

causa 5376 JUICIO ORAL

///del Plata, 1 de octubre de 2014.-

.....En acuerdo ordinario se reúnen los Jueces Eduardo Oscar Alemo, Fabián Luis Riquert y Juan Manuel Sueyro para dictar veredicto y sentencia en la causa n° 5376 (IPP 01-002138-12) seguida a José Luis Bibbo y Néstor Andrés Villanueva por el delito de robo agravado y abuso sexual. Se estableció que los Jueces votarán las cuestiones esenciales a decidir en el siguiente orden: 1) Juez Riquert; 2) Juez Sueyro; 3) Juez Alemo.-

.....I...-¿Se encuentra probada la materialidad delictiva de los hechos?:

.....El Juez Riquert dijo:

.....La prueba debatida permite afirmar como cierta la existencia de los siguientes hechos:

.....Hecho 1:

.....El 27 de junio del año 2012, siendo aproximadamente las 02:00 hs., tres personas del sexo masculino ingresaron, previo forzar la persiana y fracturar el vidrio de la ventana de una de las habitaciones, a la vivienda ubicada en la calle 40 n° 1259 de la ciudad de Balcarce.-

.....En esas circunstancias sorprendieron a sus moradoras, las que se encontraban durmiendo, siendo éstas las Sras. Isabel Cutruzzola (de 58 años de edad), Ana Monti (de 86 años de edad) y Elisabetta Barbieri (de 81 años de edad), a quienes intimidaron mediante el empleo de fuerza física y de destornilladores que utilizaban como armas blancas, exigiéndoles bajo amenazas la entrega de dinero para luego atarlas de pies y manos, manteniéndolas privadas de sus libertades por espacio de una hora y media aproximadamente, apoderándose así de varios objetos entre los que se encontraban una cámara de fotografías marca OLYMPUS modelo AZ-330, tres mil dólares, tres mil pesos, un monedero de cuero con estampitas de santos conteniendo fotografías de familiares, joyas (anillos, cadenas), documentación personal entre los que en encontraban un pasaporte italiano de la Sra. Isabel Cutruzzola, un teléfono celular marca NOKIA 1100 número de abonado 02266-15674159, cuchillos, entre otras cosas. Luego de ello, se dieron a la fuga del lugar en poder de la res furtiva.-

.....A raíz de los golpes recibidos las tres víctimas presentaron heridas de carácter leves en distintas partes de su cuerpo.-

.....Hecho 2:

.....En iguales circunstancias de tiempo, modo y lugar que las descriptas en el hecho que antecede, dos de los sujetos de sexo masculino allí aludidos, contribuyendo al plan común, amordazaron y ataron en una silla a la víctima Isabel Cutruzzola y le pegaron golpes en la cabeza, ello en presencia de su madre, refiriéndole uno de ellos "queremos más plata, dónde tenés más plata, ahora vas a hablar". Acto seguido uno de ellos procedió a tomar un cable de color negro el cual utilizó a modo de picana, aplicándole corriente eléctrica de 220 V en la cara y en las rodillas a la mencionada Cutruzzola, y al advertir que la víctima no decía donde había más dinero, intensificó los sufrimientos manoseándole los senos y vagina de manera inverecunda, pasándole la lengua por la cara y amenazándola con violarla.-

.....Ambas defensas técnicas ofrecieron controversia al acusador. La posición de cada una se analizará en el acápite que corresponda, ya que cuestionan la autoría de sus pupilos, y la defensa de Villanueva, además, la calificación legal sustentada por el Agente Fiscal en los alegatos.-

.....Corresponde entonces tratar las cuestiones teniendo en cuenta la prueba producida en el debate, con más la incorporada por lectura por acuerdo de las partes en la audiencia celebrada en los términos del art. 338 del código de rito (art. 210, 373, 366 y cc del C.P.P.).-

.....Los hechos no fueron controvertidos por la defensa y se encuentran probados a partir de la declaración testimonial de Isabel Cutruzzola (debate) que dijo:

.....Que vivía con su madre y su tía Elisabetta. Relató que esa noche estaba acostada en la cama escuchando la radio. Luego sintió golpes en la ventana, entró una persona, la empujó y cayó. Ya en el suelo, le tapó la boca, y le apretó la garganta. Acto seguido ingresó en la habitación otro sujeto al que le dijo que apague la luz y a ella que no grite. Le exigieron dinero, en un primer momento se negó, y luego fueron hacia el cuarto de su madre, la cual padeció de un ACV en el año 2005.-

.....Ambas fueron llevadas hasta el comedor, las sentaron en sillas y les proferían amenazas de muerte. Acto seguido encuentran una bufanda, la atan de las manos, al tiempo que trató de abrazar a su madre porque se estaba descomponiendo.-

.....Mientras ello ocurría continuaban las exigencias de dinero. Les indicó que en un libro estaba la jubilación de su madre, que eran dos mil pesos. No se conformaron, les ofreció las llaves de su auto, un Fiat 147. Seguían las amenazas y golpes a ella y a su madre. Precisó que recibió quince golpes en la cabeza. Mientras tanto revisaban toda la casa y encontraron, utilizando un destornillador, dentro de un combinado musical, tres mil dólares y tres mil pesos, que eran los ahorros de toda su vida para pagar la sucesión de su padre. Al descubrir el dinero, vuelve su agresor muy enfurecido. Sacan de los cajones medias de nylon, las atan de pies y manos, a ella y a su madre, le seguían pegando en la cabeza. "Mientras revisaban rompían todo, hasta los azulejos del baño."-

.....Luego, el de ojos verdes, "pela el cable de la almohadilla eléctrica, lo enchufa y le dice dónde esta la otra plata". Ella no podía hablar porque estaba amordazada. Acto seguido la llevaron en andas hasta la habitación de la madre y frente a ella, "la enchufa y me da tres golpes de electricidad en la cara, y uno en la rodilla mientras le tocaba la entrepierna y los senos". Previo a ello recuerda que le dio un beso en la cara y en la boca.-

.....Recuerda que había un sujeto con un celular que iba y venía, que era de color plata, que hicieron dos llamadas y que el sonido era como el de un "grillo", escuchó que había una motocicleta preparada.-

.....Cuando se van, se desata, hace lo propio con su madre y ve a su tía que vive en el fondo, recordando que otro sujeto apareció y dijo "llamá a la ambulancia que la vieja está muy jodida". La ve a su tía, estaba "despellejada" y observa una barreta tirada al lado de una ventana fracturada de la habitación.-

.....Finalmente, va hasta lo de su vecina Marcela porque le habían cortado la línea telefónica. Luego llegó la policía y la ambulancia. Estuvieron desde las dos hasta las tres y cuarto de la madrugada.-

.....En igual sentido declararon las señoras Ana Monti (fs. 24 IPP) y Elisabetta Barbieri (fs. 25 y 131 IPP) incorporadas por lectura por acuerdo de las partes (art. 366 del CPP).-

.....Complementa la prueba la denuncia de fs. 1/2 (IPP), el acta de inspección ocular de fs. 3 (IPP), en el cual se describe un gran desorden en la vivienda, especialmente en una habitación, también en la cocina, en un placard ubicado en un hall, en otra de las habitaciones de mayor dimensión se encontraron cajones desparramados, prendas de vestir y vidrios rotos correspondientes a una ventana, como así también levantada y torcida la persiana de plástico que allí se ubica. Estas circunstancias se pueden observar en las

fotografías tomadas en la vivienda obrantes a fs. 8/15, que son más que elocuentes del accionar de estos sujetos.-

.....El croquis ilustrativo de fs. 4 y las fotografías satelitales de fs. 5/7 de la IPP dan cuenta del lugar del hecho en Balcarce . En igual sentido lo hace la pericia planimétrica (fs. 53 de la causa), todo lo cual permite determinar los lugares en que se desarrollaron las acciones y los rastros hallados.-

.....La preexistencia de los objetos se encuentra probada a partir de la denuncia de fs. 1/2 (IPP) por parte de Isabel Cutruzzola donde menciona parte de los objetos sustraídos. De igual forma Ana Monti (fs. 24 IPP) y Elisabetta Barbieri (fs. 25 IPP) y el informe de fs. 37 dan cuenta de la totalidad de los bienes sustraídos.-

.....Las lesiones sufridas por las víctimas se acreditan con los informes médicos de fs. 40. Por su parte el destornillador secuestrado en la casa de las víctimas se encuentra ilustrado en la fotografía de fs. 23 y acredita la utilización de armas con la cuales las amedrentaron (IPP).-

.....Acreditan circunstancias previas, como indicio de oportunidad al hecho, la fotografía tomada el 27/6 a las 01.01 horas, donde se ve circular un vehículo por la Avenida 31 y 32 de Balcarce (fs. 109 IPP).-

.....Completan este plexo probatorio los secuestros realizados a partir de los allanamientos practicados durante la investigación de una billetera perteneciente a Elisabetta Barbieri que contenía fotos familiares, un reloj, estampitas (acta de fs. 198/9 y reconocimiento de efectos de fs. 214 IPP), y del pasaporte italiano de la Sra. Isabel Cutruzzola (acta de fs. 173 y 195 IPP, y víctima durante el debate).-

.....Por lo expuesto doy mi voto afirmativo en la cuestión como expresión de mi sincera convicción. Arts. 371, 373 C.P.P.-

.....En sus respectivos turnos los Jueces Sueyro y Alemano votaron en igual sentido por los mismos fundamentos y citas legales y como expresión de sus sinceras convicciones (arts. 371, 373 C.P.P.).-

.....II.-¿Se encuentra acreditada la participación de los acusados en los hechos?:

.....El Juez Riquert dijo:

.....1.-Situación de José Luis Bibbo:

.....La prueba colectada permite afirmar su participación a título de coautor, que surge específicamente de la siguiente (art. 209 y 373 del CPP):

.....a) La testimonial brindada por Isabel Cutruzzola (debate), quien describió a los dos sujetos, pero hizo especial hincapié en el de ojos color verde. Relató que "fue el que pela el cable de la almohadilla, lo enchufa, le dice dónde está la otra plata, no podía hablar estaba amordazada; la llevaron en andas hasta la habitación de la madre, enchufa y me da tres golpes de electricidad en la cara, y uno en la rodilla"; recordó que antes se le acercó y le dio un beso en la cara y en la boca para luego amordazarla. Recordó la víctima que "cuando me terminó de picanear, la volvió a besuquear y la manoseó en los pechos y la entropierna." Siempre exigiendo dinero le decía para evitar que se moviera "No te muevas sino te cojo". Hizo mención que estaba impregnado de perfume, circunstancia que se condice con lo percibido también al asomarse al auto momentos antes el testigo Juan Alberto Amadeo.-

.....b) A ello debemos complementarlo con el reconocimiento efectuado, donde la víctima dijo que lo reconoció a José Luis Bibbo en el 80% (fs. 319 IPP). Durante el juicio aclaró que dijo ese porcentaje porque "cuando vinieron a casa estaban muy bien vestidos y en el reconocimiento no".-

.....c) El reconocimiento efectuado por Juan Alberto Amadeo (debate), que refirió que momentos antes del hecho lo ve a José Luis Bibbo en Balcarce alrededor de las nueve de la noche a bordo de un Citroen C3 color negro, junto a Sosa que lo ubica manejando y al negrito "Javier".-

.....No dudó durante el juicio sobre su identidad, toda vez que lo reconoció a José Luis Bibbo en la sala de audiencias y aclaró que lo conocía por haber estado juntos presos en la unidad penal.-

.....d) Del allanamiento realizado en la calle Chaco 2751 donde vive José Luis Bibbo se secuestraron destornilladores (fs. 161 y ss IPP), uno de ellos de color amarillo que en la diligencia de fs. 200/202 la víctima Elisabetta Barbieri lo reconoció al serle exhibido como similar al utilizado en el lugar del hecho. De la misma forma reconoce el monedero y las fotos carnets, de sus hijos Antonio, Raúl y la nieta María Fernanda; las estampitas del "Padre Pio", de la vírgen de "Pompei" y de "San Benito". También un reloj dorado marca "Atami".-

.....e) Las sucesivas declaraciones de José Luis Bibbo en los términos de los arts. 308 y 317 del CPP durante la IPP, se dieron de bruces a medida que el Fiscal evacuaba citas.-

.....Así, primero dijo que el autor era su hermano. La versión queda desbaratada, porque Juan Alberto Amadeo también conoce a ambos, y ante preguntas de las partes ratificó que en el auto estaba José Luis y no Guillermo (debate).-

.....Luego dijo que las cosas secuestradas en su casa eran de su esposa, incluso que las fotos en el monedero eran de sus familiares. Como se concluyó en el párrafo que antecede, nada de ello era cierto, eran de una de las víctimas.-

.....De igual forma, caída esa coartada, intentó invalidar el procedimiento, lo cual tampoco prosperó en la etapa de investigación, y dijo que el día del hecho estuvo con sus vecinas porque era el cumpleaños de su esposa.-

.....f) Las declaraciones de sus vecinas Viviana Leonor González y Silvana Andrea Scabuzzo (debate) no se condicen con el resto de la prueba y resultan un tanto inverosímiles. Ambas dijeron que salieron del trabajo a las "23.36 hs" y que luego se fueron a dar una vuelta en auto un día de semana hasta las "02.10 hs", y lo vieron a Luis arreglando el auto y les pidió un cigarrillo. Por otra parte ninguna recuerda que esa noche fuera el cumpleaños de la esposa de Bibbo, más aún ambas negaron haber ido al cumpleaños de su esposa y, por otra parte, ambas dijeron no conocer la casa de Bibbo. O bien se confundieron de día, o esa noche no había ningún cumpleaños, como dijo el imputado.-

.....Como corolario de lo expuesto, fue José Luis Bibbo la persona que estuvo junto a otras tres personas a bordo de un auto horas antes del hecho en la ciudad de Balcarce y se encontró camino a la casa de las víctimas con Juan Alberto Amadeo, que luego ingresó, junto a otras tres personas más por lo menos, al inmueble ubicado en la calle 40 n° 1259, previo fracturar una de las ventanas que está ubicada en la habitación donde estaba acostada la Sra. Isabel Cutruzzola, la amenazó con un destornillador, le pegó trompadas, la sentó, todo ello siempre con la ayuda de otro sujeto, la ató, le exigió dinero, la picaneó, la manoseó en sus partes pudendas y luego se dio a la fuga.-

.....Por ello, debe responder a título de coautor de los hechos 1 y 2. (conf. art. 45 C.P).-

.....2.- Situación de Néstor Andrés Villanueva:

.....Al igual que con el resto de los imputados y varios sospechados, el Agente Fiscal durante la investigación realizó diligencias de reconocimiento en rueda de personas o fotográficos, descartando a algunos de ellos y continuando la pesquisa respecto a otros,

con los siguientes resultados:

.....a) De las tres víctimas, sólo Isabel Cutruzzola en la diligencia de fs. 323 IPP dice que le parece que es el ubicado en el n°2, aludiendo a Néstor Villanueva.-

.....b) La declaración de Juan Alberto Amadeo; durante la IPP declaró bajo reserva de identidad. En la diligencia lo reconoce a Néstor Andres Villanueva, alias "el chino", como la persona de Mar del Plata que se encontró en Balcarce horas antes del hecho en un auto junto a otros tres (fs. 393 y ss IPP). Durante el juicio el testigo no reconoció a Néstor Villanueva en la sala, a contrario con lo que había sucedido respecto a José Luis Bibbo. También el Fiscal le exhibió las fotografías con las que oportunamente hiciera la diligencia y tampoco lo reconoció.-

.....c) Por su parte la misma Isabel Cutruzzola, al practicar la diligencia respecto a su hermano Carlos Iván Villanueva, (fs. 412 IPP) dijo que el N° "1" es muy parecido, que le sacó joyas y que lo reconoce en un 60%, es decir, con mayor precisión dentro de la endeblez de la diligencia.-

.....Coincidió cuando durante los alegatos el propio Agente Fiscal dijo respecto a los reconocimientos "no hay certezas, sino aproximaciones". Ante este panorama probatorio, el resto de la prueba en forma unívoca debe arribar a una conclusión acerca de la culpabilidad del encartado.-

.....¿Qué otras circunstancias lo vinculan a Néstor Andrés Villanueva?:

.....d) El indicio del secuestro del pasaporte de la víctima en la casa de su hermano Carlos que vivía junto al abuelo de ambos -Carlos Alberto Villanueva- en el domicilio de la calle William Morris 8936.-

.....Carlos Villanueva afirmó en su declaración del art. 308 CPP (fs. 227/29 IPP) que su hermano Néstor le dijo que se había mandado "una cagada en Balcarce" por un robo. Al preguntársele sobre el pasaporte secuestrado en su casa no dio explicaciones, supuso que se lo había dejado su hermano junto con una caja de herramientas. Que según dichos de su abuelo y de su padre, al día siguiente Néstor había ingresado por la fuerza a la habitación y se llevó la caja de herramientas.-

.....El abogado defensor Borawski Chanes cuestionó que se valore el testimonio del abuelo de Villanueva, toda vez que declaró en favor de uno de sus nietos en detrimento del otro, violando la normativa a su entender del art. 235 del CPP. Esta testimonial fue incorporada (fs. 236 IPP) por lectura toda vez que el señor falleció, encontrándose en uno de los supuestos admitidos por el art. 366 del código de rito.-

.....Sin perjuicio del alcance del valor convictivo que cada operador pueda atribuirle a su declaración, no advierto motivo alguno para desconocer su contenido.-

.....Lo cierto es que, con la incorporación por lectura, se desconocen los motivos por los cuáles el testigo optó por un nieto y no por el otro, y tampoco explica cómo llegó el pasaporte de la víctima a la casa. A su vez, este testimonio no pudo ser controlado por la defensa, por lo que el valor que le asigno es meramente indiciario y no unívoco (art. 210 y 373 del CPP).-

.....e) El sobrenombre. Cuando Villanueva fue convocado por el Fiscal a los fines del art. 308 C.P.P. informó ser conocido por el apodo de "Nestitor" (fs. 310) y más adelante (fs. 573) declaró que su hermano es el que tiene el apodo de "Chino", como también opuso como coartada hallarse lejos de Balcarce al momento en que el delito era cometido.-

.....f) El uso del NEXTEL: Surge a partir de los dichos, como coimputado, de Carlos Maximiliano Sosa en su declaración en los términos del art. 308 del CPP (fs. 359 IPP). Allí dice que conoce al "chino" Néstor Villanueva y que le alquiló tres celulares, uno de

ellos, a su nombre identificado bajo el n° 223154426505. Se ubica el día del hecho en la ciudad de Mar del Plata festejando en su casa el cumpleaños de su esposa. También dice que conoce a Mieles pero no a Bibbo.-

.....Respecto a estos dichos deben realizarse dos observaciones: la primera, aunque obvia, es que declara como imputado y que no estuvo presente en el debate por haber arribado a una solución alternativa al conflicto. La segunda, planteada por el defensor, que no es una declaración desinteresada sino que se exculpa diciendo que no estaba en la ciudad de Balcarce cuando sucedían los hechos.-

.....De lo expuesto no se puede afirmar, con el grado de certeza que exige esta etapa, qué persona utilizó el Nextel a nombre de Carlos Maximiliano Sosa en la ciudad de Balcarce, cuando se hiciera una comunicación que fuera captada por la antena ubicada en la calle 8 de Balcarce a las 02.01.31 y a las 02.01.57 cuando se estaba cometiendo el hecho (fs. 78, 79 y 113 IPP). También surge del informe que a las 02.26 hs. el Nextel 762*5598, celular 0223-154063555, a nombre de Juan Carlos Fernández con domicilio en la Capital Federal, abre la antena de la calle 8 de Balcarce y llama al Nextel 702*2847, celular 0223-154003286, perteneciente a Ricardo César Sierra. Es decir, no se hicieron comunicaciones en Balcarce, sólo desde el nextel de Carlos Maximiliano Sosa, sino también, por lo menos desde otro más.-

.....g) El Agente Fiscal hizo hincapié en un procedimiento policial previo como indicio de sospechabilidad, que fue llevado a cabo el día 20 de mayo a las 02.30 hs., donde se lo demorara a Néstor Villanueva, según consta a fs. 92/93 IPP. El mismo es indicativo, pero no unívoco: de hecho, de las personas que fueran demoradas, Juan Pablo Espejo, Carlos Maximiliano Sosa, Néstor Andrés Villanueva, Marcos Néstor Damián Rodríguez y Leandro Miguel Mieles, sólo se relacionaron con el hecho a Sosa y a Villanueva (este último lo reconoció a fs. 574 y vta. IPP).-

.....El Oficial Rubén Oscar Sánchez (debate) recordó el procedimiento e hizo referencia a que se secuestraron destornilladores y guantes, recordando sólo que los ocupantes del auto eran gente de Mar del Plata.-

.....Por lo tanto, es un indicio que el propio Fiscal admitió en los hechos como multívoco. A Néstor Villanueva lo ubica en la casa de la víctima y no se encontraba a bordo del rodado en esa oportunidad. Y a Sosa como partícipe necesario, pero lo ubica el día del hecho en la ciudad de Mar del Plata.-

.....h) Frente a este cuadro de indicios anfibológicos, debemos confrontarlos con la declaración en los términos del art. 317 del CPP de Néstor Villanueva (fs. 573 IPP). Allí nos dice que en la hora del hecho estaba en Miramar junto a otras personas y que a él no le dicen "el chino".-

.....i) Su versión fue ratificada por Joaquín Cena, Anabella Luján Pereyra Reyes y Yamila Armoa (debate).-

.....Los testigos fueron contestes en que el 26 de junio era el aniversario de novios de Anabella Pereyra Reyes con Joaquín Cena. Que ambos trabajaban en un Bowling en la ciudad de Miramar esa tarde hasta la noche. Que llamó a su hermana Yamila Armoa para salir junto a Néstor Villanueva. Le pidió las llaves del auto a Marcelo Adrián Gianello, tío de Néstor, y fueron a buscarlos. Luego, todos regresaron hasta la casa donde también vivía Villanueva y se quedaron allí hasta la madrugada. Describieron cómo era el dúplex del barrio "Centenario".-

.....Finalmente ninguno de los testigos, ni Gianello, Cena, Pereryra Reyes y Armoa, lo conocían a Néstor como "el chino" (debate).-

.....Analizada entonces que fuera la prueba e indicios, encuentro un estado de duda razonable que me impiden realizar un juicio de responsabilidad respecto a Néstor Andrés Villanueva (art. 18 C.N., art. 10 CPBA, 45 C.P., art. 1 C.P.P.).

.....En consecuencia doy mi voto afirmativo respecto a la responsabilidad criminal de Bibbo y negativo respecto a Villanueva, en la cuestión planteada como expresión de mi sincera convicción (arts. 210, 371, 373 C.P.P.).-

.....En sus respectivos turnos los Jueces Sueyro y Alemanno votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos y citas legales.-

.....III.....¿Concurren eximentes?:

.....El Juez Riquert dijo:

.....No han sido planteadas por el defensor de Bibbo, ni las encuentro presentes en los hechos ventilados (arts. 371, 373, 375 C.P.P.; 34 a contrario sensu C.P.).-

.....Voto entonces por la negativa por ser el fruto de mi sincera convicción (art. 210 C.P.P.).-

.....En sus respectivos turnos los Jueces Sueyro y Alemanno votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos y citas legales.-

.....IV.....¿Existen circunstancias atenuantes?:

.....El Juez Riquert dijo:

.....Propuso el defensor el buen concepto informado a fs. 273/74 IPP. Si bien allí los vecinos dicen que lo conocen de vista, debe considerárselo, favor rei, como bueno (art. 1 del CPP).-

.....Así voto como expresión de mi sincera convicción (arts. 371, 373, 375 C.P.P. y 41 C.P.).-

.....En sus respectivos turnos los Jueces Sueyro y Alemanno votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos y citas legales.-

.....V.....¿Existen circunstancias agravantes?:

.....El Juez Riquert dijo:

.....El Agente Fiscal dentro de sus alegatos, al tratar este tópico afirmó: "este hecho no pudo tener consecuencias más gravosas que las que estamos juzgando, hubo de todo, golpes, tortura, delito aberrante y el mayor de los castigos y de las mujeres". Debo coincidir con sus afirmaciones.-

.....Así las puntualizó:

1) La nocturnidad en la perpetración del hecho. Ingresaron a la casa mientras las tres mujeres estaban durmiendo, eliminando toda capacidad de respuesta. A su vez, esa nocturnidad sirvió para que en una ciudad con pocos habitantes y movimientos fuera menos probable que terceros advirtieran maniobras sospechosas que justificaran llamar a la policía.-

2) Pluralidad de víctimas. También debe valorarse, toda vez que se hicieron de un botín mayor, exigiéndoles continuamente más dinero al convivir en dos inmuebles contiguos.-

3) Edad de las víctimas y su condición de mujer. Corresponde valorarlos por el doble grado de vulnerabilidad, mujeres mayores de edad, con mínima o nula capacidad para poder resistirse, lo que demuestra un grado de cobardía extremo. También de falta respeto hacia dos mujeres ancianas de 86 y 81 años, respectivamente (Monti y Barbieri).-

4) Excesiva violencia desplegada. Coincido con el Fiscal. Totalmente desmesurada, ni el más mínimo sentido de humanidad se advierte en los hechos. Picanas, golpes violentos a mujeres indefensas, constituyen prueba de ello.-

5) Extensión del daño causado. Nos dijo Isabel Cutruzzola: "Uno deja de vivir, no tenemos

más tranquilidad, vivimos enrejadas, esto me lo llevo a la tumba, no lo supero más, estuve con gastritis, un año en tratamiento. Se termina la tranquilidad, estás siempre pendiente". Hizo mención que como consecuencia de los golpes su tía de 88 años perdió la visión en un ojo. Si bien no hay peritaje psicológico, la alteración anímica que pudo observarse en la testigo demuestra a las claras la intensidad del sufrimiento y su perduración en el tiempo, sin que surja de lo actuado la existencia de alguna otra razón que lo justifique.-

.....También debe considerarse el daño material, en especial la sustracción de tres mil dólares que las damnificadas habían ahorrado durante años para pagar los gastos de un juicio sucesorio y que a la fecha del debate, según manifestó la Sra. Cutruzzola, no pudieron reponer, con gran perjuicio para la familia.-

6) Mala conducta precedente que se acredita con las múltiples sentencias condenatorias. Debe hacerse lugar al pedido, toda vez que demuestra una falta de motivación con el sistema penal (conf. SCBA, "L.C.A. S/ recurso de casación", causa 111.820 y acumulada 117.335, 31/7/2013).-

.....Así voto como expresión de mi sincera convicción (arts. 371, 373, 375 C.P.P. y 41 C.P.)

.....En sus respectivos turnos los Jueces Sueyro y Alemanno votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos y citas legales.-

.....Con lo cual los Jueces dieron por concluido el acuerdo dictando veredicto condenatorio respecto a Bibbo y absolutorio respecto a Villanueva, disponiendo pasar a tratar las cuestiones del art. 375 C.P.P.-

.....VI.-¿Qué calificación legal corresponde a los hechos traídos a conocimiento?:

.....El Juez Riquert dijo:

.....a) El hecho 1 fue calificado por el Agente Fiscal como "ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS, POR SU COMISION EN POBLADO Y EN BANDA Y POR SER COMETIDO CON EFRACCION; PRIVACION DE LA LIBERTAD AGRAVADA Y LESIONES LEVES", todos ellos concurriendo en forma ideal (arts. 45, 54, 142 inciso 1, 166 inciso 2, primer párrafo, 167 incisos 2 y 3 del C.P.).-

.....Este segmento de la imputación no fue cuestionado, no obstante ello, por aplicación del principio iura curia novit, considero que la subsunción es la correcta.-

.....b) Respecto al hecho 2 sostuvo el acusador que la calificación que corresponde es la de "abuso sexual gravemente ultrajante" en concurso ideal con "torturas" (arts. 119 segundo párrafo, 144 tercer inciso 1 y 54 del C.P.).-

.....El Agente Fiscal durante sus alegatos consideró que el hecho debía mutar su calificación original con la cual intimara a los imputados y elevara a juicio, abuso sexual simple, por la de abuso sexual gravemente ultrajante.-

.....En su momento el Tribunal consideró que no correspondía ampliar la acusación y así se resolvió durante la audiencia, toda vez que el sustrato fáctico por el cual fueran intimados los imputados no se encontró modificado con nuevas circunstancias agravantes.-

.....Frente al cuadro descripto, no advierto nuevos elementos probatorios que permitan subsumir la conducta en el tipo agravado del segundo párrafo del art. 119 del C.P., y considero que el cambio de calificación no puede prosperar.-

.....No se produjo mayor prueba de la que existía en este sentido y que llevara al Agente Fiscal a calificarlo durante toda la investigación y la elevación a juicio como abuso sexual simple (art. 119 primer párrafo del C.P.).-

.....Esto no es óbice, y coincide con la postura fiscalista, que es perfectamente posible la coautoría en los abusos sexuales, donde cada uno tome un rol activo para realizar, como

en este caso los tocamientos en las partes pudendas de la víctima, mientras que el otro sujeto la sostenía atada en la silla.-

.....La agravante en este caso estaría compuesta por las "circunstancias de su realización" (conf. 119 segundo párrafo in fine del art. 119 C.P.).-

.....Está probado que existieron tocamientos inverecundos en el cuerpo de la víctima, con el objeto de que dijera dónde había más dinero. De los dichos de la Sra. Isabel Cutruzzola (debate) surge que fueron tocamientos sobre la ropa en zona de sus senos y en la entrepierna; también que hubo besos en la cara y que la persona le pasó la lengua. De su relato surgió que para ella fueron sumamente desagradables, situación que es a todas luces comprensible, pero que no se encuentran dentro de las previsiones de considerarlo gravemente ultrajante, como lo exige la norma, por su duración o circunstancias.-

.....Para ello estas circunstancias deben ser demostrativas de un mayor desprecio a la dignidad personal de la víctima que el que por sí importa la comisión de todo atentado a la integridad sexual, que de por sí, como refiere Reinaldi, ya es ultrajante. El autor menciona como posibles "plus" de agravamiento, la introducción de objetos, a los que lo consideren, la "fellatio in ore", actos de bestialidad, entre otros, situación que no es asimilable al hecho aquí ventilado. (Reinaldi, Víctor; Los Delitos Sexuales. Marcos Lerner. Año 1999, p.66).-

.....Es por ello que corresponde calificar al hecho 2 como ABUSO SEXUAL SIMPLE (art. 119 del C.P.).-

.....También mantuvo el Fiscal el planteo que sostuvo durante la etapa de investigación, considerando que el abuso debía concurrir en forma ideal con el tipo penal de las "torturas" (arts. 55, 144 ter del C.P.).-

.....Pese al férreo planteo del Agente Fiscal, toda vez que reconoce que su postura es minoritaria, en mi criterio el mismo no puede prosperar.-

.....Su planteo finca en que el art.144 ter del C.P. acepta que un particular pueda ser autor del delito de torturas.-

.....Apoya su postura sosteniendo que, luego de la reforma constitucional de 1994, la "Convención contra la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" posee jerarquía constitucional, lo cual implicó un cambio en la interpretación de lo que debe entenderse por tortura, prevaleciendo sobre la normativa interna.-

.....Citó el precedente de este tribunal "Villalobos" (causa 3865) con la antigua composición, en la cual por mayoría se resolvió su petición considerando que un particular podía ser autor del delito de tortura.-

.....La primera cuestión a resolver es de hermenéutica constitucional, toda vez que se parte de los tratados con jerarquía constitucional para habilitar una interpretación extensiva de la ley penal.-

.....Merece especial atención el caso a resolver toda vez que respecto a la "Convención contra la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" y el Código Penal Argentino ya se realizaron interpretaciones respecto al alcance del art. 1º del tratado para discernir la tortura del apremio ilegal (art. 75 inciso 22, segundo párrafo C.N.).-

.....El problema, como se sabe, comienza con que la Ley 14.616 no definió la tortura, pero castigaba al funcionario público que impusiere a los presos bajo su guarda cualquier especie de tormentos, por lo que la interpretación quedó librada al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia. Podemos resumirlas en que la diferencia entre la tortura y los apremios ilegales, lo es respecto al mayor grado de intensidad.-

.....Luego, con la sanción de la ley 23.097 se la definió en el inciso 3 del art. 144: "Por

tortura se entenderá no solamente a los tormentos físicos, sino también a la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente". A partir de allí se había escindido la finalidad, quedando sólo para los apremios ilegales.-

.....Con la incorporación de la "Convención contra la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" se afirma que por el orden de prevalencia del instrumento internacional se debe estar a la definición de tortura allí establecida (conf. Buompadre, Jorge, Derecho Penal. Parte Especial, T.1, 2º edición actualizada, MAVÉ, 2003, p.555 y ss). También la jurisprudencia del Tribunal de Casación siguió esta postura.-

.....Pero el Agente Fiscal apoya sus argumentos, ya no sólo en el primer párrafo del art. 1, sino que hizo especial referencia en el inciso 2, Parte I, de la Convención, que dice: "El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".-

.....Y agregó que esta disposición luego se reitera en el art. 16 inciso 2: "La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión".-

.....Estamos ante un claro caso de aplicación del bloque de constitucionalidad, entendido por la Constitución Nacional y los Tratados con igual jerarquía (art. 75 inciso 22, segundo párrafo del texto fondal).-

.....Decíamos que se trata de un problema de interpretación constitucional y que un criterio rector señero fue establecido por el maestro Bidart Campos, al sostener que se aplicará uno u otro, de acuerdo al principio pro homine, es decir, el más garantizador al hombre.-

.....En el caso sub examine, por mayor jerarquía, se debe estar en principio, a la Convención por sobre el Código Penal. No obstante, como se señalara, si la norma de derecho interno tipifica de una manera más amplia, ya sea la conducta, o los sujetos activos, la convención no ofrece reparo alguno. Es por ello que se habla de la complementariedad de la fuente interna (CN y leyes) y externa (Tratados Internacionales) que explican el funcionamiento del bloque de constitucionalidad federal.-

.....Llegado a este punto la discrepancia con el Agente Fiscal es insalvable. No se trata de negar que un particular pueda cometer el delito de tortura. Lo habilita tanto la Convención como el Código Penal. Pero ambos cuerpos normativos lo circunscriben a la relación funcionario-sujeto, puesto este no podría ser autor del delito, pues no habría actuado a instigación o con el consentimiento de aquel, como exige el art. 1º de la Convención (conf. Buompadre, ob.cit).-

.....No se puede escindir el inciso 3 del art. 144 CP del resto, la interpretación es sistémica y no como compartimentos estancos, es por ello que afirmo, siguiendo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que el Código Penal no autoriza de manera autónoma la tortura por parte de un particular.-

.....Como ya vimos, desde sus orígenes la discusión doctrinal y jurisprudencial versó sobre qué se entendía por tortura, pero no sobre quién era el sujeto activo: debía ser siempre un funcionario público -delito especial propio.-

.....Surgieron luego problemas que apareja esta categoría, de aquel que ejecutaba la tortura y no era funcionario, como el caso de los nazis ó de la dictadura militar argentina. Por ello se amplió al sujeto activo, siguiendo la teoría de la autoría mediata por maquinarias, aparato o estructuras de poder organizados de Roxin, pero siempre dentro del mismo contexto de relación Estado-particular.-

.....Finalmente, como lo reconociera el titular de la vindicta pública, el fallo de este tribunal fue revisado por la Sala II de la Casación (c.33.882) con el voto del Dr. Celesia. Así sostuvo: "En el delito de imposición de torturas previsto en el art. 144 tercero inc. 1º del Código Penal, según la ley 23.097, aún cuando la ejecución de la conducta quede a cargo de particulares, el sujeto pasivo debe ser una persona detenida legítima o ilegítimamente por la autoridad, cuya privación de la libertad tenga origen en una relación funcional sin que pueda entenderse que la disposición se refiera también a las personas privadas de la libertad por los mismos particulares pues lo contrario importaría una indebida extensión de la punibilidad establecida en el tipo objetivo, en tanto la segunda parte de ese inciso remite a los hechos descriptos en el párrafo primero.-

.....Cuando la ley considera sujeto activo del delito del art. 144 tercero del C. Penal a los particulares, las torturas deben ser inflingidas a personas privadas de su libertad con motivo de una actividad funcional derivada de la orden o la acción de un funcionario público, lo cual se desprende de quien es nominado como autor del delito en el párrafo remitido y de la referencia a la legitimidad o ilegitimidad de la privación de la libertad, la última vinculada con el art. 144 bis inc. 1º (Creus, Tomo I, pag. 307), que no cabría cuando el que priva de la libertad es un particular. En este caso la tipicidad debe desplazarse hacia otras figuras de delitos contra la libertad o las personas.-

.....Si el legislador hubiera querido independizar al particular de la conducta típica relacionada con la condición del sujeto pasivo, habría adoptado una metodología distinta mediante la conformación de un tipo independiente.-

.....En ese sentido, la fundamentación de la ley 23.097 que reemplazó la sistemática de la ley 14.616, contenida en el diario de sesiones de la Cámara de Senadores según explica Solzona ("Delitos contra la libertad", pag. 45) se aludía a que "nadie podría justificar la tortura como método de la justicia para averiguar la verdad..".-

.....De lo expuesto, tampoco es correcto colegir que si no se admite la tortura de un particular sin conexión con algún funcionario público quedarían lagunas de impunidad, toda vez que esta conducta queda atrapada por otros tipos penales que protegen la libertad y la propiedad, como en este caso la privación ilegal de la libertad agravada y el robo agravado (ya sea por el uso de armas y por producir lesiones en las víctimas).-

.....Teniendo en cuenta las consideraciones expresadas considero que el encuadre jurídico que corresponde al suceso es, HECHO 1: "ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS, POR SU COMISION EN POBLADO Y EN BANDA Y POR SER COMETIDO CON EFRACCION, PRIVACION DE LA LIBERTAD AGRAVADA Y LESIONES LEVES", todos ellos concurriendo en forma ideal (arts. 45, 54, 142 inciso 1, 166 inciso 2, primer párrafo, 167 incisos 2 y 3 del C.P.) debiendo responder José Luis Bibbo en carácter de coautor; y respecto al HECHO 2: ABUSO SEXUAL SIMPLE, los que concurren materialmente entre sí (art. 119, 45, 55 del C.P.).-

.....Así voto como expresión de mi sincera convicción (arts. 373, 375 inc. 2 del C.P.P.).-

.....En igual sentido votó el Juez Sueyro y dijo:

.....Debo adherir a las conclusiones del Magistrado que me antecede.-

.....Efectivamente, como lo indicó el Agente Fiscal, fui el Juez que votó la disidencia en la causa "Villalobos", por lo que adhiero por sus fundamentos al voto que antecede por ser expresión de mi sincera convicción.-

.....El Juez Alemán dijo:

.....El delito de tortura:

.....Las Salas I y II del Tribunal de Casación Penal han excluido la aplicación de la

figura de tortura en casos semejantes al de esta causa. Sin embargo, no existiendo aun mayoría de votos en el tribunal de alzada, insistiré en mi convicción coincidente con la pretensión acusatoria del Fiscal de Juicio Rodolfo Moure.-

.....Cierto es que el art. 1 inc. 1 de la Convención Internacional contra la Tortura define a ésta como el acto de infligir dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, con el fin de obtener de una persona información, o una confesión, o para castigarla, o para intimidarla, etc., siempre que dichos dolores o sufrimientos sean causados por un funcionario público y otra persona en el ejercicio de funciones públicas, etc.-

.....Pero no es menos cierto que a continuación se establece que la definición del art. 1 lo es a "los efectos de la presente convención" (y no otros, agrego yo) como también que "el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance" (el subrayado me pertenece).

.....Con lo cual la Convención nos deja un mandato (dar la máxima protección legal posible contra la tortura) que debe considerarse a la vez pauta interpretativa de la ley local (adoptar la interpretación que conduzca al mayor castigo posible).-

.....Más allá del discurso político en el debate parlamentario, lo concreto es que la literalidad del art. 144 tercero del Código Penal Argentino establece que "igual pena se impondrá a los particulares que ejecutaren los hechos descriptos (las torturas)", por lo que, me pregunto:

.....¿Porqué se pretende interpretar la letra de la ley limitando sus alcances, esto es, retaceando protección contra la tortura contrariando el mandato de la Convención internacional ?

.....¿Cuál es el motivo superior por el cual se permite que las personas que torturan sin la intervención de un funcionario público queden sujetas a penas mínimas en relación a tan deleznable conducta?

.....¿Porqué en la labor interpretativa se priorizan palabras dichas durante una discusión parlamentaria incompleta por sobre la literalidad del texto legal, el mandato de la Convención internacional y el más elemental sentido de justicia?.-

.....Por ello la actual doctrina de las Salas I y II del Tribunal de Casación Penal, que deja casi sin sanción a los civiles que torturan a sus semejantes, constituye a mi ver una solución humanamente disvaliosa, intrínsecamente injusta y contraria al mandato de la Convención Internacional y, por ende, una decisión cuya aceptación es incompatible con la misión de los jueces conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia en Fallos 302:1284.-

.....El abuso sexual:

..... Otro aspecto en el que disiento con mis colegas nantes es en lo relativo a la calificación del abuso sexual al que considero gravemente ultrajante por las circunstancias de su perpetración (art. 119 2do. párrafo C.P.). Tengo en cuenta al respecto que la víctima fue agredida sexualmente en presencia de su madre, una anciana de más de 80 años, y de un modo asqueroso, lamiéndosela lascivamente al mismo tiempo que se le aplicaba tortura con electricidad.-

.....De la presencia de la madre, del sufrimiento extra de la testigo ante el sufrimiento adicional causado a su madre al obligarla a presenciar la escena y del sentimiento de asco al recordar las lascivas lamidas, de todo ello se quejó amargamente la damnificada al prestar declaración. Sus gestos de repugnancia graficaron su sentir.-

.....Por ello, dadas estas concretas circunstancias, conceptúo a la acción como una injuria grave a la persona de la víctima con inusitado desprecio por su persona y sentimientos, esto es, un grave ultraje.-

.....En lo demás no controvertido adhiero a los votos precedentes por sus fundamentos y citas legales como expresión de mi sincera convicción. Art. 375 C.P.P.-

.....VII.-...¿Qué pronunciamiento corresponde adoptar?:

.....El Juez Riquert dijo:

.....Teniendo en cuenta las conclusiones del veredicto, la calificación penal adoptada por mayoría y la disvaliosidad de las acciones que se juzgan, considero adecuada la imposición a JOSE LUIS BIBBO de la pena de DIECISEIS AÑOS DE PRISION con las accesorias del art. 12 C.P. y el pago de las costas del proceso como coautor del HECHO 1 "ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS, POR SU COMISION EN POBLADO Y EN BANDA POR SER COMETIDO CON EFRACCION, PRIVACION DE LA LIBERTAD AGRAVADA Y LESIONES LEVES" todos ellos concurren en forma ideal y respecto al HECHO 2: ABUSO SEXUAL SIMPLE, (arts. 45, 54, 142 inciso 1, 166 inciso 2, primer párrafo, 167 incisos 2 y 3, 55, 119 del C.P.).-

.....Con relación al imputado NESTOR ANDRES VILLANUEVA, se lo debe absolver por existir un estado de duda insuperable respecto a su participación criminal en los hechos materia de acusación fiscal (arts. 1, 201, 373 del CPP, 18 CN, 10 CPBA.).-

.....En sus respectivos turnos los Jueces Sueyro y Alemán votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos y citas legales del voto precedente.-

.....Por todo ello, el Tribunal RESUELVE:

.....I.-...CONDENAR a JOSE LUIS BIBBO por ser coautor penalmente responsable de los delitos de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS, POR SU COMISION EN POBLADO Y EN BANDA POR SER COMETIDO CON EFRACCION, PRIVACION DE LA LIBERTAD AGRAVADA Y LESIONES LEVES (hecho 1) todos ellos concurren en forma ideal, y del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE (hecho 2), en concurso real, e imponerle la PENA DE DIECISEIS AÑOS DE PRISION, con más los gastos y costas del juicio (arts. 12, 29, 40, 41, 45, 54, 55, 119, 142 inciso 1, 166 inciso 2, primer párrafo, 167 incisos 2 y 3 C.P.; 529/533 C.P.P.).-

.....II.-...No hacer lugar al pedido de declaración de reincidencia de José Luis Bibbo, por cuanto desde el vencimiento de la pena impuesta en causa nro. 3472 de este Tribunal, durante el trámite de la cual cumplió el causante pena privativa de libertad, ha transcurrido el plazo previsto en el art. 50 C.P., último párrafo.-

.....Respecto del antecedente informado de la causa nro. 17758 del Juzgado de Garantías nro. 4 Departamental, la pena allí impuesta se tuvo por compurgada con el tiempo cumplido en prisión preventiva.-

.....III.-...ABSOLVER a NESTOR ANDRES VILLANUEVA por no existir prueba suficiente de su responsabilidad en los hechos por los cuales el Agente Fiscal formulara acusación y, consecuentemente, disponer su inmediata libertad, la cual se hace efectiva desde estos estrados por encontrarse detenido a disposición exclusiva de este Tribunal (arts. 1, 201, 373 del CPP, 18 CN, 10 CPBA.).-

.....IV...-Diferir la regulación de los honorarios profesionales de los abogados intervinientes hasta tanto den cumplimiento con sus obligaciones fiscales y previsionales, a lo cual ya fueron intimados.-

.....V...-Firme, puede el Ministerio Público Fiscal proceder con los objetos secuestrados de acuerdo a su naturaleza (art. 23 C.P.; 522/523 C.P.P).- fdo: Eduardo O. Alemanno, Fabián L. Riquert, Juan M. Sueyro. Jueces.-