



SENTENCIA N° 93/2024. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintisiete días del mes de noviembre de 2024, se reúne esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial del Neuquén -TIP-, integrada por los magistrados Dr. Federico Augusto Sommer, Dr. Richard Trincheri y Dr. Nazareno Eulogio, presididos por el primero de los nombrados, a los fines de dictar sentencia en instancia de Impugnación, en Legajo N° 160.340/2020 "VILLALOBOS ARANCIBIA, JOSÉ MERCEDES S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO", seguido contra el imputado Villalobos Arancibia José Mercedes, D.N.I. ..., nacido el día dos de noviembre de 1948, con domicilio en calle, Mza. ..., casa ..., de la Ciudad de Neuquén, Pcia. del Neuquén, de demás datos personales obrantes en el respectivo legajo. Intervinieron en la instancia de impugnación: la Dra. Carolina Mauri y el Dr. Bruno Miciullo, por parte del Ministerio Público Fiscal; y la Dra. Ivana Dal Bianco por la Defensa del imputado José Mercedes Arancibia Villalobos también presente en audiencia-.

ANTECEDENTES:

I.- Por Sentencia de Responsabilidad dictada el día veinticinco de marzo del año dos mil veinticuatro, el Tribunal de Juicio, conformado por los



Jueces Gustavo Ravizzoli, Luciano Hermosilla y Juan Guaita, resolvió, en lo que aquí interesa, lo siguiente "1) DECLARAR penalmente responsable a José Mercedes VILLALOBOS ARANCIBIA, titular del D.N.I. N.º ..., por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, continuado, agravado por el vínculo, en calidad de autor (cfr. art. 119, segundo párrafo, cuarto párrafo inc. b) y 45 del C.P.), en perjuicio de S. N. V.. 2) DECLARAR la ABSOLUCIÓN del nombrado por el delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por el vínculo y en calidad de autor (art. 119, tercer y cuarto párrafo inc. b) y 45 del C.P.)

". II.- En fecha once de septiembre del año dos mil veinticuatro -en virtud de un reenvío ordenado por esta Sala del TIP-, un Tribunal de Juicio, conformado esta vez por los Dres. Juan Manuel Kees, Luis Giorgetti y Carina Álvarez, dicta Sentencia de Pena, en donde resuelve: "I.- RECHAZAR la declaración de Inconstitucionalidad de la pena fijada para el delito enrostrado en base a las consideraciones expuestas. II.- CONDENAR a JOSÉ MERCEDES VILLALOBOS ARANCIBIA titular del DNI. NRO. ..., como autor del delito de Abuso sexual gravemente ultrajante continuado agravado por el vínculo previsto y reprimido en



el Art. 119 2do y 4to párrafos inciso b) del Código Penal, a la pena de NUEVE (9) AÑOS de prisión efectiva, y accesorias legales por igual término (art. 12 del C.P.)”.

III.- La defensa dedujo Impugnación Ordinaria (art. 242 del CPP) en contra de esta última sentencia.

Así las cosas, el pasado día quince de noviembre de 2024 se celebró la audiencia de impugnación ordinaria de sentencia, prevista en el artículo 245 del Código Procesal Penal del Neuquén, por ante esta Sala del TIP. Allí la parte impugnante expuso los fundamentos del recurso oportunamente interpuesto por escrito, en contra de la sentencia referida, y se trabó la controversia con la correspondiente contraparte.

A.- En primer término tomó la palabra la Sra. Defensora del imputado, la Dra. Ivana Dal Bianco, quien señaló que la impugnación que interpuso tiene como objeto una cuestión concreta, consistente en el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la pena fijada para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, toda vez que el mismo tiene la misma pena que el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado.



La sentencia de pena cuestionada, dijo, rechazó el pedido de inconstitucionalidad realizado, y con ello se vulneraron derechos importantes: el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de razonabilidad.

Como información del caso aportó lo siguiente: dijo que su defendido fue declarado responsable por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por el vínculo respecto de su nieta, S. N.V.. Sentencia que fue confirmada, en cuanto a la responsabilidad, por este TIP. En su momento se declaró la nulidad de la sentencia de pena, por lo cual se realizó un nuevo juicio de cesura. Y la impugnación tiene relación con la pena impuesta en este nuevo juicio.

La sentencia cuestionada, dijo, carece de un debido fundamento a la hora de rechazar el planteo de inconstitucionalidad. Los fundamentos esgrimidos por los jueces, son argumentos absolutamente generales. Primero dijeron cuándo procede, y cuándo no, una declaración de inconstitucionalidad; y dijeron que era excepcional. Luego, cuando se abocan al fondo de la cuestión, los jueces vuelven a hacer alusiones a cuestiones generales, que son más una opinión que una contestación al planteo realizado.



El Sr. Villalobos fue declarado responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, pero había sido acusado también del delito de abuso sexual con acceso carnal respecto de la misma víctima, y en cuanto a este delito fue absuelto. Con lo cual, fue absuelto del delito más grave, pero se le termina aplicando la misma escala penal.

Esta particularidad del caso hace que deba analizarse la inconstitucionalidad de esa escala. Este pedido de inconstitucionalidad, dijo, no es una declaración general, sino que es una declaración particular. El sistema constitucional argentino autoriza a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de una norma, cuando vulnera principios constitucionales, y esa inconstitucionalidad se declara para el caso concreto. No se genera una doctrina, una jurisprudencia obligatoria, sino que se debe analizar cada caso concreto. Eso, dijo, es lo que pidió en el juicio, y la sentencia no lo contesta.

Dijo que existe una vulneración de derechos, del principio de proporcionalidad, al dictarse, por parte del tribunal de juicio, una sentencia de nueve años de prisión, utilizando la escala penal del art. 119,



párrafo cuarto, inc. b. O sea, una escala penal que va desde los ocho a los veinte años.

Existe, dijo, una vulneración al principio de proporcionalidad porque se reconoce que el Código Penal, e incluso el capítulo de delitos contra la entidad sexual, va fijando determinada diferencia en cuanto a tres conductas: el abuso sexual simple, el abuso sexual gravemente ultrajante, y el abuso sexual con acceso carnal. Y que ello tiene que ver con la intensidad de la afectación al bien jurídico.

En relación a esta intensidad de afectación, el legislador fija determinadas penas para cada uno de estos delitos. Delitos que son distintos y que van aumentando proporcionalmente en intensidad. Sin embargo, cuando llega el momento de la utilización del agravante del vínculo, esta progresividad desaparece. Entonces el legislador fija la misma pena para ambos delitos, tanto para el gravemente ultrajante, como para el abuso sexual con acceso carnal.

Dijo que existe una vulneración, no solo al principio de proporcionalidad, sino al principio de razonabilidad y al de progresividad, en tanto a dos delitos, a dos afectaciones a un bien jurídico con



diferente intensidad, se le aplica, cuando son agravados, la misma pena. Vulnerando su propia lógica dentro del propio capítulo de delitos contra la integridad sexual. O sea, la propia lógica de los legisladores, que va aumentando progresivamente las penas en relación a la intensidad de afectación al bien jurídico, luego se contradice, o choca, con esta desproporcional pena para dos afectaciones al bien jurídico diferentes. Y en este caso, justamente Villalobos fue absuelto del delito de acceso carnal agravado.

La sentencia se limitó a decir que la defensa no probó o no demostró concretamente cuál es, en este caso, la afectación constitucional. Y dice eso nada más, cuando en realidad se señalaron concretamente las afectaciones constitucionales.

Por lo tanto, afirmó la impugnante, no se está ante una sentencia fundada, porque no contesta los argumentos expuestos. La sentencia no explica por qué sí es razonable la pena fijada para este delito, por qué sí es proporcional la pena fijada para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, cuando es la misma que la del abuso sexual con acceso a carnal.



La sentencia, desde su óptica, no contesta argumentos, sino que da una opinión general al decir que para ellos es constitucional. Simplemente se limitan a decir que la norma es constitucional porque el legislador tiene la facultad de fijar penas.

Luego citó en apoyo de su postura el fallo "Espíndola", del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, el cual declara la inconstitucionalidad de la pena mínima fijada para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado, en tanto que es igual a la prevista por el delito de abuso sexual con acceso a carnal agravado. Se señala allí, en esa sentencia, que se vulneran los principios de progresividad, razonabilidad, igualdad y proporcionalidad. Además, en dicho fallo, se fija un criterio en cuanto a cuál debería ser la escala de pena a aplicar.

Con lo cual propuso que, tomando los parámetros fijados por dicho fallo, se aumente en un tercio el mínimo, y en un tercio el máximo, la pena prevista para el abuso sexual gravemente ultrajante del segundo párrafo del art. 119; a los fines de obtener la escala que correspondería al abuso sexual gravemente ultrajante agravado.



Propuso que se tome la escala que parte de los cinco años y cuatro meses de prisión. Solicitando que se aplique dicha pena en este caso, por ser la pena justa.

En resumidas cuentas, solicitó se revoque la sentencia impugnada, se asuma competencia positiva, y se declare la inconstitucionalidad del art. 119, 4to. párrafo, del CP, y del mínimo legal allí previsto para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado, en tanto se prevé la misma pena que para un delito más grave (abuso sexual con acceso carnal agravado). Asimismo solicitó que se fije una nueva escala de pena para dicho delito, partiendo, como mínimo legal, de los cinco años y cuatro meses de prisión. Por último, solicitó que esa pena mínima sea la que se aplique en el presente caso.

Hizo reserva de plantear impugnación extraordinaria y caso federal.

B.- Luego tomó la palabra la fiscalía, quien propuso se rechacen los pedidos de la defensa y se confirme la sentencia impugnada.

En cuanto a los antecedentes del caso, a lo reseñado por la defensa, se agregó que Villalobos fue condenado por un hecho cometido desde el año 2012 hasta el año 2018, en perjuicio de S. V., la cual tenía,



en ese momento, entre ocho y catorce años de edad. Los actos consistían en que, cada vez que la niña concurría a su casa, el imputado aprovechaba momentos de soledad con ella para frotar su pene sobre su vagina simulando una relación sexual.

El tribunal, en cuanto a uno de esos hechos, que venía imputado como acceso carnal, entendió que no se había alcanzado el estándar probatorio suficiente para tenerlo por acreditado, y lo absuelve de ese delito. Sí consideró que esa conducta había alcanzado el grado de prueba suficiente para entender que solamente hubo un apoyo o rozamiento, quedando subsumido, ese hecho, dentro de lo que fue el tipo por el cual se lo declara responsable finalmente.

La primera sentencia de cesura fue anulada, por lo cual se realiza un nuevo juicio de pena, lo que motiva el dictado de una nueva sentencia. Esta sentencia es la que impugna la defensa. Y, dijo, contrariamente a lo afirmado por la defensa, que sí se dio una respuesta completa al planteo de la contraparte.

En primer lugar, la sentencia hace un recorrido desde lo general a lo particular. Comienza haciendo un desarrollo en cuanto a qué casos, o en qué



circunstancias, los jueces pueden o deben declarar la inconstitucionalidad de una norma. Allí refieren que la inconstitucionalidad es de última *ratio*, que hay que hacer un análisis positivo de las normas, y citan jurisprudencia de la CSJN ("Pupelis") y de nuestro TSJ ("González") en dicho sentido. Esos fallos dicen justamente que debe partirse siempre de la validez de las normas, y no de su inconstitucionalidad.

Lo primero que destaca la sentencia es que es la defensa la que hace un planteo general. Lo que se ataca es a una norma, pero no se traen al análisis circunstancias particulares del imputado que hagan pensar que el mínimo de la escala penal es injusta para él. Con lo cual, lo que la sentencia hace es destacar que es un planteo abstracto o general, que solo se basa en criticar la coherencia de un mínimo de una escala penal para dos conductas distintas.

Luego de hacer esta aclaración, en cuanto a que el planteo justamente es general, lo que hace la sentencia es, en primer lugar, una remisión al tratamiento que hizo nuestro TSJ respecto a este mismo planteo en dos oportunidades. Incluso, en una de estas oportunidades, abordó el fallo "Espíndola" que ahora la defensa plantea



nuevamente en apoyo de la declaración de inconstitucionalidad. En ese fallo se dijo, resumidamente, que no se puede pensar que una norma, o una escala penal en este caso, sea inválida, desde la comparación con otra norma o con otra escala penal. Porque uno podría caer en el dilema indisoluble de no saber si una es desproporcionada por exceso o la otra lo es por defecto. Con lo cual, no se puede pensar la inconstitucionalidad de una norma, a través de la comparación de dos conductas distintas y de una misma escala penal. Porque, en definitiva, lo que uno puede sacar como conclusión es que existe un tratamiento diferente de bienes jurídicos y nada más.

Incluso, dijo, en estos fallos (Acuerdo 33-2010 y Acuerdo 133-2013), el TSJ trae a colación la discusión parlamentaria de la reforma del artículo referido al delito de abuso sexual gravemente ultrajante. Allí se tuvo en cuenta esta circunstancia, que tanto este delito, como el del acceso carnal agravado, partían de la misma escala penal. Y lo que primó en el legislador de aquel momento, al sancionar la reforma como finalmente quedó escrita en el Código Penal, es que se daba una escala penal amplia para ambas conductas para que los jueces, eventualmente, sea que se diera una u otra circunstancia,



tuvieran un amplio margen para poder merituar o mensurar la pena.

Luego de este desarrollo, la sentencia aborda lo que son las circunstancias particulares del caso. Allí sí hace un desarrollo de lo que fue el caso en concreto, y por qué se entendía que partir de la pena de ocho años era justo para el imputado.

En primer lugar, lo que describe la sentencia es que, si bien el imputado fue absuelto por el delito de abuso sexual con acceso carnal, lo cierto es que no se puede tener en cuenta esta sola circunstancia para decir que la pena de 8 años, por sí sola, este mínimo de la escala penal, es injusta. Primero, porque si se hubiera condenado también por el delito de abuso sexual con acceso carnal, si bien se hubiera partido de la misma pena, por supuesto que al momento de ponderar la pena final del imputado, uno se podría haber alejado mucho más de la pena que finalmente se terminó imponiendo, en este caso, del mínimo legal. Y, por otro lado, porque los principios de culpabilidad, igualdad y proporcional, se encuentran, en este caso, validados, respetados, por las circunstancias particulares del caso.



Destaca aquí la sentencia que se está ante un abuso sexual gravemente ultrajante que se cometió por parte del imputado, en perjuicio de su nieta, durante cinco años. Con lo cual, no se está hablando de que exista una misma conducta, que sería un solo abuso sexual gravemente ultrajante y un solo hecho de acceso carnal que se ponderan o se miden en igualdad de condiciones. Sino que justamente las circunstancias particulares de este caso hacen que la pena que se termina imponiendo, aun partiendo del mínimo que establece el Código Penal, sea justa.

Agregó luego que no se puede hacer un análisis en abstracto, diciendo que, solamente porque un hecho es calificado como abuso sexual gravemente ultrajante, per se, es menos grave que un abuso sexual con acceso carnal. Porque justamente hay hechos que, si bien encuadran en esta primera figura del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, por la forma en que se desarrollaron, por las condiciones en que se dan, muchas veces terminan siendo más graves que un hecho cometido con acceso carnal.

Dice justamente la sentencia que, en este caso, la defensa debió haber hecho el camino inverso. Es decir, traer circunstancias particulares del imputado,



pautas de valoración concretas del mismo, que hicieran pensar que, en el caso de Villalobos, este mínimo de la escala penal era injusta para él, lo cual ameritaba declarar la inconstitucionalidad de la norma o perforar el mínimo legal. Se le critica a la defensa que hizo justamente el camino inverso, es decir, pretendió una declaración de inconstitucionalidad en abstracto para partir de otro mínimo legal, y luego arribar o alcanzar la pena pretendida.

Dijo que el fallo "Espíndola" es un fallo aislado en la jurisprudencia nacional. Mencionó luego precedentes de otras provincias que adoptan una postura contraria: SCJ Buenos Aires, Causa " F.N.G.R./Recurso Extraordinario", del 10-08-2016; TSJ Mendoza, Causa F.M.F./Abuso sexual, del 16-04-2018; SCJ Entre Ríos, Causa "TGA/Abuso sexual". En todas ellas se rechazan planteos de inconstitucionalidad como el presente.

Por ello, dijo, la sentencia de cesura aborda la cuestión planteada por la defensa y dio una respuesta completa a la cuestión. Solicitó finalmente que el planteo de la parte impugnante sea rechazado.

C.- A continuación se le preguntó a la Defensa si quería ejercer el derecho a hacer uso de la



última palabra, manifestando la Dra. Dal Bianco que tanto la sentencia, como la fiscalía, mezclan dos discusiones. Una se refiere a la evaluación de la pena en base a la gravedad y cantidad de los hechos calificados como gravemente ultrajantes. La otra discusión, que no la aborda la sentencia, dijo, es la de la escala penal que corresponde aplicar para el delito por el cual fue condenado Villalobos.

Asimismo, dijo, la sentencia afirma que no se vulnera el principio de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, pero cuando se intenta saber por qué no se los vulnera, concretamente la sentencia no dice nada al respecto. De allí surge claramente la falta de fundamentación de la sentencia.

D.- Acto seguido se le preguntó al imputado José Mercedes Villalobos Arancibia si quería hacer uso de la palabra, o bien si prefería guardar silencio, optando éste por realizar una serie de manifestaciones (su registro completo figura en la videograbación respectiva): dijo, en resumidas cuentas, que los hechos por los cuales fue enjuiciado son para él una calumnia familiar, que nunca ha cometido esos errores, y menos con su familia. Que no se



siente culpable de nada, y que no se puede culpar de algo que no ha realizado.

E.- Practicado sorteo para establecer el orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse el Juez Dr. NAZARENO EULOGIO, luego el Juez Dr. RICHARD TRINCHERI y, finalmente, el Juez Dr. FEDERICO AUGUSTO SOMMER.

Cumplido el proceso deliberativo previsto en los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones: I.- ¿Es formalmente admisible la impugnación interpuesta por la Defensa?, II.- ¿Qué solución corresponde adoptar?, y, por último, III.- ¿Procede la imposición de las costas?

VOTACIÓN:

I.- A la primera cuestión el Juez Dr. NAZARENO EULOGIO dijo: En lo que a la admisibilidad de la presente impugnación respecta, se advierte que el recurso se dedujo por escrito, dentro del plazo legal, y que el mismo satisface las exigencias de impugnabilidad, tanto en su faz objetiva como subjetiva, revistiendo el pronunciamiento censurado carácter de definitivo, pues pone fin al caso judicial. Ello así, toda vez que el imputado



fue declarado responsable de un delito, y se le impuso luego una pena de cumplimiento efectivo (Cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP).

Debe, entonces, declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación presentado por la defensa. Mi voto.

El Juez Dr. RICHARD TRINCHERI, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el Juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Juez Dr. FEDERICO AUGUSTO SOMMER, manifestó: voto esta cuestión en igual sentido que el colega que dictaminó en primer término, por compartir sus fundamentos.

II.- A la segunda cuestión el Juez Dr. NAZARENO EULOGIO dijo: Debo iniciar mi voto resaltando que este Tribunal de Impugnación Provincial constituye el órgano jurisdiccional que tiene como función practicar una revisión integral de la sentencia de grado, en cumplimiento del derecho constitucional que tiene todo imputado a obtener la revisión integral de su sentencia condenatoria- art. 75 inc. 22 CN, art. 8.2.H. CADH-.

Obviamente esta revisión integral de la sentencia condenatoria debe guardar una directa relación



con los motivos de agravios planteados por las partes. Así se sostuvo que "el recurso debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta, (...) el tribunal de casación no puede conocer otros motivos que aquellos a los cuales se refieren los agravios...¹".

Por su parte, la ley procesal local también requiere tal exigencia en tanto en sus arts. 242 y 245 del CPP se establece que los motivos de agravio de la impugnación ordinaria se deben referenciar por escrito (art. 242 CPP) y que en la audiencia las partes que comparezcan o sus abogados debatirán oralmente el fundamento del recurso y podrán ampliar la fundamentación o desistir de los motivos ya invocados en el recurso (art. 245 del CPP).

Realizada esta breve introducción sobre la tarea que nos toca encarar como jueces del Tribunal de Impugnación Provincial, habré de referenciar que la sentencia condenatoria del tribunal de juicio tuvo como objeto de

¹ Fernando De La Rúa, La Casación Penal, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, p. 224.



juzgamiento, y debidamente probado, que el Sr. Villalobos Arancibia José Mercedes abusó sexualmente de su nieta S. V., entre los 7-8 años hasta los 13 años de la niña, de manera continuada; y que esos actos de abuso sexual -por su modalidad y su duración en el tiempo- configuraron un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

Asimismo, los jueces de juicio absolvieron al imputado de un hecho puntual por el que llegó acusado a juicio, calificado como abuso sexual con acceso carnal, ya que, entendieron, no existía prueba suficiente para tener por acreditado dicho acceso (más allá de que el haber frotado en esa oportunidad su pene en el ano de la niña, sí lo tuvieron por acreditado, pero como otro acto más dentro del abuso sexual gravemente ultrajante, considerado este como un delito continuado).

Así las cosas, en virtud de un reenvío ordenado por esta Sala del TIP, otro tribunal de juicio, en base a la calificación legal de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por el vínculo, en carácter de delito continuado; impuso al imputado Villalobos Arancibia, mediante la sentencia de pena que aquí se impugna, la pena



de nueve años de prisión de cumplimiento efectivo, y las costas del proceso.

El motivo de agravio expuesto por la defensa se refiere al rechazo de la declaración de inconstitucionalidad del art. 119, párrafo 4to., en función del párrafo 2do., en particular en lo referido a la escala de pena aplicable al caso; y con ello, se crítica también la pena finalmente impuesta al Sr. Villalobos Arancibia.

Pasaré ahora a analizar y responder dicho motivo de agravio, adelantando ya, que de su análisis pormenorizado, el mismo no se constata en el presente caso. Por lo cual habré de proponer al pleno, al finalizar mi intervención en esta cuestión, el rechazo de la impugnación, y, por ende, la confirmación de la sentencia de pena.

Supuesta inconstitucionalidad de la escala penal prevista para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por el vínculo.-

La defensa fincó su planteo en la arbitrariedad en que, a su entender, habrían incurrido los jueces al aportar una fundamentación solo aparente para rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la escala penal a aplicar en el caso.



La defensa, en síntesis, sostiene que la decisión de los magistrados vulneró los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad que deben tener las penas. Desde su óptica, aplicar la misma escala de pena para el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, que para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo; es violatorio de estos principios, y torna, entonces, inconstitucional a la disposición legal contenida en el 4to. párrafo del art. 119 del CP.

Dijo la defensa que los jueces aportaron argumentos solamente generales, sin tener en cuenta que, en el presente caso, el Sr. Villalobos Arancibia fue absuelto del hecho de abuso sexual con acceso carnal agravado, y que aun así se le fijó la pena dentro de la misma escala que se le fijaría en caso de haber sido condenado por ese delito.

Otro de los argumentos esgrimidos por la defensa es que, el legislador, fue utilizando en el art. 119 distintas gradaciones. Así, fijó una pena más leve para el abuso sexual simple, una más grave para el abuso sexual gravemente ultrajante, y una más grave aún para el abuso sexual con acceso carnal; pero que ello no guarda correspondencia con la unificación de estos dos últimos



delitos en una misma escala, cuando dichas figuras presentan una de las agravantes del cuarto párrafo del art. 119. Que allí, en el cuarto párrafo del art. 119 del CP, esta progresividad que se constata en los tres primeros párrafos, desaparece. También, desde su particular visión, este argumento no fue contestado por el tribunal de juicio.

Como antes adelantara, la postura de la defensa no puede tener cabida. Primero, porque el vicio que anuncia en la sentencia, es en el que -desde mi óptica- incurre la propia defensa. Me refiero específicamente a la abstracción del planteo, y a su presentación en términos generales, con la única salvedad en cuanto al hecho de que Villalobos Arancibia fue acusado también de otro hecho (delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo), del cual fue absuelto. Esa fue la única referencia al caso particular, las demás, fueron todas consideraciones generales.

Por lo cual, la crítica de la defensa vale más como una respetable opinión en cuanto a cómo debería rezar el art. 119, 4to. párrafo, del CP; pero no como una crítica a la constitucionalidad de dicha norma, más específicamente del mínimo de la escala, en su aplicación al caso concreto.

La defensa se valió, tanto en su alegato de cierre -en el juicio de pena-, como en su intervención ante



esta Sala, de un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Pcia. de Córdoba². Ello, a los fines de pretender, previa declaración de inconstitucionalidad de la norma, que se gradúe la pena en base a una nueva escala penal, "creada" a partir del incremento de la pena del delito en cuestión -abuso sexual gravemente ultrajante- en un tercio del mínimo y un tercio del máximo. O sea, que se gradúe la pena del imputado Villalobos Arancibia entre el mínimo de cinco años y cuatro meses, y el máximo de trece años y cuatro meses.

Tengo para mí que la redacción del art. 119 es a toda vista perfectible, mejorable. Pero lo que no puede arrogarse la magistratura es una labor legislativa, atribución exclusiva del Congreso Nacional en materia penal -art. 75 inc. 12 CN-.

Por lo tanto, ya en forma introductoria, debo decir que no coincido en absoluto con los argumentos del fallo citado por la defensa, mediante el cual no solo se declara inconstitucional una norma que puede (y si es así, debe) ser interpretada en consonancia con la Constitución Nacional, como luego se explicará, sino que, además, se atribuye el órgano jurisdiccional la potestad de crear una nueva escala punitiva

² TSJ Córdoba, Sentencia 100-2010. "Espíndola, Carlos Francisco s/Abuso sexual calificado", Expte. "E", 6/07, 21-04-2010.



(lo hace en base a los porcentajes en que se incrementa el delito de abuso sexual con acceso carnal, cuando es agravado por alguna de las circunstancias del 4to. párrafo; pero, desconociendo que, por ejemplo, el abuso sexual simple, cuando también se ve agravado por algunas de esas circunstancias, se incrementa en porcentajes mucho mayores). Con lo cual, la defensa propicia ante esta Sala, no solo la declaración de inconstitucionalidad de una norma, sino la creación de una norma nueva³. Para su análisis detallado es preciso desgranar el planteo.

Es ya doctrina consolidada de la CSJN que el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador⁴. No debe violentarse la esfera de la actividad propia del legislador, cuestión que tendría una implicancia negativa sobre el principio constitucional de división de poderes. Así sostuvo la CSJN, en reiterados fallos, que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma, tal como se concibió⁵; y, además, que debe interpretarse la norma evitando suponer la

³ El planteo de la defensa se basa en la postura adoptada por el TSJ Córdoba, en el fallo "Espíndola" ya citado, en donde se crea una nueva escala penal –Cfr. fallo citado, p. 20-.

⁴ CSJN Fallos, 302:973, 321:1614, entre muchos otros.

⁵ CSJN Fallos, 300:700, 315:2443.



inconsecuencia, la falta de previsión o la omisión involuntaria del legislador⁶.

Es en este carril que los jueces del juicio destacaron, primero, la excepcionalidad de recurrir a la declaración de inconstitucionalidad de una norma -última *ratio*-, y luego, que, para darse tal supuesto, dicha norma debía ser palmariamente contraria al bloque constitucional; citando en su respaldo nutrida jurisprudencia de la CSJN y de nuestro TSJ⁷.

Además, agregaron que la misma CSJN requiere que el impugnante efectúe un mínimo de demostración de la inconstitucionalidad alegada en su aplicación al caso⁸. Todo lo cual, entendieron, no se cumplía en el caso examinado.

Y esto es así, dijeron los jueces, porque la mera crítica a la identidad de escala penal prevista por el legislador para los dos delitos que se comparan, no resulta una crítica suficiente y eficaz a los fines de demostrar la inconstitucionalidad del art. 119, párrafo 4to, en función del párrafo 2do.

Y tampoco resulta suficiente el hecho de remarcar que el imputado fue absuelto del delito de abuso

⁶ CSJN Fallos, 331:866, 330:1910.

⁷ Cfr. Sentencia de Pena, pp. 23-25.

⁸ Nuevamente el fallo se remite a diversos precedentes de la CSJN y a doctrina especializada, cfr. p. 25.



sexual con acceso carnal; porque, en definitiva, no puede afirmarse que habría de recibir la misma pena, sino solamente que se aplicaría la misma escala legal (debiendo graduarse dentro de esa escala la pena justa).

Con lo cual, toda la crítica de la defensa denota una disconformidad con el criterio del legislador, en cuanto a que ciertas conductas graves, cuando a la vez se vean calificadas por alguna de las agravantes de los inc. "a" al "f" del art. 119, 4to. párrafo, deban penarse entre ciertos márgenes comunes (son márgenes comunes, y no "la misma pena", como afirma la defensa).

Este planteo, como bien remarcó el tribunal de juicio, ya tuvo tratamiento por parte de nuestro Máximo Tribunal Provincial, en los Acuerdos 33-2010⁹ y 133-2013¹⁰.

Dijo el TSJ, mediante un razonamiento que comparto íntegramente, que "[e]l examen de razonabilidad de la norma no puede fundarse, de modo exclusivo, en la comparación de las diversas sanciones que prevén las normas penales. Esto es así porque *...el intérprete sólo puede obtener como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes, pero de*

⁹ TSJ, Acuerdo 33-2010, Expte. 97-2009 "Morán, Luis Ernesto s/Abuso sexual", 10-08-2010.

¹⁰ TSJ, Acuerdo 133/2013, Expte. 25-2013 "Gil, Rodolfo Marcelo s/Abuso sexual", 09-10-2013.



ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema insoluble de saber si la una es desproporcionada por exceso o si la otra lo es por defecto, máxime cuando la fijación de la pena es graduable dentro del marco legal´ (C.S.J.N., T. 312, P. 851, disidencia de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Beluscio)´´ .

Luego agregó el TSJ: "La modificación introducida a través de la ley 25.087, a partir de la descripción escalonada de las conductas susceptibles de afectar la integridad sexual, más allá de su discutible técnica legislativa (señalada por esta Sala Penal en el Acuerdo n° 27/10), ha intentado no dejar librado a la interpretación judicial algunas situaciones no regladas en la legislación anterior y, como contrapartida al sistema rígido de tipificación de conductas progresivas, otorgó a los magistrados un amplio margen para la mensuración de la pena en el supuesto de agravantes concurrentes´´ .

Y dijo finalmente, despejando toda duda sobre el mínimo aplicable al caso, y su constitucionalidad: "No soslayo que el problema se verificaría si, en las



circunstancias confrontadas en autos, se impusiera una pena alejada de su mínimo legal (pues la franja media alta de punición quedaría reservada para los casos de acceso carnal, como forma de mantener los criterios de proporcionalidad establecidos previamente). Pero como dije antes, aquí el punto de ingreso a la punición (de la forma que lo solicita el acusador privado) está dado a partir de su mínimo legal -ocho años de reclusión o prisión-. Por consiguiente, la objeción constitucional que cabría efectuar a partir de la técnica legislativa empleada sería meramente conjetural¹⁴.

Ante tales argumentos dados por el TSJ, en fallos citados por la fiscalía y receptados por el tribunal de juicio, la defensa no orientó su crítica con el fin de mostrar ante esta Sala alguna diferencia esencial -entre esos casos, y el que nos convoca-, ni intentó una rediscusión del tema a la luz de nuevos argumentos.

Se basó, como antes se reseñó, solamente en un precedente de otra provincia. Precedente que, nuestro

¹⁴ Cfr. TSJ, Acuerdo 33-2010, Expte. 97-2009 "Morán, Luis Ernesto s/Abuso sexual", 10-08-2010, pp. 11-13; Acuerdo 133/2013, Expte. 25-2013 "Gil, Rodolfo Marcelo s/Abuso sexual", 09-10-2013, pp. 12-14.



propio TSJ, se encarga de rebatir argumentalmente en el fallo "Morán" antes citado¹².

La defensa luego apoyó su planteo en la circunstancia de que Villalobos Arancibia fue absuelto, en el mismo proceso, del delito de abuso sexual con acceso carnal. Ello no tiene entidad suficiente para mostrar la inconstitucionalidad de la norma: podría aducirse fácilmente que si ese delito también se hubiese constatado, la pena hubiese sido seguramente mayor. ¿Cuál sería entonces la afectación al principio de igualdad, culpabilidad o proporcionalidad? No fue explicado por la impugnante.

En síntesis, la omisión de criticar adecuadamente los fundamentos dados por los jueces en la sentencia impugnada, debilita fatalmente el planteo de la defensa. En este sentido tiene dicho este TIP que "...cuando los fundamentos del Tribunal de Juicio resultan argumentalmente obviados por el recurrente, éstos devienen incólumes y adquieren la consolidación propia de la cosa juzgada¹³". Además, por los motivos hasta aquí explicados, no se advierte

¹² Cfr. TSJ, Acuerdo 33-2010, Expte. 97-2009 "Morán, Luis Ernesto s/Abuso sexual", 10-08-2010, p. 9 y ss.

¹³ Cfr. TIP, Sentencia Nro. 33/2023, Leg. 38.056/2021 "Curiche, Victoriano s/Abuso Sexual", 14 -06-2023, p. 26; y más recientemente en Sentencia Nro. 60/2023, Leg. 154.483/2020 "Mercado, Juan Manuel s/Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el vínculo", p. 25.



de ningún modo conculcado un principio o garantía constitucional.

Resta mencionar que la defensa tenía por lo menos dos vías para solicitar el rechazo de la pena peticionada por la fiscalía en juicio: 1) demostrar probatoria y argumentalmente que ya la pena mínima de ocho años era desproporcional e irrazonable en vista a los hechos cometidos y las circunstancias atenuantes y agravantes discutidas en debate, solicitando entonces la declaración de inconstitucionalidad del mínimo legal, y la imposición de una pena por debajo de él; o bien, 2) realizar un planteo sumamente abstracto, tendiente a mostrar un error legislativo, basándose en la mera comparación de escalas penales. Eligió solamente la segunda opción¹⁴.

Ante ello, la respuesta dada por los jueces fue razonable, suficiente, y goza de un nutrido apoyo jurisprudencial. No se advierte inconstitucionalidad alguna de la norma del art. 119 por violación a los principios de proporcionalidad, igualdad o culpabilidad. Como dijo el tribunal de juicio, los jueces deben fijar el monto de pena

¹⁴ En el pedido de precisiones ante esta Sala fue tajante la defensa en cuanto a que su planteo iba encarrilado en esta única dirección. Cfr. Videograbación, Aud. 15-11-2024, 9.33.20 a 9.35.42 hs.



dentro de ciertos márgenes, sumamente amplios en este caso, teniendo en consideración el tipo y entidad de los hechos, y las demás circunstancias agravantes y atenuantes que fueron probadas.

Con lo cual, descartada la inconstitucionalidad del art. 119 en su cuarto párrafo en cuanto a la escala punitiva aplicable-, deviene abstracto el pedido de la defensa, de "crear" una nueva escala penal, para luego, dentro de ella, hallar la pena justa.

Resta decir que la técnica legislativa utilizada en el art. 119 del CP, en tanto realiza una gradación de conductas disvaliosas, y luego incluye algunas de ellas dentro de un mismo margen punitivo -cuando se constatan determinadas circunstancias-, no es un caso aislado en nuestro Código Penal. Lejos de ello, dentro del mismo "Título III", puede verse cómo el legislador utilizó la misma técnica en el art. 120 del CP, al unificar el mismo margen punitivo de las conductas descritas en el párrafo 2do. y 3ro. del art. 119. Y lo mismo puede decirse del art. 125 (gradación primero, misma escala después).

Por lo cual, más allá de lo opinable o mejorable que puedan ser esas disposiciones legales, queda clara cuál fue la intención del legislador: el tribunal debe



desplazarse dentro de esos amplios márgenes, teniendo en cuenta las conductas allí comprendidas, y las circunstancias agravantes y atenuantes probadas. No se deriva de allí afectación constitucional alguna.

Si en algún caso, un hecho por sus particularidades, o por las circunstancias personales del imputado- hace ver que la pena mínima es irrazonable, inhumana, o bien, que supera el nivel de culpabilidad por el hecho cometido, deberá presentarse el planteo con base en esa singularidad. En el presente caso, como antes se señaló, no se recurrió a esta vía (es más, el tribunal tuvo por acreditadas numerosas circunstancias agravantes que le permitieron, finalmente, despegarse del mínimo legal, lo cual no fue motivo de agravio).

Por todo ello, considero que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 119, párrafo 4to., debe ser rechazado, y, consecuentemente, debe confirmarse en todos sus términos la sentencia de pena que impuso al imputado Villalobos Arancibia la pena de nueve años de prisión de cumplimiento efectivo, más las costas del proceso. Así voto.



El Juez Dr. RICHARD TRINCHERI, expresó:
Comparto las razones y la resolución que propone el Sr.
Vocal preopinante a esta cuestión.

El Juez Dr. FEDERICO AUGUSTO SOMMER,
manifestó: Adhiero plenamente a los argumentos expuestos
por el Dr. Nazareno Eulogio, por ser fruto de lo deliberado
previamente.

III.- A la tercera cuestión el Juez Dr.
NAZARENO EULOGIO, dijo: Corresponde que la parte vencida
sea eximida totalmente de las costas, en función del
derecho del imputado a obtener una revisión integral de su
sentencia de condena, sin perjuicio del resultado de la
misma -art. 268 del CPP, art. 8.2.H de la CADH-. Mi voto.

El Juez Dr. RICHARD TRINCHERI, manifestó:
Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto,
adhiero a sus conclusiones.

El Juez Dr. FEDERICO AUGUSTO SOMMER,
expresó: Por compartir lo resuelto en relación a las
costas, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer
voto.

Conteste con las posturas enarboladas, esta
Sala del Tribunal de Impugnación Provincial, por
unanimidad,



RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación ordinaria deducida por la defensa del Sr. Villalobos Arancibia José Mercedes (arts. 233, 236, 239 y 242 del CPP).

II.- NO HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA TÉCNICA DEL IMPUTADO VILLALOBOS ARANCIBIA JOSÉ MERCEDES, DNI ..., por no constatarse el agravio manifestado, y, por ende, CONFIRMAR EN TODOS SUS TÉRMINOS LA SENTENCIA DE DETERMINACIÓN DE PENA DE FECHA 11 DE SEPTIEMBRE DE 2024, dictada en el marco de este legajo.

III.- Eximir totalmente de la imposición de costas procesales a la parte vencida por su actuación en esta instancia -Art. 268 y 270 del CPP y art. 8.2.H. CADH-.

IV. Tener presente la reserva de Caso Federal realizada por la impugnante.

V.- Regístrese y Notifíquese la presente por medio de la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General.

.....
.....
.....
.....

.....
.....

.....
.....