a la hora de definir ámbitos de competencias, en virtud de los
5 cuales prevalece la voluntad del "progenitor biológico" frente a la postura del llamado "progenitor
6 afín". Pero una cosa es que entre el "progenitor biológico" y el "progenitor afín" no se pongan de
7 acuerdo en suministrarle una determinada educación al niño o dejarlo realizar o no determinada
8 actividad, y otra muy distinta es despojar de responsabilidad al "progenitor afín" mientras el
9 "progenitor biológico" está asesinando a su hijo en presencia del otro, por el solo hecho de que
10 prevalece - según el derecho civil - la decisión aquel ; un esquema impensado en delitos nucleares,
11 que afectan las más elementales reglas de convivencia.

12 Tal como exhaustivamente se demostró en el fallo de instancia, el desamparo de la víctima
13 Nahiaa Cristo acaeció de modo ininterrumpido durante varios meses,-conforme la imputación
14 harto conocida por la Defensa de Lescano, a punto tal de conformar por acuerdo en la Remisión a
15 Juicio la atribución endilgada supra por omisión impropia desde Agosto de 2018 hasta Febrero del
16 2019 cuando fallece.- Es evidente que en dicho lapso no solo compartió con su rol de guardadora la
17 protección y deber positivo de salvamento a la pequeña de dos años, sino que en muchas ocasiones
18 quedó sola a cargo de la niña, en donde no existía ninguna duda de su rol exclusivo, el que habría
19 cesado para el futuro si se hubiere separado de su pareja Cristo.-

20 Aseverar que el rol de padre desplaza al de la Guardadora sin excepción implica que si ambos
21 delegan la custodia en una cuidadora,-haya o no contrato-, caso paradigmático de Asunción en la
22 doctrina, no existiría en esta rol de garante pues el mismo se halla en cabeza indelegable del padre,
23 lo cual carece de razón alguna.-

24 Igual consecuencia irracional de este yerro dogmático se deduce "*ad absurdum*" si lo
25 aplicamos al supuesto habitual de autoría de ilícitos contra la integridad sexual por parte del
26 concubino de la madre hacia su pequeña hija.- Aplicando esta insólita tesis el guardador podría

1 alegar que como el rol primigenio de Garante es de la madre de la víctima, éste desplaza a su rol
2 “secundario” y entonces solo respondería sin la calificante, -abuso por acceso carnal- y no por el inc.
3 b) del párrafo cuarto del art.119 CP.-

4 Mas aún, igual conclusión absolvente o atenuante podría pretender la pareja de la madre del
5 niño Lucio Dupuy, caso trágico semejante al atroz que nos ocupa, y que ha dado lugar a una ley
6 recientemente sancionada llamada “Ley Lucio”, al pretender que su rol de estrecha comunidad de
7 vida o confianza especial, como se prefiera denominar, se ve desplazada por el rol primordial que el
8 STJER le confiere a la madre, -aquí el progenitor biológico.- Será que algunas entidades defensoras
9 de los derechos de los niños,-aunque se trate de un sector marginal sin repercusión mediática-,
10 alertadas por este lamentable yerro dogmático deban plantear una “Ley Nahiara” ?

11 Nada tiene que ver con esta problemática las razones por las cuáles el Tribunal Casatorio en
12 su certero fallo nulificó a la sentencia de Instancia respecto de Lescano.- Tanto en la materialidad
13 del ilícito como en la calidad de Garante de Lescano, el rechazo a la inconstitucionalidad de la
14 omisión impropia, y el desecho de las alegaciones defensivas sobre afectación a la congruencia;
15 coacción de Cristo -más allá de la confusión del planteo entre “capacidad de actuar “; lado subjetivo
16 del hecho y exculpante por coacción-, fueron ratificadas en el erudito voto preopinante Casatorio,
17 con elogiosos párrafos confirmatorios.-

18 La nulidad parcial obedeció a un yerro dogmático en la atribución de coautoría a Lescano, lo
19 cual no es posible por la calidad Institucional de la autoría requerida por el tipo doloso agravado
20 del art.80 inc.1º CP, para el cual la guardadora es extranei, porque no es padre o madre, ni alguno
21 de los otros elementos cualificantes de la autoría. Pero ello lejos de cualquier ajenidad al ilícito deja
22 incólume la posibilidad de complicidad necesaria por omisión impropia, como toda la doctrina y
23 jurisprudencia admite.-

24 Los defectos del fallo en lo atinente a la posible agravante del inc.2º del art.80 CP, como
25 asimismo en la atenuación especial de la reprochabilidad de las “circunstancias extraordinarias de
26 atenuación”, manifiestamente inaplicables, hicieron imposible la adecuación del fallo sin reenvío .-

1 Pero de ninguna manera implicaron hábito alguno de razón en la ajenidad al ilícito que ahora el
2 STJER ha decidido, ni mengua alguna en el rol de deber positivo de Lescano.-

3 Piénsese,-de nuevo *ad absurdum*-, que ante la tesis del STJER, no hubiese sido necesaria la
4 argucia de "obediencia debida" en los delitos de lesa humanidad cometidos por la dictadura cívico
5 militar genocida de 1976/1983, porque la posición de garante del superior jerárquico según
6 reglamento militar desplaza a la posición de garante de quien ejecuta las torturas de propia mano o
7 del médico (o profesional de la salud) que diagnostica que la víctima puede seguir siendo torturado
8 sin riesgo de vida. Una conclusión de tal magnitud, repugna toda lógica y sentido de justicia.

9 El caso que nos ocupa, no dista mucho del ejemplo dado en tanto se encuentran en vilo
10 derechos que ampran a la víctima a nivel convencional en un doble orden, como mujer y víctima.

11 Este es uno de los casos que Luzón Peña, en su reciente completísimo repaso sobre el tema
12 denomina "**Vulnerabilidad o desvalimiento total del sujeto pasivo como base de la seguridad**
13 **Normativa en su protección**", y que ejemplifica en un bebé o niño pequeño, que en su indefensión
14 *"... tan dependiente de la protección del garante está a cubierto, seguro, blindado por el garante frente*
15 *a un eventual peligro, por lo que si el garante omite, esa omisión desblinda el bien jurídico y*
16 *descontrola dolosa o imprudentemente un peligro que se daba por controlado frente a ese bien*
17 *jurídico, de modo que él aumenta el peligro frente a ese bien jurídico y realiza por tanto dolosa o*
18 *imprudentemente en comisión por omisión el delito de resultado..."* (confr. LUZÓN PEÑA, Diego-M.,
19 Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, Foro FICP, 2022-1).-

20 Resulta francamente intolerable normativamente, -desde una legitimidad enfática- que
21 precisamente en esta indefensión doblemente reforzada Convencionalmente se pretenda desligar al
22 garante convergente frente a la comisión por el padre, -también Garante- de las terribles lesiones
23 letales, y más allá reiteramos que la calidad de progenitor afín de Lescano le impida ser coautora y
24 por dominio de la evitación fuere cómplice necesario.-

25 Por otra parte, la pieza cuestionada resulta autocontradictoria en cuanto sostiene que CRISTO
26 cumplía el rol de garante con exclusividad, calificando al mismo como indelegable e intransferible,

1 para luego decir que la posición del llamado "progenitor afín" (art. 673 del CCyCN) es subsidiaria
2 respecto de los progenitores.

3 Si abordamos el caso desde la óptica de la fuente legal, no puede sostenerse, sin violentar el
4 principio de no contradicción (en lo ontológico y doxástico), que la posición de garante de CRISTO
5 es exclusiva e indelegable, quedando por ello excluida la posible existencia de otro garante, y luego
6 decir que la situación jurídica del "progenitor afín" (LESCANO) es subsidiaria respecto del
7 progenitor biológico. En otros términos, no puede afirmarse que en el mismo caso convergen un
8 garante exclusivo y otro subsidiario, por cuanto -según la lógica de la sentencia- la presencia de un
9 garante exclusivo enerva toda otra posición de garantía aún en carácter secundario.

10 Aún en dicha situación ello quiere decir que en ausencia del padre, el rol subsidiario
11 reaparece como primordial, sobre todo si como en el caso se trató de varios meses de torturas,
12 quemaduras, golpes, desnutrición severísima, es decir privación de alimentación y omisión
13 absoluta de atención médica, lo que obvio es destacar compete a los dos garantes.-

14 Por el contrario, tal como dicen de consuno ambas sentencias, la posición de garante de
15 LESCANO surge de la denominada "estrecha comunidad de vida", o como dice Luzón Peña "Deberes
16 de Protección por estrecha vinculación familiar ", donde expresamente coloca al "guardador".-

17 Tal como dice Rafecas, la misma se encuentra reconocida desde antiguo por la jurisprudencia
18 como fundamento independiente de origen de deberes de protección de bienes de protección.
19 Destaca al respecto que si bien la sola "estrecha comunidad de vida" no fundamenta por sí misma
20 una posición de garante respecto de los cohabitantes de la vivienda, a esa situación fáctica deben
21 adunarse otros requisitos positivos y negativos. Así, por ejemplo, la autonomía de la voluntad del
22 cohabitante adulto a proteger, condiciona el deber jurídico. Por ende el deber de protección de
23 bienes jurídicos individuales de quienes cohabitan solo emerge allí cuando el otro conviviente,
24 objetivamente, aparece en situación de desamparo, permanente o temporaria, que coloca a la
25 persona en cuestión en la incapacidad de valerse por sí misma, lo que genera situación de
26 dependencia de la persona a proteger. Afirma el autor, que solo frente a este tipo de situaciones

1 nace una posición de garantía en el marco de una “estrecha comunidad de vida”, sea o no pariente, y
2 haya o no un contrato de por medio, es decir, fuera del aspecto formal del vínculo. Agrega el autor,
3 que los casos más habituales de “estrecha comunidad de vida” son los casos de personas que han
4 decidido llevar adelante la convivencia en común. (cfr. RAFECAS, Daniel, op. cit., pág. 498 ; ídem
5 extenso, Roxin, C. ob cit.862 ysig).

6 En el caso de autos, tenemos que la persona necesitada de auxilio tenía tan solo dos años de
7 edad, y además se encontraba en una situación de vulnerabilidad extrema, desnutrida, postrada y
8 siendo víctima de contentes ataques por parte de su progenitor.

9 Antes de continuar con el resto de los desaciertos dogmáticos del fallo que ahora recurrimos
10 ante la CSJN, debemos recordar aspectos del factum que no han sido discutidos en la causa, pues
11 han tenido trascendencia en ambos fallos,- el de instancia y el Casatorio para alcanzar la certeza
12 forense no solo de Cristo sino también de Lescano, refutándolas distintas alegaciones de la
13 Defensa.-

14 Así el fallo se detiene con exhaustividad en los testimonios e informes de los funcionarios
15 policiales y médicos del Hospital y forenses que verificaron el atroz estado de agonía de la pequeña
16 al ser trasladada, -los funcionarios Molina y Agueda Roldán, los médicos Evangelina Ramírez y
17 Walter Luchetti y los forenses Moyano y Aguirre.- Todos estos sin hesitación no dudaron en
18 quiebres emocionales al deponer en la audiencia -como se puede ver en la videofilmación-, ante las
19 huellas de tortura que presentaba la pequeña, que nunca en sus experiencias profesionales habían
20 visto.-

21 Como el informe autopsico llevado a cabo por el forense Aguirre habla por sí solo, menester
22 resulta la transcripción del fallo, como síntesis de lo que debía salvar Lescano, y que en cambio no
23 evitó por su omisión equivalente, sin importar que por los requisitos del rol especial de autoría -en
24 eso es certero Casación-, su aporte al colectivo ilícito configure solo complicidad necesaria.-

25 El **Informe autopsico** de Nahiara Luján CRISTO comienza por dar cuenta al examen externo
26 el cuerpo pesaba 10,950 kg. y entre los signos cadavéricos menciona -entre otros- en la zona de la

1 nariz una perforación de tabique nasal en su extremo anterior con material purulento, y pabellón
2 auricular -oído- izquierdo con lesión ulcerada cubierta por material purulento.-

3 Seguidamente se constatan :

4 *"CABEZA: 1- Ausencia de lesiones óseas. 2. Pequeña lesión contusiva en la parte superior del*
5 *parietal derecho del pericráneo (por fuera del cráneo y por debajo del cuero cabelludo) muy próxima*
6 *a la línea media de 1 x 1 centímetros de evolución reciente. 3.- Edema y congestión cerebral intensos*
7 *(peso 1120 gramos). 4.- Pequeña lesión contusiva de evolución reciente que asienta en la parte media*
8 *y superior de ambos hemisferios cerebrales, limitada a la zona parietal alta y media. 5.- Hemorragia*
9 *subaracnoidea en napa generalizada con extensión a los ventrículos cerebrales.*

10 *ROSTRO. 1- Lesión evolucionada, circular de un centímetro de diámetro, en vías de cicatrización*
11 *ubicada en la piel de la región frontal derecha por encima de la ceja homónima. 2. Lesión*
12 *evolucionada en la punta de la nariz con pérdida de sustancia en la parte media a nivel del tabique,*
13 *cubierta de material purulento (sobreinfección bacteriana). 3. Hematoma en la parte media del labio*
14 *inferior (de evolución reciente). 4.- Lesiones ulceradas evolucionadas en la parte posterior de ambos*
15 *pabellones auriculares; en el izquierdo se extiende a la parte anterior, cubierto además de material*
16 *purulento (sobreinfección bacteriana). 5.- Falta de las capas superficiales de la piel dispuesta de*
17 *manera transversal en la región posterior del cuero cabelludo sobre la región occipital, en la parte*
18 *media fundamentalmente, observándose a su alrededor una vasta zona alopecica (falta de cabellos).-*

19 *TRONCO ANTERIOR Y POSTERIOR (TÓRAX, ABDOMEN Y PELVIS) 1.- Lesiones equimóticas*
20 *dobles (paralelas entre sí) y alargadas, de evolución reciente: dos en la cara anterior del abdomen y*
21 *una en la parte media, límite entre tórax y abdomen (epigastrio) con distintas incidencias. 2.- Lesiones*
22 *ulceradas (pérdida de piel) en la zona de la espalda, sobre la línea vertebral involucrando al sector*
23 *dorsal de la columna y a la altura de la columna lumbar, evolucionadas (no recientes). 3. Lesión*
24 *equimótica en la zona anterior del pubis de evolución reciente. 4. Lesiones ulceradas evolucionadas,*
25 *varias en ambas regiones glúteas, de diferentes formas y tamaños. 5. Intensa congestión pulmonar,*
26 *hepática y renal. 6. Líquido libre transparente en ambas cavidades pleurales. 7.- Muy escaso panículo*

1 adiposo.

2 *MIEMBROS INFERIORES Y SUPERIORES: 1. Lesiones ulceradas y evolucionadas en el dorso de la*
3 *muñeca, manos y dedos de la mano derecha. 2. Hematomas subungueales evolucionados en los dedos*
4 *medio, anular, meñique y pulgar de la mano derecha asociados a la pérdida de piel en la raíz de dichas*
5 *uñas y en las puntas de los tres primeros dedos. La pérdida de piel se aprecia también en las mismas*
6 *ubicaciones del dedo índice derecho aunque aquí sin hematoma subungueal. 3. Dos lesiones ulceradas*
7 *evolucionadas en el dorso de la mano izquierda y una sobre el dorso del pulgar (ésta menos antigua)*
8 *con falta de piel en la raíz de las uñas de los dedos índice, medio, anular y meñique. La uña del dedo*
9 *índice izquierdo además se halla levantada con signos de traumatismo en la punta. 4.- Hematoma*
10 *reciente en el codo izquierdo. 5. Lesiones ulceradas múltiples y evolucionadas, de diferentes tamaños*
11 *ubicadas en las caras internas y posteriores de ambos muslos; en la región posterior de ambas piernas;*
12 *en la cara anterior y externa de la pierna derecha; en la cara externa del muslo derecho y cadera*
13 *derecha y en la cara externa de la pierna izquierda, evolucionadas. De fondo, en la parte interna del*
14 *muslo derecho se observa un hematoma alargado, de evolución reciente. 6. -Falta de piel en el dorso de*
15 *ambos pies que se extiende desde el tobillo hasta la raíz de los dedos en el pie derecho y desde el*
16 *extremo inferior de la pierna hasta los dedos (incluyéndolos) en el izquierdo, evolucionadas.*

17 *REGIÓN PERINEAL Y ANAL. 1 Lesiones puntiformes varias y recientes, en la zona cubierta por los*
18 *labios menores, distribuidas en la mucosa ubicada por fuera y delante de la vagina, sin desgarros*
19 *visibles. 2. Región anal sin lesiones.*

20 Al momento de realizar las consideraciones medicolegales (punto 5 del Informe Autópsico) el
21 galeno informó:

22 *"A: Estatura, peso y perímetro cefálico por debajo del percentilo 50 (acorde tablas del Hospital*
23 *Garrahan) indicadores de un estado nutricional deficiente para la media esperable según la edad y el*
24 *sexo.*

25 *B.- Lesiones recientes: 1-Hematomas en zona anterior de tórax y abdomen. 2- Pequeña lesión*
26 *contusiva en el pericráneo. 3. Hematoma en el labio inferior. 4- Hematoma en zona anterior del pubis.-*

1 C.- Lesiones no recientes: Lesiones ulcerosas en la cabeza (región occipital), pabellones auriculares,
2 frente, nariz, miembros superiores e inferiores, tronco y pelvis. Algunas de ellas con presencia de
3 sobreinfección bacteriana caracterizadas por material purulento: pabellón auricular izquierdo y
4 orificios nasales.-

5 En cuanto al mecanismo de producción estimado de las lesiones, el informe consigna lo
6 siguiente (Punto D): "Acercas de las lesiones recientes puede decirse que las ubicadas en la zona
7 anterior del abdomen y límite de tórax con abdomen fueron provocadas con utilización de un
8 elemento duro y alargado de bordes redondeados (tipo caño, palo de escoba o similar). Las demás
9 lesiones recientes si bien fueron causadas también por golpes no se puede inferir el elemento (natural
10 o no) utilizado.

11 En el caso de las lesiones observadas con un tiempo mayor de evolución puede decirse que las
12 comprobadas en el dorso de ambos pies son habituales de ver en las quemaduras con líquidos calientes
13 y que los hematomas subungueales de los dedos de la mano derecha fueron provocados por trauma-s
14 violento-s. En el resto de las lesiones antiguas es difícil realizar una estimación etiológica ya que en su
15 evolución las lesiones ulcerosas (heridas) el propio organismo al intentar repararlas paulatinamente
16 va transformando su aspecto inicial y con ello se pierde la especificidad identificatoria si las hubiera.
17 De todas maneras merece destacarse la forma particularmente redondeada que estas úlceras
18 presentan en su gran mayoría, sugiriendo que el agente utilizado para la agresión también
19 presentaba una forma redondeada. Llamativo fue el hallazgo de la perforación del tabique nasal a la
20 altura de los orificios además (con signos de sobreinfección bacteriana) ya que para que esto ocurra
21 habitualmente es necesaria la acción de algún tipo de irritante y/o tóxico local de contacto
22 prolongado en el tiempo. Haciéndose mención que la presencia de material purulento son detectables
23 a simple vista.

24 Otro dato que surge del examen cadavérico fueron los signos indicadores de una permanencia
25 prolongada en cama en una mayoritaria posición en decúbito dorsal (boca arriba), constatados en la
26 cabeza y región posterior del tronco.".-

1 En cuanto al mecanismo de muerte, en el punto E del Informe analizado se consignó que *"En el*
2 *contexto descrito se comprobó que la muerte se produjo por una falla generalizada de órganos."*,
3 destacándose a modo de síntesis en el párrafo final de este apartado del informe que: *"...el*
4 *procedimiento autópsico permite afirmar preliminarmente que el deceso se produjo por una*
5 *falla generalizada de órganos en el marco de un mal estado general de salud y en presencia de*
6 *lesiones de distintos tiempos evolutivos: algunas recientes y otras (varias) más antiguas y ya*
7 *en vía de cicatrización; incluyendo golpes y quemaduras (compatibles a originadas por*
8 *líquidos calientes) con el agregado de la presencia visible de pus en algunas de ellas."* para
9 finalizar por consignar en el último punto del documento pericial (DIAGNOSTICO MEDICO LEGAL
10 AUTOPSICO) que la muerte de Nahiara Luján CRISTO de 2 años y 8 meses se produjo por una
11 FALLA GENERALIZADA DE ÓRGANOS en un contexto de mal estado general con traumas diversos y
12 de distintos tiempos evolutivos (destacado en el original).-

13 Lo atinente a la causa de la muerte de la niña fue precisado por el Dr. AGUIRRE en el **Informe**
14 **Complementario :**

15 *"Los laboratorios realizados al ingreso hospitalario y extraídos de la HC demuestran una muy*
16 *severa afectación del estado general de la niña constituyendo la entidad médica conocida como*
17 *Síndrome de Respuesta Inflamatoria Sistémica (SIRS), cuya característica distintiva es la falla*
18 *generalizada del funcionamiento de los órganos, congruente a su vez con las impresiones diagnósticas*
19 *asentadas por los profesionales. Este cuadro de deficiencia multiorgánica hizo necesario, entre otras*
20 *diversas medidas adoptadas, la reposición de la volemia de la niña mediante la transfusión de sangre,*
21 *concurriendo de esa manera un dato objetivo previsto en el articulado del Código Penal: Riesgo de*
22 *Vida en el artículo 90 por afectación directa del sistema circulatorio con requerimiento*
23 *complementario vía transfusión de glóbulos rojos.*

24 *Al mismo tiempo, se logró certificar mediante el cultivo sanguíneo realizado, la presencia de una*
25 *infección generalizada, con lo cual el diagnóstico inicial de SIRS se transformó en un Shock*
26 *Séptico. El germen aislado y responsable del cuadro fue un S. aureus, microorganismo que*

1 *habitualmente reside en la piel del cuerpo humano por lo que ante el variado cuadro de lesiones*
2 *ulceradas y de distintos tiempos evolutivos, se transforma en un indicador directo a favor de la*
3 *sospecha del origen dérmico de la diseminación infecciosa a los distintos órganos y sistemas del*
4 *cuerpo de Nahiara."*

5 *E.1.- La desnutrición es una expresión de un déficit nutricional que requiere para llegar al estado*
6 *comprobado de una evolución en el tiempo, no generándose habitualmente el grado de depleción*
7 *observado en las reservas proteicas, lipídicas ni glúcidas en plazos mínimos menores a dos semanas.-*

8 *E.2.- La variedad de las lesiones incluían agentes causales diversos, desde golpes con objetos*
9 *contundentes hasta la intervención de noxas físicas que provocaron sus efectos mediante la*
10 *transmisión de calor, con diferencias entre ellas a su vez: en los pies sugerentes del accionar de*
11 *líquidos calientes y en otros sectores corporales (rostro por ejemplo) eran compatibles a haber sido*
12 *causadas también por calor (elementos calientes) pero no en la forma líquida. Esa variedad lesional*
13 *indica asimismo que fueron producidas en diferentes momentos: antiguas y recientes. En virtud de ello*
14 *vale decir que las lesiones recientes (golpes con elementos alargados) fueron propinados ya en un*
15 *estado nutricional deficitario y con un proceso infeccioso instalado.*

16 *E.3.- Algunas de las lesiones ulceradas (con pérdida de piel) mostraban signos de sobreinfección*
17 *demostrado por la acumulación de material purulento (pus) sobre ellas. La presencia de pus sumado*
18 *al caso particular de la destrucción de una porción del tabique nasal indefectiblemente hace*
19 *pensar en una evolución temporal mínima no menor a las dos semanas.*

20 *E.4.- La identificación mediante cultivo de sangre del germen S. aureus permitió el diagnóstico*
21 *de Shock Séptico: afectación infecciosa aguda del estado general, de extrema gravedad asociada a una*
22 *alta mortalidad.-*

23 *E.5.- Debe destacarse que el Staphylococco aureus habitualmente reside en la piel de los seres*
24 *humanos. Cuando por alguna razón ésta sufre "roturas": escoriaciones, ulceraciones, cortes, etc., estos*
25 *gérmenes ingresan al cuerpo y son capaces de generar cuadros infecciosos: localizados o*
26 *generalizados, en el caso en estudio ocurrió la segunda alternativa. Para estimar el tiempo que esta*

1 *infección requiere para invadir el cuerpo primero y fundamentalmente para generalizarse al resto de*
2 *la economía, debemos hablar nuevamente de un cierto transcurso de tiempo ya que la diseminación*
3 *generalizada con la repercusión sucesiva y paulatina del funcionamiento de los grupos celulares*
4 *orgánicos no es inmediata ni instantánea.-*

5 *E.6.- Ingresó con riesgo real de vida."*

6 En su testimonial, el Dr. AGUIRRE preció la antigüedad de las diversas lesiones en grupos
7 desde las que obedecían a **más de 40 días de evolución; más de 21 días de evolución; de**
8 **aproximadamente 14 días de evolución; de aproximadamente 24 horas de evolución,**
9 concluyendo la niña Nahiara fue agredida muchas veces debido a que no solo se pudieron constatar
10 las lesiones referidas sino que evaluó su estado general (el adelgazamiento, la visión externa de las
11 costillas, la impresión que daba su cabeza, donde se ve el envejecimiento de la piel, la pérdida de
12 cabellos), de muchas maneras y a través de un tiempo relativamente prolongado, descartando su
13 carácter involuntario o accidental, y que a lo largo de sus años de experiencia nunca vio un cuerpo
14 que tenga lesiones en prácticamente todas las partes, como en el caso.-

15 No tiene aquí trascendencia alguna en que lapso del largo tiempo endilgado como ilícito este
16 tormento tuvo idoneidad letal definitiva, ya que como dice bien el fallo de Casación "**...De los**
17 **aportes de los profesionales surge que, en distintos tiempos, se le ocasionaron a Nahiara**
18 **múltiples y dolorosas lesiones; que probablemente estuvo atada; que sufrió golpes estando**
19 **acostada; que se la privó de alimento (o no se aseguró, quien debía hacerlo, que pudiera**
20 **ingerirlos); que desapareció su tabique nasal por haber tenido una infección producida por un**
21 **golpe desde hacía mucho tiempo; y que las escaras y alopecia que presentaba, indicaban**
22 **también que había estado un prolongado tiempo postrada en una misma posición. Ello,**
23 **sumado al cuadro de desnutrición severo, nos tiene que llevar a inferir que los malos tratos**
24 **habían comenzado antes del infundado recorte temporal que se hace en la sentencia."**

25 La visión de las fotos que obran en la causa, de una crudeza conmoviente destruye por
26 absurdo a todo el bagaje de falsas alegaciones de la encausada Lescano, en la pretensa ajenidad y

1 derivación de responsabilidad en el condenado Cristo, o en quien efectuó algunos cuidados,
2 Abraham,-quien precisamente no concurrió mas por las golpizas a la niñita de dos años.-

3 Meticulosamente con toda la prueba analizada va desechando las falsas argucias de Lescano,
4 previo a despejar epistemológicamente todo estereotipo o prejuicio vinculado al género. Debemos
5 no obstante enfatizar que todo el bagaje de “warrants” argumentales que derivan de la protección
6 Convencional para garantizar el análisis igualitario de la prueba no puede tener la virtualidad de
7 convertir a Lescano en víctima.-

8 Sin perjuicio de su historia personal de vida plena de sucesos traumáticos de ilícitos que la
9 victimizaron, lo que podría tener efecto a nivel de disminución de la reprochabilidad, de ningún
10 modo autoriza a desconocer la Norma de conducta dolosamente quebrantada, -el tabú del valor
11 vida-, ni la evidente posición de garante, y menos aún admitir las falsedades tendientes a ocultar su
12 responsabilidad por la no evitación que era de su competencia institucional.-

13 Con la prueba analizada el Vocal ponente concluye con certeza forense, que a) **No existió**
14 **violencia física** de CRISTO hacia LESCANO, b) **No existió situación de encierro o de privación**
15 **de la libertad ambulatoria** de LESCANO por parte del CRISTO, c) **No existió situación de**
16 **incomunicación** o de retención del teléfono celular de LESCANO por parte de CRISTO, d) **No**
17 **existió violencia psicológica, verbal ni coacciones** ejercida por parte de CRISTO hacia LESCANO;
18 e) **Tampoco es cierto que LESCANO haya recibido amenazas por parte de la "familia gitana"**
19 **de CRISTO** orientadas a amedrentarla con el anuncio de que le retendrían, secuestrarían, o
20 venderían a sus hijos biológicos, f) **No existió tampoco la violencia económica** alegada por la
21 Defensa Técnica; g) **tampoco es cierto que LESCANO haya estado con reposo absoluto**
22 **prescripto por el médico que siguió su embarazo para la época de los hechos.-**

23 Así concluye el Magistrado,-incluso con la experticia psiquiátrica y psicológica-, *“...que la*
24 *versión que ha brindado LESCANO sobre el modo en que resultó brutal y salvajemente agredida*
25 *Nahiara no cuenta con ningún tipo de sustento probatorio, sino que por el contrario ha sido*
26 *acreditado que la imputada estaba en conocimiento de los sucesos atribuidos y que era consciente de*

1 que CRISTO torturaba a la niña de las más variadas formas (y que ha intentado desvincularse del
2 hecho a través de la adecuación y tergiversación de los hechos en función de su conveniencia y al sólo
3 efecto de intentar mejorar su situación frente al proceso).-

4 E igualmente que además, la defensa alegada por la imputada (haber sido víctima de violencia
5 de género -en sus más variadas manifestaciones: física, verbal, psicológica, simbólica, económica-
6 haber estado privada de su libertad, incomunicada, coaccionada y postrada por su avanzado
7 embarazo de riesgo) tampoco encuentra corroboración con las probanzas rendidas, ni cumple con los
8 criterios objetivos que debe reunir un relato de estas características para ser tenido por verosímil y
9 creíble (ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia en la acusación, invariabilidad, mínima
10 corroboración con el resto de elementos objetivos).-

11 Como consecuencia, se ha probado que al momento de los hechos LESCANO no tenía anulada ni
12 disminuida su capacidad de acción, y que no realizó ninguno de los actos posibles que hubieran podido
13 evitar el deceso de la niña con altísimo grado de probabilidad.-

14 Por lo tanto LESCANO -en el contexto en el que acontecieron los hechos- se encontraba en pleno
15 conocimiento de la situación y además tenía capacidad de acción, lo que significa que nadie le exigió
16 que realice ningún acto heroico, sino que realizara alguna de las conductas más elementales que le
17 eran debidas en función de su rol para salvar a la niña y evitar el resultado fatal.-

18
19 **b) La sentencia recurrida concluye inmotivadamente que la Sra. Lescano carecía de**
20 **capacidad de acción.**

21 En la sentencia atacada, se da por sentado que LESCANO estaba sumida en un contexto de
22 violencia de género por parte de CRISTO y que ello “pudo” haber incidido en la determinación de la
23 capacidad individual de acción.

24 Sin perjuicio del concepto de “posibilidad física o material de realizar la acción debida”, en
25 cuanto condición física e intelectual del agente de ejecutar acciones de salvamento apropiadas para
26 impedir el resultado, y no obstante que la supuesta situación de violencia de género logre tener

1 repercusión a nivel del tipo objetivo o en el plano de la culpabilidad, lo cierto es que ésta ha sido
2 razonablemente descartada por los Tribunales de Juicio y Casación, en base a la prueba
3 legítimamente incorporada al proceso y cuyo análisis -así como su valoración jurídica- es soslayado
4 en la Sentencia recurrida, tal como vimos supra.-

5 No obstante lo dicho, consideramos que LESCANO tuvo la posibilidad efectiva y concreta de
6 auxiliar a la niña, a través de ella misma o por intermedio de terceras personas.

7 Resulta acertada la posición citada por el Tribunal de Juicio en cuanto a que la capacidad física
8 no necesariamente debe ser de "propia mano", se pueden realizar actos de salvamentos a través de
9 otro.

10 En el caso, la imputada tuvo la posibilidad de requerir el auxilio debido, por ejemplo, a los
11 familiares con los que mantenía contacto telefónico y a quienes sin embargo les decía, incluso días
12 antes de la muerte, que la niña se encontraba en buenas condiciones.

13 *Con cita de Jakobs argumenta el Magistrado ponente "La capacidad física para la salvación no*
14 *es necesariamente la capacidad para la salvación de propia mano. Así pues, quien no sabe nadar es*
15 *capaz para salvar en abstracto a quien se ahoga si puede proferir gritos de socorro y así avisar a*
16 *personas que sí saben nadar..." (citado por Gonzalo Javier Molina, págs. 48/49 de la obra ya citada;*
17 *aclaremos aquí se trata de la pag.957 del Derecho Penal, P.General ya referido).-*

18 *Como es lógico, la capacidad de acción que se requiere como elemento constitutivo de la forma*
19 *omisiva debe existir en el momento en el cual es necesario que intervenga el obligado a actuar en*
20 *salv guarda del bien jurídico.-*

21 *Más allá de la discusión doctrinaria en torno a si este requisito debe evaluarse desde las*
22 *perspectivas de las capacidades generales o individuales del sujeto omitente (problema que coincide*
23 *con la consideración de los saberes o conocimientos especiales en la determinación del riesgo*
24 *permitido), tomando como criterio que nadie está obligado a ir más allá del estándar de riesgo*
25 *objetivamente considerado, considero que a tenor de las circunstancias del caso concreto LESCANO*
26 *contó con amplias posibilidades físicas y materiales de realizar las acciones debidas.-*

1 *En consecuencia, ha sido acreditado en el presente caso que LESCANO -situándola en el contexto*
2 *en que ocurrieron los hechos- tuvo a su alcance distintos cursos de acción apropiados para evitar la*
3 *afectación del bien jurídico de la norma del art. 79 del Código Penal, pues conforme ha sido*
4 *extensamente desarrollado al tratar la primera cuestión, la imputada tuvo la posibilidad efectiva y*
5 *concreta de auxiliar por sus propios medios a la niña, trasladarla al centro de salud o al hospital más*
6 *cercano para que le brindaran la atención necesaria y adecuada, dar aviso a aquellas autoridades*
7 *institucionales (Policía, COPNAF, Dirección de Asistencia a la Víctima del Delito, Poder Judicial) o*
8 *terceras personas (vecinos, amigos, familiares propios y afines) con quienes -tal como se pudo probar*
9 *en la causa- en distintas oportunidades mantuvo comunicaciones y contactos -tanto telefónica como*
10 *personalmente- durante la época en que se le produjeron los malos tratos y torturas a Nahiara.-*

11 *De ello se desprende que el derecho no le exigió a la imputada LESCANO que realizara alguna*
12 *acción "heroica" o "sobrenatural" para poner en resguardo a Nahiara, sino que las conductas debidas*
13 *consistían en poner en marcha algunos o todos los medios y herramientas que se encontraban a su*
14 *entera y libre disposición y a su alcance.-*

15 *Y tales conductas debidas (deliberadamente omitidas por LESCANO) no tienen como*
16 *fundamento ningún estereotipo o prejuicio social patriarcal basados en la idea de qué debe entenderse*
17 *socialmente por una "buena o mala madre" o cuál es el rol y las tareas que una mujer "debe" asumir*
18 *en la dinámica cotidiana del grupo familiar desde una óptica tradicional (muchas de las cuales, vale*
19 *apuntar, eran realizadas por CRISTO), sino que tienen como fundamento el rol institucional que*
20 *LESCANO ostentaba en función de su calidad -determinada legalmente y de modo previo- de*
21 *progenitora afín de la niña, investidura de la que emanan deberes e incumbencias positivas que vienen*
22 *dadas desde la normatividad misma, con total y absoluta independencia de su condición de género (es*
23 *decir, cualquiera sea el género, identidad u orientación sexual del especial obligado).-*

24 *Y luego analiza el voto, la realización del riesgo en el resultado típico; el nexo de evitación y la*
25 *posición de Garante, -aspecto sobre el que ya hemos argüido.*

26 *"...En este orden de ideas, resultado (en el sentido de este precepto) es todo lo que se puede*

1 *evitar, es decir, en principio el resultado típico de los delitos de resultado, bien sea una lesión, bien sea*
2 *una puesta en peligro concreto (tal como lo sostiene Jakobs)*

3 *La materialidad del hecho, en sí no controvertida, da cuenta de manera contundente y*
4 *categorica que en el caso se ha acreditado con certeza que el resultado lesivo previsto en el art. 79 (la*
5 *muerte de una persona humana) se constató, lo que significa que el tipo objetivo ha alcanzado su*
6 *grado de consumación, pues se encuentra completo...”-*

7 *Como es sabido, el fallo desgrana lo atinente al discutido problema de la “causalidad” o*
8 *determinabilidad como entendemos mejor del quebranto del deber de actuar como barrera de*
9 *contención del riesgo y el resultado. “... Dadas sus especiales características estructurales, en los*
10 *delitos omisivos el análisis lógico es totalmente inverso al que se debe hacer en las conductas activas,*
11 *pues una omisión no puede ser causa de nada (ex nihilo, nihil fit). Es por ello que ahí no debemos*
12 *proceder con la supresión mental hipotética, sino con una “agregación mental hipotética” para*
13 *verificar la concurrencia del nexo de evitación (equivalente a la relación de causalidad e imputación*
14 *objetiva en el delito activo).-*

15 *Entonces, debemos imaginarnos hipotéticamente qué hubiera ocurrido si la acción mandada se*
16 *hubiera realizado. Si la acción mandada –que no se realizó- hubiera impedido la producción del*
17 *resultado, eso significa que existe un nexo de evitación entre la pura omisión del autor y el resultado.-*

18 *Dicho lo mismo en otros términos: debe existir un nexo de evitación entre los elementos b) y d) de*
19 *la figura típica que vengo tratando, lo que determina que la no realización de la acción mandada*
20 *tenga una vinculación penalmente relevante (y estrecha) con el resultado típico previsto en la ley*
21 *penal. Y una vez que ha sido verificado ello es posible vincular el incumplimiento del mandato de una*
22 *ley penal con la producción de un daño concreto.-*

23 *Entonces, aunque las omisiones nada causen, bajo estas premisas es posible imputar*
24 *objetivamente el resultado típico a la omisión del autor (siempre que se cumpla además con el*
25 *requisito de la posición de garante que se analizará a continuación).-*

26 *Sobre cuál es el grado de concreción con que debe comprobarse el nexo de evitación, seguiré a la*

1 *doctrina mayoritaria que exige una probabilidad rayana con la certeza de que la conducta debida*
2 *(omitida) hubiera evitado el resultado. Es decir, que debemos comprobar que la acción omitida por*
3 *LESCANO hubiera evitado el resultado, al menos con una probabilidad rayana en la certeza (tesitura*
4 *que se muestra respetuosa del principio in dubio pro reo, a diferencia de la teoría del incremento del*
5 *riesgo, invertida para este grupo de casos como teoría de la disminución del riesgo).-*

6 *Y bien, aplicado lo anterior a las circunstancias probadas en el caso concreto, estamos en*
7 *condiciones de afirmar sin ningún lugar a dudas, que si imaginamos -hipotéticamente- los cursos de*
8 *acción no acontecidos (que LESCANO auxiliara por sus propios medios a Nahiara y la llevara para ser*
9 *atendida por un efector de salud, que diera noticia personal o telefónicamente a las autoridades o a*
10 *las personas con quienes mantuvo contacto durante la época de los hechos), es decir si suponemos al*
11 *menos la realización de una de las acciones debidas, existe una probabilidad máxima, lindante con la*
12 *seguridad o rayana con la certeza de que el resultado muerte se hubiera evitado. De ahí que sólo cabe*
13 *concluir que existió el nexo de evitación, y en consecuencia corresponde imputar objetivamente el*
14 *resultado a Yanina Soledad LESCANO.-*

15 *Se torna imprescindible transcribir las partes sustanciales del fallo al igual que su exhaustiva*
16 *revisión casatoria por cuanto nada se argumenta a contrario en el fallo recurrido que fundamente la*
17 *decisión desvinculante, sino como vimos solo cuestiones conceptuales desacertadas o*
18 *formulaciones axiomáticas huera de razones justificantes.-*

19 *En definitiva, concluir que la encausada se encontraba al momento de los hechos inmersa en*
20 *un contexto de violencia de género a partir de su historia, merced al cual podría haber tenido*
21 *enervada la capacidad de acción, al menos constituye una apreciación arriesgada a la luz de la*
22 *prueba producida en el debate; máxime teniendo en cuenta que las circunstancias exculpatorias*
23 *deben ser debidamente acreditadas. En efecto, ante bienes jurídico de idéntica intensidad que*
24 *coliden, el derecho no puede tomar partido por ninguno de ellos, de allí que las situaciones*
25 *exculpatorias deban ser particularmente intensas y suficientemente comparadas. Nada bueno*
26 *queda del sacrificio de un bien jurídico por otro, a diferencia de lo que sucede en el plano de la*

1 justificación donde en definitiva gana el derecho.

2 **c) La negación de la tipicidad Subjetiva en base a afirmaciones dogmáticas, fundadas**
3 **en prejuicios que soslayan la prueba producida.-**

4 Otro punto digno de reproche resulta ser la supuesta falta de acreditación del tipo subjetivo –
5 dolo– de la figura penal aplicada.

6 Consideramos que esta conclusión, se encuentra desprovista de anclaje probatorio.

7 Como lo ha señalado el Tribunal de Juicio a la hora de justificar racionalmente la concurrencia
8 del dolo típico, el hecho que LESCANO haya presenciado durante un tiempo importante las
9 atrocidades que CRISTO le hacía a esa niña de tan solo dos años de edad y las conductas
10 contemporáneas al hecho y posteriores al mismo destinadas a encubrir el suceso, bastan para
11 afirmar que conocía los alcances objetivos del tipo y, en definitiva, para adscribir el
12 comportamiento doloso requerido por la figura típica.

13 Entendemos también, que la conclusión a la que arriba el Superior Tribunal, esconde además
14 un prejuicio muy común, ya superado por la dogmática actual, el cual consiste en que la omisión
15 requiere de un dolo especial, que no es lo mismo el dolo en una conducta activa que una conducta
16 omisiva.

17 Al respecto enseña Frister que el tipo subjetivo del delito de omisión no exhibe ninguna clase
18 de particularidad. Al igual que en el delito de comisión doloso, en el delito de omisión doloso se
19 requiere, en principio, sólo dolo eventual de que se realiza el tipo. Por ello, si bien el tipo objetivo de
20 un delito impropio de omisión sólo está realizado si la acción omitida habría impedido el resultado
21 con probabilidad lindante con la seguridad, para el tipo subjetivo es suficiente con que el omitente
22 haya considerado posible impedir el resultado, ejemplificando: quien como garante reconoce la
23 chance de salvar a un niño que se ahoga, está obligado a usar de ella. Si omite esto, realiza al menos
24 el ilícito de motivación de un delito doloso y, entonces, será punible por lo menos por tentativa de
25 homicidio por omisión (cfr. FRISTER, Helmut, Derecho Penal – Parte General, Ed. Hammurabi, 4ta.
26 Edición, agosto de 2016, págs. 4517452 ; ídem Jakobs, ob.cit. 1012). La representación racional del

1 riesgo y su realización en el resultado ilícito no evitado es idéntico.-

2 **d) Inadecuada imputación del hecho. Violación al Principio de Congruencia. Afectación**
3 **al Derecho de Defensa en Juicio.**

4 También entendemos enfáticamente desacertada la conclusión del STJERen orden a que
5 existedeficiente formulación del hecho, que incluso son contrarias a su propia nomofilaquia (confr.
6 precedente *"Alvarez/Zapata"* donde se imputó a la madre la omisión impropia como Garante en la
7 muerte de sus hijos por el concubino, se reafirmó el ilícitoaunque se consideró que obró en la
8 exculpante de coacción.-

9 Incluso es coherente con el precedente *"Recurso de hecho deducido por la defensa de*
10 *Romina Mariela Rosas en la causa Rosas, Romina Mariela y otros s/ homicidio calificado"*, del
11 20/8/14, donde se atribuyó a la madre de la víctima la no evitación como rol institucional y la CSJN
12 aplicó la norma de "certiorary", del art. 280 CPCC.- Pero ni siquiera en el voto en disidencia de
13 Zaffaroni se pretende que el principio de intimación previa originaria deba contener la formalidad
14 de las posibles vías positivas de salvamento no usadas por la encartada. Como es sabido Zaffaroni
15 vuelca allí su evolución en lo atinente a la omisión impropia, desde su originaria postura cercana a
16 Kaufmann a la inconstitucionalidad, -claramente solitaria.-

17 Por supuesto que coincidimos en que la descripción circunstanciada del hecho imputado
18 posibilita el pleno ejercicio de la garantía de defensa en juicio, tal como lo tiene dicho el Tribunal
19 Cimero en distintos precedentes (CSJN - Fallos, 327:2790 entre otros), así como la Corte
20 Interamericana de Derechos Humanos (Caso: "Fermín Ramírez vs. Guatemala").

21 En este aspecto, entendemos que el rechazo del agravio relativo a la "indeterminación del
22 hecho" que ha venido promoviendo la Defensa desde la etapa intermedia, ha sido correctamente
23 resuelto por el Tribunal de Juicio y la Casación analizando la actividad desplegada por la Defensa
24 Técnica de la imputada, que conoció desde origen cual era el hecho endilgado y desplegó todo su
25 andamiaje partivo presuponiendo esta idoneidad defensiva, toda vez que el suceso del mundo de la
26 vida que se le atribuyó como injusto penal no varió durante el proceso. Incluso tal como destaca el

1 Magistrado preopinante de Instancia, el hecho endilgado a Lescano fue acordado con la Defensa, lo
2 que presupone que no existió sorpresividad alguna.-

3 El fallo del Tribunal de Juicio desecha tal vulneración del debido proceso aclarando que “... De
4 hecho, en el presente caso, la acusación enumeró en la discusión final cuáles eran aquellas acciones
5 que -a su criterio- la imputada LESCANO no realizó, habiendo tenido el conocimiento y la posibilidad
6 de hacerlo, y que hubieran evitado el fatal desenlace de Nahiara.-

7 Concretamente, el representante del órgano acusador expresó que sin el aporte omisivo de
8 LESCANO Nahiara estaría viva, ya que si la primera la hubiera auxiliado o si hubiera pedido ayuda a
9 terceros, Nahiara no hubiera fallecido. En relación a ello destacó como un dato de relevancia el hecho
10 de que la muerte no se produjo de manera instantánea y que LESCANO tuvo innumerables
11 oportunidades de auxiliarla o de pedir ayuda y evitar el deceso de Nahiara mientras tenían lugar los
12 malos tratos y torturas que le fueron infligidas por CRISTO durante un período de tiempo
13 determinado.-

14 Con mayor precisión, puntualizó luego que Lescano se comunicaba semanalmente con su cuñada
15 (Elizabeth CRISTO) a quien no le dijo nada; que sabía del amor que tenían los abuelos paternos para
16 con esa criatura pese a lo cual no les dijo nada, que igualmente podría haber evitado que Miguel Ángel
17 CRISTO torturara a una niña de dos años avisando a Claudia RODRÍGUEZ (una amiga y vecina del
18 Barrio Juan Pablo II), a Marcia LÓPEZ (Directora de Asistencia a la Víctima del Delito), a Tomasa
19 FERNÁNDEZ (con quien mantuvo un encuentro a mediados de enero para realizar un negocio
20 patrimonial), y sin embargo no lo hizo. Agregó el Sr. Agente Fiscal que LESCANO tenía dominio
21 institucional y que por ende sabía adonde recurrir, a la Policía, a Asistencia a la Víctima, al COPNAF, y
22 que no lo hizo, afirmando en último término que le negó a la niña un plato de comida cuando
23 quedaban solas en la vivienda.-

24 Ahora bien, independientemente de lo anterior, el argumento defensorista carece de sustancia y se
25 reduce a un planteo de carácter meramente formal, debido a que hemos podido verificar que durante
26 las extensas jornadas de debate -así como en las instancias previas al juicio- la Defensa Técnica de

1 *Yanina Soledad LESCANO ha desplegado una batería de recursos y estrategias tendientes a demostrar*
2 *que para la época de los hechos su asistida se encontraba inmersa en un contexto de violencia de*
3 *género -sometida al dominio y voluntad de Miguel Ángel CRISTO en el marco de una relación desigual*
4 *de poder signada por distintas manifestaciones de violencia hacia la mujer- y que en función de ello*
5 *tenía completamente anulada su autonomía, su voluntad y su capacidad de acción como para poder*
6 *tomar una determinación tendiente a auxiliar a la víctima Nahiara y evitar de ese modo la muerte en*
7 *manos de su concubino.-*

8 *Además del núcleo central de la estrategia defensiva de los letrados que asisten a Yanina Soledad*
9 *LESCANO -anulación total de su capacidad de acción que, como tal abarca o comprende toda otra*
10 *acción específica o individualizada tendiente evitar el resultado cuya realización se le pretenda exigir-*
11 *hemos podido advertir que los celosos Defensores Técnicos han ofrecido y producido una abundante y*
12 *profusa cantidad de elementos probatorios tendientes a acreditar que su asistida estaba*
13 *incomunicada debido a que Miguel Ángel CRISTO le había retenido su teléfono celular, que estaba*
14 *inmovilizada debido al reposo absoluto que le había sido prescripto por estar cursando un embarazo*
15 *de alto riesgo y en estado avanzado, que su concubino la tenía privada de su libertad porque la*
16 *encerraba en el interior de la vivienda con un candado con llave y le prohibía salir sola al mundo*
17 *exterior, como así también que el imputado la tenía amenazada y coaccionada mediante la utilización*
18 *de armas de fuego y anuncios de males graves e inminentes que le ocasionaría si no acataba sus*
19 *órdenes, lo que generaba en su persona un temor cierto a que CRISTO cumpliera con sus dichos y le*
20 *provocara daños tanto a ella como a sus hijos biológicos que convivían en el mismo domicilio.-*

21 *De la somera reseña de los ejes centrales sobre los que discurrió la estrategia defensiva de*
22 *LESCANO (sobre los que volveré con mayor profundidad más adelante) puede advertirse fácilmente*
23 *que -lejos de haber sido colocada en un lugar de indefensión (o de desbaratamiento de la estrategia*
24 *defensiva) como producto de la falta de mención expresa en la hipótesis imputativa de las acciones*
25 *esperadas o debidas que debió realizar para evitar la muerte de la niña- la Defensa técnica y material*
26 *de la imputada precisamente fue direccionada y desplegada en orden a contrarrestar y resistir -tanto*

1 *de modo genérico como específico- todos y cada uno de los comportamientos que fueron enunciados*
2 *en la discusión final por los Agentes Fiscales como aquellos actos que LESCANO debió y pudo haber*
3 *realizado para evitar la muerte de la menor Nahiaara Luján CRISTO, pero que a criterio del órgano*
4 *acusador decidió no realizar.-*

5 De nuevo hemos considerado necesario transcribir partes del fallo, pues no ha existido
6 refutación alguna fundada en razones sino afirmaciones axiomáticas .-

7 **IV. GRAVEDAD INSTITUCIONAL**

8 A todos los fundamentos esgrimidos debemos agregar que los yerros del fallo absolvente se
9 dan de bruces con la garantía convencional reforzada con la que cuenta la víctima, atendiendo a su
10 calidad de mujer y niña., -como dice el fallo en varias ocasiones Nahiaara como única víctima-.

11 El Estado Argentino tiene un deber reforzado de investigación y verdad para con los hechos
12 con víctimas mujeres, en virtud del compromiso internacional asumido a tal fin mediante la
13 suscripción la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra
14 la mujer, así como la Convención Sobre los Derechos del Niño

15 Concretamente, la primera de ella prescribe en el art. 7mo. como compromiso de los Estados
16 signatarios: "(...) adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a
17 prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente (...) b)-actuar con la
18 debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (...) f)-establecer
19 procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sometida a violencia, que incluyan,
20 entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos
21 (...)".

22 Por su parte, el art., apartado 3, de la Convención Sobre los Derechos del Niño, prescribe en el
23 art. 6: "(...) Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. (...)".
24 Asimismo, el art. 34 establece: "(...) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas,
25 administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma perjuicio
26 o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso

1 sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de
2 cualquier otra persona que lo tenga a cargo (...)”.

3 De lo dicho en este último caso, se extrae que si el compromiso de los Estados signatarios es el
4 de prevenir cualquier clase de acto perjudicial para niñas y niños, el mismo sería de imposible
5 cumplimiento si los hechos donde éstos resultaren víctimas no son ponderados a la luz de las
6 obligaciones internacionales contraídas.

7 Ello nos lleva a reclamar Gravedad Institucional en los términos de la doctrina de nuestra
8 CSJN, que así como la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla
9 general, con el nombre de “cuestiones federales insustanciales”, autoriza el rechazo de plano del
10 recurso extraordinario, "a contrario sensu" la existencia de aspectos de gravedad institucional
11 puede justificar la intervención del Tribunal superando los ápices procesales frustratorios del
12 control constitucional de la Corte Suprema (Fallos 248:189 y, en igual sentido, Fallos 260:114,
13 262:41 y 246; 324:1225).

14 Esta doctrina que no es más que el respeto a la supremacía Convencional y Constitucional, por
15 cuanto la sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y niñas y niños, constituye un claro
16 asunto de bien común.

17 **IV.- PETITORIO**

18 Por todo lo expuesto, de V.E. SOLICITAMOS:

19 A) Nos tenga por presentados, en representación del Ministerio Público Fiscal de la Provincia
20 de Entre Ríos con domicilio legal en calle Narciso Laprida 251, 2º piso de Paraná, Entre Ríos, DE
21 20109498808; constituyéndose domicilio a los fines del presente recurso en el despacho del Sr.
22 Procurador General de la Nación, sito en calle Guido 1577 de la ciudad autónoma de Buenos Aires;

23 B) Tenga por deducido el recurso extraordinario federal en los términos de los arts. 256 y
24 concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 24, inc. 2º) del Decreto-Ley
25 1285/1258 y 14 y concordantes de la Ley 48, contra la sentencia dictada por V.E. el

1 C) Conceda el recurso interpuesto y disponga la elevación de los autos a la Corte Suprema de
2 Justicia de la Nación, a fin de que acoja los agravios explicitados en esta presentación, dejando sin
3 efecto la resolución del Superior Tribunal Provincial, y, en los términos del art. 16, segunda parte de
4 la ley 48, declare la nulidad de la Sentencia Recurrída, dejando firme lo resuelto en la instancia
5 anterior.

6 **PROCURACION GENERAL**, 17 de abril de 2023.-