

///nos Aires, 22 de marzo de 2013.

AUTOS Y VISTOS:

Se reúnen los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 16, Dra. **María Cristina Bertola, como Presidente y Dres. Gustavo González Ferrari y Fernando Alfonso Larrain, como Vocales**, asistidos por el Sr. Secretario, Dr. Cristian A. von Leers, para dictar sentencia en la causa nro. [REDACTED] que se sigue contra [REDACTED]

[REDACTED] nacido el 1° de noviembre de 1974 en Quinde, República del Paraguay [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Intervienen el Sr. Fiscal, Dr. Fernando Fiszer interinamente a cargo de la Fiscalía General nro. 16 y la Dra. María Leonor Narváez, como defensora de Adorno Florentín.

RESULTA:

I. Del requerimiento de elevación a juicio.

A fs. 196/199 vta. obra el requerimiento de elevación a juicio realizado por el que la Sra. Fiscal interviniente en la etapa anterior del proceso en el cual atribuyó a [REDACTED] el siguiente suceso:

“... [S]e imputa a [REDACTED] haber abusado sexualmente a su esposa, [REDACTED], entre el año 2007 y 2009, al haberla obligado a mantener relaciones sexuales con acceso carnal vaginal, siempre contra de su voluntad y mediante el uso de violencia, con una frecuencia de una o dos veces por semana desde entonces y aumentando la violencia ante sus resistencias. Dichos eventos tuvieron lugar en el domicilio sito en [REDACTED]

USO OFICIAL

████████████████████, un año antes de radicada la denuncia que dio origen a la presente causa -15 de junio de 2010-, cuando el imputado se habría colocado sobre la nombrada y la habría tomado de sus brazos para obligarla a intimar. Fue así, que al intento de defensa de la víctima, ██████████ le habría propinado un cabezazo fuerte en la nariz y al intentar volver a golpearla, su nariz impactó sobre la frente de ██████████, quien logró correr la cara al ver su intención. Sin embargo, permaneció sobre ella mientras la sangre goteaba de su nariz a la cara de aquélla prosiguiendo con su objetivo. Cabe señalar, que ante estas situaciones, la víctima comenzó a encerrarse en su habitación, ya que el imputado, al regresar ebrio a su domicilio quería mantener relaciones contra la voluntad de aquélla, por lo que en tales oportunidades habría tomado un puñal -que siempre llevaría consigo- y, al tiempo que habría rayado la puerta con tal elemento, le habría proferido la siguiente frase: “Abrí la puerta o te lo tiro encima”. Ello habría ocurrido por última vez dos meses antes de radicar la denuncia. Finalmente, el 12 de junio de 2010 habría sido la última vez que forzó a su esposa a tener relaciones sexuales, ocasión en la que había llegado alcoholizado a su domicilio ingresó a su habitación, tiró las colchas de la cama, la tironeó de la ropa y, mediante el uso de la fuerza, la tomó de los brazos y se acomodó sobre ella y la accedió carnalmente vía vaginal, contra su voluntad.

En esa oportunidad, la Dra. Cuñarro calificó el hecho como constitutivo del delito de abuso sexual doblemente agravado por haber sido cometido mediante acceso carnal y por ser gravemente ultrajante (arts. 45 y 119, segundo y tercer párrafo C.P.).

II. Del debate

a) La indagatoria.

Impuesto en la audiencia de los derechos que les confiere la ley, ██████████ hizo uso de ellos manifestando que se negaba a declarar. Finalmente, en el momento

previsto por el art. 393 C.P.P.N., último párrafo, refirió que “...(r)econozco mi error en el alcohol. Haré lo posible para recuperar a mi familia. Perdí a mi padre y eso me dolió mucho, ahí empecé a tomar. No quiero perder a mi familia. [REDACTED] se compró un terreno. Le prometí que la voy a ayudar. Quiere mudarse. Quiero una oportunidad”.

b) Los alegatos.

1. La Fiscalía.

En la oportunidad prevista en el art. 393 del ordenamiento ritual vigente, al concedérsele la palabra al Dr. Fiszer manifestó al Tribunal que tenía por probado la totalidad de lo ocurrido que fuera materia de acusación en los requerimientos de fs. 196/199 vta., y que por tanto materializaría la acusación contra [REDACTED].

[REDACTED] Así, conforme surge del acta de debate que antecede detalló que “...(C)on las probanzas se acreditó que [REDACTED] abusó sexualmente de su esposa [REDACTED] (casado legalmente en Paraguay) entre 2007 y 2009 con una frecuencia de una, dos y hasta tres veces por semana, obligándola a tener relaciones sexuales, ejerciendo violencia física, intimidación y la reiteración hacía que en algunas oportunidades la damnificada accediera. Se repitieron hasta el 12 de junio de 2010, fue muy violento, ese sábado le dio un cabezazo que la llevó a efectuar la denuncia en la Oficina de Violencia Doméstica. El imputado no declaró por lo que no contamos con su versión de los hechos. La prueba que acredita los hechos es la siguiente. Declaración testimonial de [REDACTED], quien nos dijo que lleva una relación afectiva de 20 años, de violencia desde el principio, que se incrementó en el año 2003 y 2005, que lo denunció y lo excluyeron del hogar. Antes ejercía violencia física sobre ella y el hijo. En 2005 se separaron por decisión de la autoridad judicial, luego él se arrepintió. La violencia era por efectos de la ingesta alcohólica. Él asumió el compromiso de dejarlo, ella lo perdonó y le permitió el regreso. En 2007 se volvió a lo mismo y empezó a obligarla a tener relaciones sexuales

amenazas de por medio: “vos tenés que cumplir, sos mi mujer, tenés que cumplir” dijo que le decía. Dijo que trató de hablar con él. A partir de la denuncia viven separados, uno arriba y otro abajo. Nos dijo que trabaja y que vuelve a la tarde. [REDACTED] vecina de la damnificada relató que cuidaba del niño mientras [REDACTED] trabajaba. Presenció la llegada del imputado alcoholizado, percibía el estado de ánimo de la damnificada aunque ella no se lo relató. Dijo que hubo una situación estando con ella y otras amigas que las echaba de la casa cuando llegaba. Dijo que una vez golpeó la puerta y le dijo a la damnificada “acordate que estás [REDACTED] y tenés un hijo” La hermana de la damnificada habló de la mentalidad machista paraguaya. El licenciado Mac Gregor describió indicadores post traumáticos y un correlato dominante/dominada, de servidumbre amorosa, vivencias de despersonalización. La licenciada Miotto dijo que el imputado tiene una tendencia activo/dominante, de descalificación por lo femenino, desajustes psicosexuales, propias de un contexto cultural, y que [REDACTED] [REDACTED] le refirió que estuvo de tratamiento 8 meses en el Borda. Las licenciadas Nieves y Matera relataron cómo la vieron y caracterizaron al imputado como “hombre violento”. También hay que considerar la historia clínica de [REDACTED] en el Moyano. Quedó acreditado episodios de violencia sexual entre 2007 y 2009 por el relato de la damnificada, amiga, vecina y dichos de los psicólogos. Se desarrolla un ciclo de violencias, perdón y luego una etapa de luna de miel. Hizo promesas de tratamiento con mentiras constantes. Mintió sobre el tratamiento de 8 meses en el Borda. Siempre que hubo una amenaza judicial buscó congraciarse: empezó un tratamiento, le hizo la parte de arriba de la casa, le prometió actualmente ayudarla a vivir en otro lugar. Todos los actos agresivos son dirigidos hacia su mujer. Se trata de actos sexuales con penetración vaginal porque ella es “su mujer y debe someterse sexualmente cuando él quiere. Fue gravemente ultrajante porque es una afectación constante, persistente al mismo bien jurídico entre 2007 y junio de 2010. Se la sometió como si fuera un objeto sexual. La continuidad agrava la magnitud del injusto. No hay causas de

justificación, sí dos temas para abordar que restan culpabilidad: la imputabilidad (capacidad de gobernar el comportamiento por temor a la norma penal que conmina con una pena), sea por circunstancias culturales o de embriaguez. Está probada la ingesta alcohólica en los actos sexuales pero no que por eso no tenía capacidad de culpa. Pudo elegir actuar de otra forma y no lo hizo. Su único objetivo era satisfacer su instinto libidinoso y con una única mujer, no con otras. El vecino que declaró si bien lo vio alcoholizado tiene un buen concepto, lo que demuestra que pese al alcohol podía comportarse. Podía elegir cómo actuar pese al alcohol y sabía que lo que hacía era contrario a derecho, “tener que cumplir” es una orden, un mandato y lo entendía así. Sabía que ella iba a perdonarlo (lo dijo). Discrimina, sabe lo que hace, comprende el alcance de sus actos. Después minimizaba sus actos y pedía disculpas. En la faceta cultural, no hay cultura machista. Son delitos contra la integridad sexual y sabía que la violencia no corresponde. Paraguay es más estricto en este tema que Argentina. En 1995 ratificó la Convención de Belem Do Para y en 1997 se incorporó la violencia doméstica como un tipo penal. El artículo 128 reprime actos como los que se le imputan con hasta 10 años (“coacción sexual”). Llegó a Argentina hace 20 años. Tuvo un llamado de atención en 2005 cuando el conflicto se judicializó y excluyó del hogar. La conducta es típica, antijurídica y reprochable. En cuanto a la graduación de la pena, consideró dentro de la magnitud del injusto, como agravantes, la prolongación en el tiempo, la condición de cónyuge, la consecuencia en la salud mental de la víctima desde 2008, el comportamiento posterior, pidiendo perdón, mostrando arrepentimiento, especulando con el avance de la causa. Como atenuantes, en el marco de la personalidad del imputado, no puedo desconocer cómo la víctima vive la posibilidad de la condena y que lo ama, que le pasa dinero a ella y al hijo.”

En consecuencia, sostuvo que [REDACTED]
[REDACTED] resultaba ser autor del delito de abuso sexual doblemente agravado por haber sido cometido mediante acceso carnal y

por haber configurado un sometimiento gravemente ultrajante a la víctima; y solicitó la imposición de la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas.

2. La defensa

Otorgada la palabra a la Dra. Narváez, manifestó que *“...(E)l Fiscal le imputó un hecho del 12 de junio de 2010, mientras que la plataforma fáctica se le imputaba entre 2007 y 2009. Los hechos se basaron en un contexto que no negamos: la violencia familiar. Es una relación cronificada, que permanece en el tiempo, que se reitera. No es el objeto procesal, lo es el abuso sexual contra la cónyuge. Tenemos dichos de la damnificada que destacó que los hechos eran en estado alcoholizado de su pareja, en horas tardías, cuando regresaba a cada, que a veces cedía aunque le daba asco. A raíz de los conflictos perdió todo deseo sexual. La hermana destacó que era amable, correcto y que su problema era el alcohol. La hermana dijo que él ni siquiera se daba cuenta de la gravedad que implicaba un abuso sexual. Esta agresividad y esta imposición de actos sexuales con su mujer se traduce en “vos tenés que cumplir, vos sos mi mujer”. Lo refrendaron su hermana y su amiga. Ello demuestra que más allá de la legislación paraguaya, lo que importa es lo que él “comprendía”, lo que “entendía”. Miotto se ha referido a los factores culturales y a la ingesta de alcohol. Estos factores culturales se potencian con ingesta de alcohol. ¿Se puede saber cuál era el grado de alcoholización al momento del hecho? ¿Se puede tener certeza que comprendí lo que estaba haciendo y dirigía sus actos? Mac Gregor dijo que [REDACTED] le dijo “siempre quiere tener sexo estando alcoholizado”. Todos los episodios fueron alcoholizados y el usó violencia (choque frente, sangrado), es en 2010. Entre 2007 y 2009 no describió lesiones ni violencia. Pareciera que estaba persuadido y compulsivamente la sometía en la creencia que tenía obligación marital de satisfacerlo. La damnificada dijo que hizo tratamiento en el Hospital Rawson y que lo dejó porque era a las 14:00 horas y tenía que trabajar. Era un hospital público y no podía elegir el horario. Comprendió con la*

denuncia de 2010 que realizó una conducta prohibida, no la exigió más, le hizo la casa arriba. Cambió su conducta. Entiende que tiene un problema con alcohol. Por eso ahora están más cercanos con su esposa e hijo y comparten la aflicción sobre que va a pasar con él si es que va a la cárcel. ■■■■ siente que ella está privando a su hijo del padre. No hay certeza que ■■■■ tenga secuelas de la relación con el imputado. Fue golpeada de chica, tiene problemas estructurales de personalidad. Si bien hace 20 años que está en Argentina, él piensa que puede acceder a su mujer con violencia. Hay un error que recae sobre la antijuridicidad de sus actos. Conoce lo antijurídico respecto de otras mujeres (no tenía “ignorancia legi”). Pero se equivoca respecto de su esposa. Lo dijo él, la damnificada y la hermana. Este error (vive en ■■■■, sus amigos son paraguayos) es da en grupos sociales de pertenencia. Es un error invencible. Al conocer la ilicitud, convocado en sede penal en 2010, cesó su conducta. Además es inimputable (art. 34, inc. 1° C.P.), no tuvo capacidad de conocer el injusto y motivarse. La ingesta era importante, lo destaca la esposa. Era un enfermo. No pudo comprender sus acciones. Solicito su absolución”.

Y CONSIDERANDO:

La Dra. María Cristina Bertola dijo:

I) Sobre la nulidad impetrada por el Dr. Fiszer

Luego del alegato de la Dra. Narváez el Dr. Fiszer solicitó su nulidad “por haber pretendido inducir a error al Tribunal, al señalar que el hecho ocurrido no se encontraba en la plataforma fáctica de la requisitoria fiscal de elevación a juicio, cuando en verdad está en el último párrafo de la descripción del hecho, a fs. 196 vta.”

No obstante, corresponde aclarar que la Asistente Técnica solamente había mencionado que “posiblemente por error el Sr. Fiscal expresó que los hechos tuvieron lugar hasta el 12 de junio de 2010 (fecha recordada por la damnificada por la violencia demostrada

por el damnificado ese día y que motivó que realizara la denuncia ante la Oficina de violencia doméstica de la CSJN), cuando en realidad la plataforma fáctica descrita en los actos procesales llevados a cabo en la etapa instructoria los sitúan entre 2007 y 2009” .

De ello no dedujo violación al principio de congruencia ni nulidad alguna, por lo que desde la presidencia del debate primero se resolvió, pese a que el Dr. Fiszer pretendía replicar, que no había motivo para hacerlo. Ante su insistencia el pleno del Tribunal decidió escucharlo y de lo dicho se le corrió traslado a la Dra. Narváez que nada más agregó, siendo que a continuación y de forma, si se me permite, insólita, la fiscalía peticionó la nulidad del alegato de su adversaria *“por inducir a error al tribunal...”*, perdiendo de vista que esa nulidad – de haber prosperado – hubiera arrastrado consigo la del juicio celebrado.

Así las cosas, me encuentro en la obligatoriedad de decidir acerca de la invalidez solicitada, que a mi juicio no encuentra eco en disposición legal alguna que permita que prospere, ni fundamento en un perjuicio que tampoco se invocó. En punto al supuesto error al que induciría al Tribunal, tampoco puede pensarse que podría ser tal ya que quienes juzgamos lo hacemos con el conocimiento y estudio previo de todas las piezas procesales acopiadas durante la etapa preliminar.

Por ende, considero que la cuestión no merece que me extienda más y que sólo se ha tratado de un exceso de celo del Dr. Fiszer en el ejercicio de su ministerio que no amerita otra consideración que su rechazo.

II) Si bien la Fiscalía entendió que el imputado había abusado sexualmente de su esposa [REDACTED] entre 2007 y 2009 - estaba legalmente casado con la nombrada en Paraguay - al obligarla a mantener relaciones sexuales ejerciendo violencia física e intimidación, con una frecuencia de una o dos y hasta tres veces por semana y que esta situación tuvo lugar hasta el sábado 12 de junio de 2010 en que la violencia de su proceder (le dio un cabezazo) motivó que

realizara la denuncia en la Oficina de Violencia Doméstica de la SCJN, considero que las pruebas ventiladas durante el debate y aquéllas que fueron incorporadas por lectura con la anuencia de las partes no resultan suficientes como para fundar este reproche criminoso y, por el contrario, la situación de duda que se plantea de su análisis y confrontación, amerita la aplicación del principio del “favor rei” contenido en el art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación.

En efecto, si bien a través de los dichos de la menoscabada tuvimos conocimiento del carácter violento de [REDACTED] y que casi desde el comienzo de su relación matrimonial se suscitaron episodios de violencia verbal y en ocasiones de violencia física que en momento alguno fueron denunciados, como así también su adicción al alcohol, la cual era favorecida por el contacto con parientes y amigos que habitaban el mismo lugar en que ellos lo hicieron siempre, es decir [REDACTED], lo cierto es que recién ubica los episodios de violencia sexual a partir de 2008 (en realidad tuvieron lugar entre 2007 y 2009, como trasunta de las constancias de la causa).

En efecto, aunque hubo una denuncia en 2005 lo fue por la cuestión de violencia doméstica y de ella se derivó una mejora momentánea de las relaciones de convivencia familiar. También en el ínterin el imputado comenzó en el hospital Rawson un tratamiento para su dependencia al alcohol, pero luego lo dejó por cuestiones laborales y de igual manera [REDACTED] comenzó a realizar terapia psicológica en el hospital Moyano para paliar la situación que vivía.

Sin embargo y a partir de que las situaciones de abuso sexual pasaron de ser “toleradas” por miedo o por la presión que significaba para [REDACTED] que el encartado invocara la obligación que tenía de acceder carnalmente por el débito conyugal, a episodios cada vez más intensos, los que eran seguidos del consiguiente pedido de disculpas y nueva oportunidad y siempre llevados a cabo en estado de ebriedad, explica que se decidió a realizar la denuncia penal de junio del 2010, siendo esta fecha el límite de los actos que le reprocha ya que convinieron en que ella se iría a vivir junto con su hijo a la parte de arriba

de la casa que compartían y terminaron separándose hace un año y dejando de convivir hace unos seis meses.

Tal vez sea esto último, aunado al resto de las probanzas y en especial a los dichos de su hermana, de su amiga y a los informes de los profesionales de la psicología, lo que nos permita comprender y dimensionar la problemática de esta pareja.

En efecto, sin pretender restar credibilidad a las expresiones de la damnificada no podemos perder de vista que nos dijo...*"yo hice todo por rescatar mi matrimonio...vengo de una familia religiosa, hay que perdonar, siempre venía con la promesa que iba a cambiar, a dejar el alcohol...hizo todo esto por el alcohol... ahora está mejor...lo vienen a buscar amigos y parientes para beber...yo no quería tener sexo porque estaba ebrio, no sabía dónde o con quién había estado...quisiera darle una oportunidad, lo perdono, no quiero que vaya a la cárcel..."*.

De igual manera señaló...*"en 2010 estuve haciendo tratamiento en el Moyano, lo había empezado unos años antes, yo estaba con miedo...tuve ataques de pánico por esta situación, además tengo a mi madre muy enferma..."* y que el imputado le decía...*"vos sos mi mujer y tenés que cumplir, es tu obligación...los paraguayos son así. Me pedía disculpas después pero decía que era mi obligación responderle como mujer ...en Paraguay la mujer es muy maltratada, es una cuestión cultural, hay que tener relaciones con el marido te guste o no, aunque no tengas deseos, es una obligación. A una esposa no se la puede violar, los hombres paraguayos que conozco son todos así, muy machistas, la misma forma de actuar..."*

Sobre este último aspecto en idénticos términos se expresó en la audiencia su hermana [REDACTED], cuando sostuvo...*"los paraguayos son así, son machistas, toman a la mujer como una propiedad, como objeto sexual. Creo que ni se daba cuenta de la gravedad de lo que hacía, pensaba que no podían abusar de la mujer, es común que se alcoholicen para esto..."*

Poder Judicial de la Nación

También su mejor amiga [REDACTED] nos decía...*"los paraguayos son muy machistas...quieren manejar a la mujer...es prepotente cuando bebe, quería tener sexo..."*

Y, finalmente, las tres ponen de resalto un cambio positivo en la actitud del acriminado cuando expresan...*"ahora está mejor...vi cambios en él...Ahora trabaja de 8 a 17 hs"* ([REDACTED]);...*"ahora lo veo bien. Creo que necesita un tratamiento psicológico – psiquiátrico. Está tratando de salir adelante. Trabaja todos los días..."*([REDACTED]); *"hace un años que no lo veo tomando..."*([REDACTED]).

Como decía anteriormente, no puedo poner en crisis las imputaciones de la menoscabada pese a que los hechos denunciados tuvieron lugar, como sucede en este tipo de delitos, en la intimidad de su hogar conyugal y tardó muchos años en hacerlos conocer judicialmente. No obstante, detengámonos en las apreciaciones del licenciado Mac Gregor cuando entrevistó a [REDACTED]:...*"las situaciones fueron en el marco de un vínculo conyugal agresivo – narcisista...hubo una servidumbre amorosa...tienen un vínculo muy especial...dijo que siempre lo quiso mucho, por algo estuvo once años con él, por eso dije que era una relación patológica...ella no se animaba a salir de ese vínculo...dijo que la obligaba a tener relaciones sexuales pero hay que leerlo en el contexto de la violencia de esa pareja..."*(el subrayado me pertenece)...*en el informe de Miotto se describe que él es activo – dominante...era una relación agresivo – narcisista. Tenían dificultad de comunicarse, cada uno estaba metido en sí mismo, no se escuchan el uno al otro y al no poder hablar aparece el impulso y se vuelve crónico. Es distinto a una situación aguda, se volvió un modo de vínculo. Ella quería separarse, él no y eso produce más violencia..."*

También la trabajadora social, Lic. Jenny Nievas y la psicóloga Karina Vanesa Matera, que la entrevistaron en la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, en forma coincidente nos dijeron:...*"está como adormecida, capturada por esa situación...es algo continuo y que se sostiene a lo largo de los años...habían gritos,*

violencia, (el subrayado me pertenece)...*la echó de la casa, situaciones que generan desgaste emocional...labilidad afectiva propia de las víctimas de este tipo de violencia...las hacen cargo de todo lo que sucede y ello va generando sentimientos de autoculpación. El síndrome de indefensión aprendido son los mecanismos que utilizó la víctima para salir de la situación y no lo ha logrado...no tiene respuesta por el otro...la violencia es crónica y cíclica. Hay un patrón que se va repitiendo (insultos, maltratos, etc), después cambia, por eso vuelve a creer, vuelve a darle una oportunidad. Si el ciclo no se interrumpe cada vez s más grave...*" (el subrayado también me pertenece).

Esto coincide en un todo con lo que refirió la Lic. Norma Miotto cuando lo evaluó al encartado, pues expresó..."*hay un vínculo de pareja donde domina y somete el hombre. La pareja está junta hace diez años, hay un entrampe vincular y una aceptación que ella ejerce el rol pasivo y él el activo. Cuando está desbordada o en crisis es comprensible que haga la denuncia. El se rige por parámetros culturales propios. Puede entender que está mal su actuación pero no comprenderlo o internalizarlo...*"

Tenemos entonces que la opinión recurrente de los profesionales de la salud que evaluaron tanto a la víctima como al imputado hacen hincapié en un vínculo muy especial, de ribetes patológicos, cimentado en una servidumbre amorosa con características agresivo – narcisistas y una imposibilidad de la menoscabada de concretar la salida de la situación y de allí que la misma se cronificó durante tantos años, hasta que se materializa la denuncia penal como modo de ponerle término. Una situación que se da no solo por las características paranoides y agresivas al ser potenciadas por la ingesta alcohólica de la personalidad de [REDACTED], sino también - y de allí el "entrampe vincular" que menciona Miotto – por la fragilidad y anestesia emocional que demostraba [REDACTED], quien por la angustia y labilidad afectiva que las situaciones de violencia que venía sufriendo por parte del encartado le causaban era el componente pasivo de la pareja y aceptó ese rol por años, sea porque lo quería, sea por sus convicciones

religiosas que la llevaban a perdonarlo o porque, en el intento de mantener su matrimonio, pensó siempre que las cosas iban a mejorarse.

De allí que a una pregunta de los integrantes del Tribunal no pudiera definir el momento exacto en el que a la violencia verbal y física se le sumó la violencia sexual y ello porque todo estaba mezclado, porque en su interior convivía el amor pero también el rechazo por ese hombre que la sometía, que la agredía de palabra y que le decía que mantener relaciones sexuales no era un acto de amor sino de obligación conyugal, donde solamente primaba el deseo de él y donde en estado de alcoholización quedaban aún más en evidencia los instintos violentos del encartado.

Lo expuesto entonces me llevan proponerle al acuerdo que la duda que se presenta tenga por efecto que la situación de inocencia que ampara al legitimado pasivamente haga imperativa su absolución, pues ninguno de los elementos surgidos del debate alcanzaron siquiera de forma mínima para sostener la imputación que le dirigió el representante de la fiscalía.

Ello es así por cuanto en este estadio procesal la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza y cualquier otra posición del juez o tribunal respecto de la verdad, la duda o aún la probabilidad impiden la condena. Como sostiene Maier...*“el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe destruirla completamente...”* Y también que *“...la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible...hasta tanto el Estado...no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena...”* (“Derecho Procesal Penal”, T.I., Fundamentos, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2002, pág. 490 y ss).

Al respecto José María Asencio Mellado diferencia dos aspectos: el de la presunción de inocencia como exigencia de la inversión de la carga de la prueba en sentido material sobre la parte acusadora y, el restante, como verdad provisional que ampara a todo

acusado de modo que la falta de prueba de su culpabilidad ha de dar lugar, necesariamente, a una sentencia de corte absolutorio (conf. “Derecho Procesal Penal”, 3ra. Edición, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 39).

Mittermaier en su “Tratado de prueba en materia criminal”, - traducido al castellano por Primitivo González del Alba-, Buenos Aires, Hammurabi, Depalma Editor, 1993, pág. 71 y 506/7 respectivamente, sostiene “...*la importancia y trascendencia del ministerio penal no permite ni aún la sospecha de que los juicios en lo criminal descansen sobre meras probabilidades, porque la conciencia social se sublevaría indignada si sus resoluciones no se constituyesen sobre la base inconvencible de la certeza*”.

La “certeza”, - que es como decía Ernesto Ure en la conferencia “El juez y la duda”, pronunciada en ocasión de su incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, el 14 de mayo de 1969 – “...*es la aspiración del proceso, su vocación primaria, comienza con una hipótesis, una probabilidad, sujeta a verificación. No se forma, claro está, con una posibilidad, sino que al fortalecerse la inicial se debilitan las contrarias y, cuando éstas han quedado reducidas a la nada, en la mente del juez se ha constituido la certeza. Pero ¿cómo distinguir ese punto divisorio entre certeza y duda?...Hallar el procedimiento adecuado para el logro de su finalidad, eliminando la omnipresente duda, es un arte que quien juzga no aprende en los libros ni se enseña en la universidad. Se obtiene con estudio, experiencia. Como lo expresara Alimena, el propio pensamiento, la propia actividad del juez, se manifiesta a la luz de una sensibilidad, de una percepción, de una intuición, de una visión que el juez vincula con el mundo circundante. Arte que le servirá para distinguir lo bueno de lo malo, lo injusto de lo justo y lo verdadero de lo falso...Y así como el cirujano dudoso no operará y el general indeciso renunciará a atacar, el Juez que no alcanzó la plena certeza debe decidir negativamente a favor del procesado, que es decidir a favor de la libertad, conforme al aforismo “in dubio pro reo”...*”

III. Sobre la antijuridicidad y la culpabilidad

La defensa planteó la existencia de un error que recae sobre la antijuridicidad del acto y de carácter invencible. También planteó la inimputabilidad penal en los términos del art. 34 inc. 1º del Código Penal por el estado de alcoholización de su pupilo al no tener capacidad de conocer el injusto y motivarse.

Sin perjuicio de lo expuesto y de los argumentos que esgrimí al valorar la prueba, que dieron lugar a la duda que lleva a esta judicatura a proponer la absolución de [REDACTED], precisaré algunas cuestiones vinculadas a la categoría de la culpabilidad. Más allá de que se encuentre definida la situación procesal, por la importancia que revistió en los alegatos del Sr. Fiscal y de la Sra. Defensora, creo necesario fijar mi posición sobre la significación jurídica de la alcoholización en el presente, así como de los matices esbozados en torno al conocimiento de la antijuridicidad.

La categoría dogmática de la culpabilidad se encuentra en permanente cambio, al punto tal que algunos autores como Silva Sánchez proponen hasta la modificación de su denominación, y sin dudas permite su análisis desde múltiples perspectivas, caracterizadas por la riqueza de saberes interdisciplinarios que allí se entrecruzan, pues más allá de los datos médicos y psicológicos, no se pueden menospreciar los vinculados a las distintas ciencias sociales, principalmente la sociología y la antropología.

Si bien en la actualidad nada más lejano a la unión reina en la doctrina sobre este aspecto, no introduciré todas las posturas, sino que partiré de lo que se puede admitir cierto consenso: la existencia de una capacidad de culpabilidad, la reprochabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad. Por más que se utilicen distintos nombres y algunos autores sostengan la inclusión de las funciones preventivas en este punto, el avance logrado en este estrato a partir de los aportes de Frank, Freudenthal, Goldschmit y Binding, constituye una base ineludible, en la que se asienta la normativización de la culpabilidad, dejando de lado su

concepción psicológica, abandonada definitivamente con el aporte de Welzel.

Los extremos alegados, es decir, el efecto del alcohol y el conocimiento de la antijuridicidad, se enmarcan respectivamente en la capacidad de culpabilidad, concretamente en la imputabilidad, y en el conocimiento de la antijuridicidad -error de prohibición-.

Veamos el primero. Más allá del marco normativo que establece el art. 34, inc. 1° C.P., es necesario aludir a la enseñanza de Frías Caballero quien señala que la imputabilidad es “...*un concepto cultural, normativo-valorativo, de peculiar naturaleza, que no se constriñe solamente a lo psicológico sino que lo rebasa, o al menos lo cualifica y delimita de especial manera. La imputabilidad es, así, un concepto complejo: psiquiátrico-psicológico-valorativo...*” (Frías Caballero, *Imputabilidad penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 141).

Ahora bien, la Dra. Narváez ha afirmado la inimputabilidad de su asistido, mientras que el Dr. Fiszer previamente la había desechado. Coincidiré con la postura adoptada por el Sr. Fiscal.

Quiero destacar que la influencia del alcohol sobre esta categoría debe despojarse de las consideraciones morales sobre aquella actividad y los prejuicios que suele ocasionar, pues nuestro derecho penal es de acto (art. 18 y cctes. CN). Adelanto ello, pues conozco “...*la profunda carga emocional peyorativa que con sobrada razón provocan los estados de intoxicación alcohólica, considerados como vicios peligrosos o lactas sociales, ha oscurecido considerablemente las perspectivas...*” (Frías Caballero, *op. cit.*, p. 240).

Lo central a dilucidar es si el grado de ingesta alcohólica que frecuentemente consumía [REDACTED] puede alcanzar su faz interna al punto de no comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. Aquí encontramos un fuerte obstáculo de índole probatoria, pues no obra en la causa constancia médica alguna que determine el grado de alcohol que tenía en sangre al momento de los hechos, ni que acredite que padezca “alcoholismo crónico”. De todas

formas, se ha afirmado que *“...la mera circunstancia de padecer alcoholismo crónico no implica inimputabilidad, en consecuencia, no viola el artículo 34, inciso 1° del Código Penal el pronunciamiento que declara imputable a quien lo sufre...”* (SCJBA, in re “Avellaneda, José Antonio s/homicidio agravado”, resuelta el 28 de octubre de 1997).

Pese a ello, es indudable que [REDACTED] se encontraba bajo los efectos del alcohol cuando regresaba a su casa y se producían episodios de violencia, pues lo ha afirmado [REDACTED], brindando indicadores claros que justifican su percepción (pérdida del equilibrio, dificultades en el habla, etc.). A ello se adunan los caracteres de su personalidad, reflejados con precisión por el informe psicológico de la Dra. Miotto y su posterior declaración en la audiencia. Si conjugamos estos datos, con la siguiente afirmación de Achával: *“...se acepta que en la ingestión alcohólica fuera del control crítico individual existe disminución mayor de ese control y desinhibición subsiguiente del sentido moral, colocándolo en situación propicia para cometer delitos contra el orden público, daños contra la propiedad, violación...”* (Achával, *Alcoholización*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 184), advertimos que efectivamente existe un vínculo entre el problema con el alcohol y los hechos que se investigan.

[REDACTED] bebía en importantes cantidades - al punto tal que comenzó a realizar un tratamiento en el Hospital Rawson que luego dejó, y su compromiso oral de acudir por ayuda nuevamente-, por lo que podemos asociar su conducta a lo de un tomador habitual, considerando esa categoría en términos descriptivos y no peyorativos, ya que se encuentra en el marco de libertad garantizado y reconocido por el art. 19 CN. Siguiendo al especialista Achával, cabe afirmar que *“...la sintomatología del alcoholismo contiene relación entre lo etiológico y los trastornos de conducta que motivan desajustes sociales, familiares, contravencionales y aun delitos...”* (Achával, *op. cit.*, p. 162).

Retomando el aspecto central que se trata, tal como lo señaló la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires *“...no debe confundirse la posible ingesta alcohólica con el estado*

consecuente, desde la atalaya de la inimputabilidad, ya que el consumo de una importante cantidad de bebidas de ese tenor de por sí no es demostrativo de la inconsciencia que caracteriza la fórmula adoptada por el Codificador, que a ese estado le adita los extremos relativos a la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones en la medida de esa comprensión (art. 34, inc. 1°, Cód. Pen.) como contenedores de todo el sistema pergeñado acerca de la faz negativa de la imputabilidad...” (SCJBA, in re “A., S. s/coacción calificada” resuelta el 19 de febrero de 2002).

En idéntico sentido, se sostuvo que “...(E)s necesario que la ebriedad revista una entidad tal que comporte un verdadero estado de inconsciencia que, llegado el caso, le impida al ebrio comprender la criminalidad del hecho o bien dirigir sus acciones; por sí misma no es causal de inimputabilidad ni tiene incidencia sobre las formas de culpabilidad; sólo tiene relevancia en razón y proporción de los efectos que ella suscite en la conciencia del individuo...” (Sala 1ª de la CPen. de Mercedes, in re “L., C. s/homicidio” resuelta el 20 de noviembre de 1995).

En el *sub examine* se advierte con claridad que el alcohol ejerció una influencia determinante, pues lo impulsó a desinhibir ciertos comportamientos violentos que profundizaban sus tendencias agresivas, paranoides y de dominación que tanto se denotaban en la relación conflictiva que tenían [REDACTED]

Sin embargo, sería incorrecto afirmar que estamos frente a un caso de inimputabilidad. El imputado no estaba privado de comprender lo que hacía, y fiel reflejo de ello es que su conducta se limitaba a regresar a la casa y desear tener relaciones sexuales con su mujer, circunstancia que, como se verá, consideraba en el marco del derecho. No surge de la prueba producida en autos una absoluta pérdida de control por parte de [REDACTED], sino que el alcohol le provocaba realizar algo concreto, e iba en busca de ello. Deviene imposible aceptar que la reiteración de esa actividad la desarrolló sin

Poder Judicial de la Nación

comprender lo que hacía. Distinto es entender su contenido, pero ya llegaré a ello.

Finalmente, cabe descartar que estemos frente a un caso de *actio in liberae causa*, figura que presenta algunas contradicciones con el principio de culpabilidad, remitiéndome a las obras generales al respecto. De la prueba recolectada no encontramos indicios suficientes que determinen que el objetivo de [REDACTED] al ingerir bebidas alcohólicas fuera tener relaciones sexuales con la esposa, ni que lo hiciera evaluando esa posibilidad.

Desde ya, estamos frente a una hipótesis que no afecta el fondo del asunto, caso contrario correspondería efectuar alguna precisión adicional, pero queda claro con lo hasta ahora dicho que la capacidad de culpabilidad existió, por lo que eventualmente, el factor que se examina debería ser abordado al tratar el margen de autodeterminación con el que contó el imputado, que se vio disminuido mas no excluido.

Pasamos a tratar la segunda cuestión, vinculada al conocimiento de la antijuridicidad. Debe quedar claro que esta problemática de la faz subjetiva debe analizarse en la categoría de la culpabilidad, pues se trata de la cognición concreta sobre el contenido criminoso del acto, y no éste en sí, aspecto que se aborda al examinar la tipicidad. Los requerimientos para los supuestos son distintos, sobre todo en torno al grado de conocimiento, pues diferirá en cuanto a su efectividad -conocimiento del comportamiento- o posibilidad -conocimiento de la antijuridicidad-; el primero concierne más a lo fáctico, el segundo a lo valorativo.

Asimismo, corresponde dejar sentado que la exigencia del conocimiento de lo prohibido proviene nada menos que en el artículo 19 de la Constitución Nacional, última parte.

En consonancia con ello Righi ha dicho que “...(E)l derecho vigente (art. 34, inc. 1º, Cód. Pen.) condiciona la punibilidad a que el autor haya podido comprender la prohibición, lo que presupone pero no se agota en la posibilidad de conocimiento de la ilicitud. Es obvio

que cuando el sujeto no conoce, mal puede comprender, pero a la inversa, no todo lo que puede conocer está en aptitud de comprender” (Righi, “La regulación del error de prohibición en el Derecho argentino” en *Revista de Derecho Penal. Eximentes de la responsabilidad penal II* (dir. Donna), Ed. Rubinzal Culzoni, 2007-1, Santa Fe, p. 20).

Ergo, no se puede efectuar un reproche a quien no conoce el contenido antijurídico de su acto. Así, Alfaro señaló que “...(L)a reprochabilidad se refiere, en cambio, a una conducta antijurídica real. Es una relación específica en que se encuentran la voluntad de la acción con el ordenamiento jurídico: la voluntad no es conforme a la norma como debía o hubiera podido ser. Los elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por lo tanto, todos aquellos que son necesarios para que el autor, capaz de culpabilidad, hubiera podido adoptar, en relación con el hecho concreto, una resolución de voluntad conforme con el derecho en lugar de la voluntad jurídica” (Alfaro, “La culpabilidad basada en un mínimo de libertad del hombre” en *Revista de Derecho Penal. Eximentes de la responsabilidad penal II* (dir. Donna), Ed. Rubinzal Culzoni, 2007-1, Santa Fe, p. 125).

La falta de conocimiento sobre la antijuridicidad se denomina en términos dogmáticos error de prohibición. Éstos se clasifican en directos o indirectos. Me concentraré en este último, que se encuentra definido de la siguiente manera: “...(E)l error indirecto de prohibición es el que recae sobre la tipicidad permisiva de la conducta típica de un tipo prohibitivo. Esta hipótesis tiene lugar cuando el sujeto conoce la tipicidad prohibitiva pero cree que su conducta está justificada...” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 239).

Ahora bien, es menester aclarar los motivos que me llevan a optar por esta clase y no por otra. Para ello hay que describir en forma concreta el conocimiento y comprensión que [REDACTED] al momento de los hechos.

Las declaraciones testimoniales de [REDACTED] son por demás

ilustrativas en cuanto al contexto cultural de las personas de origen de la República del Paraguay. Principalmente hicieron hincapié en la estructura machista general de la sociedad de la que provienen y fueron educados, donde el hombre tiene suma dominación y la mujer queda reducida al sometimiento de los designios de éste. La institución marital genera obligaciones cuya destinataria parece ser únicamente la mujer. Asimismo, la concepción cultural del matrimonio se encuentra radicalmente alejada de los valores que, hoy por hoy, confluyen en nuestra normativa y jurisprudencia. Estamos frente a una subcultura puntual que se desenvuelve en función de ciertos criterios educativos y experiencias en los primeros años de vida. Enseña con suma claridad la psicología que la etapa de la niñez constituye un eje fundamental que deja huellas a lo largo de la vida. Podemos perfectamente presumir que tanto el imputado como las testigos referidas *supra* fueron criados en un ambiente desbordado por la preeminencia del hombre. No podemos olvidar que el lugar donde habita el imputado es [REDACTED] [REDACTED] donde muchos de sus vecinos tienen el mismo origen cultural, con idénticas referencias a las relaciones de dominio patriarcales.

Analicemos puntualmente las condiciones específicas del vínculo matrimonial que tenía internalizadas, producto de la subcultura a la que pertenece [REDACTED]

El entiende el matrimonio como una institución en el que el hombre y la mujer no se encuentran en pie de igualdad. El hombre tiene un rol patriarcal, el sostén del hogar, quien debe trabajar y satisfacer las distintas necesidades de su familia. He ahí un punto fundamental, se trata de “su” familia, como si fuera una pertenencia propia. El resto de los integrantes (su mujer y su hijo) son de su dominio, y tienen que cumplir con sus mandatos. Está en una posición de señorío y posesión.

Esta forma vincular se mantiene y profundiza en relación con las obligaciones que entiende se desprenden del matrimonio. Tanto como él cree que debe proveer de sustento económico, la mujer debe cuidar de los hijos. De igual forma ocurre con

el débito conyugal de tener relaciones sexuales. En su concepción, la mujer debe estar dispuesta a que se desarrollen actos íntimos cuando el hombre lo desee, pues así está prescripto.

Allí está el meollo del problema. Las exigencias efectuadas a [REDACTED] habrían sido realizadas con el claro convencimiento de que tenía el derecho de hacerlo. En ningún momento se representó en forma efectiva el disvalor de su comportamiento y del resultado que ocasionaba. Efectivamente conocía que el abuso sexual con acceso carnal en sí es un delito, mas lo creía inaplicable cuando se tratara de su esposa, puesto que ella debía corresponderlo. [REDACTED] creía que actuaba justificadamente, pues se creía amparado en la obligación conyugal de la esposa en acceder a tener relaciones sexuales cuando él lo quisiera.

Encontramos entonces los requisitos que exige la dogmática para que se vea configurado un error de prohibición indirecto: *“la falsa suposición de que existe una causa de justificación que la ley no reconoce (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo)”* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 239).

A mayor abundamiento, resulta fundamental aclarar que la licencia Miotto aclaró contundentemente que [REDACTED] tiene un problema de “transculturación”, es decir, de internalizar los valores culturales del medio en el que vive, venciendo así las concepciones previas que incorporó en su infancia.

Por otro lado, corresponde descartar las citas normativas efectuadas por el Sr. Fiscal respecto de la evolución legislativa que tuvo la violencia de género en la República del Paraguay. Vale la pena volver a recordar que en estos autos el objeto procesal se encuentra delimitado por los abusos sexuales con acceso carnal que habrían ocurrido en el domicilio donde ambos vivían, y no el contexto violento que se desarrollaba entre ellos, oportunamente abordado por la Justicia Nacional en lo Civil, por ser propio de sus competencias. Además, por más que el marco positivo progrese en consonancia con los

postulados internacionales sobre los derechos humanos, y ello sea receptado por la jurisprudencia local, lo que se debe tener en cuenta al analizar el conocimiento sobre la antijuridicidad es la imputación personal, lo que él comprendió e internalizó. La dogmática es unánime en cuanto al tratamiento de esta modalidad de error en la categoría de la culpabilidad, y si bien se pueden tener en cuenta los distintos cambios culturales que propicie el poder legislativo o judicial de un Estado, sería un error someter y reducir el reproche personal a eso.

Por último, no podemos desconocer que una vez radicada la denuncia por parte de [REDACTED] en 2010 en la Oficina de Violencia Doméstica, el imputado recibió la función de llamada de la norma, y abandonó ese comportamiento agresivo, incluso reestableciendo un contacto con la nombrada en la actualidad, que fue definido por ambos en forma positiva.

Ahora bien, corresponde examinar si éste es vencible, o no, puesto que las consecuencias serán radicalmente distintas. La pregunta que cabe formularse es si pudo haber conocido la antijuridicidad de la conducta. Recordemos, como ya se manifestó, que el grado de conocimiento que se exige aquí es la posibilidad y no su concreción.

Al respecto, Welzel señaló: *“¿Objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podría tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podría convertirse en contramotivo determinante de sentido...? Más difícil le resulta al autor (comportarse de acuerdo a sentido) cuando no conoce la antijuridicidad, pero podía conocerla con un poco más de cuidado. Si hubiese podido conocer lo injusto de su hecho a través de un mayor esfuerzo de conciencia, consultas y otras formas semejantes, le debe ser reprochado, aunque en medida menor”* (Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte general*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 231).

En este punto sostendré que hubo un error vencible, con la consecuencia que se desprende con claridad de la cita

de Welzel. Evalúo a tal fin que gozó de posibilidad de comprender lo disvalioso de su comportamiento.

Pese a que su desarrollo cultural se circunscribió a una determinada forma concreta, de ello no se desprende que entre las distintas subculturas hayan barreras infranqueables y no puedan ser permeables entre sí. Por más que se rodee de gente con educación, experiencia y valores similares, [REDACTED] vive en la República Argentina desde 1999, por lo que sería imposible afirmar que en tanto tiempo no tuvo contactos con personas que comprendieran el contenido criminoso de su acto, ya que esas interacciones se podrían haber dado. Más allá de eso, también se puede considerar la influencia de los medios masivos de comunicación que desde antes de 2007 promueven en forma constante y repetitiva los contenidos sobre la violencia de género y concretamente sobre hechos de características similares.

Por lo tanto, dejo sentada mi postura sobre los temas tratados en los alegatos de las partes, entendiendo que, de haberse comprobado la materialidad de los hechos y la participación del encartado, habría que considerar los efectos del alcohol en los términos de imputabilidad disminuida (sin excluir la capacidad de culpabilidad) y el error de prohibición indirecto, de carácter vencible.

IV. Expediente que corre por cuerda

Dado el resultado de autos se procederá a devolver el expediente [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Por todo lo expuesto, en mérito a las consideraciones precedentes,

Voto para que:

I) SE RECHACE la nulidad impetrada por el Dr. Fiszer (166 y 170 *contrario sensu* del Código Procesal Penal de la Nación).

II) SE ABSUELVA [REDACTED]
[REDACTED] de las demás condiciones personales obrantes en la causa, por el delito de abuso sexual agravado por haberse cometido mediante acceso carnal y por configurar un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, por el cual fue acusado por el Sr. Fiscal, **SIN COSTAS** (arts. 3 y 401 del Código Procesal Penal de la Nación).

III) SE DEVUELVA el expediente [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Los Dres. Fernando A. Larrain y Gustavo Gonzalez Ferrari:
Que adherían en un todo y por sus fundamentos al voto de la Dra. Bertola.

Dado, sellado y firmado por los Sres. Jueces integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal nº 16, Dres. María Cristina Bertola, Fernando A. Larrain y Gustavo Gonzalez Ferrari, en la Sala de Audiencias y en presencia del Sr. Actuario, quien asimismo lo refrenda.

USO OFICIAL