**STJSL-S.J. – S.D. Nº 105/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a veinticuatro días del mes de mayo de dos mil dieciocho**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO –- Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“PASTOR AVEDAÑO CHOQUEVILLCA y OTRO - AV. HOMICIDIO -JUICIO ORAL- RECURSO DE CASACIÓN”*** – IURIX PEX N° 167939/14.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?

III) ¿En caso afirmativo la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** 1) Que por actuación Nº 7484158 de fecha 04/07/17, el Defensor Oficial del condenado en autos Pastor Avedaño Choquevillca, interpone recurso de casación contra la Sentencia Definitiva Nº 2 dictada en fecha 03/07/17 (actuación N° 7473390) por la Excma. Cámara del Crimen de Concarán, que resuelve declarar culpable a su pupilo, como AUTOR material penalmente responsable, del delito de HOMICIDIO CALIFICADO por el VÍNCULO (artículos 45 y 80 inc.1 del Código Penal argentino), condenándolo a sufrir la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas procesales; ordenándose la inmediata conducción al Servicio Penitenciario Provincial. 2) Absolver lisa y llanamente a DIONICIA PANOZO SEJAS, respecto de la imputación de coautoría en el citado delito y por lo cual llegara a juicio oral y público.

El recurso es fundado en fecha 25/07/17 por ESCEXT N° 7548179. (ESCEXT 7548189).

2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis a los fines de determinar, si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente, en punto a la admisibilidad del recurso en cuestión.

Analizadas las constancias del sistema Iurix se observa, que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial, conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal. El recurso se interpone por la causal no reglada expresamente, pero admitida por la C.S.J.N., a partir de los autos “Casal” y Giroldi”, a los efectos de asegurar al imputado, el derecho al recurso y a la doble instancia.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo: 1) Agravios del recurrente:­** Manifiesta la defensa, que a partir de la reforma constitucional del año 1994, que le asignó jerarquía supralegal a determinados pactos internacionales de Derechos Humanos (a rt. 75 inc. 22 CN), comenzó a tener desarrollo la práctica judicial en la interpretación de las garantías consagradas en esos sistemas de protección supranacional, y fundada en la necesidad de afianzar los valores de justicia y seguridad, se establece el llamado “doble conforme”, que posibilita un nuevo examen de la cuestión que desarrolla un órgano pluripersonal.

Agrega que en el actual régimen del recurso de casación, con las limitaciones de los arts. 428, 429, 432 y 114, la amplitud de la revisión sobre hechos y derechos que exige la garantía del debido proceso, no puede llevarse a cabo. Ante ello la Corte Suprema de Justicia de la Nación, viene entendiendo desde “Casal” (septiembre de 2005), al recurso de casación como una vía de impugnación más abierta, desarticulando la extensión limitada y extraordinaria que tradicionalmente se le asignara, ampliando su extensión hasta el cumplimiento de la garantía involucrada.

Pretende la Defensa, la revisión íntegra de la sentencia en lo relativo a las valoraciones de hecho formuladas por el Tribunal de Juicio respecto a la responsabilidad del Sr. Pastor Avendaño Choquevillca, al recurrir la sentencia, a afirmaciones meramente dogmáticas para dar una apariencia de fundamentación, avalando un procedimiento realizado con una grosera, desproporcionada y palmaria “desigualdad” de trato de los coimputados (art. 16 C.N., vulnerándose con ello además, el debido proceso legal y la congruencia (art. 18 C.N.), así como los principios *pro homine* y *pro libertate* (art. 75 inc. 22 de la C.N.) de su defendido.

Bajo el punto *IV) ARBITRARIEDAD POR AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN* expresa, que de la simple primer lectura de la sentencia se advierte, que ha sido fruto de suposiciones, posibilidades, versiones, dudas (no aclaradas), asimismo se asienta en dichos de personas con interés en la resolución de la causa (parientes de la coimputada); por lo cual no se infiere un razonamiento lógico jurídico, que permita revelar cómo ha hecho el Tribunal de Juicio para llegar a la conclusión de que su defendido es el único y exclusivo autor del delito de homicidio calificado por el vínculo, pues la prueba rendida, no permite acreditar las cuestiones de hecho llevadas al juzgamiento (plataforma fáctica más una causal de género, traída a debate oral extemporáneamente con grosera violación a la defensa juicio) y menos aun, la valoración efectuada.

Agrega, que con relación a las pretensiones defensistas, no se entró a analizar las cuestiones esenciales allí formuladas. No hubo una VALORACIÓN de la “prueba”, sino sólo una descripción de la misma en forma generalizada, pues hasta se citan testigos verdaderamente irrelevantes.

Bajo el acápite *VI) FALTA DE VALORACIÓN DE PRUEBA RELEVANTE DE DESCARGO OBRANTE EN LA CAUSA* manifiesta, que la defensa valoró prueba que permitía razonablemente, concluir en que podría tratarse de un hecho ilícito cometido indistinta o conjuntamente por la pareja, ello con basamento, no solamente en la declaración de ambos imputados, sino complementariamente con las pericias psicológicas/psiquiátricas y dictamen de necropsia del Dr. LAFOURCADE DURÁN; por ello es que no existían en autos, pruebas suficientes que permitieran concluir con el grado de certeza necesario en esa instancia del proceso penal, que el acusado PASTOR AVENDAÑO CHOQUEILLCA, fuera declarado autor del hecho.

Alega que la sentencia en su afán de realizar transcripciones, ni siquiera formuló una reconstrucción histórica del hecho, citando por ejemplo, lugar y día de comisión del mismo, hora aproximada, personas presentes, etcétera, en definitiva, no cita las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Lo cual, reafirma una vez más, la causal de arbitrariedad manifiesta.

Expresa, que el Sr. Fiscal de Cámara sostuvo la hipótesis del homicidio calificado por el vínculo de manos un solo autor, apoyándose en la pieza acusatoria de instrucción que no responsabiliza a uno, sino a dos personas por el hecho (describiendo la conducta que se le endilga a cada una, especificando cual ha sido su conducta activa y omisiva penalmente reprochable), haciendo una escueta mención de las circunstancias agravantes o atenuantes; incurriendo en una arbitrariedad manifiesta no permitida por la norma; en cuanto impone explicar la razón por la cual pide condena para uno y para otro NO; en otras palabras, la acusación se presenta carente de argumentación lógica y jurídica.

Sostiene, que del **testimonio del Dr. Lafourcade Durán en Debate Oral surge, que** la causa **eficiente o determinante de la muerte, fue la asfixia mecánica** la que pudo haber sido realizada en forma individual, como también conjuntamente, por ambos progenitores (quienes según la pericia psiquiátrica/psicológica mantenían un vínculo desafectizado con su hija).

Desataca, que producida la prueba introducida por la acusación, y ante la carencia de mayores elementos de prueba que respaldasen su hipótesis delictual en contra de uno solo de los imputados, solo restó expresar al Ministerio Fiscal, que las más de cuatro y disímiles declaraciones de la no acusada, fueron fruto del temor a represalias por parte de su defendido, dando de esa manera, un valor relativo a sus diferentes dichos esgrimidos libremente, ante las distintas autoridades del proceso penal.

Manifiesta que si fuera el caso; de la valoración armónica de los indicios señalados por el tribunal, no resultaría suficiente para sustentar una sentencia condenatoria para uno sí y para otro no, porque tales indicios no reúnen los requisitos del art. 298 del C.P. Crims, pues como exige el código, carecen de concordancia (art. 298 Inc. 6) con el resto de los elementos de prueba, esto es: la testimonial y la prueba pericial, que neutralizan la eficacia probatoria de los mismos.

Aduna, que la declaración de los familiares de la coimputada Panozo Sejas, traídos a último momento a debate oral, no dieron certidumbre necesaria a la Fiscalía de Cámara para no acusar a ambos progenitores; creándose con ello, una desigualdad constitucionalmente intolerable, que habilita razonablemente también, la absolución de su defendido.

Agrega, que no se observó en la entrevista psicológica/psiquiátrica, una personalidad tan fuerte de Pastor, ni de poder sobre el otro; que a Dionisia no la observaron en una situación sumisa o de subyugación; que en ningún momento de la entrevista, Dionicia manifestó encontrarse temerosa, ni manifestó ningún tipo de miedo y que la preocupación de Dionisia Panozo Sejas, era solo por su pareja y no revelaba angustia por la muerte de la bebé. Formula reserva de recurso extraordinario de orden federal.

2) **Traslado a la contraparte**: Que por actuación Nº 7585007 de fecha 01/08/17, se ordena correr traslado a los representantes del particular damnificado y al Defensor de Menores del Juzgado Multifuero, el que no es contestado. (cfr. actuación Nº 77300637 de fecha 24/08/17).

Que por actuación Nº 7927353 de fecha 27/09/17, contesta traslado el Sr. Fiscal de Cámara solicitando el rechazo del recurso de casación.

3) **Dictamen del Sr. Procurador General:** Por actuación Nº 8507550 de fecha 25/01/18, se expide el Sr. Procurador General quien opina, que el recurso de casación debe ser rechazado, atento que el *a-quo* no ha incurrido en falta de logicidad o inconsistencias en sus argumentaciones, no se ha apartado de las disposiciones legales, ni de la sana critica, al momento de ponderar los dichos de los testigos y la prueba pericial documental. Sí se observa en el análisis del fallo, que los testimonios han sido integrados a través de un confronte crítico, no se han fragmentado las pruebas, no se las ha analizado de manera aislada, sino que se las ha correlacionado entre sí de manera armónica, ello pone la sentencia a resguardo de la atribución de arbitrariedad, pretendida por el recurrente.

A su vez destaca, que la actividad acusatoria del Ministerio Público, que autoriza al tribunal a dictar sentencia condenatoria es doble, es el requerimiento de elevación de juicio y el alegato incriminatorio en debate. Este último acto, no estuvo presente en el juicio, por lo que la Excma. Cámara tenía vedada la posibilidad de condena a quien llegara como coimputada al juicio, la Sra. Panozo Sejas, pues habría sido nula la sentencia condenatoria sin acusación fiscal.

4) **Tratamiento de los agravios:** Expuestos de tal manera los agravios de la defensa, corresponde practicar un integral control del pronunciamiento, en consonancia con la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (vgr. "Casal...", Fallos C.1757.XL), que permite también, el análisis del mérito de las pruebas, efectuado por el tribunal de juicio, con la sola limitación -surgida de su propia naturaleza- de aquellas cuestiones vinculadas directa y únicamente, a la inmediación del juicio oral.

Al respecto, el cimero tribunal ha sostenido que: *“La interpretación del art. 456 del Cód. Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica, en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal vigente acorde con las exigencias de la Constitución y es la que impone la jurisprudencia internacional (del precedente*

*“Casal”, al que remitió la Corte Suprema)”* (CSJN 28-08-2007, “Palmiciano, Pablo Marcelo s/causa Nº 4551, P. 894.XXXIX, RHE. Mayoría: Lorenzetti, Fayt, Petracci, Maqueda, Zaffaroni. Disidencia: Highton de Nolasco, Argibay. ([www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), acceso 14/04/18).

5) Sentado lo anterior, adelanto que comparto el dictamen del Sr. Procurador General (actuación Nº 8507550 de fecha 25/01/18), en cuanto a que el recurso interpuesto por la defensa de Pastor Avendaño Choquevillca debe ser rechazado, por las consideraciones que a continuación expondré.

En primer lugar considero, que la sentencia se encuentra correctamente fundada en los hechos y las pruebas rendidas en el debate, valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y la libre convicción.

Asimismo, debo destacar el voto de la Dra. Sandra Elizabeth Piguillem, quien realiza una profunda ponderación de las circunstancias de sometimiento y dependencia afectiva y económica, en la que vivía la coimputada Dionicia Panozo Sejas, aplicando al caso, las normas establecidas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer -“Convención de Belem do Pará-”, y la ley N° 26.485 de “Protección Integral de la Mujer (reglamentada mediante el decreto 1011/2010), que fueron soslayadas por las partes acusatorias durante el proceso.

La Sentencia ha considerado que: *“…habiéndose imputado originariamente una coautoría a los sujetos pasivos de este proceso, se efectuará en lo que sigue una valoración fáctico-jurídica respecto de ambos imputados.…este Tribunal de juicio tiene por probado el acometimiento criminal del siguiente hecho en cuanto ha sido objeto de prueba, contradicción y debate: El día domingo 28 de septiembre de 2014, entre el mediodía y las primeras horas de la tarde el acusado Pastor Avendaño Choquevillca terminó con la vida de su pequeña hija de 8 meses de edad, Mayte Avendaño Panozo, obstruyéndole las vías respiratorias de forma mecánica hasta provocarle una asfixia que causó la muerte de la niña mientras* *ésta se encontraba en la cama. El evento criminal ocurrió en la casa en la que habitaba la pareja en la Villa de Merlo y en oportunidad de quedarse a solas con la menor ya que su madre Dionicia Panozo Sejas se encontraba en el baño, lugar en el que permaneció varios minutos.*

*En efecto, la causa de la muerte de la niña ha sido debidamente establecida y certificada por el Sr. Médico Forense de la Tercera Circunscripción Judicial, Dr. Gustavo Lafourcade Durán, quien informó que se trató de una ASFIXIA MECÁNICA habiendo observado, al momento de realizarse la mencionada autopsia, una lesión (sufusión hemorrágica) en la pared interna del labio superior de Mayte compatible con la fuerza ejercida para obstruir las vías respiratorias. Asimismo informó que la nena había sido enterrada sin vida ya que no se encontró restos de tierra en ambos orificios nasales…”*

“*El Sr. Defensor Oficial de Pastor Avendaño Choquevillca reclamó la indeterminación de la circunstancia de tiempo en la comisión del hecho. Sin embargo, la exactitud horaria pretendida sería relevante si la defensa hubiese invocado y probado que su pupilo el día 28 de septiembre de 2014, en el período señalado, se encontraba por alguna razón fuera del lugar del acometimiento criminal. Las constancias de la causa han determinado que el imputado permaneció la totalidad del día 28 de septiembre de 2014 hasta el momento de la muerte y posterior enterramiento de Mayte Avendaño junto a su pareja y a la niña.”*

La defensa sostiene la causal de arbitrariedad de sentencia, por afirmaciones dogmáticas y ausencia de fundamentación.

En lo que atañe a la fundamentación probatoria, es jurisprudencia consolidada de este Superior Tribunal de Justicia, admitir la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de indicios, con la condición de que éstos sean unívocos y no anfibológicos (“MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, DANIEL - RECURSO DE CASACIÓN” - IURIX N° 73608/10, STJSL-S.J. – S.D. N° 150/14 de fecha 11/11/14).

La fuerza convictiva de los indicios reside, entonces, en su apreciación conjunta, tal como lo ha dicho el más Alto Tribunal de la Nación: *“cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes*” (C.S.J.N., “Martínez, Saturnino”, 7/6/88, Fallos 311:948; T.S.J. Córdoba, Sala Penal, S. N° 46, 22/12/05, “Gaviglio”; S. n° 11, 27/3/06, “Ramos”; S. N° 204, 27/12/06, “Pereyra”, entre muchos otros).

De la lectura de los agravios expuestos por la defensa se advierte, que es precisamente éste el defecto de su crítica: parcializa el análisis de los indicios sin reparar que es su visión integral, la que debe brindar certeza acerca de los extremos cuestionados (participación y culpabilidad).

En efecto, la defensa se sirve únicamente de las conclusiones de la autopsia y del testimonio del médico forense para sostener, que no es posible afirmar con certeza que fue Pastor Avendaño quien cometió el hecho, **la muerte por asfixia mecánica,** al sostener que: **“…***la que pudo haber sido realizada en forma individual como también conjuntamente por ambos progenitores (quienes según la pericia psiquiàtrica/psicológica mantenían un vínculo desafectizado con su hija…)”*.-

De la lectura exhaustiva de la sentencia se advierte, que la conclusión asertiva sobre la responsabilidad del imputado, se deriva de un cuadro probatorio más extenso y complejo, analizado en diversos planos: 1) Se describe el cuadro de violencia y maltrato sufrido por la imputada Dionicia Panozo Sejas, en la relación de pareja, el que no fue advertido en las periciales psicológicas-psiquiátricas realizadas a ambos imputados (Cfr. actuaciones N° 3552866 y N° 3553346 de fechas 06/11/14, efectuadas por el Dr. Franco Mastronardi, Médico Psiquiatra y Lic. Ivana Bustos, Psicóloga). Ello es corroborado por la declaración de Dionicia Panozo Sejas en el debate:

*“…Pastor fue mi primer novio... él me iba a traer para que yo lavara pero que él iba a trabajar, cuando estaba en la casa de mi hermano él estuvo en Argentina trabajando con el primo, ahí volvió y le decía a mi hermano que nos extrañaba y que volvió a buscarnos, él decía “yo quiero estar con mi hija en Argentina”, luego le digo bueno vamos porque me sentía que molestaba en la casa de mi hermano, decidí volver con él para ver si había cambiado, me dio pena que mi hermano tenía que mantenernos…, me quería ir pero no tenía plata y la mujer del primo me decía que me iba a perder… yo me quería volver pero no podía, no tenía plata y no conocía, yo llevaba siempre a los controles a la bebé, no era una madre dejada, la cuidaba bien…cuando lo conocí ni me imaginaba que iba a pasar esto, no sé por qué le pasó eso por la cabeza, cuando me amenazaba yo creía que me podía matar porque además tenía un cuchillo…Me amenazaba con que se iba a morir mi mamá, mi tía, decía que mi tía lo embrujó, pasó el tiempo y viene (al Servicio Penitenciario) la madre a visitarme a mí, la madre de Pastor y el hermano, cuando salimos afuera me dice que me hiciera cargo yo porque su hijo iba a salir, yo no le dije nada, el primo de Pastor seguramente le contó de lo sucedido, después de eso seguíamos teniendo visitas porque yo no tenía a nadie que me ayude por eso pedí la visita con él, pasó el tiempo y él me dice que yo lo acuso a él y se molesta conmigo me dice “decile lo que vos quieras al juez y que él iba a salir pronto y me pega, me agarro de los hombros, me apretó y me dio tres piñas en el estómago y me dejó marcas en la mano que me apretó, había una manguera y me dice que me va a ahorcar con esa manguera, yo le decía hacelo, después me dice te voy a dar con el termo en la cabeza, yo me enojé y hablé, conté de las amenazas y le dije a la señora que estaba ahí y le digo que no le quiero ver más porque me pegó y ahí se lo llevaron a él y a mí me llevaron a sanidad y me vieron como estaba, las marcas se me veían…El dudaba de ser el padre de la nena, él la reconoció porque teníamos que sacar el documento para el carnet, ahí recién la reconoció, él dijo* *que me traía con la intención de que yo cocinara, lavara la ropa y que él iba a trabajar…”.-*

Asimismo, surge de los siguientes testimonios: a) Marcelina Panozo Sejas, hermana de la imputada, quien declaró: *“…Ella cuando hizo su vida con él se alquilaron un cuarto y tenían un colchón de paja y ellos ahí vivían, yo veía que él no asumía el compromiso de alimentarla, en una ocasión ella contó a alguien que él la maltrataba, ella contó a una amiga que le pegaba, no le daba para alimentarse bien y la amiga me dice que hablara con mi hermana. En una situación yo le digo que me cuente pero ella tenía miedo, decía que el chico no le daba de comer… luego de ese día mi hermano habló con él, lo hizo encerrar en la policía porque la hacía sufrir a mi hermana. Todo ese día él dijo que iba a cambiar, que ya no iba a ser así, que se iba a comportar bien, volvieron a vivir y él se enojó porque mi hermano lo había hecho encerrar y la había empujado a la puerta embarazada y ella se puso a llorar y por ese motivo ella no quiso más vivir con él. Cuando nació la bebe Pastor ya no estaba en Bolivia. Desde que nació la bebe Franz se hizo cargo, cuando la niña nació tenía peso muy bajo por la mala alimentación que Pastor le daba a Dionicia, internaron a la bebe y mi hermano mayor estaba con ella, Dionicia no se despegaba de la bebe, luego de mejorarse la bebe mi hermano se la llevó a la casa. Yo no estaba de acuerdo que Dionicia se viniera a Argentina, yo le dije que no fuera con él…Fui a buscarla y le digo ´Dionisia, ¿cómo te vas a ir no te das cuenta cómo te ha tratado?, ¡cómo vas a vivir con él’, ¿no te duele’, yo que tu no iría por nada. Ella me dice que cambió, que consiguió un trabajo seguro. Yo le dije ese hombre es así, nunca cambia…”.*

b) Franz Panozo Sejas, hermano de Dionicia, declaró: “*Tengo 34 años, Dionicia es mi hermana, yo soy el mayor de mis hermanos, tenemos una hermana mayor en Santa Cruz. Mi padre falleció cuando yo tenía como quince años. Yo quedé como jefe de mi familia cuando mi padre murió, les di el estudio y educación a mis hermanos…No hicimos ningún documento en la policía porque el prometió no pegarle más. Al poco tiempo mi hermana me dijo que nuevamente le estaba pegando y que no tenía para comer. Me dio pena y con mi hermana menor fuimos y la llevé a mi hermana a mi casa porque Pastor también estaba con su hermano mayor por llevar sus cosas para irse…Dionicia cuidaba a la bebé, la quería. Pasó una semana y la llevamos a control y nos dijeron que la bebé estaba mal, que tenía problema en la cabeza, tuvimos que llevarla al hospital y controlaron a la bebe y la internaron, estuvo internada una semana. Cuando Dionicia se vino a Argentina la bebé estaba bien, ya tenía casi ocho meses, era una bebé bonita. Pastor no quería reconocer a la bebé…Yo no estaba de acuerdo de que Dionisia se viniera a la Argentina porque Pastor no quería reconocer ni pasar mantención a la bebé. Pastor se vino a Argentina y cuando volvió tuvo planes de traer a Dionisia a Argentina, le dijo que en Bolivia su madre y hermana no lo dejaban vivir tranquilo. Yo le dije a Dionicia que no se fuera pero no hizo caso; yo tenía miedo de que Pastor le pegara, no quería que se llevara a la niña. Pastor habló conmigo y me dijo que iba a reconocer a la niña y se iba a hacer responsable de las dos. Yo le dije que cuando llegara a Argentina me llamara, nunca me llamaron…”.-*

Al respecto, estimo que, desde el punto de vista de la dogmática penal, la sentencia expresa con fundamentos claros, los motivos por los cuales se rechaza la imputación efectuada por el Sr. Agente Fiscal de grado, que le enrostró a Dionicia Panozo un delito de comisión por omisión, porque generó un riesgo relevante para la niña, en su situación de garante del bien jurídico:

“*Decisivamente, la conducta desplegada por Dionicia Panozo Sejas en el momento del acometimiento delictivo llevado a cabo por Pastor Avendaño Choquevillca se trata de una conducta neutral, carente absolutamente de un sentido de desblindamiento del bien jurídico protegido; esto es, absolutamente carente de un sentido de crear o incluso aumentar el peligro de resultado lesivo de modo libre y voluntario dado el contexto en el que la conducta de Dionicia Panozo se llevó a cabo y teniendo en cuenta su particular historia de vida; según la totalidad de las constancias comprobadas en este proceso.”*

Efectivamente, se tuvo por probado que el día del hecho la madre dejó a la niña sobre la cama al cuidado del padre, para ir al baño, y al salir de éste y después de higienizar el baño vertiendo agua que recogió del tacho, le sirvió la comida al acusado. Luego se dirigió a la cama para ver a la niña, y la encontró tapada con una frazada y una sabana, ya sin respirar.

Al dejar a la niña al cuidado de su padre para ir al baño, Dionicia Panozo no realizó una conducta creadora de un riesgo relevante, ni violatoria de un deber de cuidado que su posición de garante (madre de la niña) le imponía. Ella nunca hubiera podido prever, que dejando un breve lapso de tiempo a la niña al cuidado del padre (para ir al baño), importaba generar una fértil oportunidad para que éste la asfixiara causándole la muerte.

Se ha sostenido, que la creación de un riesgo no permitido (que se realiza en el resultado), es un requisito para que un comportamiento, tanto comisivo como omisivo, doloso o imprudente, adquiera un certificado típico (de una acción o una omisión que significan socialmente un homicidio, unas lesiones, etc.).

Afirmar, que el autor creó un riesgo no permitido equivale a decir, que el autor tenía el deber de evitar ese comportamiento y que infringió ese deber. Es decir, “creación de un riesgo no permitido”, equivale a “infracción de un deber” *(Delitos de infracción de deber,* Fernando J. Córdoba, en Revista de Derecho Penal, 2016-2, Responsabilidad penal por omisión-II, Director Edgardo Alberto Donna, 1º ed. Revisada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, págs. 221 y vta.).-

En la sentencia se expone que: *“En virtud de lo señalado, es posible afirmar que de las citadas constancias de la causa surge un llamativo déficit de rigor científico en el análisis y argumentos dados por los operadores judiciales actuantes en este proceso, tanto respecto de la compleja cuestión dogmática jurídico- penal involucrada como de la grave cuestión vinculada a la violencia machista que ha atravesado y marcado la totalidad del suceso analizado.”*

“*Se ha desconocido que en un contexto de violencia de género la mujer se desequilibra como persona y queda indefensa frente a las agresiones; pues se rompen todas sus defensas y la dejan desprotegida hasta el grado de destruir su concepto de sí misma.”*

“***Y es por este desconocimiento que a Dionicia Panozo Sejas se le ha atribuido frialdad en su personalidad, ausencia de indicadores de duelo, silencio cómplice, tolerancia atroz, terrible desidia, claridad en la visión acerca de dónde estaba y a dónde quería llegar, indiferencia ante la muerte de la hija, no haber gritado, no haber llorado, no haber escapado, no haber salido corriendo, no haber pedido ayuda, haber trasgredido elementales regla de la lógica y sentido común por haber mantenido contacto en el servicio penitenciario con el imputado pese a haber éste matado a su hija y hasta no haber probado en juicio ella misma la situación de sometimiento padecida” .***

2) Se reconstruye lo ocurrido el día de la muerte de la menor, a partir de las testimoniales de Sergia Calizaya Aricoma, Mercedes Saique Choquevillca, Hector Luis Saleh y la propia Dionicia Panozo Sejas.

Se transcribe la parte pertinente de sus declaraciones, a saber: “*Dijo la testigo que siendo la hora 16.30 se retiró junto a su familia y a la de Guadalberto Cabrera Choquevillca hacia una cancha de fútbol y que regresaron a la hora 20. Dijo que al regresar ingresó al salón con el fin de buscar una lima para afilar un cuchillo y advirtió que Pastor y Dionicia no se encontraban en la vivienda; que siendo la hora 21 Guadalberto comenzó a gritar “LE HAN QUITADO EL BEBÉ” señalando a Pastor y a Dionicia quienes permanecían parados al lado de la escalera. Dijo que estando alarmada por la noticia comenzó a interrogar a la pareja; que Pastor era el único que respondía; que éste manifestó que dos hombres armados con revólver le apuntaron a la cabeza mientras que una mujer les sacó el bebé dándose a la fuga en un automóvil color azul oscuro. Dijo la testigo que los interrogó acerca del horario y lugar en el que ocurrió lo relatado y que Pastor refirió que todo ocurrió cerca del Supermercado Top a la hora 19.40 y que no pudieron ver la patente del auto. Dijo la testigo que ella le manifestó la intención de llamar a la policía frente a lo cual Pastor dijo que “no era necesario llamar a la policía porque seguramente la bebé ya estaba muerta”; que Pastor agregó que le habían sacado a la bebé para matarla. Dijo la testigo que finalmente hizo el llamado a la policía que dio origen a la investigación con la que se inició este legajo.”* (Sergia Calizaya Aricoma, vecina de la pareja).

*“…Ayer domingo como a las diez de la mañana la hija de la declarante de dos años y dos meses entró al departamento de Dionicia porque quería jugar con la bebé, entrando la declarante a buscar a su hija, viendo a Pastor y Dionicia sentados viendo televisión y la bebé estaba sentada en la cama jugando, se la veía bien…que unas horas después cerca de la una de la tarde la declarante* *llevó un plato con carne asada para que coman Dionicia y Pastor, que los había invitado pero ellos no fueron, por eso decidió llevarle la comida, al llegar golpeó la puerta varias veces hasta que salió Pastor, se asomó por la puerta, recibió el plato con comida y cerró la puerta, después de comer la declarante con su familia se fueron al campo de Mauro…volviendo como a las ocho de la tarde, estando en la casa como a las nueve y media, siente que golpean la puerta, al atender su marido vio que eran Pastor y Dionicia, quienes le dijeron a su marido que rateros le habían robado a su bebé…que no pidieron ayuda porque no había nadie, que fue cerca del Top, que no querían hacer problemas…”.* (Mercedes Saique Choquevillca).

“…*vive con sus cinco hijos, que Sergia tiene una casa de dos pisos, en la parte de arriba vive ella con los hijos y en la parte de abajo vive Dionicia con su novio Pastor, quienes tienen una bebé de unos ocho meses, de nombre Mayte, que Pastor más antes como hace seis meses, vino de Bolivia con su hermano Jaime, se quedaron en la casa de Sergia en donde vivieron juntos, trabajaban en la construcción, que en el invierno de este año, como en el mes de julio, Pastor y su hermano se fueron a Bolivia, y el mes pasado volvió Jaime y a los días siguientes vino Pastor, Dionicia y la bebé Mayte, que durante una semana los cuatro se quedaron en la casa de Sergia, que después de una semana Jaime se fue a vivir a otro lado, que la declarante no conocía a Dionicia, que ella estaba siempre encerrada en la casa, que lavaba la ropa adentro de la casa, que no salía ni al kiosko, que estaba siempre encerrada con la bebé, que hace poquito que la declarante empezó a hablar con Dionicia, que era de a ratitos cuando Pastor no estaba en la casa, que la declarante le decía que saliera a tomar sol, que ella le contestaba que no porque el sol le hacía mal, que tenía miedo, que Pastor le había dicho que acá era muy peligroso, que había muchos rateros que la iban a matar, que la declarante notaba que Dionicia le tenía miedo a Pastor, que si Pastor la encontraba afuera de la casa la retaba, que la declarante no sabe si llegaba a pegarle, que el día viernes pasado como a las once de la mañana charló con Dionicia en donde la declarante le dijo charlando a Dionicia de por qué no le regalaba la bebé, ella le contestó que “no”, comentándole que “Pastor le dijo que ella le tenía que pegar a la bebé para que cambie porque era muy llorona y que cuando sea más grande va a ser fregada”, que ella le dijo que no le hiciera caso y que no le pegue a la bebé, comentándole Dionicia que “Pastor no la quería a la bebé porque no tenía pelos, que parecía varón, que más antes en Bolivia se había negado que la bebé era de él, que le había dicho que regalara a la bebé”, comentándole además que tenía ganas de irse a Bolivia a vivir con su madre”.* (Declaración de Mercedes Saique en sede policial, de fecha 29/09/14, Sumario Nº 274, parte 2, Act. Nº 97826 de fecha 30/09/14).

c) Héctor Luis Saleh, chofer de remis y fallecido al momento del debate, dijo en sede de instrucción que el día domingo 28 de Septiembre de 2014, estando estacionado en la agencia de remises “El Poeta”, se acercaron a la ventanilla del auto del lado del conductor dos personas, un hombre y una mujer jóvenes; que el muchacho le preguntó el costo de un viaje hasta la localidad de Carpintería; que aceptando el valor de 50 pesos accedieron al remis; que emprendieron el viaje a la hora 18:55. Manifestó Saleh, que circulando por la Ruta Provincial Nº 1 con sentido de circulación Norte/Sur, a la altura de la Hormigonera Comechingones, el pasajero, es decir Pastor Avendaño, le indicó que retomara el siguiente camino de tierra hacia la izquierda donde existía un cartel de madera con la inscripción “Altos de Carpintería”, que inmediatamente retomó el camino indicado por Pastor Avendaño, que habiendo transitado unos 700/1000 metros hacia el este, de forma repentina, el pasajero le indicó que regresara por el mismo camino ya que se había “pasado” del destino; que así retomó el camino y dirigiéndose hacia el oeste, habiendo transitado unos 30 metros, el pasajero lo hizo detener al lado de una obra en construcción; que el pasajero abonó el viaje y le dijo que no era necesario que los esperara y que en ese lugar tenía que ver un trabajo. También declaró que le llamó la atención que la muchacha llevaba cruzado entre el hombro y la cintura por delante de su cuerpo una especie de bandolera de tela color blanco.

d) Dionicia Panozo Sejas dijo en su declaración en debate ya citada, que el domingo fue con su pareja y la nena a comprar verduras para almorzar, que llegaron a la verdulería, que de regreso comenzó a cocinar, que la nena lloraba y ella le quería dar el pecho, que el imputado no se lo permitió, que le dio mandarina, que ella no quería que le diera mandarina, que el imputado se enojó, que tuvo necesidad de ir al baño, que la bebé estaba sentada en la cama, que le pidió al imputado que cuidase a la bebé, que cerró la puerta del baño, que estuvo unos 15 minutos, que cuando salió recogió un tacho con agua para verter en el baño, que después sirvió la comida, puso la mesa, y fue a ver a su hija pensando que estaba dormida, que el imputado estaba sentado al pie de la cama y la bebé no se veía, que la bebé estaba tapada con una frazada gruesa y una sábana, que cuando la miró tenía un trozo de mandarina en la cara; que cuando salió del baño se dio cuenta de que estaba muerta, que mientras ella cocinaba la bebé lloraba y ella la cargaba, que cuando estuvo en el baño no escuchó que llorara la bebé, que había cerrado la puerta del baño y no escuchaba nada, que cuando salió del baño le sirvió la comida a Pastor y después fue a ver a la bebé, que cuando la encontró en la cama estaba tapada y que Pastor estaba sentando “mirando la tele como si nada…”.-

A lo que se adunan las declaraciones de Marcelina Panozo Sejas, hermana de la imputada, y los funcionarios policiales Alberto Ariel Barroso, Lorena Escudero, Rodríguez Luis Daniel, y el Comisario Jorge Daniel Bustos, (instructor del sumario Nº 274/14) en Act. Nº 3424390 de fecha 01/10/14. Este último relató que: “…*tomo conocimiento a través de un llamado telefónico por parte del Of. Ppal. Rodríguez, me cuenta que habían recibido un llamado telefónico anónimo a la guardia de la comisaria aduciendo que a una pareja joven le habían sustraído a la bebé….cuando llego a la comisaria ya se encontraban allí las supuestas víctimas del arrebato del niño, los entrevistamos para que nos contaran minuciosamente como habían ocurrido los hechos y aportaran características de los supuestos autores, ante el interrogatorio notamos que ellos estaban tranquilos, el que hablaba todo el tiempo era la persona de sexo masculino de nombre Pastor, nosotros nos dirigíamos a la chica Dionicia y siempre respondía Pastor. Lo poco que respondía la señorita, notábamos que se limitaba a lo que decía su pareja, porque por ahí se contradecían, por lo que decidimos separarlos de oficina…Ahí pudimos determinar que no coincidían sus versiones…al hablar con Pastor, notamos que estaba mucho más nervioso y preguntaba por la mujer…volvemos a hablar con Dionicia, le manifestamos que no coincidían las cosas, que nos dijera qué pasaba, qué estaban escondiendo, a lo que me responde “la bebe está muerta”, a lo que le preguntamos qué era lo que había pasado y nos responde “que la nena se había caído de la mesa y se había muerto”…*.*Posteriormente hablamos con Pastor y el nos dice que “bueno les voy a decir la verdad, la bebe se cayó de la mesa y se había muerto; y por temor a que no nos creyeran la enterramos en un campo” por lo que le preguntamos en qué lugar habían enterrado a la bebé y dijo que en un campo antes de llegar a la localidad de Carpintería…Salimos en el móvil juntamente con Pastor para que nos indicara el lugar, nos lleva por lo que es la Ruta Nº 1,…ingresamos junto con Pastor y luego de haber transitado como unos cincuenta metros, nos llevo exactamente al lugar y nos dijo que allí estaba enterrada, lo que pudimos notar que había tierra removida recientemente…Posteriormente regresamos a la comisaria y le preguntamos a Pastor que nos dijera bien que era lo que había pasado, a los que nos responde que la bebé estaba llorando mucho, que la pone en la cama y que la había tapado con unas colchas, que allí la bebé se calló y se había dormido, que ellos almorzaron y luego cuando Dionicia va a darle de comer a la bebé, esta no reaccionaba…Luego nos entrevistamos nuevamente con Dionicia y le dijimos que Pastor ya nos había comentado de lo ocurrido y nos había llevado al lugar a donde estaba la bebé, por lo que le preguntamos si nos podía aportar algo más de lo ocurrido, se la notó más decidida a hablar…ahí es cuando nos dijo que ella estaba cocinando y la bebé lloraba mucho, entonces Pastor la había agarrado, la tiró en la cama, la había tapado con unas colchas y la apretaba, hasta que la guagua se calló, en ese momento en que Pastor tapó a la nena con las colchas ella intentó intervenir pero Pastor no la dejó, luego ellos almorzaron y como notaba que la bebe no se despertaba la va a ver y se da cuenta que la bebé no reaccionaba, no respiraba, no se movía, Dionicia nos dice enojada que Pastor era quien había matado a la nena, que el tenia la culpa de lo que había pasado…”*

3) El informe médico de la autopsia determinó la causa de la muerte de la niña: (actuación Nº 99176 de fecha 04/10/14) asfixia mecánica.

4) Sobre la participación y culpabilidad del imputado: en el fallo se dijo que: *“Entiendo que la prueba indiciaria que surge de las constancias de este legajo anula la posibilidad de cualquier duda respecto de la única autoría material del acusado Pastor Avendaño Choquevillca…concurren en el caso indicios graves, precisos, concordantes y unívocos de la autoría del acusado y son los siguientes:*

*“Indicio psicológico de móvil criminal: Sólo Pastor Avendaño Choquevillca tenía un móvil: el acusado jamás desarrolló un sentimiento de afecto paterno-filial rechazando a Mayte desde la gestación; le molestaba su llanto y le imponía a Dionicia llevar adelante acciones de desatención con la nena como impedirle que le diera el pecho.* *Es así como Dionicia relató “ella lloraba y yo le quería dar pecho y él no me dejaba me decía que le diera mandarina”. También ha relatado que “antes de lo que pasó, faltando un mes, él se molestó con mi hija y el agarró a mi hija y le quiso tapar la boca con la mano, yo se la quitaba, me empujaba y me decía ´¿vos qué la defendés´ a ella?´ y él la agarraba del brazo, le tapaba la boca”. Asimismo dijo que “Pastor me dejó sola en el embarazo…después de que nació me fui a la casa de mi hermano mayor… él me dijo que me iba a dar de comer ya que el padre de mi hija ni se preocupaba ni me vino a ver… a la nena la conoció cuando tenía siete meses”. Dijo que “en Merlo no estuvimos ni un mes y en ese mes no me pegó, pero a la bebe si, la insultaba, le decía que no era su hija, que su hija debía ser con pelo largo, me dice que mi hija tiene cara de sapo, tiene muchos cachetes, le decía que no la insultara se enojó conmigo y después pasó el hecho de que él le tapa la boca con la mano y cuando se la quito me empuja…él dudaba de ser el padre de la nena, él la reconoció porque teníamos que sacar el documento para el carnet, ahí recién la reconoció…”.*

*“Indicio de presencia y oportunidad de comisión del hecho: Como se ha analizado, solamente el acusado se encontraba con Mayte en la vivienda mientras Dionicia estaba en el baño; de modo que encontrándose a solas con la niña, sin posibilidad de ser visto por nadie en el interior de un ámbito privado por excelencia como lo es la propia casa y aprovechando que la única persona que podía interferir y abortar su plan estaba en el baño, dio comienzo a su plan criminal dirigiéndolo hasta su culminación.”*

*“Indicio de ocultamiento del propio hecho doloso: El acusado ideó distintas versiones, principalmente la del secuestro de la bebé para explicar la razón de por qué la niña ya no estaba con la pareja. También, el acusado ideó y ejecutó la totalidad de las circunstancias relativas al enterramiento de la niña con la única finalidad de ocultar su propio hecho doloso. Es así que eligió un lugar alejado de la vivienda, ya conocido por él y desconocido por su pareja. Asimismo manejó la psiquis de Dionicia aprovechando la situación de dominación de todos los aspectos de la vida de ésta manipulándola en todo momento mediante amenazas respecto de las versiones que debía dar para justificar la ausencia de Mayte.”*

“*En rigor, Dionicia Panozo no conocía ningún lugar distinto a su casa y a los pocos lugares a los que había concurrido en el corto tiempo que estuvo en la Villa de Merlo; como el supermercado y el hospital. Ha quedado acreditado que Dionicia no salía de su casa por el temor infundido por el acusado; incluso, lavaba la ropa y la colgaba para su secado en el interior del salón que habitaba, según el relato de Sergia Calizaya Aricoma. Asimismo, Mercedes Saique Choquevillca dijo que Dionicia “ni al Kiosko iba”.-*

“*Indicios de actitud posterior al acometimiento delictivo: Ha quedado acreditado que Pastor Avendaño Choquevillca intentó en todo momento convencer a Dionicia acerca de que se hiciera cargo de la muerte de Mayte bajo el pretexto de poder él en estado de libertad conseguir un abogado que la asistiese para salir de la cárcel.”*

El análisis integral de los elementos probatorios e indicios reseñados, no dejan lugar a duda de que la muerte de la pequeña niña Mayte Avendaño Panozo, fue consecuencia directa del mecanismo de asfixia a la que fue sometida por su padre Pastor Avendaño, tapándole la boca y la nariz, obstruyendo de esa forma las vías respiratorias con la intención de matarla. La hipótesis contraria de autoría conjunta de ambos progenitores, sostenida por el recurrente, no encuentra respaldo en ninguna de las probanzas colectadas*.*

Siendo ello así, el hecho de que no se haya podido precisar en qué momento exacto se realizó la asfixia de la nena, no altera la conclusión a la que arriba la Dra. Sandra Piguillem, pues se encuentra acabadamente probado con los testimonios vertidos en el debate y en sede judicial y policial (policías actuantes en el sumario, hermanos de Dionicia Panozo Sejas, el remisero Héctor Luis Saleh, los vecinos y allegados al núcleo familiar y demás indicios valorados (de oportunidad, motivación,superioridad física,situación preexistente de violencia de género, entre otros),que **sólo Pastor Avendaño Choquevillca asfixió a la bebé hasta provocarle la muerte, luego ideó el plan macabro de inventar ante las autoridades policiales el robo de la niña, para después afirmar que la bebé se les había caído de la mesa y se había golpeado la cabeza, y posteriormente ocultó el cadáver enterrándolo en un lugar cercano a la localidad de Carpintería que solo él conocía.**

**No sólo esas probanzas sostienen fehacientemente la autoría del imputado, sino que también excluyen la posibilidad de que la muerte por asfixia haya sido causada por Dionicia Panozo Sejas.**

En conclusión, se aprecia que ha sido un cúmulo de probanzas e indicios -y no sólo algunos elementos aislados-, lo que ha llevado al tribunal de juicio a tener por acreditada, la intervención activa y culpable de Pastor Avendaño en el hecho, por lo que el recurso deducido, elaborado a partir de la fragmentación del cuadro convictivo, no logra conmover los fundamentos de la resolución en crisis.

Voto a estas SEGÚNDA y TERCERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en las cuestiones anteriores, corresponde RECHAZAR el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Pastor Avedaño Choquevillca. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Sin costas, atento ser un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público de la Defensa. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Pastor Avedaño Choquevillca en fecha 4/7/17.-

II) Sin costas, atento ser un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público de la Defensa.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*