Que con fecha 31 de mayo de 2011 la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la ciudad de La Plata, Buenos Aires, al resolver la causa numero 12884 (registro de presidencia nº 41299) caratulada “F., D.J. s/recurso de casación” decidió hacer lugar al recurso interpuesto y por ello CASAR la sentencia recurrida y absolver a D.J.F. respecto al delito de abuso sexual agravado por el vinculo por el que fuera condenado a la pena de seis años de prisión por el Tribunal en lo Criminal Nº 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

Que al analizar la cuestión en debate el Tribunal de Casación pone de manifiesto que el principio de inocencia previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional exige dos recaudos inexcusables: esto es la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, circunstancias que sólo pueden descartarse cuando la prueba en su contra sea real, válida, lícita y suficiente, es decir como señala el tribunal de juicio “No basta con que exista un principio de actividad probatoria sino que se necesita un verdadero contenido inculpatorio en el que pueda apoyarse el órgano juzgador para formar su convicción condenatoria” (fallo comentado).

Ahora bien según la apreciación del Tribunal de Casación de La Plata, en el caso que venimos comentando los jueces que decidieron la condena en la etapa previa no han valorado íntegramente la prueba y así se ha cometido un grave error en la conclusión del razonamiento efectuado por el Tribunal de la anterior instancia que lleva a que no medie una correcta adecuación entre la totalidad de los elementos de acreditación que se produjeron en el trámite y la resolución adoptada por el tribunal a quo.

En efecto la condena sufrida por el imputado F. se basó exclusivamente en los dichos de la niña V. de cinco años de edad, las manifestaciones de la madre y la abuela y la psicóloga particular por ellas consultada, afirmando el vocal del primer voto al que adhirió su colega de Sala, que: “… un dictamen pericial psicológico no constituye un documento que evidencie, por su propio poder acreditativo directo, la veracidad de una declaración testifical, … por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Tribunal aunque si podrá ayudar a conformarlo”. Agregando más adelante que: “Aunque los dichos registrados lo han sido en la ‘Cámara Gesell’…, este mecanismo no es útil sino se efectúa con ciertos recaudos como garantizar que los observadores de uno y otro lado del espejo puedan estar preparados y no sesgados, como que para que sus conclusiones no sean erróneas como si no hubiera recurrido al artefacto. La utilización de la ‘Cámara Gesell’ no garantiza la veracidad de los relatos que a través de ella se efectúen” (del voto del Dr. Daniel Carral).

Acto seguido el Dr. Carral pone de manifiesto que se dejó lado por el tribunal de la anterior instancia elementos de trascendental importancia para resolver la causa como lo son sin duda las pericias psicológicas efectuadas respecto del imputado por la psicóloga Martha Beatriz Porto a la que fue derivado el Sr. F. por el Colegio de Psicólogos, distrito XIII de Lomas de Zamora, las evaluaciones de los peritos oficiales, médico psiquiatra y psicóloga todos los cuales concluyen en afirmar en que F. es un sujeto ajustado a los parámetros de normalidad con capacidad de adaptación, buena automatización de los procesos lógicos del pensar, con indicadores de su plasticidad y flexibilidad, individuo seguro que no registra indicadores patológicos, presenta una personalidad neuróticamente estructurada, indicando la psiquiatra forense y la psicóloga forense la conveniencia de efectuar un peritaje psiquiátrico y psicológico de la progenitora de la niña victima de autos, del que resulta que la madre de la menor es una persona fácilmente influenciable y vulnerable, que puede tender a conductas de tipo manipulativas por la influencia de los otros en los que ella confía, posee una estructura de posibilidad con rasgos infantiles.

Que además el tribunal de la anterior instancia no tuvo en cuenta para su decisión la conducta de la niña en el ámbito escolar. En este sentido las maestras destacan, que la nena era líder de grupo, muy alegre, muy extrovertida, que nunca cambió su personalidad, que en sus dibujos no se advierte cambio alguno, remarcando las docentes que a la madre de V. la veían inmadura, destacando que parecían hermanas más que madre e hija con un importante posicionamiento de la abuela respecto al cuidado y educación de la niña, remarcando que fue ésta quien eligió a la profesional para efectuar el estudio que culminó con la inculpación por el a quo.

El Tribunal de Casación pone de manifiesto que en el caso de autos no se ha acreditado clínicamente lesión física alguna, surgiendo del informe medico del Tribunal de Menores Nº 4, que la niña presenta un himen intacto, aparato genitourinario con desarrollo acorde a la edad, ubicada en tiempo y forma.

Que en este punto debe destacarse aquella circunstancia que pone sobre el tapete el Sr. Juez del primer voto, Dr. Daniel Carral al remarcar que no son los psicólogos los que deciden acerca de la existencia o no de un delito, sino que tal tarea corresponde exclusivamente al juez, destaca que los psicólogos podrán establecer comportamientos compatibles con un abuso sexual, con una probabilidad pero de ninguna manera el dictamen de los peritos debe ser seguido obligatoriamente por el magistrado, ya que éste debe apreciar la integridad de la prueba producida en la causa, conforme a la regla de la sana critica o de la libre convicción hecho que no fue llevado acabo por el juez a quo ya que prescindió de los elementos de demostración que se han enumerado en el párrafo precedente.

Que además no se aprecia la motivación ni elementos que en forma real demuestren la existencia del abuso sexual por el que fue condenado F. en la anterior instancia. Solamente se indican algunas imprudencias de su parte en la vida diaria como no tomar cuidados en su intimidad y destacando respecto de los dichos de la niña no han sido más que interpretaciones de la psicóloga consultada por la abuela y por la madre, que como ya se ha dicho no pueden fundar de manera decisiva un fallo condenatorio en tanto esa afirmación de la experta psicóloga se contradice, en la apreciación de la prueba ya apuntada en relación a las características psiquiátricas y psicológicas del padre, el comportamiento de la niña en el colegio y la inexistencia de lesión física alguna que nos diga de algún tipo de abuso.

Así nos encontramos ante dos conjuntos probatorios de similar valor de acreditación respecto de los hechos acaecidos que impiden llegar a la certeza que requiere una sentencia condenatoria.

En tal sentido se ha expresado: "Pero al momento de dictar sentencia final, debido a que un veredicto condenatorio importa la afirmación jurisdiccional de responsabilidad penal que destruye el estado de inocencia de la persona enjuiciada, se exige un estado subjetivo de certeza apodíctica o en otros términos, certidumbre absoluta en el juez respecto a la existencia del hecho punible y a la intervención del justiciable en su comisión" (Almeira Báez, Código Procesal Penal de la Nación Comentado, colección La Ley, págs. 60/66), fallo que fue seguido en el análisis que el suscripto realizó en autos "Muñoz Esteban s/abuso sexual calificado" (causa Nº 47-Año 2007) que tramitó ante la Cámara Criminal Segunda de la ciudad Neuquén. En el articulo en cuestión se indicó: "En suma la 'paridad de volumen' de los motivos que llevan a aplicar en el caso el beneficio de la duda tal como exige la CSJ de Tucumán en el fallo precitado, es aquella que provoca en el ánimo del juzgador que se genere la 'duda razonable' que impide llegar al grado de certeza que requiere una sentencia de condena".

Que de lo expuesto aparece manifiesto que en el caso que nos ocupa el Tribunal de Casación no se apoya en ninguna conjetura, en ningún juicio subjetivo sino en prueba real y concreta que no fue adecuadamente apreciada por el Tribunal a quo y que genera al tiempo de decidir la duda razonable en la convicción de los magistrados acerca de la forma en que ocurrieron los hechos en tanto los elementos de acreditación no logran quebrar el estado de inocencia, beneficiando al reo tal como lo dispone la norma legal según la cual en caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado.

Sobre el punto se ha dicho: "Como consecuencia de ello queda prohibido a todo Tribunal condenar al imputado sino obtiene la certeza necesaria sobre la verdad de la imputación (el juicio penal es un juicio de certeza), la condena solo es justa, correcta y adecuada a derecho

cuando se adquiere la responsabilidad del imputado. De lo contrario, no destruida con seguridad la probabilidad de un hecho que impide la condena, en un Estado de Derecho, debe obligatoriamente imponerse la absolución del acusado" (Almeira Baez, Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado, colección La Ley, pág. 63).

Como conclusión remarco que al poner en el justo lugar al dictamen pericial como un elemento probatorio a evaluar en la condena y sin concederle el carácter de verdad absoluta y definitiva en el juicio y apreciar con prudencia y justicia esto es conforme al regla de la sana critica la prueba producida, en autos el Tribunal de Casación logra una relevante sentencia que se adecua, a criterio del suscripto, a los hechos acaecidos y al derecho aplicable.