

En Mendoza, a treinta días del mes de abril del año dos mil nueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 95.361, caratulada: "FISCAL C/RZ NR P/ABUSO SEXUAL" /CASACIÓN".- De conformidad con lo dispuesto a fs. 176, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero Dr. HERMAN A. SALVINI, segundo Dr. CARLOS BÖHM y tercero Dr. PEDRO J. LLORENTE.-

ANTECEDENTES:

A fs. 160/163, el Titular de la Primera Fiscalía de Cámara de la Segunda Circunscripción Judicial, interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada a fs. 153 y sus fundamentos de fs. 154/159 de los autos N° 15.940/P2-2040/07, caratulados: "F.c/RZ NR p/Abuso sexual", originarios de la Excma. Cámara Primera del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial.

A fs. 174 se da trámite de ley al recurso interpuesto. A fs. 175 se fija fecha de audiencia para deliberar, la que es realizada a fs. 176, donde se señala el orden de votación de la causa y se fija fecha de lectura de sentencia. De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto? **SEGUNDA:** En su caso, qué solución corresponde? **SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. SALVINI,** dijo:

1. A fs 160/163, Norberto Oscar Jamsech, Fiscal de Cámara de la Primera Fiscalía de Cámara de la Segunda Circunscripción Judicial, interpone recurso de casación contra la sentencia de fs 153/159 que condena al imputado NR ROJAS ZÚÑIGA a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, como autor responsable del delito de ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR LA RELACIÓN DE CONVIVENCIA, (art. 119, primer párrafo, en función del inciso f) del último párrafo del C. penal), hecho ocurrido en el departamento de San Rafael entre marzo de 2006 y junio de 2007 y que se le atribuye en la presente causa. Asimismo, declara al imputado REINCIDENTE POR SEGUNDA VEZ, (art. 50 del C. Penal). Funda la queja en el inciso 1°) del artículo 474 del CPP, por entender que se ha aplicado erróneamente los artículos 40 y 41 del C. Penal, (fs 160). Relacionado con ello, alega que la escala prevista en el C. Penal en el artículo 119 primera parte en función del inciso f), para el delito de abuso sexual agravado por la relación de convivencia, habilita un mínimo de tres años y un máximo de diez años de prisión.

Que conforme a ello y en virtud de los elementos que surgen de la prueba rendida en autos, como así también teniendo en cuenta la magnitud del injusto y la peligrosidad del imputado, solicitó una pena de siete años de prisión, (fs 160).

Se agravia porque el a-quo ha aplicado erróneamente las pautas contenidas en los artículos citados para graduar la pena, porque no ha considerado la corta edad de la víctima que a la fecha del hecho tenía tres (3) años, lo que denota una especial peligrosidad en el imputado, que demuestra una clara inclinación sexual reprochable, la que no tiene un pronóstico favorable en cuanto a su recuperación sino posibilidad de reiteración, (fs 161 vta).

Esgrime también que el a-quo ha valorado erróneamente como ínfimo el daño sufrido por la niña, al sostener en el fallo que el hecho no dejará secuelas psicológicas permanentes en aquélla, porque a criterio del recurrente estos hechos de abuso sexual dejan huellas perpetuas y difíciles de sobrellevar por parte de las víctimas, alterando su vida futura de pareja debido a las imágenes recurrentes, (fs 161 vta).

Vinculado con ello, esgrime que el imputado registra dos condenas anteriores por el mismo tipo de delitos de abuso sexual contra menores, y que se le declaró al respecto la reincidencia, lo que a criterio del Sr Fiscal debió incidir en el aumento de la pena y no a disminuirla como ha resuelto el a-quo, (fs 161 vta).

Afirma que la cuantificación de la sanción tiene que fundarse en el fin de la pena, es decir, ésta tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención de futuros ataques a la misma, por lo que no tiene una finalidad distinta a la de su ejecución, (fs 162 y vta).

Que al individualizar la pena, el juez debe prestar tanto atención al tipo de ilícito como al tipo de culpabilidad, y que el análisis de los factores que la agravan o atenúan debe ser realizado en forma amplia, de acuerdo a las representaciones morales de la comunidad en su conjunto, (fs 162 vta).

Que por tanto, asevera que el pedido de siete años de prisión solicitado en la audiencia de debate, es adecuado respecto de la magnitud del injusto cometido por R., el daño de importancia producido y a producirse a futuro en la víctima, y la condición de reincidente del imputado en el mismo tipo de delito de abuso sexual contra menores, (fs 163).

2. A fs 168 obra la presentación del Sr Procurador General, que mantiene el re curso de casación planteado por el Sr Fiscal de Cámara, y se remite a sus fundamentos.

3. A fs 171 y vta, el titular de la Novena Defensoría de Pobres y Ausentes, solicita se rechace la queja porque involucra circunstancias de hechos que no pueden reeditarse en la instancia extraordinaria.

4. Solución del caso. 4.1. En primer lugar, cabe señalar que esta Sala se ha pronunciado en la causa n° 94.351, caratulada: "F.c/ O.R.D D. p/Abuso Sexual Agravado s/casación", de fecha 3 de diciembre de 2008 (LS 395 fs 78), en relación a la facultad de revisión en casación de las pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del C. Penal, de acuerdo a la doctrina de la revisión integral de la sentencia sentada por la CSJN in re "Casal, Matías E." (20/09/2005).

En el precedente O.R, se ha afirmado que en "Casal, Matías E.", al resolverse un recurso de casación en el que se invocó el inciso 1° del artículo 456 del CPPN, el máximo Tribunal sostuvo en base a un criterio de interpretación progresista, que el recurso de casación es amplio, luego de la modificación del proceso penal propio del sistema de poder judicial horizontalmente organizado con control de constitucionalidad (estado constitucional de derecho), por lo que la revisión casatoria no solo alcanza a las cuestiones de derecho con el objetivo único de unificar la interpretación de la ley, sino que el artículo 456 citado debe leerse a la luz de la doctrina y jurisprudencial alemana de la *Leistungsfähigkeit*, que es el agotamiento de la capacidad de revisión. Es decir, "el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable", con excepción "de lo que surja directa y únicamente de la inmediación", (considerandos 17, 21, 22 y 23 del voto de los Dres Petracchi, Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda).

También se asevera en este precedente federal, que "la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo".

Que la estricta distinción entre cuestiones de hecho y derecho a los fines del recurso de casación, dificulta la revisión cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción entre la norma y el caso particular, porque bajo la invocación del supuesto de la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en los que se discuten problemas de subsunción, se introducen problemas vinculados con los hechos, con la prueba y su valoración forzando el alcance del supuesto citado (vicio in iudicando), por lo que cabe acotar que además de ser difícil - cuando no imposible- realizar la comparación entre cuestiones de hecho y de derecho, en estos casos no puede realizarse una separación tajante de la materia a revisar, por lo que para cumplir con una revisión integral de la sentencia no debe atenderse a una distinción meramente formal en el nomen iuris de las cuestiones expresadas en los agravios ni de los incisos del artículo 456 invocados para la procedencia del recurso, (considerando n° 27).

4.2. Por otra parte, y en relación al tema motivo de casación, la historia de la determinación de la pena se caracteriza por una permanente alternancia entre diferentes sistemas que en sus versiones extremas se presentan desde la máxima regulación a la discrecionalidad absoluta. En el Código Penal argentino se recurre a las penas denominadas divisibles (se fija una escala penal en la que se debe determinar la pena a imponer en el caso particular), salvo excepciones donde se prevé penas absolutas (v.gr. privación de libertad perpetua). Y en todos los casos, se deben aplicar las reglas establecidas en los artículos 40 y 41 del C. Penal, incluso en los casos de penas alternativas aunque el código no lo establece expresamente, (ZIFFER, Patricia, "Código Penal Anotado", T. II, año 2002, Hammurabi, ps. 58/59).

Los artículos 40 y 41 citados contienen una enumeración no taxativa de circunstancias relevantes para la individualización de la pena, sin determinar si se trata de agravantes o atenuantes, ni como se solucionan los casos de concurrencia entre ellas, y sin una pena ordinaria que especifique cuál es el punto de ingreso a la escala penal, a partir del cual funciona la atenuación o la agravación. Por tanto, estas decisiones quedan sujetas a la construcción dogmática, a partir de la interpretación de los fines de la pena, de las reglas generales derivadas de la teoría de la imputación, de los delitos en particular y del sistema de sanciones, (ZIFFER, ob. y ps. citadas; cfr RIGHI, Esteban, "Teoría de la pena", Hammurabi, año 2001, ps 201 y ss; ZAFFARONI, Raúl, "Manual de Derecho Penal", año 1996, p. 698; BARBARÁ, Fernando I., "La sentencia penal y la cuantificación del reproche", LL 2006-D-865). Además, el artículo 41 "no toma en cuenta todas las circunstancias relacionadas con la conducta delictiva, y la personalidad del delincuente y de la víctima a los efectos de la elección de la pena"; y muchas veces los tribunales no consideran adecuadamente a la víctima, sus características personales y su grado de vulnerabilidad en el delito, (MARCHIORI, Hilda, "Determinación Judicial de la Pena", año 1995, ps. 16/18).

Y dentro de la técnica legislativa del predominio de las penas relativas adoptada por el C.P. argentino, la función de los marcos penales va más allá de la fijación de un límite a la discrecionalidad judicial, porque a través de la interrelación de las diferentes escalas penales queda estructurado un esquema interpretativo acerca de cuál es el valor relativo de la norma dentro del sistema. Así, dentro de la doctrina alemana, para Roxin

(teoría funcionalista de la unión), el punto de ingreso es el espacio de marcos punitivos calculados entre el mínimo y máximo legal brindado por la culpabilidad dentro del cual obrarían las necesidades preventivas, pudiendo rebajarse el mínimo de la pena estipulada por la culpabilidad por razones de prevención especial, y siempre que lo permita la prevención general positiva. Dreher sostiene que el marco penal configura una escala de gravedad continua en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y de crecimiento paulatino, (ZIFFER, ob. cit., ps. 59/60).

En base a esta idea de la "escala de gravedad continua", y desde la perspectiva del funcionalismo sistémico con fundamento en la teoría de los roles/expectativas sociales, tomada la gravedad como la medida en que con el hecho fue desestabilizada la norma, se considera una idea útil y factible para elaborar una noción del punto de ingreso. Para Elhart el punto de ingreso debe estar dado por un marco acotado al que se ingresa por el mínimo necesario para que la ley sea tomada en serio, calculado dentro de la escala penal y que surge de una apreciación de prevención general positiva; y la teoría de la medición de la pena se elabora sobre la base del cálculo de las necesidades de estabilización de la norma infraccionada, con aplicación de los conceptos del instituto de la imputación objetiva y de la dogmática penal, sin requerirse de la opinión pública para la determinación de la medida de la pena, ya que debe distinguirse entre opinión pública y expectativas formadas garantizadas jurídicamente, (ELHART, Raúl, ob. cit., ps 46/47).

Zaffaroni sostiene que como el derecho penal es de acto, la cuantificación que realiza el tribunal es la misma que establece el legislador al determinar la escala general para el delito, porque aquél precisa el quantum de la pena en el caso concreto complementando la establecida en la ley, ya que ésta no puede establecer precisiones que dependen de circunstancias concretas de cada caso, variables e imponderables. Por ello, el proceso de individualización de la pena es uno solo, porque comienza en la ley y se completa en el tribunal cuando "la pena se individualiza en el caso particular tomando en cuenta la magnitud del injusto, la de la culpabilidad y admitiendo el correctivo de la peligrosidad", (ZAFFARONI, ob.cit., p. 699).

Ahora bien, la pauta prevista en el inciso 1º del artículo 41 del C. Penal, referida a la "extensión del daño y del peligro causados", significa analizar situaciones que afectan a la víctima (a su persona, modo de vida, costumbres) y a las que la vinculan con su familia; como así también, que las consecuencias del delito en la víctima dependen fundamentalmente "de las características de personalidad de la víctima, su edad, su vulnerabilidad, de la reacción familiar y del medio social", y que "es una circunstancia que permite conocer el grado de vulnerabilidad de la víctima y la peligrosidad y responsabilidad del autor", (MARCHIORI, ob.cit., ps. 26/36). Según Ziffer, "es indudable que la víctima debe jugar un papel decisivo al momento de fijar la pena, en tanto es uno de los elementos decisivos para la graduación del ilícito", (ZIFFER, ob.cit., ps. 123/125).

En el caso concreto, la Cámara al individualizar la pena del imputado conforme las pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del C. Penal, consigna que "la corta edad de la víctima como agravante genérico no responde a ningún criterio legal positivo.

Es cierto que este dato puede ser demostrativo de mayor perversidad en el autor, pero también lo es que el daño causado es significativamente menor por la incidencia que el hecho traumático puede tener en una persona que no comprende acabadamente su significado", y por tanto el Tribunal a-quo comparte el criterio de la defensora, en el sentido "que se trata en definitiva de una pauta de desvalor ya comprendida en el tipo legal aplicado", (fs 158 del fallo).

Este Tribunal en el caso O.R ha dicho que, el estrés postraumático "se caracteriza, principalmente, por la existencia de un claro suceso estresante –en el caso que nos ocupa, la agresión sexual– y la tendencia a recrear el trauma vivido mediante pensamientos, sueños y sentimientos que aparecen de forma súbita una y otra vez: el recuerdo obsesivo y constante del abuso". Implica al menos la presencia de los síntomas de estado de hiperalerta e intensificación de los síntomas en cuanto se expone a estímulos relacionados con el trauma".

Este concepto de estrés postraumático "ayuda a entender las consecuencias de los abusos, porque sus síntomas suelen aparecer como consecuencia de las agresiones sexuales, especialmente en el caso de las más graves. A largo plazo, los abusos sexuales son capaces de afectar gravemente a los niños, ya que suponen sexuación traumática, pérdida de confianza en las relaciones humanas, estigmatización y sentimientos de impotencia".

En el caso concreto, según el informe psíquico de fs 29 y vta practicado a la menor por el Cuerpo Médico Forense y Criminalístico, se consigna que presenta un "estado de hiperalerta constante", "su estado general es de angustia y tiene sentimientos de desprotección", "inseguridad, cierta hiperkinesia", y "estado generalizado de desconfianza y temor a quedarse sola".

De acuerdo a lo informado por la Licenciada Dardanelli en la pericia citada y la explicación vertida en la audiencia de debate según consta a fs 156 del fallo, al momento de practicar el examen psicológico a la niña (31 de octubre de 2007), presentaba angustia, desconfianza, temor, desprotección, hiperalerta constante e hiperkinesia, síntomas propios de menores abusados sexualmente.

Luego, en base a esta pericia y las declaraciones de la perito expuestas en la sentencia, es posible afirmar que los síntomas referidos observados en la víctima son capaces de afectarla gravemente, ya que suponen sexuación traumática, pérdida de confianza en las relaciones humanas, estigmatización y sentimientos de impotencia. Por tanto, considero que es errónea la aseveración de la Cámara cuando afirma que el daño ocasionado a la niña es ínfimo debido a su corta edad, en razón que para evaluar el daño no solo hay que tener en cuenta la comprensión que la víctima pueda hacer de los actos de abuso sexual a nivel intelectual o cognitivo, -como ha efectuado la Cámara- sino que debe abarcarse también el aspecto emocional y psíquico de la víctima, sus vivencias y expectativas, porque el daño que provoca el ataque a la libertad sexual no solo debe examinarse únicamente desde el aspecto intelectual, sino en forma integral.

En efecto, la sexualidad humana constituye un aspecto inherente a las personas durante todo el transcurso de su vida, desde el momento de la concepción hasta la muerte. Y "el concepto de salud sexual propuesto por un comité de expertos de la Organización Mundial de la Salud, reunido en Ginebra en 1974, se plantea como 'la integración de los elementos somáticos, emocionales, intelectuales y sociales del ser sexual, por medios que sean positivamente enriquecedores y que potencien la personalidad, la comunicación y el amor'. La integralidad de este concepto supera los aspectos reproductivos o patológicos, únicos considerados lícitos para ser tratados por los servicios de atención de salud". Además, "el sexo se presenta como un hecho complejo, en el cual los elementos biológicos se hallan estrechamente ligados con aquellos otros de carácter psicológico y social", (TAGLE DE FERREYRA, Graciela, "El interés superior del niño", Nuevo Enfoque Jurídico, año 2009, p. 253). Asimismo, todos los factores que darán lugar al sexo biológico y psicofísico (DIFERENCIAR DE SEXUALIDAD, SEXO COMO DATO BIOLÓGICO o se moldean desde la concepción por influencias de diversa índole, entre ellas por los agentes hormonales y agentes psicosociales, y entre estos últimos, la identidad sexual "es el factor subjetivo íntimo que establece la convicción interior que el sujeto tiene de pertenecer a un determinado sexo"; y es en las etapas precoces del desarrollo en las que se producen las primeras identificaciones sexuales y la identificación definitiva, la que una vez establecida es irreversible, (autora y ob. cit., ps. 255/257).

De acuerdo a lo expuesto, advierto que según la pericia de fs 29 y vta, la niña ha padecido un daño significativo como consecuencia de los actos abusivos padecidos, en la edad en la que se produce la identificación sexual, y que tampoco es razonable descartar que a mediano y largo plazo pueda afectarla, (cfr ZAZZALI, Julio, "Manual de Psicopatología Forense", año 2006, p. 167).

Investigaciones victimológicas realizadas tanto en el orden provincial como internacional, demuestran que el abuso sexual produce daños significativos en las víctimas, como por ejemplo, los estudios efectuados en la primera circunscripción judicial de la Provincia de Mendoza, con el apoyo de la Sala II de esta Suprema Corte de Justicia, que revelaron –entre otros resultados- que dentro de los 34 síntomas utilizados como variables, las víctimas de abuso sexual presentaban en mayor porcentaje los síntomas de angustia (55 %), ansiedad (15 %) y miedo (55 %) con relación a las víctimas de robo con arma (21 %; 8% y 48 %), y las que sufrieron lesiones graves (44%; 13,11 %; 37 %), (tabla 9); y que las víctimas de abuso sexual eran las que más síntomas presentaban en comparación con aquellas, (para corroborar lo expuesto, consultar DEL PÓPOLO, Juan H. y otro, "Psychological Aspects of the Process of Victimization", publicado en BOROS, János, "Psychology and Criminal Justice", International Review of Theory and Practice, Walter de Gruyter, Berlín, Alemania, año 1998, p. 366); y las llevadas a cabo en la Universidad de Pensilvania respecto de 325.000 menores que se dedicaban al comercio sexual, se comprobó que el 90 % de ellos habían sido víctimas de abusos sexuales, (fte: www.centrosexologico.com.ar).

Por lo tanto, considero que le asiste razón al recurrente cuando afirma que la Cámara ha interpretado y aplicado erróneamente la pauta referida a la extensión del daño y del peligro causados, previsto en el artículo 41 inciso 1° del C. Penal. Por otra parte, el a-quo sostiene que "tampoco se entiende en qué medida la naturaleza de la acción que desplegó R.Z puede constituir un plus para agravar su pena", (fs 158 del fallo).

Afirma Francois Gorphe que al investigar las verdaderas disposiciones del individuo, de acuerdo a las cuales se determina su capacidad o incapacidad psicológica y moral para haber cometido el delito, debe evitarse caer en el peligro de "creer temerariamente que no existe cuanto no comprendemos, o que resulta inexplicable lo que no podemos explicarnos", ("Apreciación de la Prueba", Hammurabi, año 2007, p. 280).

En el sub lite, la situación de indefensión absoluta en que se encontraba la víctima debido a su corta edad y porque el abusador era su padrastro (esposo de su madre), demuestra el grado de vulnerabilidad extremo en que se encontraba al ser abusada por el imputado. En efecto, no solo la asimetría de edad existente entre ellos favorecía la consumación del delito, sino que por la corta edad de la niña, el vínculo afectivo era más fuerte, porque en esa edad los niños dependen todo el tiempo de los cuidados y protección de sus padres y en ellos entregan toda la confianza. Estas circunstancias acreditadas en la causa, hacen referencia a la interacción autor-

víctima del delito, aspecto fundamental también a considerar para graduar la pena, porque la conducta delictiva no es un proceso estático, sino dinámico, en donde es importante el conocimiento que de esto tenga el sujeto activo, es decir, su conciencia de impunidad para cometer el delito. Y el análisis de estas relaciones interpersonales o circunstancias de encuentro autor-víctima, se corresponden con la pauta establecida en el inciso 2° del artículo 41 del C. Penal, denominada "vínculos personales". Así, los distintos grados de conocimiento de esta relación permiten distinguir relación familiar (ambos pertenecen al mismo grupo familiar), de conocimiento (amigos, conocidos, vecinos) y desconocimiento; y dentro del primer grupo, en este tipo de delitos es fundamental considerar la edad de la víctima, porque el delincuente la elige porque conoce su situación de indefensión, porque sabe que no puede defenderse y es más vulnerable ante la agresión sexual justamente por su corta edad, (MARCHIORI, ob.cit., ps. 73/79; LS 395-78).

En cuanto a la pauta "naturaleza de la acción" contenida en el inciso 1° del artículo 41 del C. Penal, significa que las circunstancias del hecho constituyen el fundamento del propio tipo penal, por lo que teniendo presente la prohibición de doble valoración, solo es posible tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho, (ZIFFER, Patricia, "Lineamientos de la determinación de la pena", Ad-Hoc, año 1999, p.131).

Según el requerimiento fiscal de elevación a juicio de fs 108/110, el encartado habría abusado sexualmente de la pequeña mediante tocamientos y juegos de masturbación, y el hecho fue advertido por la madrina C.L., cuando luego de bañar a la niña observó que intentaba introducirse por su vagina un muñeco llamado "Barnie" a la vez que hacía movimientos extraños, (ver fs 154 vta del fallo). La Cámara ha valorado como creíble, sincera y rica en detalles la declaración de C.L. (tía y madrina de la víctima), (ver fs 156 vta del fallo). Y este testigo ha manifestado que luego de bañar a la niña, observó que hacía movimientos de pelvis y jadeaba intentando introducirse por la vagina su muñeco "Barnie" (juguete con forma de cocodrilo llamado "Barney" comercialmente), (ver fs 40 y vta y fs 154 vta/155 y fs 156 vta del fallo).

Atento lo consignado en la sentencia, considero que en el caso también se aprecia una agravante no merituada por la Cámara, referida a la "intensidad" de la conducta del imputado, porque al abusar sexualmente de la niña le ha enseñado prácticas de masturbación a los tres (3) años de edad, habida cuenta que los abusos se revelaron a raíz de los movimientos de pelvis que realizó la pequeña con su muñeco "Barnie" después del baño y advertidos por su madrina.

Por otra parte, afirma la Cámara que la tendencia perversa constitutiva de la personalidad del imputado, "sin lugar a dudas conforma un factor psicológico que restringe su ámbito de libertad, lo que jurídicamente importa menor culpabilidad y una circunstancia atenuante. En este mismo sentido valorativo destacamos que la magnitud del injusto y la extensión del daño causado no fue significativo", (fs 159 del fallo).

En la pericia psíquica de R.Z., informa el médico psiquiatra Dr Roberto Cesario, que en el encartado no se observan trastornos en sus funciones cognitivas ni se evidencia patología alguna a nivel afectivo ni alteraciones emocionales, sino que es "estable"; que reconoce su tendencia o inclinación sexual hacia las niñas (pedofilia o paidofilia), lo que puede valorar como indebido e incluso delictivo; y se concluye que si bien presenta una conducta sexual perversa, su examen psíquico está dentro de los límites normales en cuanto a la comprensión y dirección de sus actos, (fs 134). Ello así, no es correcta la conclusión del a-quo cuando afirma que la tendencia perversa constitutiva de la personalidad del imputado, conforma sin lugar a dudas un factor psicológico que restringe su ámbito de libertad, e importa menor culpabilidad y una circunstancia atenuante (fs 159 del fallo), porque en el caso concreto, el perito ha informado que en el encausado tanto la comprensión como la dirección de sus actos están dentro de los límites normales.

Cabe agregar también, que al imputado se lo ha declarado reincidente por segunda vez en la sentencia, en razón que según antecedentes carcelarios de fs 34 y 46 de autos, ha sido condenado por delitos contra la integridad sexual.

Finalmente, resta señalar que las pautas previstas en los incisos 1° y 2° del artículo 41 del C. Penal, no deben interpretarse solo individualmente, sino también en forma interrelacionada e interdependiente, habida cuenta que no es posible una separación tajante entre ellas, a fin de valorar las circunstancias acreditadas en la causa en relación al sujeto activo y al sujeto pasivo sometidos a proceso penal.

En consecuencia con lo expuesto, considero que el a-quo ha interpretado erróneamente las pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del C. Penal examinadas, y de ello ha derivado la errónea aplicación de las mismas a las circunstancias acreditadas en la sentencia, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión los Dres. BÖHM y LLORENTE adhieren por los fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. SALVINI, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs 160/163 por el Sr Fiscal de Cámaras, y en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de fs 153/159 en lo relativo a la determinación de la pena aplicada al imputado, (artículo 485 del CPP).

Por consiguiente, corresponde dejar sin efecto la pena impuesta en la sentencia, y teniendo en cuenta las circunstancias agravantes analizadas (daño y peligros ocasionados a la víctima, vínculos personales y naturaleza de la acción), se considera razonable aplicarle al imputado N.R.Z la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, como autor del delito de ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR LA RELACIÓN DE CONVIVENCIA por el hecho que se le atribuye en la presente causa, (artículo 119, primera parte en función con el inciso f) del C. Penal y artículos 40 y 41 del C. Penal).

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión los Dres. BÖHM y LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A: Mendoza, 30 de abril de 2009.

Y VISTOS: Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, **R E S U E L V E:**

Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs 160/163 por el Sr Fiscal de Cámaras, y en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de fs 153/159 en lo relativo a la individualización de la pena aplicada al imputado, (artículo 485 del CPP).

Por consiguiente, corresponde dejar sin efecto la pena impuesta en la sentencia y aplicarle al imputado N.R.Z la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, como autor del delito de ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR LA RELACIÓN DE CONVIVENCIA, por el hecho que se le atribuye en la presente causa, (artículo 119, primera parte en función con el inciso f) del C. Penal y artículos 40 y 41 del C. Penal).

Notifíquese m.l.