

Tribunal:[Tribunal Superior de Justicia]

Secretaria:[Secretaría Penal]

Sala:[Penal]

Fecha:[01-03-2012]

Protocolo Nro.:[01]

Tipo de Resolución:[Acuerdo]

Carátula:["**LIENDAF, Aníbal Norberto s/ Abuso sexual con acceso carnal agravado por [la] situación de convivencia preexistente**"]

Expediente Nro.:[60 - Año 2.010]

1er.Voto: [Dra. Corvalán]

integrante 2:[Dr. Labate]

Sumario:[Interpone recurso de casación el Ministerio Público Fiscal. Se declara la nulidad de la sentencia por arbitrariedad y falta de fundamentación. Se ordena el reenvío al Tribunal de Juicio, para que -con una nueva integración- realice nuevo debate y dicte un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.]

ACUERDO N° 01/2012: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, siendo el primer día del mes de marzo del año dos mil doce, se constituye la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, compuesta por la Sra. Vocal, **Dra. Lelia Graciela M. de CORVALÁN** y el Señor Vocal, **Dr. Antonio G. LABATE** y con la intervención del señor Secretario, **Dr. Andrés C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados "**LIENDAF, Aníbal Norberto s/ Abuso sexual con acceso carnal agravado por [la] situación de convivencia preexistente**" (Expte. N°60 - Año 2.010) del registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: Por Sentencia N°4/2.010 de 24 de Febrero de 2.010, de la Cámara en lo Criminal Primera, de esta Circunscripción Judicial, se absolvió por el beneficio de la duda a **Aníbal Norberto LIENDAF**, por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia preexistente, en concurso real (Arts. 119, Párr. 4to., inc. f y 55 del Código Penal), por el que fuera enjuiciado (fs.448/464).

Contra dicho pronunciamiento, el señor Fiscal de Cámara, **Dr. Alfredo VELASCO COPELLO**, interpuso recurso de casación (fs.473/479); el que fue declarado admisible por esta Sala, mediante R.I. N°146/2.011 de 13 de Octubre de 2.011 (fs.487/490).

Por su parte, el Señor Fiscal ante el Tribunal Superior de Justicia, **Dr. Alberto Mario TRIBUG** amplió fundamentos en forma escrita (fs.493/496 Vta.).

Por aplicación de la Ley N°2.153 de reformas del Código Procesal (Ley N°1.677), y lo dispuesto en el Art.424, Párr.2°, del C.P.P.y C., ante el requerimiento

formulado por el Defensor Técnico, en fecha 22 de Diciembre de 2.011, se realizó la audiencia *in voce*, (fs.508/513).

Luego de lo cual, se produjo el llamado de autos para sentencia (fs.512vta.).

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: **Dra. Lelia Graciela M. de CORVALÁN y Dr. Antonio G. LABATE.**

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el Art.427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes cuestiones.

CUESTIONES: 1°) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** planteada la **Dra. Lelia Graciela M. de CORVALÁN**, dijo: **I)** La Cámara en lo Criminal Primera de esta Circunscripción Judicial, a través de la Sentencia N°4/2.010 de su propio registro, absolvió por el beneficio de la duda al imputado **Aníbal Norberto LIENDAF**, por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia preexistente, en concurso real, por el que fuera juzgado, y contra dicha decisión, el señor Fiscal de Cámara interpuso recurso de casación.

Considera el recurrente que la sentencia cuestionada carece de adecuada fundamentación, en virtud de los desvíos lógicos del tribunal sentenciador en la valoración probatoria, lo que la torna arbitraria.

En lo medular, alega que el niño relató las circunstancias de tiempo, lugar y modo en las cuales fue abordado por el imputado, habiendo sido sometido sexualmente en diversas oportunidades a lo largo de 4 años, sin poderse precisar la fecha exacta en que los abusos ocurrieron. Sin embargo, el niño brindó detalles que no pueden dejar de ser considerados por el tribunal. En particular, les relató a la hija de D., a la Dra. Robato, a la Lic. Fuentes, a la Lic. Díaz y a la Lic. Ortiz, los hechos acaecidos, señalando al encartado Liendaf como el autor de los abusos sexuales, refiriendo que los mismos comenzaron 4 años antes de la denuncia, esto es, desde el momento en el cual el imputado inició la convivencia con M. y su pequeño hijo.

Manifiesta que existieron motivos para que el niño se retractara en dos oportunidades, aunque luego volvió a su relato original, fundamentalmente por el miedo que tenía de que algo le ocurriera a su madre, que se encontraba enferma, quien finalmente falleció debido a dicha enfermedad.

Menciona que el imputado, introdujo una hipótesis sobre la cercanía del chiquito con su "primo N.", pero que no existió elemento de prueba alguno, que permita vincularlo con los abusos denunciados.

Critica la valoración efectuada con respecto al testimonio brindado por D., porque a pesar de que dijo que no le creía a K.L. la identidad del autor de los hechos, incitó a la madre a radicar la denuncia penal en contra del imputado.

Con relación a la conducta de contenido sexual de K.L. hacia los hijos de D., considera que ello puede constituir un claro indicio de abuso sexual, sobre lo cual, se explayó la Lic. Díaz.

Manifiesta que la Dra. Robato mencionó pormenorizadamente el mecanismo progresivo en que se desarrollaron los abusos, sin excederse en su diagnóstico, y que dicho proceso fue descripto por la acusación.

Estima que la circunstancia de que el imputado nunca haya realizado actos abusivos o insinuaciones de contenido sexual hacia otros niños, como el hijo de D. o el de S., no implica que no lo hiciera con la víctima de autos.

Menciona que la asistente social Fuentes, constató que durante la audiencia con la madre y el niño, a pesar de que la progenitora dudaba sobre la identidad del autor de los hechos, K.L. se atrevió a señalar a Liendaf como el agresor, y espontáneamente mencionó algo sobre unas sábanas, por lo cual, acompañó a la mujer a radicar al denuncia.

Señala que a pesar de la oposición por parte de la Fiscalía, fue valorado el testimonio de la Lic. Acuña, el cual constituyó más bien una pericia, toda vez que a pesar de explicar las técnicas de administración de la Cámara Gesell, se explayó fundamentalmente sobre los dichos del niño, sin haber presenciado la entrevista realizada, emitiendo críticas incompletas y carentes de objetividad. Resalta por un lado, que el momento para designar a un perito ya había precluido (Art. 225 bis. C.P.P. y C.), y por el otro,

que no surge del *currículum vitae* de la nombrada, que sea especialista en niños y adolescentes.

Alega que en el voto de la mayoría, erróneamente se consignó que la Lic. Díaz realizó la entrevista al niño luego de la realización de la Cámara Gesell, cuando en realidad fue anterior a la misma.

Destaca que la Lic. Díaz mencionó el funcionamiento del mecanismo de retractación de la víctima, y sus motivos. Refirió que el niño tenía el sentimiento de querer defenderse, pero sentía malestar, angustia y miedo, ante el posible perjuicio que podría ocasionar a su madre, si contaba lo ocurrido. Alega que Díaz, por un lado, adujo que el niño lograba disociar y actuar como si nada malo le hubiera ocurrido, sin odio hacia el abusador, y sin poseer síntomas de abuso sexual; y por el otro, en la misma causa (a fs. 29/30), se expidió en sentido contrario, al mencionar que K.L. presentaba indicadores psicológicos compatibles con el delito denunciado, y que existía la posibilidad de que su progenitora se retractara, porque sospechaba que era alcohólica.

Agrega que no fue valorado el indicio de oportunidad que tuvo el imputado para cometer los abusos sexuales, en virtud del trabajo con horario fijo de la madre de K.L., quien quedaba en la vivienda, a su cuidado, y el de su pequeña hija.

Cita doctrina y jurisprudencia. Hace reserva del caso federal.

II) Por otro lado, el Fiscal ante Tribunal Superior de Justicia, Dr. Alberto Mario TRIBUG, al ampliar fundamentos en forma escrita, sostiene -sobre

la base de doctrina y jurisprudencia que cita-, resaltando que el Ministerio Público Fiscal posee la facultad de recurrir las sentencias absolutorias. Reitera asimismo los argumentos expuestos por el Fiscal de Cámara, entendiendo que el voto mayoritario partió de un preconcepto de que el niño mentía, a pesar de que los informes psicológicos dicen lo contrario; no se consideraron los motivos por los cuales el pequeño se retractó, los cuales fueron explicitados por la Lic. Díaz, y valorados sólo en el voto del Dr. Fernández. Por ello considera que se incurre en el vicio de fundamentación omisiva y arbitrariedad al no tenerse en cuenta elementos probatorios dirimientes.

Por su parte, al momento de realizarse la audiencia *in voce*, el Ministerio Público Fiscal, reitera oralmente los fundamentos planteados en su recurso, refiriendo que ante un eventual planteo de inconstitucionalidad que pudiera surgir, la Fiscalía, se encontraba en condiciones de recurrir la sentencia cuestionada. Menciona la arbitrariedad de la misma, por errores en la fundamentación, al no haberse valorado los elementos probatorios en la forma correcta, por considerar que el niño mintió, porque era más inteligente que el imputado, y porque no pudo precisar fehacientemente las fechas en las que se produjeron los abusos, aunque si pudo determinarse que comenzaron cuando el pequeño tenía siete años de edad. Aclara que por el tipo de delito y por la edad del niño no pueden pretenderse mayores precisiones. Que la víctima nunca mintió, su retractación fue entendible por los problemas de salud de su progenitora. Resaltó que la

primera vez que develó sus padecimientos fue a una niña, la cual, fue escuchada en Cámara Gesell, y aunque no pudo reproducirse durante el debate por problemas técnicos, la Lic. Ortiz, declaró bajo juramento de ley, relatando los dichos de la niña, respecto del abuso contado por su amigo, quien le dijo que Liendaf había sido el abusador. Agrega que la Lic. Acuña, actuó como un perito y no como un testigo, a pesar de la oposición formal por parte de la Fiscalía para la incorporación de su informe; y que la misma contradujo lo detallado por las Lic. Ortiz y Díaz, pero que no tuvo en cuenta, que si bien algunas preguntas fueron indicativas, ello fue así debido a la edad del niño.

Por su parte, el Defensor Técnico propicia que se rechace el recurso de casación, por considerar que el Ministerio Público Fiscal, carece de legitimación activa para recurrir una sentencia absolutoria.

Expresa que no existe simetría recursiva entre la Fiscalía y la Defensa, refiriendo que *"...no pueden en la audiencia discutirse todos los aspectos de la valoración de la prueba; sino que tiene que encuadrar su recurso, o bien en un error in iudicando o en un error in procedendo. Y más allá del introito que hicieron sobre la arbitrariedad de la sentencia, su argumentación no ha marcado claramente ninguna falencia lógica, no ha indicado ninguna violación a un principio científico, no se ha señalado ni fundado ninguna conculcación a una regla de la experiencia o del sentido común; es sólo una discrepancia en el mérito o*

en el valor probatorio de determinada pieza..."(fs. 510/Vta.).

En igual medida, refiere que no hay criterios para determinar la credibilidad de los testimonios de los adultos, ni de los niños, con el grado de certeza requerido por el ordenamiento penal. Destaca que durante la entrevista del niño en Cámara Gesell se le realizaron preguntas de carácter indicativo, y que la Lic. Acuña no encontró criterios de validez que le permitieran respaldar el diagnóstico de las profesionales que intervinieron en la causa. Manifiesta que en virtud de tan seria crítica, con respaldo científico, se modificó el protocolo de trabajo, y menciona las cualidades profesionales de Acuña, de quien dice que ostenta el título de Licenciada en Psicología Forense, que está terminando un doctorado, y que ha trabajado con equipos de atención a la víctima. Refiere que la imputación no precisa una fecha determinada por lo que la acusación es débil, y la única solución es la absolución del imputado. Expresa que para considerar como indicio de oportunidad la convivencia del imputado con la víctima, sería necesario que existiera una relación espacial y temporal, pero que ello no es posible por la imprecisión de los hechos. Tampoco podrían servir los testimonios indirectos, para reemplazar el contenido de una Cámara Gesell. Reitera que ninguno de estos fragmentos aislados puede servir para fundar la alegada arbitrariedad de sentencia, ya que al analizar todos los elementos probatorios en su conjunto, no logran desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, ni

generar duda alguna, debiendo respetarse el principio *in dubio pro reo*.

III) Que luego de efectuado un análisis de la sentencia, del recurso y de las ampliaciones, soy de opinión -y así lo propongo al Acuerdo- que la casación deducida **debe ser declarada procedente**.

Previo a todo, habrá de rechazarse el planteo defensista respecto de la falta de legitimación activa de la Fiscalía para recurrir la sentencia absolutoria, puesto que el Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén ha regulado, de modo taxativo, los supuestos en los cuales puede recurrir en casación el Ministerio Público Fiscal. Así, en el Art. 416, establece que "...Además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena..."; por su parte en el Art. 417 inc. 1 determina que "...El Ministerio Fiscal podrá recurrir además de los autos a que se refiere el artículo anterior: 1- De la sentencia absolutoria, cuando haya pedido la condena del imputado a más de tres (3) años de pena privativa de la libertad, multa equivalente a más de doscientos (200) 'jus', o cinco (5) años de inhabilitación..."; de esta manera, se advierten cumplidos con los requisitos taxativos de impugnabilidad subjetiva previstos por del Código Procesal Penal y Correccional, en tanto, conforme surge de la audiencia de debate N°10 obrante a

fs. 442/446, el Fiscal de Cámara solicitó la aplicación de una pena de ocho años de prisión de cumplimiento efectivo, con más accesorias legales y costas.

Como se aprecia, la Ley Procesal, por razones prácticas, ha impuesto a la parte acusadora (pública y privada) ciertas limitaciones objetivas al recurso de casación que no las tiene el imputado, restricción que por otra parte fue sostenida desde el plano constitucional en múltiples precedentes de este Cuerpo.

Es claro que si el Ministerio Público Fiscal se encuentra amparado en alguna de las hipótesis recursivas ya indicadas, el derecho al recurso no puede ser válidamente restringido por esta Sala Penal, a menos que se reputen inconstitucionales los artículos que así lo prescriben. Ello así pues, como bien lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *"...De acuerdo al principio primario de sujeción de los jueces a la ley, éstos no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia, en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad..."* (C.S.J.N., Fallos 329:4688).

La inconstitucionalidad de la norma ritual no fue planteada por la Defensa Técnica, detalle que no resulta menor, en tanto una declaración de tal gravedad impone a quien lo pretende, según lo indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un

gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (C.S.J.N. fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899 y 328:1415, entre otros).

Pero aún cuando se soslayara ese extremo, un examen oficioso del asunto (a partir del principio *iura novit curia*, enderezado aquí a la alta misión de mantener la supremacía de la Constitución Nacional) conduce a interpretar que aquella cláusula procesal no resulta inconstitucional, al menos bajo el inveterado principio fijado por nuestro Máximo Tribunal Nacional que establece que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (C.S.J.N., Fallos: 247:121; 314:424 y sus citas y 319:178, entre otros).

Bajo dichos parámetros jurisprudenciales, no se advierte un evidente antagonismo entre el texto constitucional y la norma ritual, puesto que es doctrina consolidada del Máximo Tribunal Nacional que "...La garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional ampara a toda persona a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sea que asuma el carácter de querellado o acusado, actor o demandado, pues no se justifica un tratamiento distinto a quien postula el reconocimiento de un derecho, así fuere el de obtener la imposición de una pena y quien se opone a ello..." (C.S.J.N., Fallos

268:266 y 299:17); añadiendo -en posición que se comparte- que: "...La garantía de la defensa en juicio en materia penal, no se reduce al otorgamiento de facultades por el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende -según los casos- a la provisión por el Estado de los medios necesarios para que el juicio a que se refiere el Art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación mediante la efectiva intervención del defensor" (C.S.J.N., Fallos: 308:1557).

Ahora bien, el hecho que motivó el juzgamiento de Liendaf a continuación se detalla, que "...en fechas que no se pueden precisar con exactitud, pero al menos en cinco ocasiones, Aníbal Norberto Liendaf abusó sexualmente del menor [K.L.], de once años de edad, hijo de su pareja F. A. M., en el domicilio que habitaba junto al menor, ubicado en la calle ... y ... de la Ciudad de Rincón de los Sauces. Los atentados consistieron en: al menos en una oportunidad, tocamientos impúdicos e inverecundos, como tocarle la cola mientras le enseñaba a bañarse, en horario nocturno y, aprovechando la ausencia de su madre lo accedió carnalmente por vía anal, en un número indeterminado de veces, pero al menos en cuatro oportunidades, dos de ellas cuando cursaba tercer o cuarto grado de la escuela primaria, en la cama de la víctima, ocurriendo el último dos semanas antes del 19 de diciembre de 2008 y valiéndose, en todos los casos, de la convivencia..." (fs. 448 Vta./449).

El voto mayoritario, sostuvo fundamentalmente que correspondía absolver -por el beneficio de la duda- al encartado, por cuanto "...la víctima se retractó, la madre no le creía, la vecina desconfiaba, D'Angelo no encontró indicios de abusador, el imputado y otros testigos dieron una hipótesis alternativa que no se indagó, la forense se excedió en su diagnóstico y no es congruente con la acusación [,] y las objeciones formuladas al informe de la Cámara Gesell no fueron rebatidas..." (fs.453).

Ahora bien, se advierte la existencia de un error de argumentación: la fundamentación omisiva. Dable es mencionar que tal vicio se verifica cuando un elemento probatorio (no valorado o valorado insuficientemente por el decisorio) resulta fundamental, por sí o unido a otros, con relación a un punto decisivo, que justifica una determinada conclusión. Esto acontece cuando la valoración de esa prueba (o su suficiente consideración), verosímilmente, podría haber modificado la solución dada a la cuestión probatoria. A partir de estos conceptos, se entiende que, en el legajo en estudio, existen una serie de elementos probatorios, a los cuales los jueces de la mayoría, no les han acordado trascendencia y que la parte recurrente se ha encargado de señalar.

Dable es destacar, a modo de preludio, que se ha admitido la posibilidad de fundar una sentencia condenatoria a partir de los dichos de la víctima (R.I. N°6, T°I, año 1.998, fs. 20/24; reiterado a su vez en R.I. N°72/1.999, N°92/2.002; N°100/2.002, entre otros), una sencilla argumentación a *fortiori*

conduciría a la plena facultad del Tribunal de Juicio de restarle su valor acriminador cuando en ella se advierten serias fisuras capaces de generar dudas en los propios judicantes. Esta facultad de valorar la evidencia con eje en el orientador principio de presunción de inocencia, se patentiza aún más cuando dicha prueba ha dependido directamente de la inmediación del juicio; ello, por su carácter puramente personal en cuanto a su percepción.

No obstante, es bien sabido que esta Sala Penal, como Tribunal de Casación, puede y debe controlar el criterio de razonabilidad expresado por los magistrados de instancia (C.S.J.N., T.328, P.3399). Y en este camino, a la luz de la doctrina referida, se advierte que las explicaciones dadas por los magistrados de Cámara no han resultado correctas; siendo éste, en definitiva, un déficit que sella la suerte de su pronunciamiento.

Esto es así, por cuanto en la pieza sentencial, se ha omitido la valoración de diversas pruebas dirimentes.

En primer lugar no se tuvo en cuenta el testimonio de la víctima, quien brindó detalles de tiempo -a lo largo de 4 años, siendo un delito continuado resulta intrascendente conocer las fechas exactas en las cuales los abusos sexuales ocurrieron-; lugar -en la vivienda que habitaban-; y modo en que ocurrieron los hechos típicos -cuando no estaba su madre, y comenzaron al enseñarle a bañarse-, señalando sin duda alguna, y en diversas oportunidades a Liendaf como el autor de los abusos.

Como bien refiere el recurrente, no se tuvo en cuenta que el niño le reveló -en forma espontánea- los hechos de los que fue víctima y el nombre del agresor, a su pequeña amiga, la hija de Domínguez, ante la confianza que le brindaba la misma. Repitiendo su relato a la Dra. Robato, a la Lic. Fuentes, a la Lic. Díaz y a la Lic. Ortiz.

Al analizar la retractación por parte del niño -ocurrida en dos oportunidades- no se tuvo en cuenta el contexto en el que se encontraba el niño, vulnerándose -a todas luces- los principios de la lógica, la psicología y la experiencia común, fundamentalmente por cuanto, no se analizó que la retractación es esperable en el lugar en el que se encontraba el niño, sometido a abusos sexuales, sin contención alguna, desprotegido y descuidado de parte de su entorno familiar, y fundamentalmente de su madre. Más aún, el mismo niño brindó los motivos por los cuales se retractó: el miedo por la salud de su madre.

De acuerdo a la teoría de la adaptación o acomodación -correctamente mencionadas por la minoría-, la retractación es una etapa, casi obligatoria por la cual atraviesa un niño abusado; fase que ocurre, en la mayoría de los casos, sobre el final de la investigación. Habiéndose exployado sobre ello la Lic. Díaz.

Ahora bien, al analizar el testimonio de D. - quien no le creyó al niño que Liendaf era el autor de los abusos- no sólo no se tuvo en cuenta, que el comportamiento de K.L. hacia sus hijos menores, constituye un claro indicio de haber sido abusado

sexualmente; sino que se pasó por alto, una causal fundamental para que el niño se retractara, esto es el alejamiento del niño de su madre. Al respecto menciona D. que "...[e]l Juzgado le entregó el menor al padre, estuvo muy poco tiempo, una semana, llamó y dijo que quería volver y decir la verdad, que era falsa la acusación. Ahora, que su madre murió, anda de casa en casa porque el padre no se hace cargo...". (fs.450Vta./451).

Por su parte, si bien, la madre desconfió de la autoría de Liendaf, la Lic. Díaz la observó como posible alcohólica, por lo cual, puede suponerse que en virtud de su enfermedad -asma severo que la llevó a su muerte- y de su posible adicción, pudo haberse equivocado en su opinión sobre Liendaf, descuidando a su propio hijo.

Con relación al testimonio de S., no se tuvo en cuenta la estrecha relación existente entre la misma y el acusado, ya que la misma refirió que el nombrado era su compadre, por lo que resulta lógico que declare a favor del mismo, más aún cuando sus dichos versan sobre una opinión subjetiva con respecto a la credibilidad del niño.

De los informes psiquiátricos efectuados por el Lic. D'Angelo, si bien surge que "...no se confirma con alta probabilidad la emisión de conductas inmaduras, menos convencionales o desajustadas o directamente desajustadas en la esfera sexual..."(fs.292), tampoco se rechaza contundentemente dicha posibilidad.

Con relación al informe realizado por la Dra. Robato, duramente criticado y descartado por la mayoría, no se tuvieron en cuenta los parámetros estipulados en la "Guía de Procedimientos del Poder Judicial" de Septiembre de 2.005, que sobre la base del cual se advierte que la mencionada profesional realizó el informe médico sin excesos.

Tan correcta fue su labor, que incluso resulta acorde con lo establecido posteriormente mediante el Acuerdo N°4471 de 16/12/2.009, en el "Protocolo de actuación y atención de víctimas de abuso sexual infantil".

Por otra parte, no se comprende la mención por parte de la mayoría, de que el abuso sexual reiterado es un criterio jurídico y no médico, principalmente, por cuanto resulta fundamental un diagnóstico médico.

En igual medida, tampoco se entiende cuáles son los motivos por los que el diagnóstico efectuado por la Dra. Robato, no resulta compatible con la imputación, pues no se fundamenta la alegada incongruencia.

Más aún, si se tiene en cuenta que dado el tamaño del cuerpo de un niño, si se lo penetrara con un miembro sexual masculino, sin una preparación previa, progresiva y prolongada en el tiempo, seguramente se desgarraría al pequeño hasta desangrarse, por lo que resulta lógico suponer que el caso en análisis se trata de un abuso sexual crónico, prolongado en el tiempo, que resulta compatible con las lesiones observadas en la criatura.

Se ha dicho con relación a ello que "...En el abuso sexual con reiteradas penetraciones anorrectales se observan borramiento de pliegues, fibrosis del margen perianal, dilación del orificio en forma espontánea que permite la visualización del recto (ano infundibular), incontinencia esfinteriana y fisuras y cicatrices..." (CORNAGLIA C.A.; VIGNOLO M.G.: *Crónicas médico forenses. El abuso sexual de menores y la complicidad del silencio.* Dosyuna Ediciones Argentinas. Buenos Aires. 2.005. P.71).

Por otra parte, no se advierte elemento de prueba alguno que permita señalar al "primo N." como el posible abusador.

Tampoco se tuvo en cuenta el indicio de oportunidad alegado por la Fiscalía, en cuanto a que el imputado quedaba a cargo del niño, cuando la progenitora salía a trabajar, y si bien el voto de la mayoría, y la Defensa Técnica refieren que no coinciden las fechas por la imprecisión de la imputación, no se brindan más explicaciones, no aclara por qué no coinciden las fechas, a pesar de que ello surge de la prueba producida en autos.

Con relación al informe de la Lic. Ortiz, no se valoró en la sentencia, no se tuvo en cuenta que la misma justificó la falta de angustia del niño como un mecanismo de defensa, desacreditando los dichos -de una profesional con amplia experiencia en la temática-, coincidente con las demás profesionales intervinientes, sobre la base de los dichos de Acuña quien, por otra parte y más allá de las características a las que

refiere el Defensor, no acreditó ser especialista en niños.

Más aún, si se analiza su labor en la causa, se advierte que la misma es acorde con lo establecido con posterioridad a la presente causa por el "Protocolo de actuación referido a métodos y criterios para la práctica y ejecución de pericias psicológicas y psiquiátricas", aprobado mediante por el Acuerdo N°4167/2.010, Punto V, lo que demuestra que actuó en forma correcta.

Tampoco se observa inconveniente alguno en el testimonio de Ortiz sobre los dichos de la vecina de la víctima, a quien entrevistó en Cámara Gesell.

Creo haber demostrado las razones por las cuales, la casación deducida **debe ser declarada procedente**. Tal es mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE** dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la **segunda cuestión**, la **Dra. LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN**, dijo:

Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente propicio que **se declare la nulidad de la sentencia** (Arts. 429, 415 inc. 2° y 369 inc. 3°, todos del C.P.P. y C.) **así como lo debatido a su respecto** (Art. 155 Párr.1°), **debiéndose reenviar los autos a la Cámara en lo Criminal Primera a los efectos de que, con una nueva integración, y previo debate, dicte nuevo pronunciamiento acorde a derecho.**

El **Dr. ANTONIO G. LABATE** dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión** planteada, la **Dra. LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN**, dijo: Corresponde eximir de costas al recurrente (Arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.). Mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE** dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE**: **I) HACER LUGAR al recurso de casación** deducido por el señor Fiscal de Cámara, **Dr. Alfredo VELASCO COPELLO**; **II) DECLARAR la nulidad de la Sentencia N°4/2.010** de 24 de Febrero de 2.010, de la Cámara en lo Criminal Primera de esta Circunscripción Judicial por arbitrariedad y falta de fundamentación (Arts. 429, 415 inciso 2° y 369 inciso 3°, del C.P.P. y C.) **así como lo debatido a su respecto** (Art. 155 párrafo 1°); **III) REENVIAR** el legajo a la Cámara de origen para que, **con una nueva integración** y previo debate, dicte nuevo pronunciamiento. **IV) Sin costas** (Arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.). **V) Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.
co.