

"CRISTO MIGUEL ANGEL S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO, CON ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSÍA Y LESCANO, YANINA SOLEDAD S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", Expte. N° 5253.

///C U E R D O:

En la ciudad de **Paraná**, Capital de la **Provincia de Entre Ríos**, a los quince días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, 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 Y ALEVOSÍA Y LESCANO, YANINA SOLEDAD S-HOMICIDIO CALIF. POR EL 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 Excmo. Sala planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Qué corresponde resolver?

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

I.- Esta Sala N°1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos en fecha 29/03/2023 hizo 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 N°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 REVOCÓ, 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.). Dispuso, asimismo, la ABSOLUCIÓN de culpa y cargo de YANINA SOLEDAD LESCANO por el delito que le fuera enrostrado en autos, ordenando su inmediata libertad.

II.- Contra esa resolución, se disconformó la Sra. Procuradora Adjunta, Dra. Mónica E. Carmona y el Fiscal de Coordinación, Dr. Ignacio Luis María Aramberry, interponiendo Recurso Extraordinario Federal.

Luego de exponer los requisitos de admisibilidad y las circunstancias relevantes del caso, desarrollaron su crítica al fallo que impugnan.

Refirieron que la sentencia comete un yerro en lo atinente a la dogmática jurídico-penal de la Omisión Impropia sosteniendo una posición que ninguna postura doctrinaria mantiene y que se aparta de la nomofilaquia del STJ.

Al fundar tal afirmación, señalaron que el voto ponente se circunscribe en la legislación civil, en una especie de teoría formal de los deberes propios de la dogmática de Feuerbach que ha sido definitivamente abandonada.

Transcribieron segmentos del fallo de grado y señalaron que tanto aquél como la revisión confirmatoria son plenamente compatibles con las más relevantes tesis materiales o mixtas del fundamento de la figura en cuestión.

Citaron doctrina y concluyeron que la posición de garante surgía de la propia situación de desamparo en la que se encontraba la niña, que conocía cabalmente la imputada Lescano. Sostuvieron que su responsabilidad no cesa por la condición de progenitor de Cristo y que ese desplazamiento es consecuencia de un orden jerárquico propio del ámbito civil e impensado en delitos nucleares que afectan las más elementales reglas de convivencia.

Afirmaron que en el lapso que la imputada compartió con la víctima, estuvo sola a cargo de la niña en muchas ocasiones donde no existía ninguna duda de su rol exclusivo y criticaron el razonamiento del fallo que impugnan, trazando un paralelismo con el caso de Lucio Dupuy.

Elogiaron la sentencia casatoria y argumentaron respecto

a la nulidad parcial que allí se resolvió.

Refirieron que el razonamiento del fallo cuestionado resulta autocontradictorio en cuanto a la coexistencia de un garante exclusivo y otro subsidiario ya que la presencia del primero enerva toda otra posición de garantía secundaria.

Aludieron a la denominada "estrecha comunidad de vida" de la que entienden que surge la posición de garante de Lescano y recordaron aspectos del factum que no han sido cuestionados y que permitieron alcanzar la certeza forense de Cristo y de Lescano también.

Transcribieron párrafos del informe autopsico y del complementario que describen las lesiones sufridas por la niña, agregaron también segmentos de la declaración testimonial del Dr. Aguirre y refirieron a las fotografías que obran en la causa entendiendo que contrarrestan las falsas argucias de la imputada.

Expusieron que tanto el Tribunal de Juicio como Casación descartaron que el contexto de violencia de género imposibilitara el accionar de Lescano, ya que el salvamento no necesariamente debe ser de "propia mano". Reprodujeron segmentos del fallo de grado referidos a la realización del riesgo en el resultado típico, el nexo de evitación y la posición de garante destacando que la sentencia recurrida no argumentó nada en contrario.

Respecto a la falta de acreditación del tipo subjetivo -dolo- de la figura penal aplicada, consideraron que el hecho que Lescano haya presenciado las atrocidades que Cristo le hacía a la niña y las conductas contemporáneas y posteriores al hecho destinadas a encubrir el suceso bastan para afirmar que conocía los alcances objetivos del tipo y para adscribir el comportamiento doloso que requiere la figura, que es el mismo en la conducta activa que omisiva.

En cuanto a la inadecuada imputación del hecho, entendieron que la conclusión de esta Sala contraría al precedente "Alvarez/ Zapata" donde se imputó a la madre la omisión impropia como garante en la muerte de sus hijos por el concubino y se reafirmó el ilícito aunque se consideró que obró en la exculpante de coacción; y en "Recurso de hecho deducido por la defensa de Romina Mariela Rosas en la causa Rosas,

Romina Mariela y otros s/ homicidio calificado" de la CSJN donde ni siquiera en el voto en disidencia de Zaffaroni se pretende que el principio de intimación previa originaria deba contener la formalidad de las posibles vías positivas de salvamento no usadas por la encartada.

Alegaron que la defensa ha podido desplegar todo su andamiaje partivo por lo que no existió vulneración del debido proceso, habiendo abordado -y descartado- el agravio referido a la "indeterminación del hecho" ambos tribunales.

Finalmente, reclamaron Gravedad Institucional argumentando que los yerros del fallo contrarían la garantía convencional de la niña en su calidad de mujer y menor y solicitaron en definitiva se conceda el recurso extraordinario federal interpuesto.

III.- Corrido el traslado de ley, los Dres. Miguel Angel Cullen y Patricio N. Cozzi descartaron en primer lugar las analogías utilizadas por los recurrentes y expresaron que los intentos de poner en crisis la sentencia de esta Sala podrían tener cabida si Lescano hubiera tenido una actuación comisiva en los presentes hechos, cosa que no sucedió.

Entendieron que el Ministerio Público Fiscal fragmenta los hechos en su exposición y sigue atribuyendo a Lescano desde el primer día un rol de madrastra impuesto por el Estado, desprendiéndose de lo realmente sucedido.

Refirieron que la Sala analizó correctamente el contexto de violencia de género y sostuvieron que el órgano acusador no aplicó un enfoque de género al abordar el caso, como corresponde de acuerdo a las obligaciones impuestas para el Estado Argentino.

Consideraron que el escrito recursivo sólo refleja la disconformidad con lo resuelto sin exponer ningún agravio constitucional y afirmaron que los graves defectos de la acusación han sido subsanados por el activo rol de la defensa.

Indicaron finalmente que no se han demostrado afectaciones a principios constitucionales que habiliten la vía pretendida, peticionando se declare inadmisibile el Recurso Extraordinario Federal.

IV.- En estado de emitir pronunciamiento sobre la

cuestión traída a conocimiento de este Tribunal, es dable señalar que el requisito de la introducción concreta, eficaz y oportuna de la cuestión federal, conforme lo exigiera la CSJN, debe ser mantenido en todas las etapas recursivas.

Esta debida reserva de la cuestión federal tiene su *ratio juris* en la imposibilidad que a través del Recurso Extraordinario Federal se juzguen temas que no fueron oportunamente sometidos a la decisión del órgano sentenciante que dictó el pronunciamiento impugnado (*cfme. C.S.J.N. Fallos, 302:328*), teniendo en cuenta que la competencia del Máximo Tribunal de la República cuando conoce un caso por esta vía extraordinaria no es originaria sino por vía de apelación (*cfme. C.S.J.N., Fallos: 302:328*).

En el caso de marras ello no ha sido cumplimentado ya que en oportunidad de celebrarse la audiencia en el marco de la Impugnación Extraordinaria, el representante del Ministerio Público Fiscal omitió referirse a la reserva del Caso Federal, lo que de por sí, obsta el acceso al remedio extraordinario pretendido.

V.- Sin perjuicio de ello, advierto además que las manifestaciones vertidas en el escrito recursivo no encuadran en ninguno de los supuestos de procedencia contenidos en el art. 14 de la ley 48 y tampoco en las causales creadas en forma pretoriana por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cabe poner de resalto una vez más, que la vía elegida es de naturaleza excepcional, de aplicación restringida y circunscripta a la existencia de "cuestión federal". Así, la normativa aplicable limita este remedio a las sentencias definitivas emanadas de Superiores Tribunales de Provincia, cuando en ellas pueda verse plasmada alguna de las situaciones previstas en cualquiera de sus tres incisos, esto es: (1º Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez; 2º Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de

provincia y 3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio).

En este caso, el Ministerio Público Fiscal recurrente, aludiendo a supuestos yerros en el fallo impugnado, expone un desarrollo dogmático contrapuesto a la postura asumida por esta Sala, cuestionando interpretaciones jurídicas con argumentos doctrinarios que no superan la disconformidad con lo resuelto, evidenciando de este modo la ausencia absoluta de una cuestión federal que habilite la vía pretendida.

Es preciso recordar lo sostenido por la CSJN, en cuanto expresa que: "...Para descalificar una sentencia por causa de arbitrariedad en el razonamiento legal se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican tan excepcionalísima conclusión, lo que no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impida considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la "sentencia fundada en ley" a que hacen referencia los arts. 17 Y 18 de la Constitución Nacional..." (CSJ 78/2009 (45-G)/CS1 Gómez, 17/09/2013).

En esa misma línea cabe agregar lo sostenido por el Dr. Fayt respecto a que *"...La doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de hecho, prueba y de derecho común y procesal, a través de los cuales los magistrados de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente, ni tiene por objeto corregir en tercera instancia pronunciamientos equivocados o que el recurrente considere tales en orden a temas no federales, pues su procedencia requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentación..."* (CSJN, L 1023. XLI López, 25/09/2007 (Voto del Dr. Fayt).

En definitiva, el recurrente no aporta ningún elemento

habilitante de acceso a la jurisdicción excepcionalísima de la Corte Suprema; evidenciándose en su descargo el mero disentimiento con la solución adoptada -propio de su particular interés- mas sin desarrollar un supuesto habilitante de la vía extraordinaria.

Por tales consideraciones, concluyo que el recurso bajo examen resulta palmariamente inadmisibile y corresponde denegar su concesión para ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así voto.-

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

I.- Resumidos los antecedentes de autos en el voto que comanda este acuerdo, me remito a ello a los efectos de evitar innecesarias reiteraciones e ingreso directamente al tratamiento de la cuestión que nos convoca.

II.- Me permito señalar liminarmente que no escapa del análisis de la suscripta que estamos ante un hecho de inusitada gravedad, en la que una menor de tan sólo dos años de edad sufrió terribles y letales lesiones, cuyo deceso se produjo por una falla generalizada de órganos en el marco de un mal estado general de salud, una severa desnutrición y con claros signos de torturas.

Tampoco puedo soslayar la garantía convencional reforzada con la que cuenta la víctima, atendiendo a su calidad de mujer y niña, y el consecuente deber -también reforzado- de actuar con la debida diligencia, que el Estado asumió al suscribir la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, así como la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin perjuicio de ello, debo enfatizar que ha quedado acreditado en autos que Nahiera falleció a causa de las agresiones físicas y tratos inhumanos que le provocó su padre; quien ha sido declarado autor material y penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO, CON ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSÍA, y cuenta con una condena firme de PRISIÓN PERPETUA, que se encuentra actualmente cumpliendo.

III.- Sentado lo anterior y abordando ahora el examen de la materia traída a resolución, corresponde, en primer término, analizar si se cumplen los recaudos formales de admisibilidad previstos en los artículos 14 y 15 de la Ley 48 y en la Acordada N° 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En tal sentido, resulta oportuno recordar que la introducción de la cuestión federal debe plantearse inequívoca y explícitamente en la primera oportunidad que brinde el procedimiento **y sostenerse a lo largo de todas las etapas del mismo**, dado que ello es un presupuesto necesario de admisibilidad (CSJN Fallos: 211:640; 243:497; 258:108; 286:290 293:323; 302:326; 304:148; 306:1069; 307:208, entre otros).

Consecuentemente, si no se reitera con posterioridad a su introducción, en los estadios procesales siguientes, se presume su abandono (CSJN Fallos: 243:330; 348:51; 248:577; 251:180; 293:242; 294:380; 296:222; 303:171; 308:1347, entre otros).

Por su parte, el Reglamento aprobado por la Acordada 4/2007, en el apartado 3º dispone:

*“En las páginas siguientes deberá exponerse, en capítulos sucesivos y sin incurrir en reiteraciones innecesarias: ... b) el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, con indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, **de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, de cómo lo mantuvo con posterioridad**”* –lo resaltado me pertenece.

IV.- Analizando las constancias de la causa desde ese prisma, corroboro que al momento de celebrarse la respectiva audiencia dentro de la etapa de la impugnación extraordinaria, quién actuó en representación del Ministerio Público Fiscal, prescindió de mantener la reserva del caso federal.

Esta omisión pone de manifiesto el incumplimiento del recaudo de **introducción y mantenimiento oportuno** de la cuestión federal, **formulada inequívoca y explícitamente**, en la instancia procesal

pertinente (CSJN, Fallos, 243:497; 258:108; 314:110; 323:2418; 329:3764 y 339:1304; y resulta un obstáculo para la admisibilidad del recurso, dado que su agravio constitucional no ha sido fundadamente mantenido en todas las instancias procesales.

Recordemos que el Máximo Tribunal Federal ha sostenido que *"corresponde desestimar la queja si la cuestión federal alegada en el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presentación directa, no ha sido oportunamente mantenida en el proceso"* (Fallos 321:1655 y 320:732); que *"debe rechazarse el recurso si la cuestión federal no ha sido mantenida en el curso del proceso, pues la apelante no contestó el traslado de la expresión de agravios de su contraria"* (Fallos: 323:2379) y que *"no procede la apelación excepcional con respecto a cuestiones federales que, aunque oportunamente introducidas en el juicio, no fueron mantenidas durante el curso subsiguiente del proceso"* (Fallos 316:724; 313:1088).

V.- La posibilidad que se receptara el recurso incoado por la defensa debió ser considerada por la Fiscalía como una solución posible; por lo que tampoco puede válidamente sostenerse que se esté ante un supuesto de *arbitrariedad sorpresiva* que hubiese podido suplir la satisfacción de esta manda.

No habiéndose efectuado el mantenimiento del planteo federal, concluyo que no se satisfizo un presupuesto impuesto como condición para viabilizar formalmente el recurso extraordinario.

VI.- De igual modo concluí ante idéntica situación al resolver sobre la viabilidad formal del recurso extraordinario deducido por el Ministerio Público Fiscal en los autos **"H.S.M.L. - SU DENUNCIA - ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA"** (Expte. N° 5209, sent. del 22/12/2022); **"BARRIENTOS, VICTORIANO JULIO - Abuso sexual con acceso carnal - RECURSO DE CASACIÓN -apelación denegada- Inconstitucionalidad - Prescripción S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA"** (Expte. N° 5229, sent. del 17/02/2023); **"CARMONA, JUSTO RAMÓN - Abuso sexual- S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA"** (Expte. N° 5199, sent. del 17/02/2023) y **"LUNA, ALCIDES FERNANDO- Abuso Sexual s- Recurso de Apelación**

S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA".

VII.- Por ello, adhiero a la solución propiciada por el **Dr. GIORGIO.**

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, no emitiré opinión en las presentes.-

Así voto.-

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

SENTENCIA:

PARANÁ, 15 de agosto de 2023.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede, y por mayoría;

SE RESUELVE:

1º) DENEGAR la concesión del **recurso extraordinario federal**, para ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpuesto por la Sra. Procuradora Adjunta, Dra. Mónica E. Carmona y el Sr. Fiscal de Coordinación, Dr. Ignacio Luis María Aramberry, contra el pronunciamiento dictado por esta Sala N° 1 en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, en fecha 29/03/2023.-

Regístrese, notifíquese, oportunamente, bajen.

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada por el señor Vocal, Dr. Miguel A. Giorgio, la Señora Vocal, Dra. Claudia Mónica Mizawak y la señora Vocal, Dra. Susana E. Medina, quien hizo uso de su facultad de abstención (*conforme arts. 33 y 47 de la Ley 6902 y Acuerdo de Sala del 04/06/2021*).-

Secretaría, 15 de agosto de 2023.-

Melina L. Arduino
Sala N° 1 en lo Penal STJER
-Secretaria Interina-