

Reg. n° 1008/2017

En la ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de octubre de 2017, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Luis M. García, Horacio Días y María Laura Garrigós de Rébora, y asistidos por el secretario Santiago A. López, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 1630/1675 y fs. 1676/1716 por la defensas de Hernán Pablo Kippke y de Sebastián Bruno, respectivamente, en la presente causa N° 29.646/2013, caratulada “**Kippke, Hernán Pablo y otros s/condena**”, de la que **RESULTA:**

I. Por sentencia de fs. 1592, cuyos fundamentos obran a fs. 1596/1621, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 18 de esta ciudad resolvió lo siguiente:

“I. NO HACER LUGAR A LAS NULIDADES Y PLANTEOS DE INCONSTITUCIONALIDAD solicitadas por las defensas.

II. CONDENAR A SEBASTIÁN BRUNO (...) por resultar coautor penalmente responsable del delito de privación ilegal de la libertad con el fin de obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad, agravado por haberse causado intencionalmente su muerte, a la PENA DE PRISIÓN PERPETUA, accesorias legales y costas (artículos 12, 29 inciso 3°, 45, 142 bis anteúltimo párrafo del Código Penal; y 396, 398, 400, 403, 530 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación).

III. CONDENAR A HERNÁN PABLO KIPPKE (...) por resultar coautor penalmente responsable del delito de privación ilegal de la libertad con el fin de obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad, agravado por haber causado intencionalmente su muerte, a la PENA DE PRISIÓN PERPETUA, accesorias legales y costas (artículos 12, 29 inciso 3°, 45, 142 bis anteúltimo párrafo del Código Penal; y 396, 398, 400, 403, 530 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación)”.

II. Contra los puntos I y III de aquella sentencia, la defensa pública de Hernán Pablo Kippke interpuso el recurso de casación de fs. 1630/1675 -que fue concedido a fs. 1720/1721-, que se fundó en los

siguientes motivos:

a) Errónea aplicación de la ley procesal prevista bajo pena de nulidad.

a.1) Nulidad de la detención y declaración testimonial de Sebastián Bruno; y de la identificación y detención de Hernán Pablo Kippke: Argumenta que su defendido fue vinculado a los hechos a partir de la declaración recibida bajo la forma testimonial a Sebastián Bruno, cuando éste ya era sospechado del hecho, y que no hubo otro cauce de investigación que vinculara a su defendido con los hechos del caso. Destacó que el propio tribunal oral había dicho que la declaración testifical era nula, por lo que correspondía declarar la nulidad de todo lo actuado en consecuencia y absolver a su asistido, pues no resultaría legítimo retrotraer el proceso a etapas ya superadas en violación del debido proceso y al derecho a ser juzgado en un plazo razonable;

a.2) Nulidad de las acusaciones: Subsidiariamente sostuvo que se violó el principio de congruencia, al presentarse la acusación en el debate, toda vez que los hechos imputados diferían de aquellos por los cuales había sido requerida la elevación a juicio. Así, indicó que en esta pieza se afirmó que los imputados retuvieron contra su voluntad a Gustavo Federico Gattoni desde las 15:00 hasta las 20:00 horas del 5 de junio de 2013, mientras que en el alegato al final del debate se extendió la privación ilegal de la libertad hasta el deceso del nombrado que se produjo entre la 1:30 y las 2:40 horas del 8 de junio de ese año. Sostuvo que ello configuró un cambio sustancial de la base fáctica pues, no resultaba equivalente imputar a una persona que mantuvo retenida a otra contra su voluntad por un período de tiempo cercano a las cinco horas, que por un lapso de al menos tres días;

a.3) Arbitrariedad de la sentencia por inobservancia de los arts. 123 y 404 inc. 2 del CPPN, y desconocimiento del principio in dubio pro reo: Afirmó que se incurrió en arbitraria valoración de la prueba, toda vez que no se ha podido determinar la causa de la muerte de Gustavo Federico Gattoni, ni la intervención de Hernán Pablo Kippke en el hecho. En tal sentido, indicó que el tribunal sostuvo que la muerte de aquél tanto pudo haber ocurrido por efecto de una golpiza infligida con ese fin, o como consecuencia de golpes que lo dejaron en agonía y sin asistencia médica

hasta su deceso. Que se trataba de opciones excluyentes entre sí, o lo mataron a golpes o lo dejaron morir, lo que no eran hipótesis equivalentes. Asimismo, señaló que según el informe presentado por la médica especialista en neurocirugía Silvia Inés Berner –a pedido de la defensa de Bruno-, la muerte de Gattoni podría haber acaecido como consecuencia de un cuadro de ACV hemorrágico, puesto que las lesiones –hematomas- que se observaron en las fotos fueron de tal levedad que ni siquiera existió fractura de cráneo. Apoyándose en ese informe crítico del informe de la autopsia realizada por el médico legista Jorge Pedro Durso en el hospital Ramón Carrillo de la provincia de Buenos Aires, argumentó la inexistencia de certeza respecto de la causa del deceso.

b) Planteos subsidiarios.

b.1) Imprudencia del cambio de calificación legal respecto de los hechos probados: Señaló que si su defendido tuvo alguna participación en los hechos, fue con posterioridad a la muerte de Gustavo Federico Gattoni (la ayuda para la movilización de su cuerpo sin vida y la receptación de su tarjeta de débito); sin embargo, no podría subsumirse su conducta en la figura de encubrimiento (art. 277 CP) dado que al no haber sido indagado oportunamente respecto de esa imputación, una modificación de la calificación legal a esta altura supondría la afectación del principio de congruencia (art. 18 CN);

b.2) Sobre la participación: Sostuvo que de haber participado su defendido con Bruno, lo habría hecho a título de partícipe secundario, porque si se suprimiese la ayuda que le dio al nombrado, el hecho igualmente se habría producido;

c) Errónea interpretación de la ley sustantiva (456 -inc. 1- CPPN).

Señaló que no se ha satisfecho la faz objetiva de la figura del art. 142 *bis* del Código Penal, porque los verbos típicos “retención y ocultación” presuponen que la víctima hubiese sido previamente sustraída del lugar en que se encontraba, por ende, si hubo un encuentro consentido y luego se la mantuvo contra su voluntad, no corresponde la subsunción bajo aquella disposición. Subsidiariamente, postuló la aplicación del art. 142 *bis* antepenúltimo párrafo CP, pues si se considerase que su asistido participó en la causación de la muerte de

Gustavo Federico Gattoni, ese desenlace habría sido una consecuencia no querida por los imputados.

d) Inconstitucionalidad de la pena de prisión indivisible y materialmente perpetua.

Se alegó que la conminación con tal especie de pena no satisface la exigencia de certeza que la ley penal debe tener, que se vulneran los principios de legalidad, culpabilidad y división de poderes, así como también lo que designa como “el fin resocializador de la pena privativa de libertad”. Asimismo, argumentó que una pena de prisión respecto de la cual no existe la posibilidad de recuperar la libertad, lesiona la dignidad humana y es violatoria del art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del art. 16 de la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Subsidiariamente, solicitó que se revocara la pena de prisión perpetua y se la reemplazara por una temporal, ajustada al caso concreto. Y si no se hiciera lugar a ello, pidió que se fijara el vencimiento de la pena en 20 años –en función del art. 65, inc. 2, CP-, o en su defecto en 25 años en virtud del máximo histórico previsto, o también en subsidio que se declarase la inconstitucionalidad de las restricciones a la posibilidad de obtener la libertad condicional establecidas en los arts. 14 CP y 56 *bis* de la ley 24.660.

III. Contra los puntos dispositivos I y II de la sentencia de condena, los defensores de elección de Sebastián Bruno interpusieron el recurso de casación de fs. 1676/1716 -que fue concedido a fs. 1720/1721-, en el que se formularon los siguientes agravios: a) la nulidad de la declaración testifical recibida por la autoridad policial a Sebastián Bruno y apartamiento de las constancias de la causa al considerarse que existía un cauce de investigación independiente; b) afectación de la defensa en juicio, por habérsela privado de la oportunidad de controlar la realización de la autopsia y de controvertir las conclusiones del informe de autopsia, por haberse dejado sin efecto la comparecencia del médico legista que la realizó, violación al principio de igualdad de armas al denegarse la solicitud del imputado de convocatoria a una junta médica, la omisión de valorar un informe de una neurocirujana crítico

del informe de autopsia, y arbitraria determinación de la causa de la muerte; c) la infundada atribución de la coautoría a Kippke; d) la errónea aplicación del art. 142 *bis* CP, en cuanto la forma de ejecución por retención presupone la existencia de una persona sustraída; y e) la inconstitucionalidad de la prisión perpetua y del art. 56 *bis* de la ley 24.660.

IV. La Sala de Turno de esta Cámara en la instancia de examen de admisibilidad de los recursos les asignó el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal (fs. 1744).

En el plazo se oficina, establecido en los arts. 465 -inc. 4º- y 466 CPPN, la defensa pública, se presentó por escrito sosteniendo los fundamentos del recurso de casación interpuesto en favor de Hernán Pablo Kippke (fs. 1748/1759).

V. Con fecha 17 de agosto de 2016 se realizó la audiencia reglada por los arts. 465 y 468 del CPPN, a la que comparecieron los representantes del Ministerio Público Fiscal y los imputados junto con sus respectivas defensas (fs. 1827).

Tras la deliberación que tuvo lugar, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

El juez **Luis M. García** dijo:

1. Los recursos de casación de las defensas de ambos imputados se han dirigido contra una sentencia de condena a prisión perpetua, que es susceptible de ser impugnada en casación según el art. 459 CPPN.

Parte de los motivos de casación sintetizados en los puntos II y III precedentes caben sin esfuerzo en sendos motivos de casación del art. 456 CPPN aunque involucran al mismo tiempo el examen de cuestiones fácticas. Otros motivos involucran el examen de los elementos de prueba que el tribunal de juicio tuvo a su disposición, de la valoración que ha hecho de estos elementos, y de las conclusiones de hecho que ha extraído.

Puesto que los condenados tienen un derecho amplio de revisión según los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la sentencia de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías*

Engenio”), en ambos aspectos el examen de la sentencia ha de emprenderse a la luz de esa sentencia, que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).

La jurisdicción de revisión –sin embargo– debe circunscribirse a los agravios presentados y no implica una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

2. En la sentencia condenatoria se tuvo por probado que *“como consecuencia de una negociación iniciada entre ambos vinculada con un emprendimiento comercial, Gustavo Federico Gattoni se dirigió al inmueble ubicado en la calle Larrazábal 2619, el 5 de junio de 2013, poco después de las 15 horas, a fin de mantener una reunión con quien detentaba la posesión de dicho inmueble, el imputado Sebastián Bruno. En el lugar se encontraba, además de Bruno, el imputado Hernán Pablo Kippke.*

La relación entre Gattoni y Bruno se había iniciado a raíz de la actividad del primero como administrador del Hotel Apart Olmo Dorado, ubicado en Venezuela 2495. En tal condición evaluaba la posibilidad de realizar un acuerdo con la empresa ‘Canalizare’, prestataria de PAMI, y de ese modo ofrecer el hotel para el alojamiento de personas de edad avanzada, para lo cual debía proveer el servicio de comida, que el hotel no podía proporcionar pues no tenía la habilitación correspondiente.

En esas circunstancias, Gattoni tomó contacto con Bruno, quien tenía disponible el mencionado inmueble de la calle Larrazábal, que era apto para la elaboración de viandas, y para ello también contactó a Juan Manuel Brandán, quien se había desempeñado como cocinero en otro emprendimiento hotelero en la zona de Pinamar.

La reunión de aquella tarde se convirtió en una discusión violenta, cuando Bruno le exigió a Gattoni la necesidad de iniciar el negocio a la brevedad, pues él tenía gastos de mantenimiento del lugar, que permanecía cerrado y ocioso, o que cuanto menos le entregara una suma de 30.000 pesos mensuales hasta que el negocio se concretara, que luego compensarían con la distribución de los ingresos. Lo

cierto es que para ese momento Gattoni ni siquiera había logrado concretar un acuerdo válido con la empresa prestataria de PAMI que le llevó el negocio, motivo por el cual las posibilidades de iniciar las tareas que estaba acordando con Bruno se tornaban inciertas.

Esta discusión acabó con el impedimento de que Gattoni abandonara el lugar y en una exigencia violenta de dinero que se extendió durante algún tiempo y provocó que la víctima, en primer término, le hiciera entrega a través de su esposa de una suma aproximada de 2.700 dólares, y también la entrega de su tarjeta de débito con la correspondiente clave, con la cual hicieron al menos tres extracciones en los días subsiguientes, por una suma total de 6.600 pesos.

En efecto, poco después de las 20 de aquel 5 de junio, Gattoni se comunicó telefónicamente con su esposa, Andrea Hilda Rodríguez, indicándole que en algunos minutos pasaría por su casa una persona para retirar unos dólares que guardaba en la mesa de luz. Le pidió que pusiera el dinero en un sobre y se lo entregara a esa persona que dijo venir de parte de su amigo Jorge Guerra. Su esposa tomó de ese lugar una suma de aproximadamente dos mil seiscientos dólares los introdujo en un sobre y se los entregó a un hombre que se hizo presente unos cuarenta minutos más tarde.

Ese llamado telefónico fue la última referencia objetiva de Gattoni con vida. No obstante, permaneció retenido en el lugar un tiempo más hasta que murió como consecuencia de varios golpes en su cara y cabeza propinados por Bruno y Kippke.

Su cadáver fue llevado por los imputados a un descampado ubicado en la calle Luis Viale frente al número 1548, entre las calles Córdoba y Paraguay de la localidad de Bella Vista, Provincia de Buenos Aires, donde fue hallado por la policía bonaerense el día 8 de junio” (fs. 1613/1614).

El Tribunal Oral en definitiva calificó los hechos como privación ilegal de la libertad con el fin de obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad, agravada por haberse causado intencionalmente su muerte, que atribuyó a ambos acusados a títulos de coautores, y les impuso la pena de prisión perpetua, más accesorias legales (artículos 12, 45, 142 bis, anteúltimo párrafo, CP).

3. Las instancias de nulidad.

Durante el juicio, las defensas de ambos imputados habían

impugnado de nulidad los actos de detención, y la declaración recibida a Sebastián Bruno, bajo juramento, en carácter de testigo, documentada en el acta de fs. 178/181, argumentando que a ese momento ya era sospechoso de los hechos objeto de este proceso.

Una impugnación del mismo tenor habían intentado antes del juicio y había sido rechazada por el juez de instrucción (fs. 31/33 del incidente de nulidad), y el rechazo confirmado por la cámara de apelaciones que, sin embargo, había declarado nula la declaración testifical recibida a Hernán Pablo Kippke, y documentada en el acta de fs. 183/184 (confr. resolución de la cámara de apelaciones de fs. 54/61 de ese incidente). La defensa de Sebastián Bruno había intentado replantear la cuestión una vez radicado el caso ante el Tribunal Oral, articulación que había sido sumariamente rechazada por éste, declarando que la cuestión había sido ya resuelta por la cámara de apelaciones, y que estaba precluida, porque no se observaba la concurrencia de nuevas circunstancias que permitiesen variar lo decidido (fs. 75 del incidente).

En la discusión final del debate (art. 393 CPPN) tanto la defensa de Sebastián Bruno como la de Hernán Pablo Kippke habían vuelto a plantear la nulidad del acta de fs. 173.

El entonces defensor de Sebastián Bruno, invocando la garantía contra la auto-incriminación forzada, había señalado los actos llevados a cabo por la policía en el primer momento de la investigación, y la necesidad de establecer a partir de qué momento su defendido se encontraba sospechado. Había argumentado que éste era sospechado con anterioridad a ser trasladado a la dependencia policial a prestar testifical. A este respecto había señalado las fuentes por las que los policías ya conocían que Gustavo Gattoni se encontraría con una persona en la calle Larrazábal 2619, tenían informe sobre el tráfico telefónico de aquél y de la activación de la antena de la calle Laferrere 5822, los horarios de la última activación del teléfono, las tareas policiales para identificar el inmueble de la calle Larrazábal, y en particular la identificación de Sebastián Bruno como responsable del local. Sobre esa base el defensor había propuesto la tesis de que al identificarlo no se lo había convocado como testigo, porque era

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 29646/2013/TO1/CNC1

sospechoso. Había señalado también las informaciones colectadas sobre el automóvil de Sebastián Bruno y sobre su patrimonio, a fs. 125, y la declaración del testigo Brandan, que había sido interrogado sobre los negocios de Bruno y Gattoni, y que Brandan había comunicado a los preventores las comunicaciones que mantenía con Bruno, incluidos ciertos mensajes de texto mientras el primero declaraba. La defensa había alegado que esas conversaciones habían llamado la atención de la policía, y destacado que el instructor se había interesado por conocer el lugar en el que en ese momento estaba Bruno. De allí infirió que Bruno estaba siendo investigado, y destacó que Brandan había pedido una computadora para imprimir la conversación que había tenido con éste por la plataforma de *Facebook*. La defensa también había argumentado que con su defendido no se había seguido el procedimiento de citación como con los restantes testigos, que habría bastado notificarlo, y que sin embargo, con la cooperación de Brandan la policía llegó a Bruno, detuvo su vehículo, y –según declaró en el juicio el policía Pirroni- teniendo en cuenta que probablemente la persona estuviese armada, se lo encerró y se lo detuvo. Sin embargo, no se le comunicó por qué lo estaban deteniendo. Entendió la defensa llamativo que el testigo Pirroni dijo haber bajado con el arma en la mano. El letrado arguyó ante el Tribunal Oral que jamás había visto que se notificara un testigo con un arma en la mano, y que ello concordaba con lo declarado por Sebastián Bruno en su indagatoria. Expuesto ese cuadro la defensa afirmó que Pirroni no estaba identificando a un testigo, estaba deteniéndolo, encubiertamente, que Sebastián Bruno se encontraba sospechado y no era un testigo, y que si había motivo de sospecha, era la indagatoria el acto para que declare ante un juez, y no ante la División Antisecuestros. Había alegado que la policía lo había hecho comparecer y declarar bajo juramente de decir verdad, aunque habían ido a buscar a un sospechoso de homicidio, y Bruno era un imputado. En punto al contenido de su declaración testifical había señalado que ésta nunca fue interrumpida y que el tenor de las preguntas que le hacía la prevención era el de una indagatoria. Señaló que Sebastián Bruno había declarado haber lastimado al señor Gattoni con un martillo, y que la declaración había continuado a pesar

que se había auto-incriminado, y que se lo siguió interrogando. Y destacó que al cabo de esa declaración se realizó la citación de Hernán Pablo Kippke.

Sobre esa base la defensa argumentaba que esto reforzaba la conclusión de que Sebastián Bruno no revestía la calidad de simple testigo, se encontró imputado y privado de su libertad, lo que se infería de las condiciones en que permaneció en la dependencia policial durante varias horas, mientras se verificaban sus dichos, a modo de evacuación de citas.

Finalmente el Defensor había destacado que después de haber recibido declaración a Hernán Pablo Kippke, los policías se habían comunicado con el Secretario del Juzgado, “quien dio la orden de detener a los hoy imputados”.

La defensa había postulado que, puesto que Bruno se encontraba sospechado desde antes de la declaración testimonial, se había vulnerado el art. 18 CN, y que ello acarreaba la nulidad de “los actos posteriores” –que más tarde individualizaría- pues “se nutren de un acto nulo”. Se había quejado de que su defendido no había gozado de los derechos y garantías de todo imputado, no se le había hecho saber que podría negarse a declarar, o que podía ser asistido por un defensor. Que se lo había tratado como un testigo y había permanecido en una oficina donde había sido sometido a un juego psicológico por parte del personal policial. También había alegado que Bruno había solicitado la concurrencia de su defensor, y que constaba que éste se había presentado en la dependencia policial y se le había negado la entrada. Había argumentado también que Bruno estaba privado de su libertad y no se le había permitido marcharse, a la espera de la declaración de Kippke y que el primero no había renunciado a su derecho de contar con asistencia letrada ni se había manifestado libremente en la dependencia policial, y había evocado que entonces estaba pendiente una investigación por la coacción ejercida contra su asistido. Se había referido a la duración de la retención en la dependencia policial y a la coacción inherente. Según alegaba entonces, era rehén del personal policial, con el objetivo de doblegar su voluntad para que dijera lo que se

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 29646/2013/TO1/CNC1

quería, y que a raíz de sus manifestaciones se había convocado a Hernán Pablo Kippke, de quien a ese momento se contaba con fotos de los cajeros donde se habían realizado extracciones con la tarjeta del señor Gattoni.

Sobre esa base en el alegato ante el Tribunal Oral el defensor había sostenido la existencia de vulneración del debido proceso legal y de la defensa en juicio, y en consecuencia la declaración de nulidad de la declaración de Sebastián Bruno, documentada en el acta de fs. 178/181, de las actas de declaración de los testigos Gallo, de fs. 215 y 223, y Maldonado, de fs. 224, del acta de secuestro de fs. 216 (automóvil y su contenido, en particular aparato GPS), de la documentación del secuestro de bienes de Sebastián Bruno y Hernán Pablo Kippke de fs. 237, de la constancia de fs. 232/233, del acta de allanamiento de fs. 290, y todos los actos derivados de la declaración recibida al imputado bajo forma testimonial. Sostenía en fin que, en defecto de otra prueba independiente, la nulidad conducía a la absolución del imputado (confr. acta del debate, esp. fs. 1571/1571 vta.).

Por su parte, la defensora pública que asistía a Hernán Pablo Kippke también había adherido en el alegato final a aquella instancia de nulidad. Según su tesis Bruno había sido detenido desde el momento en que había sido interceptado por los preventores, desde entonces no tenía la posibilidad de moverse libremente, había sido llevado en forma compulsiva a la División Antisecuestros el día 9 de junio de 2013. Había sostenido la defensora que se presentaba un caso de nulidad absoluta de su declaración, porque se lo había llevado a la autoincriminación, y que esta declaración había sido la única vía para poder identificar a su asistido Kippke. Concordaba con la otra defensa en que éste era claramente un sospechoso en la investigación y en que se lo podía haber convocado de otra manera, darle intervención al juez de instrucción, o haberlo comunicado, dándole todas las garantías del debido proceso, lo que incluía la posibilidad de consultar el expediente y tener una defensa para que su declaración sea válida. Señaló que, en cambio, los preventores escucharon la declaración de Bruno y fueron a buscar a Kippke, quien había declarado que solamente había usado las tarjetas del

señor Gattoni (acta del debate, fs. 1575).

En la sentencia que viene recurrida el Tribunal Oral rechazó los planteos de nulidad. En respuesta a esas articulaciones comenzó por señalar que éste constituía “una reedición de un tema que ya ha sido motivo de resolución, tanto por la Cámara en lo Criminal y Correccional como por este mismo Tribunal ante una presentación de la defensa de Bruno”. Sin embargo, el Tribunal Oral no declaró que la cuestión estuviese precluida, y abordó el fondo del planteo, y bajo el ropaje de un argumento “a mayor abundamiento” declaró que “resulta claro especialmente después de escuchar a los testigos durante el debate, que al momento de la detención de Bruno ya existían motivos suficientes como para escucharlo en el juicio. Era el dueño del lugar al cual la víctima se había dirigido (de hecho una comisión policial ya había ido a inspeccionar el lugar y tuvo una primera conversación con Bruno en la puerta del inmueble de la calle Larrazábal). La sábana de llamadas telefónicas los vinculaban a ambos y se trataba de una persona cuyo testimonio –ya sea como testigo o como imputado- se tornaría imprescindible. Por su parte, al declarar en la División Antisecuestros, la esposa de Gattoni manifestó su desconfianza por lo que pudiera haber ocurrido en la reunión que tenía en dicho lugar”.

Agregó el *a quo* que, “previo a su búsqueda para llevarlo a declarar por personal policial, había declarado Juan Manuel Brandán, quien manifestó a los preventores que le llamaba mucho la atención que Bruno estaba insistentemente intentando reunirse con él (a pesar de que sólo lo había visto incidentalmente junto con Gattoni para discutir el negocio), y que incluso mientras estaba declarando le pedía que se juntaran a almorzar. Ese interés se convirtió en insistentes llamados cuando supo que Brandán declararía ante la policía”.

Observó el tribunal que “Esta circunstancia le resultó muy sospechosa a los policías, quienes le pidieron a Brandán que le preguntara dónde estaba en ese momento, y cuando vieron que lo esperaba a muy poca distancia del lugar donde se encontraban, decidieron ir a buscarlo”.

Tomando nota del señalamiento de la defensa en punto al

contacto de la policía con Sebastián Bruno, alegadamente armados, afirmó el *a quo* que “El modo en que los policías se acercaron a Bruno se justificó en el antecedente que había ocurrido cuando fueron a verificar la existencia del local en la calle Larrazábal, y Bruno extrajo una pistola y la cargó ante la presencia de los policías, lo que fue relatado en la audiencia por el Sargento Jorge Alberto Corach. Dado este antecedente, cuando procedieron a cruzarlo en la calle con el automóvil, tuvieron la precaución de tener sus armas preparadas, a pesar de que en ningún momento lo apuntaron ni lo esposaron para llevarlo a la División”.

En la sentencia se ha concedido a las defensas que “Es probable que a esa altura las sospechas en contra de Bruno justificaran no recibirle una declaración testimonial, pero este error fue subsanado oportunamente por la Cámara al anular tanto la declaración de Bruno como la de los policías que se referían a ella”.

Estimó que, no obstante, “la prueba existente en contra de Bruno era independiente de esa declaración, y fue incorporada en forma legal, por lo cual la pretensión de anular las actuaciones resulta inaceptable”.

Admitió también que “Con relación a la declaración de Kippke, es verdad que su vinculación al proceso se basó en lo dicho por Bruno en su declaración nula. Sin embargo, también es cierto que los elementos incorporados a la causa antes y después de dicha declaración, y que fueron obtenidos de manera independiente, en última instancia hubiesen llevado a su vinculación al proceso”.

En este punto argumentó que “el pedido de llamadas telefónicas desde el aparato de Bruno mostró una gran cantidad de llamadas a Kippke, previas, contemporáneas y posteriores a la reunión tras la cual desapareció Gattoni. Por su parte, la policía ya contaba con las fotografías de la persona que extrajo dinero en varias ocasiones con la tarjeta de Gattoni, la primera de ellas en la madrugada siguiente a su desaparición, y la última dos días más tarde, cuando ya había sido asesinado”. Sobre estas imágenes expresó que “Las fotografías, si bien no son muy claras y la persona que allí aparece en algunos casos intentó ocultar su rostro, pertenecían todas a una misma persona que no era

Bruno, de modo que era necesario para la policía hallarla”.

Agregó que “El seguimiento de las llamadas hubiese motivado de todos modos la citación de Kippke, y al ver su rostro hubiese sido inmediatamente identificado como la persona que extrajo dinero del cajero automático”.

Concluyó así que “Teniendo en cuenta que en su primigenia detención no se le llegó a recibir declaración testimonial, y excluyendo la imputación que Bruno le hizo en su declaración anulada, de todos modos existe prueba independiente que comprometió la situación de Kippke y justificó su vinculación al proceso”.

En esa dirección volvió a destacar que “desde los primeros momentos la instrucción contó con las fotografías de los cajeros automáticos que mostraban la imagen que no coincidía con la de Bruno, de modo que la investigación iba a continuar para intentar hallar a esta persona. También se contó como prueba independiente con las constancias de los llamados telefónicos hechos y recibidos por Bruno en esos días, que incluía muchas llamadas efectuadas por Kippke, por lo que era previsible que esta persona fuera buscada para recibirle declaración, y en tales circunstancias advertir su parecido con las fotografías ya agregadas a la causa”. Y así reiteró su conclusión en punto a que “En estas condiciones, por un curso de acción independiente de la referencia que Bruno hizo de Kippke en su declaración anulada, se hubiese llegado de todas formas a involucrar a este último al proceso” (confr. fundamentos de la sentencia, fs. 1610 vta./1612).

La cadena argumental de sentencia que rechaza la instancia de nulidad puede sintetizarse en estos puntos: 1) Es probable que [...] las sospechas en contra de Bruno justificaran no recibirle una declaración testimonial, 2) pero este error fue subsanado oportunamente por la Cámara al anular tanto la declaración de Bruno como la de los policías que se referían a ella”; 3) “la prueba existente en contra de Bruno era independiente de esa declaración, y fue incorporada en forma legal, por lo cual la pretensión de anular las actuaciones resulta inaceptable”; 4) En relación a Kippke, aunque “es verdad que su vinculación al proceso se basó en lo dicho por Bruno en su declaración

nula. Sin embargo, también es cierto que los elementos incorporados a la causa antes y después de dicha declaración, y que fueron obtenidos de manera independiente, en última instancia hubiesen llevado a su vinculación al proceso”.

Puesto que el Tribunal Oral ha declarado que la cuestión de nulidad había sido tratada y decidida en etapas anteriores, lo que sugería una regla de preclusión, que sin embargo el tribunal en definitiva no opuso, pues abordó nuevamente el fondo, examinaré en primer lugar la cuestión de la preclusión.

A continuación, expondré las razones por las que salvo lo afirmado por el *a quo* en el punto tres, todo lo demás es inexacto y no se ajusta a la realidad del curso de la investigación, y finalmente me pronunciaré sobre las consecuencias.

3.a. *Sobre la inexistencia de preclusión en punto a las nulidades articuladas.*

Parto de observar que el *a quo* inició por afirmar la articulación de ambas defensas constituía “una reedición de un tema que ya ha sido motivo de resolución, tanto por la Cámara en lo Criminal y Correccional como por este mismo Tribunal ante una presentación de la defensa de Bruno”.

Sin embargo, esta observación, aunque correcta desde lo fáctico, no podría dar aquí lugar a una regla de preclusión que privase a esta Sala de revisar lo decidido.

Desde un abordaje general se entiende a la preclusión como “la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal [que] resulta normalmente de tres situaciones diferentes: a) por no haberse observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha)” (confr. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Bs. As., 1977, p. 196).

Las articulaciones de la defensa que ya habían intentado obtener las declaraciones de nulidad en las etapas anteriores están

comprendidas en el tercer grupo, pues pertenecen a éste los casos en los que se ha operado la preclusión por el ejercicio mismo de la facultad de modo válido, obteniendo la decisión jurisdiccional.

Estos casos deben ser examinados a la luz de las reglas que rigen el procedimiento de impugnación recursiva. Como he señalado antes de ahora (confr. mi intervención como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 8597, “*Mones Ruiz, Fernando Javier y otro*”, rta. 16/02/09, reg. 13859), la preclusión operará respecto de quien ha instado la decisión, o de aquél a quien se le ha dado oportunidad de participar en su sustanciación, dentro de la misma instancia o grado. He señalado en aquel voto que “la preclusión estará revestida de la cosa juzgada formal o material una vez que deje transcurrir el término para introducir los recursos disponibles o, recurriendo de ella, *cuando la última instancia disponible sea llamada a pronunciarse y agote su jurisdicción*. De tal manera, preclusión y firmeza no van necesariamente juntas, aunque la segunda presupone a la primera. Así, no es posible la renovación de la instancia de nulidad en la misma etapa o grado del proceso si tiene el mismo objeto fáctico, aunque sea posible, en el momento señalado por la ley, la revisión de lo decidido en un grado ulterior o «superior», por ejemplo mediante los recursos provistos por la ley”.

Señalé en aquel caso que “el ejercicio de la facultad de instar la nulidad (pedido de parte) y su sustanciación, que habilitaron a un pronunciamiento expreso en la etapa o instancia de conocimiento, precluye las posibilidades de renovación de la cuestión, en la misma etapa, para los sujetos que tomaron parte en su sustanciación, *sin perjuicio de los recursos disponibles inmediatamente, o más tarde con motivo de la sentencia final, ante un tribunal de grado superior*. Esto vale tanto para las nulidades declarables de oficio como para las que sólo pueden serlo a pedido de parte”.

Esta última situación es la que se presentaba en el caso. Las defensas no estaban limitadas por un plazo de caducidad para denunciar una nulidad de las comprendidas en el art. 168 CPPN, pero una vez que habían elegido ejercer la facultad de plantear la nulidad de la que se

agravian durante la etapa de instrucción, a la que se dio trámite, y fue objeto de sustanciación y decisión por el juez y la cámara de apelaciones correspondiente, no tenía disponible –al menos como regla- una nueva oportunidad para intentar igual planteo en la etapa intermedia ni tampoco en el debate mismo. Digo como regla porque este obstáculo aplica si la nulidad pretende promoverse sobre la base de los mismos hechos, y no sobre otros más tarde conocidos.

Ahora bien, la decisión de la cámara de apelaciones de fs. 54/61 del incidente no era susceptible de ser recurrida con éxito en casación por no tratarse de una de las comprendidas en el art. 457 CPPN, ni tampoco, según la jurisprudencia dominante, podría ser equiparada a una sentencia definitiva. En otros términos, las defensas no tenían probabilidades de que un eventual recurso de casación contra aquella decisión fuese declarado admisible. Pero ello no empece a que esa decisión fuese eventualmente revisada ahora por este Tribunal, con motivo de la sentencia final si, como consecuencia de aquélla, la condena se sustentara en elementos probatorios obtenidos a partir del acto de recepción de declaración que se dice nulo (art. 456, inc. 2º del CPPN, en virtud de lo dispuesto por el art. 404, inc. 2 del mismo código).

En el presente caso, el Tribunal Oral había opuesto la regla de preclusión al rechazar una segunda articulación de nulidad en la etapa intermedia (confr. fs. 75 del incidente). Sin embargo, más tarde, por razones que no explicitó del todo, en la sentencia trató la instancia de nulidad, articulada por tercera vez en términos sustancialmente análogos –salvo en lo que concierne a la legalidad de la detención de Sebastián Bruno que la defensa no trajo esta vez en su incidencia-.

Como he observado en un caso análogo, si el *a quo*, a pesar de haber señalado los planteos anteriores, que habían sido rechazados, consideró que debía pronunciarse en la sentencia final sobre la cuestión y así lo hizo, rechazándola, y de hecho, no consideró precluida la cuestión, y es contra esta decisión que se alza el recurso de casación de las defensas, éste es el objeto de impugnación (confr. mi voto como juez subrogante de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 9569, “*Rivas y otros*”, rta. 8/09/2009, reg. n° 15.083). En sus respectivos

recursos las defensas critican fundadamente la decisión del Tribunal Oral, por lo que esta Cámara está habilitada a revisar lo decidido por éste.

3.b. *Sobre el mérito de los argumentos de nulidad.*

3.b.1. En la sentencia el *a quo* ha declarado que “Es probable que [...] las sospechas en contra de Bruno justificaran no recibirle una declaración testimonial, pero este error fue subsanado oportunamente por la Cámara al anular tanto la declaración de Bruno como la de los policías que se referían a ella”.

Con justeza, afirma la defensa de Hernán Pablo Kippke en su recurso, que el *a quo* parte de un hecho no sucedido, pues la declaración recibida bajo forma testifical a Sebastián Bruno, documentada a fs. 178/181, no había sido anulada por la cámara de apelaciones. En efecto, la decisión de fs. 54/61 del incidente de nulidad había rechazado la instancia de nulidad promovida contra aquella declaración (dispositivo I), aunque había declarado la nulidad del acta de la declaración recibida a continuación a Hernán Pablo Kippke, de fs. 183/184, y la de las actas de declaración de Pablo Martín Gil de fs. 222, de Osvaldo César Gallo de fs. 223, de Miguel Moreno Maldonado de fs. 224, de Enrique Waisan de fs. 225, de Fabio Pirrone de fs. 226/227, de Marcelo Laures de fs. 228/229 y de Mariano Porcini de fs. 230 del principal (dispositivo II).

3.b.2. En la decisión recurrida, al abordar la incidencia de nulidad, se afirma que “al momento de la detención de Bruno ya existían motivos suficientes como para escucharlo en el juicio”. A este respecto relevó que era el dueño del lugar al cual la víctima se había dirigido, una comisión policial ya había ido a inspeccionar el lugar y había tenido una primera conversación con Bruno en la puerta del inmueble de la calle Larrazábal, la policía disponía ya de un registro de comunicaciones telefónicas entre Sebastián Bruno y el señor Gustavo Gattoni. Sobre esa base se afirma que “se trataba de una persona cuyo testimonio –ya sea como testigo o como imputado- se tornaría imprescindible”. También relevó que en su declaración en la División Antisecuestros, la esposa de Gustavo Gattoni había expresado “su desconfianza por lo que pudiera

haber ocurrido en la reunión que tenía en dicho lugar”.

También relevó el *a quo* que “previo a su búsqueda para llevarlo [a Bruno] a declarar por personal policial”, el testigo Juan Manuel Brandán había manifestado a los preventores que le llamaba la atención que Bruno -con quien sólo había tenido trato incidental por el negocio que discutía con Gustavo Gattoni-, estaba intentando insistentemente reunirse con él, y que mientras estaba declarando le pedía que se juntaran a almorzar. Relevó el *a quo* que “Ese interés se convirtió en insistentes llamados cuando supo que Brandán declararía ante la policía”.

Observó el tribunal oral que “Esta circunstancia le resultó muy sospechosa a los policías”, quienes le pidieron a Brandán que le preguntara dónde estaba en ese momento, y cuando supieron que lo esperaba a muy poca distancia del lugar donde se encontraban, “decidieron ir a buscarlo”.

Tomando nota del señalamiento de la defensa en punto al contacto de la policía con Sebastián Bruno, alegadamente armados, el *a quo* acogió la explicación que había dado el Sargento Jorge Alberto Corach sobre la conducta que aquél habría tenido cuando los policías habían ido a verificar la existencia del local en la calle Larrazábal, ocasión en la que Bruno habría extraído una pistola y la habría cargado ante la presencia de aquéllos. Recibió así el *a quo* la explicación de que, “dado este antecedente, cuando procedieron a cruzarlo en la calle con el automóvil, tuvieron la precaución de tener sus armas preparadas, a pesar de que en ningún momento lo apuntaron ni lo esposaron para llevarlo a la División”.

Fue así que concluyó afirmando que “Es probable que a esa altura las sospechas en contra de Bruno justificaran no recibirle una declaración testimonial”. Sin embargo no extrajo ninguna consecuencia sobre la declaración misma de Sebastián Bruno, documentada a fs. 178/181, porque erróneamente afirmó que había sido declarada nula por la cámara de apelaciones.

En rigor, la cámara no la había considerado nula, examinando que los resultados de las diligencias realizadas hasta el

momento de esa declaración no permitían formular conclusiones en torno a la suerte de Gustavo Gattoni, ni dirigir imputaciones concretas a personas determinadas, no se tenía aún conocimiento de su paradero, y se estaban desarrollando varias líneas perquisitivas que no se vinculaban con Sebastián Bruno, sino con una mujer con la que habría tenido una relación afectiva, y que incluso la fiscalía destacaba que a ese momento se desconocía si la desaparición de Gustavo Gattoni tenía origen en la comisión de un delito o sólo en una decisión personal (voto del juez Ciccario, al que en este punto adhirieron los jueces Divito y Scotto).

El representante del Ministerio Público que tomó parte en la audiencia celebrada ante esta Sala, a tenor de los arts. 466 y concordantes CPPN, sosteniendo la pretensión de que se rechace la instancia de nulidad de la declaración documentada a fs. 178/181 ha seguido una línea de argumentación en lo sustancial concordante con la de la cámara de apelaciones. Así, ha destacado que cuando se realizó esa declaración Gustavo Gattoni no había aparecido, Sebastián Bruno no tenía aún el carácter de sospechoso, se estaba indagando la hipótesis de que el primero hubiese salido del país y la relación con una moza, era un “momento de enorme incertidumbre”, y ello “hace plausible la consideración de Bruno como testigo”.

Tanto la respuesta del *a quo*, como la decisión de la cámara de apelaciones en las que el Ministerio Público pretende apoyarse para promover el rechazo de la instancia de nulidad han sacado la cuestión de foco al examinar si había, al momento de la declaración de Sebastián Bruno bajo juramento, como testigo, elementos o indicios que permitiesen formular contra él una hipótesis imputativa y recibirle declaración como imputado de un hecho concreto, o en un rango menor, elementos que lo señalasen como sospechoso de un probable delito, aún indeterminado, en perjuicio de Gustavo Gattoni. La respuesta negativa que dan el *a quo* y la cámara puede aparecer plausible desde lo fáctico, pero cierra los ojos a una realidad que se impone. Una de las hipótesis era que Gustavo Gattoni podría haber sido víctima de un grave delito, y para los policías de la División Antisecuestros Sebastián Bruno era un sospechoso a quien estaban investigando, y lo condujeron a la

dependencia policial para interrogarlo –recibiéndole declaración bajo juramento- en una línea de interrogatorio que excedía lo que él pudiese conocer de las últimas actividades de Gustavo Gattoni, y abarcaba qué cosas había hecho el “testigo” y con qué personas se había reunido, después de que –según éste- Gustavo Gattoni se había retirado del establecimiento de la calle Larrazábal.

Que hubiese varias líneas de investigación, algunas de ellas orientadas a un posible alejamiento voluntario y no anunciado de los ámbitos de trabajo y familiar, no puede ocultar el hecho de que la que llevaba adelante las líneas de investigación era la División Antisecuestros de la Policía Federal, y que, entre las varias líneas se incluía que Gustavo Gattoni hubiese sido víctima de algún delito. Los policías sospechaban de Sebastián Bruno, porque sabían que se había reunido con Gustavo Gattoni en el establecimiento de la calle Larrazábal, que no había regresado a su lugar de trabajo después de esa reunión, que la compañera de Gattoni albergaba desconfianza sobre lo que pudiera haber ocurrido en la reunión, y que también el testigo Brandán estaba inquieto porque Sebastián Bruno, con quien había tenido un trato escaso y sólo con intermediación de Gustavo Gattoni, lo estaba llamando insistentemente, le proponía reunirse con propuestas de actividades sociales. Tan pronto la policía supo por el testigo Brandán que mientras éste declaraba Bruno, que insistía en que se comunicara con él, estaba en las proximidades de la dependencia policial, no lo citó, salió directamente a detenerlo.

Pueden intentarse variadas explicaciones sobre el modo en que la policía abordó a Sebastián Bruno en su automóvil, pero cualquiera fuese la explicación lo cierto es que salió a buscarlo, lo encerró, lo condujo a la dependencia policial, le recibió declaración bajo juramento, y lo retuvo hasta que se formalizó su detención varias horas más tarde. No lo trató como testigo –salvo en la forma de la declaración- sino como un sospechoso de un probable delito, cuyos alcances todavía no conocía, porque el cuerpo de Gattoni no había aparecido todavía, pero como sospechoso al que lo interrogó no sólo sobre Gattoni, sino sobre lo que había hecho el testigo.

En efecto, tan pronto se examina en su contexto lo

documentado en el acta de fs. 178/181, se observa que la policía conocía de la existencia de la reunión programada entre Sebastián Bruno y Gustavo Gattoni, y sin embargo no lo había citado a declarar como testigo, aunque habían ubicado ya el establecimiento de Bruno, y lo habían identificado. Ello surge en particular de la declaración en el juicio de Sargento Jorge Alberto Corach (confr. fs. 1605 vta). A pesar de que sabían de la reunión programada no lo citaron, y decidieron conducirlo a la comisaría a raíz de lo que les comunicó Juan Manuel Brandán. Según el Subcomisario Fabio Alejandro Pirrone (confr. su declaración sintetizada en la sentencia, fs. 1606/1606 vta.), fue cuando estaban recibiendo declaración al cocinero Juan Manuel Brandán que tomaron conocimiento de que Bruno estaba proponiéndole salidas y que estaba en la esquina de la División Antisecuestro, por lo que “trataron de ubicarlo, sabiendo que se movilizaba en una Fiat "Qubo" naranja. Lo identificaron y le tomaron declaración en la división”. Por alguna razón, probablemente porque estaba en la lista de sospechosos, no le habían recibido declaración como testigo tan pronto como lo habían identificado frente al local de la calle Larrazábal, y sin embargo más tarde decidieron interrogarlo, interceptándolo, cuando estaba a corta distancia de la dependencia policial, porque alguna clase de sospecha despertó en los policías lo que les acababa de comunicar Brandán. Allí no perdieron un minuto y salieron a buscarlo “lo fueron encerrando” y se identificaron como policías.

El Subcomisario Fabio Alejandro Pirrone fue interrogado puntualmente en la audiencia sobre esta “encerrona”, y sus respuestas pueden conocerse por el registro de audio e imagen de la audiencia (archivo 1415.avi). En cuanto aquí interesa el policía declaró que “se me comisionó tratar de ubicar a ese masculino a esa persona [Sebastián Bruno], se sabía que se movilizaba en una camioneta Fiat “Qubo” anaranjada. Cuando llego a la esquina, estaba la camioneta “Qubo” [...] que justo emprendía marcha entonces lo seguimos y a las dos cuerdas, paramos la marcha de la camioneta, lo identificamos y lo invitamos a concurrir a la división a prestar declaración, que no tuvo ningún inconveniente en hacerlo”. La defensa preguntó al testigo sobre los

detalles en que se llevó a cabo la “detención” y éste comenzó declarando: “Sí, la camioneta estaba parada sobre Cavia, esquina Figueroa Alcorta”. En ese momento el fiscal interrumpió la declaración del testigo alegando que éste había descripto que Bruno fue “invitado a declarar” y que no habló de una detención propiamente dicha, por lo que el testigo aclaró que “cuando dije detención [quise decir] detención del vehículo en marcha, no de la persona, [que se lo llevó] a prestar declaración testimonial, se lo invitó y no opuso ningún reparo (...) al acto, teniendo en cuenta que la noche anterior estaba armado, era una persona que posiblemente estaba armada, se concurrió con un auto, mientras circulaba la camioneta se le acercó el vehículo policial, se le fue encerrando un poco el paso y se lo detuvo de esa forma, nos identificamos como policías, teniendo en cuenta que podía estar armado y podía, no sabíamos si podía llegar a tener o no algún tipo de reacción, le comunicamos por qué lo estábamos parando, entendió que no le estábamos deteniendo, que lo invitamos a concurrir y no tuvo ningún tipo de problema en hacerlo, pero no lo esposamos” Ante una pregunta del defensor de Sebastián Bruno, contestó que no lo apuntaron con el arma, “bajé yo con el arma en la mano en forma de prevención sabiendo que podía estar armado, ahora apuntarlo directamente a él, a la persona, no”.

Los policías sospechaban de Bruno, aunque la sospecha fuese todavía vaga, y decidieron sacarle información bajo juramento. Le preguntaron sobre sus estudios, sobre sus actividades presentes y pasadas, le preguntaron a continuación si conocía a Gustavo Gattoni, y cuándo lo había visto por última vez. Sebastián Bruno contestó afirmativamente y dio detalles de la reunión del día 5 de junio de 2013 en el establecimiento de Larrazábal 2619, explicó en qué automóvil había arribado sobre qué temas hablaron, que la conversación sobre el negocio que planeaban se volvió acalorada, que desembocó en una pelea entre ambos a golpes de puño, afirmó que Gustavo Gattoni tomó un martillo de cocina de aluminio, que intentó golpear al testigo, que éste se lo sacó y le pegó con él en la cabeza, dio precisiones sobre el lugar de la pelea, dijo que había manchas de sangre y que las había lavado con detergente y

lavandina. A pesar de lo que acababa de decir la policía no interrumpió la declaración. Le preguntó si era portador de armas, le requirió documentación que acreditara que era legítimo usuario de armas de fuego, y la autorización para la tenencia de una pistola semiautomática cal. 9 mm., que fotocopió y agregó a la declaración (fs. 182), le preguntó dónde tenía o guardaba el arma, le preguntó que sucedió al cabo de la pelea, y el testigo afirmó que Gustavo Gattoni le había confesado tener deudas de juego, y que estaba amenazado de muerte, que debía dinero a otras personas por emprendimientos fallidos, que la relación con su esposa era muy mala, que se había involucrado con personas para que le robaran a su suegro a los fines de financiarse. El interrogatorio retomó sobre lo que sucedió después de la pelea y Sebastián Bruno adujo que Gustavo Gattoni le pedía que no se aborte el emprendimiento, y le ofreció acercarle dinero, lo que dijo haber rechazado. Dijo que éste habría intentado agredirlo nuevamente, que se lo impidió, le pidió que se fuera, y que se fue por sus propios medios. A continuación la policía lo interrogó sobre si había olvidado alguna pertenencia en su comercio, sobre la descripción de la vestimenta de Gattoni, sobre la hora en que se retiró y sobre el tiempo que estuvo en su domicilio. A partir de allí se observa que el interrogatorio deriva hacia lo que hizo Sebastián Bruno desde el momento en que Gustavo Gattoni se había retirado. Alude así a que llegó su mejor amigo Hernán Kippke, informa sobre su número de celular, sobre su domicilio, sobre su descripción física, sobre lo que hizo con éste, sobre el recorrido que hicieron, sobre el tiempo en que estuvieron juntos, sobre que lo llevó de vuelta a su domicilio, sobre los antecedentes familiares y penales de Hernán Kippke, sobre su actividad y sobre la actividad de la novia de éste, sobre lo que hizo cuando lo dejó, sobre la hora que se despertó al día siguiente, sobre lo que hizo ese día, sobre la concurrencia a un negocio de lavado de ropas, sobre otros comercios que visitó, sobre la hora en que retiró las ropas que había llevado a lavar, sobre las personas con las que habló por teléfono y los respectivos números telefónicos, en particular sobre llamadas telefónicas y comunicaciones por Facebook con Juan Brandán, sobre lo que hizo el día viernes 7 de junio también detallada y circunstanciadamente, sobre la

visita a una ex novia, nombre, domicilio, sobre otras personas con las que se contactó o intentó contactarse, sobre la hora en que regresó a su domicilio, y se fue a dormir, sobre lo que hizo el sábado 8 de junio, también detallada y circunstanciadamente. Después se le preguntó cómo y cuándo había sabido que Gustavo Gattoni estaba desaparecido, y se le pidió que precisara con más detalles el recorrido que había hecho con Hernán Kippke. Después se le preguntó si conocía el paradero de Gustavo Gattoni y si conocía a alguien que lo supiera, y se le requirió que diese detalle de cómo había conocido al nombrado y cuántas veces se había reunido con él, dónde, y por qué medio se contactaba.

Este sumario de un acta de declaración que ocupa cuatro fojas completas pone en *evidencia* que Sebastián Bruno no era para la policía un testigo, sino una persona que estaba siendo investigada. No obstante la policía lo interrogó en todo lo que le pareció pertinente, y lo hizo bajo juramento de decir verdad.

Según el acta de fs. 178/181, la declaración recibida a Sebastián Bruno tuvo inicio el 9 de junio de 2013 a las 20:00 hs. Después de las copias de las credenciales de legítimo usuario y de autorización para la tenencia de una pistola semiautomática, agregadas a fs. 182, obra la declaración de Hernán Pablo Kippke, declarada nula por la cámara de apelaciones, que se inició el 10 de junio de 2013 a las 00:15 hs.

No está en disputa que Sebastián Bruno no se retiró de la dependencia policial al cabo de su declaración, ni que una vez que declaró Hernán Pablo Kippke, según el acta nulificada por la cámara de apelaciones, ambos fueron constituidos en ese mismo día en detención, según las actas de fs. 193 y 194, incorporadas al juicio (acta del debate, fs. 1542).

En síntesis, Sebastián Bruno era un sospechoso de la policía, que no sabía todavía exactamente la razón de la desaparición del señor Gustavo Gattoni, pero que sospechaba que alguna relación podía tener el primero con ese hecho, lo trató como tal, lo salió a buscar, lo interceptó, lo condujo a la comisaría, le recibió declaración, lo retuvo, salió en busca de Hernán Pablo Kippke, y cuando la declaración de éste terminó, realizó consulta y detuvo a ambos, conforme lo formalizó en

las actas mencionadas. Lo decisivo no es si la policía tenía suficientes elementos para sospechar o si tenía una sospecha suficientemente circunstanciada. Lo decisivo es que la policía sospechaba y lo hizo declarar bajo juramento, como testigo. No es relevante que no existieran suficientes informaciones o indicios para construir una imputación circunstanciada contra Sebastián Bruno, lo relevante es que lo estaban interrogando exhaustivamente para obtener informaciones con las que – probablemente- pudieran construir una imputación circunstanciada.

Aquí son pertinentes dos observaciones puntuales.

En los casos que tienen por objeto alguno de los delitos previstos por los artículos 142 *bis* y 170 CP, o alguna otra infracción penal cuya investigación resulte conexas con aquéllos, el art. 212 *bis* CPPN –texto según ley 25.760-, autoriza a la fiscalía a recibir declaración a las personas respecto de las que hubiese motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de alguno de ellos, salvo que el imputado manifestase su voluntad de declarar ante el juez. La declaración ante el fiscal debe asegurar las formas y garantías de la declaración indagatoria del art. 294 CPPN.

Ninguna disposición autoriza sin embargo, de ningún modo, a que el sospechoso sea interrogado por la policía, pues sigue aplicando la regla general del art. 184, inc. 10, CPPN, que declara que “No podrán recibir declaración al imputado” y que sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura de los derechos que le conceden los arts. 104, párrafos primero y último, 197, 295, 296 y 298 CPPN. La infracción está sancionada expresamente con sanción de nulidad.

Por otra parte, es doctrina de la Corte Suprema que es improcedente e incompatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional acerca de la defensa en juicio tomar declaración como testigo en una causa penal a la persona que aparece sospechada de ser autor o cómplice de los supuestos delitos que se investigan (Fallos: 227:63), pues el juramento entraña una coacción moral que invalida los dichos del imputado, pues la exigencia del mismo es una forma de obligarle, eventualmente, a declarar contra sí mismo (Fallos: 281:177 y 312:2146).

La exigencia de juramento pone al declarante en la disyuntiva de sentirse obligado a mentir, faltando así a su juramento e incurriendo en falso testimonio, o bien a declarar contra sí mismo, contrariando la prohibición terminante del art. 18 de la Constitución Nacional.

Concluyo así que la declaración documentada a fs. 178/181 debe ser anulada, porque estuvo dirigida a obtener informaciones de quien era sospechoso, declaraciones que eventualmente podían incriminarlo, y el juramento ponía al testigo en la disyuntiva que expone la jurisprudencia de la Corte Suprema citada en el párrafo anterior. De hecho, en ellas Sebastián Bruno reconoció, al menos, su reunión con Gustavo Gattoni, la existencia de una discusión que derivó en pelea, y que lo había agredido en la cabeza con un utensilio de cocina en forma de martillo, y que había sangrado, y que había lavado la sangre. Sin embargo, la policía siguió sonsacándole datos bajo la forma de una declaración testifical.

3.c. Las consecuencias de la nulidad.

Por razones prácticas, comenzaré por examinar las consecuencias de la nulidad en lo que concierne a la situación de Hernán Pablo Kippke, y seguidamente abordaré el examen sobre las pretensiones de la defensa de Sebastián Bruno

3.c.1. Las consecuencias de la nulidad en lo que concierne a la situación de Hernán Pablo Kippke.

No está disputado que la primera noticia que se tuvo en la investigación del nombre Hernán Pablo Kippke, de su relación de amistad con Sebastián Bruno, de su domicilio exacto, de su número telefónico exacto, y de que ambos se habían encontrado el día de la desaparición de Gustavo Gattoni la obtuvo la policía de la declaración nula recibida bajo juramento a Sebastián Bruno.

El tribunal oral admitió en la sentencia que la vinculación de Hernán Kippke al proceso tenía su origen en la declaración de Bruno prestada en sede policial; sin embargo argumentó que los elementos colectados en la investigación “antes y después de dicha declaración, y que fueron obtenidos de manera independiente, en última instancia hubiesen llevado a su vinculación al proceso” (fs. 1611).

En tal sentido, el *a quo* relevó: 1) que se disponía del listado de comunicaciones efectuadas y recibidas por Bruno en su teléfono celular –en los días previos, contemporáneos y posteriores a la reunión tras la cual desapareció Gattoni- registraba varias llamadas entrantes y salientes con el teléfono de Hernán Kippke; 2) que la policía ya contaba con las fotografías de la persona que había extraído dinero en varias ocasiones con la tarjeta de Gattoni, la primera de ellas en la madrugada siguiente a su desaparición, y la última dos días más tarde, cuando ya había sido asesinado.

Aventuró el Tribunal que el seguimiento de esas llamadas hubiese llevado a su citación; y también que al comparecer y ver su rostro habría sido reconocido como la persona que aparece fotografiada extrayendo dinero del cajero automático. Sobre este punto argumentó que si bien las fotografías no eran muy claras y la persona que allí aparecía intentaba ocultar su rostro, pertenecían todas a una misma persona que no era Sebastián Bruno, “de modo que era necesario para la policía hallarla”.

Concluyó afirmando que “excluyendo la imputación que Bruno le hizo en su declaración anulada (SIC), de todos modos existe prueba independiente que comprometió la situación de Kippke y justificó su vinculación al proceso”.

Se refirió a continuación a la doctrina del curso de investigación independiente del acto viciado, y a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del caso publicado en Fallos: 317:1985 (“*Daray, Carlos Ángel*”), en cuanto allí la Corte había declarado que “no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado”.

Afirmó el *a quo* que “desde los primeros momentos la instrucción contó con las fotografías de los cajeros automáticos que mostraban la imagen que no coincidía con la de Bruno, de modo que *la*

investigación iba a continuar para intentar hallar a esta persona. También se contó como prueba independiente con las constancias de los llamados telefónicos hechos y recibidos por Bruno en esos días, que incluía muchas llamadas efectuadas por Kippke, por lo que era previsible que esta persona fuera buscada para recibirle declaración, y en tales circunstancias advertir su parecido con las fotografías ya agregadas a la causa”.

Sentenció así que “por un curso de acción independiente de la referencia que Bruno hizo de Kippke en su declaración anulada, se hubiese llegado de todas formas a involucrar a este último al proceso”.

El Tribunal Oral, incurre en imprecisiones conceptuales y contradicciones lógicas, pues asigna el mismo sentido a la constatación de la existencia de una investigación por la que de hecho se obtiene un elemento de prueba o información de modo independiente del acto viciado por infracción a una regla constitucional de garantía (curso de investigación independiente), como a la formulación hipotética de que la información o elemento de prueba efectivamente obtenido en infracción a una regla constitucional de garantía se habría obtenido con seguridad de un curso de investigación independiente (descubrimiento inevitable). En la confusión traiciona la doctrina de la Corte Suprema que cita, y en la que pretende apoyar su decisión, pues el mismo pasaje de la sentencia de la Corte que transcribe rechaza la mera hipótesis conjetural apoyada en un ejercicio de imaginación sobre la “existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio”, y requiere la constatación concreta de la existencia de una actividad independiente y en curso “que habría llevado inevitablemente al mismo resultado”.

En esta contención de la Corte Suprema resuena jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la regla de exclusión y su alcance, y en particular, remite a la distinción establecida por ella entre la “fuente independiente” y el “descubrimiento inevitable”. En efecto, en el consid. 12 del caso “*Daray*” la Corte ha citado expresamente la sentencia de la Corte Suprema estadounidense en el caso “*Nix v. Williams*” (467 U.S.431, esp. pág. 444).

Antes de ahora he advertido sobre la precaución con la que

hay que operar cuando se pretende comprender un sistema extranjero a través de su jurisprudencia y transpolar sus estándares al sistema organizado bajo la Constitución Nacional, lo que presupone, como mínimo, la demostración de la existencia de analogías sustanciales entre el sistema normativo que esas sentencias han interpretado y aplicado, y el que es aplicable por los jueces de la República Argentina; y en particular requiere demostrar la existencia de un estándar establecido, su alcance y sus excepciones. Señalé que un caso de la jurisprudencia extranjera conocida de modo débil y superficial sólo podría eventualmente servir como ayuda auxiliar para definir líneas de argumentación admisibles, y que avanzar más allá de ello, es un riesgoso camino al error (me remito in extenso a mi voto en causa CCC 43875/2008/TO1/1/CNC1, “Gordillo, Walter Damián”, Sala de Turno, res. de 22/05/2015, reg. n° 295/2015).

Renovada esta advertencia, es pertinente evocar el caso “*Nix v. Williams*” (467 U.S. 431). Allí se trataba de la abducción de una niña en un centro comercial y de su búsqueda. La policía había llegado al señor Williams, sobre la base de un testigo que lo había visto cargar en el estacionamiento de ese centro un bulto en su auto del que asomaban dos pies blancos. Lo había arrestado en la localidad de Davenport y lo conducía en un móvil a la localidad de Des Moines. En el camino, un policía astuto, apelando a los sentimientos religiosos del detenido, había logrado que le revelara e indicara dónde había abandonado el cuerpo de la niña, ya muerta. Antes del arresto del sospechoso una oficina de investigación criminal de Iowa había iniciado una búsqueda de larga escala, con doscientos voluntarios, divididos en grupos, que habían emprendido la búsqueda cubriendo un área de varias millas, con la instrucción de revisar todos los caminos, edificaciones de granjas abandonadas, zanjas, alcantarillas, y cualquier otro lugar en el que pudiera ser escondido el cuerpo de una pequeña niña. El Tribunal de juicio había concluido que el Estado había demostrado con *evidencia* preponderante que, si la búsqueda no hubiese sido suspendida a raíz de la revelación del detenido Williams, el cuerpo de la niña habría sido descubierto en un breve tiempo en –esencialmente– las mismas

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 29646/2013/TO1/CNC1

condiciones en las que de hecho fue encontrado. El acusado fue condenado. La cámara de apelaciones había revocado la condena, y la Suprema Corte del Estado de Iowa había confirmado la revocación. El Estado había obtenido acceso a la Corte Suprema federal, afirmando la existencia de “fuente independiente hipotética”, que constituía una excepción a la regla de exclusión. En su sentencia la Corte evocó su doctrina del fruto del árbol venenoso, la extensión de la exclusión a elementos de prueba derivados de la prueba primaria obtenida ilegalmente, y la excepción a la regla cuando el conocimiento de tales hechos es obtenido por una fuente independiente. Evocó casos en los que la regla de exclusión se había aplicado a la Cuarta, Quinta y Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Evocó que “La doctrina de la fuente independiente permite la admisión de *evidencia* que ha sido descubierta por medios totalmente independientes de una violación constitucional” y señaló que “Esta doctrina, aunque estrechamente relacionada a la doctrina del descubrimiento inevitable, no aplicaba” porque eran las declaraciones del señor Williams al policía las que de hecho habían conducido al cuerpo de la niña (467 U. S. 443). Destacó la Corte, sin embargo, que hay una “similaridad funcional” entre las dos doctrinas en el sentido de que la exclusión de *evidencias* que inevitablemente habrían sido descubiertas pondría al Gobierno en una posición peor, porque la policía habría obtenido esa *evidencia* si no hubiera tenido lugar ninguna falta de conducta” (467 U. S. 444). Declaró así que si el gobierno puede probar que la *evidencia* habría sido obtenida inevitablemente y, por lo tanto, ésta habría sido admitida no obstante un exceso de la policía, no hay base racional para excluir esa *evidencia* ante el jurado a fin de asegurar la equidad del juicio” (467 U.S. 445). En el caso un agente de la oficina de investigación criminal de Iowa había declarado sobre el equipo de 200 voluntarios que se había formado, las directivas que se les habían dado, y en particular, que había marcado mapas rúters a modo de grilla, y dividido a los voluntarios en equipos de cuatro a seis personas, y asignado a cada equipo la inspección de áreas específicas de la grilla. El policía había declarado que si la búsqueda no se hubiese suspendido por la colaboración de Williams, habría continuado en el

siguiente condado (467 U.S. 449), y que la búsqueda no se reasumió una vez que se supo que Williams había guiado a la policía hasta el cuerpo, a unas dos millas y media de donde la búsqueda se había detenido. La Corte observó que la niña fue hallada junto a una alcantarilla, y que era claro que los grupos de búsqueda se estaban aproximando al lugar de ubicación del cuerpo, y se declaró convencida de que la búsqueda con voluntarios se habría reanudado si Williams no hubiese conducido a la policía hasta el cuerpo, y el cuerpo habría sido hallado inevitablemente (467 U.S. 450).

En voto concurrente, el juez Stevens hizo énfasis en punto a que “la carga de la prueba sobre el descubrimiento inevitable debe ponerse sobre la acusación”. Y dio singular peso a que la fiscalía había aducido prueba que demostraba que, al momento de la violación constitucional, estaba ya en curso una investigación que en el curso natural y probable de los eventos, habría descubierto el cuerpo en corto tiempo. Afirmaba “Este no es un caso en el que la acusación pueda escapar a la responsabilidad por una violación constitucional por medio de la especulación [...] La necesidad de aducir prueba suficiente para liberarlo de su carga, y la dificultad en predecir si tal prueba estará disponible o bastará, significa que la regla del descubrimiento inevitable no permite a los agentes estatales evitar la incertidumbre a la que ellos se verían enfrentados si no fuera por la violación constitucional” (467 U.S. 457).

La doctrina del descubrimiento inevitable es objeto de arduo debate, pues no ofrece estándares para determinar sobre qué base segura se podría afirmar la certeza de que, de no haber interferido el hallazgo mediante una violación constitucional, el elemento de prueba o la información se habría obtenido de modo inevitable (para las reservas que merece este juicio hipotético que depende de que las condiciones del hallazgo no hubiesen variado de no haberse interrumpido el curso de investigación independiente, véase KAMISAR, Yale / LA FAVE, Wayne / ISRAEL, Jerold H. / KING, Nancy J. / KERR, Orin S., *Modern Criminal Procedure*, 12ª edición, Thomson / West Publishing, Saint Paul 2008, p. 898 y ss.).

Entiendo, sin perjuicio de esas críticas, que basta aquí con emprender un abordaje concreto en punto a si –de no haberse recibido la declaración a Sebastián Bruno en infracción al art. 18 CN- inevitablemente la policía habría llegado a descubrir que era Hernán Pablo Kippke la persona retratada en las imágenes del cajero automático, o la persona que se había comunicado con Sebastián Bruno por medio del teléfono celular nro. 11 6727 8539.

En primer término corresponde señalar que la policía tenía ya impresiones de fotografía del cajero automático de la persona que había operado la cuenta de Gutavo Gattoni los días 6 de junio y siguientes. La policía no conocía a esa persona, no se trataba de un personaje público o notorio, y en la causa no se ha identificado que estuviese en curso ninguna línea de investigación actual que pudiese llevar inevitablemente a ponerle una identidad nominal a ese retrato, o a establecer el paradero de esa persona. Lo que pudiese eventualmente emprender la policía para averiguarlo, antes de haber empezado, es pura hipótesis.

En segundo lugar, se afirma en la sentencia que se contaba como prueba independiente “con las constancias de los llamados telefónicos hechos y recibidos por Bruno en esos días, que incluía muchas llamadas efectuadas por Kippke, por lo que era previsible que esta persona fuera buscada para recibirle declaración”. Si se refiere al listado de llamadas de la línea 11 6727 8549 incorporado al juicio (fs. 384/389, y fs. 829/834, confr. acta del debate, fs. 1542), es de notar que la policía recabó esa información porque Bruno les había informado de ese número como perteneciente a Kippke. Si en cambio se refiere al listado de llamadas entrantes y salientes de la línea 11 6817 6801 perteneciente a Sebastián Bruno, también incorporado al juicio (fs. 838/842, confr. acta del debate, fs. 1542), en rigor, la policía sólo contaba con los registros de números que habían tomado parte en las comunicaciones. No hay sin embargo ninguna indicación en la sentencia en punto a que la policía hubiese requerido informes sobre la titularidad de esas líneas, ni en particular que hubiese determinado que la línea 11 6727 8539 fuese de titularidad de Hernán Pablo Kippke. Tampoco hay

tal indicación en la documentación de las empresas del servicio de telefonía incorporada al juicio (acta de debate, fs. 1542). Tampoco el acusador ha ofrecido ninguna indicación en punto a que hubiese en curso alguna investigación para determinar quién usaba la línea telefónica. Al contrario, la declaración documentada a fs. 178/181 mueve a presumir que, una vez que Sebastián Bruno comunicó a la policía la existencia de Hernán Pablo Bruno, sus datos de teléfono y domicilio, ésta no emprendió ninguna averiguación en el sentido indicado. De modo que la afirmación de que la existencia de comunicaciones frecuentes entre el teléfono de Sebastián Bruno y otro teléfono cuyo titular o usuarios no eran conocidos, habría llevado a citar y hacer comparecer a Hernán Pablo Kippke es pura especulación.

Finalmente igual carácter especulativo tiene el pronóstico que hace el tribunal oral en el sentido de que, cuando los policías citasen a Hernán Pablo Kippke lo reconocerían como la persona que aparecía en las fotografías del cajero. Por un lado, porque para citarlo era presupuesto saber de su existencia, y conocer sus datos de contacto, y por el otro, porque se asume que lo reconocerían inevitablemente a pesar de que el rostro no era claro en los retratos.

El Oficial Principal Osvaldo César Gallo dijo haber ido a buscar a Hernán Kippke a su casa, para recibirle declaración, y que él personalmente le recibió declaración, pero no parece haberlo reconocido como la persona de las fotografías del cajero automático, pues afirmó que la declaración se suspendió cuando reconoció haber extraído dinero del cajero. Por cierto, dijo que se hicieron investigaciones a partir de las extracciones de dinero que efectuó el imputado Kippke, y que incluso la vestimenta que tenía coincidía con la que tenía al momento de su detención. Recordó que se podía observar que en alguna de las extracciones de dinero se colocaba la capucha o ponía un papel frente a la cámara para no ser visto (1601 vta./1602). El Oficial Principal Pablo Martín Gil también estuvo presente cuando se le recibió declaración a Hernán Kippke, no lo reconoció como la persona de las fotografías y expresó que el oficial jefe decidió interrumpir la declaración porque hizo mención de algo que estaba relacionado con la causa y unas tarjetas (fs.

1606).

Se afirma que cuando fuese citado Kippke más tarde o más temprano, si es que efectivamente fuese citado como resultado de otro curso de investigación, el reconocimiento sería inevitable. Pasaré por alto que en la misma sentencia se señala que por un lado afirmó que el registro de las llamadas de Bruno conducía inexorablemente a que Kippke fuese convocado e *“inmediatamente identificado”* -al verse su rostro- como la persona que extrajo dinero del cajero automático, y, por el otro, admitió que esas fotografías *“no son muy claras”* y encima la persona que allí aparece *“intentó ocultar su rostro”* (fs. 1611 vuelta). En el juicio se incorporaron las impresiones fotográficas de registros de *video* de los cajeros automáticos del Banco Galicia, tomadas los días 6 y 8 de junio de 2013 (impresiones de fs. 313/315, confr. acta del debate, fs. 1542), y tan pronto se inspeccionan éstas salta a la vista que el rostro de la persona no se percibe claramente, aunque sí sus vestimentas. Para sostener que de todas maneras sería reconocido, es necesario especular con que, si eventualmente hubiese sido citado en otro momento, Kippke llevaría necesariamente las mismas ropas que las que se ven en los retratos. Todo esto es nuevamente especulación que no se ajusta a la doctrina del descubrimiento inevitable.

En síntesis, la invalidez de la declaración recibida a Sebastián Bruno bajo juramento, y documentada a fs. 178/181, acarrea la imposibilidad de aprovechar los datos e informaciones que aquél dio en su exposición, y en particular, de aprovechar lo que declaró sobre su amistad con Hernán Pablo Kippke y sobre la reunión con éste y actividades que habían tenido el día 5 de junio de 2013, y los datos de su domicilio y números de teléfono.

La acusación no ha logrado demostrar, ni tampoco el *a quo* ha dado un fundamento pertinente o consistente, para afirmar la certeza de que existía en el caso un curso de investigación ya emprendido, e independiente de la recepción de la declaración de fs. 178/181, que inevitablemente hubiese llevado a identificar a la persona de los retratos impresos de las cámaras de seguridad de los cajeros automáticos donde se realizaron extracciones de la cuenta de Gustavo Gattoni. En defecto

de elementos de convicción obtenidos de una fuente de prueba independiente de la infracción al art. 18 CN, o de elementos de convicción que permitan constatar que existía en curso una línea de investigación de determinadas características y con determinado objeto, que habría llevado inevitablemente a identificar a la persona retratada en los cajeros como Hernán Pablo Kippke, concluyo que el tribunal oral ha aplicado erróneamente la doctrina constitucional de la Corte Suprema, sentada en el caso “*Daray*”, ya citado.

Como consecuencia de ello, concluyo que el sometimiento a proceso y acusación del imputado, originado exclusivamente en informaciones obtenidas por una vía contraria al art. 18 CN, conduce a la anulación de lo actuado a su respecto, y, toda vez que se sustanció completamente la acusación, la defensa y el juicio, impone su absolución.

El presente es un proceso que tiene por objeto acusaciones de hechos gravísimos; según la fiscalía, y la propia sentencia, Hernán Pablo Kippke cooperó con Sebastián Bruno a retener a Gustavo Federico Gattoni en el establecimiento de aquél, a realizarle exigencias de dinero, y a que entregase bajo violencia o coacción su tarjeta bancaria y la clave para realizar extracciones de dinero, cooperó golpeándolo y cooperó, según la acusación a causarle la muerte mediante la aplicación de brutales golpes de una maza o martillo de cocina de los usados para tiernizar cortes de carne, y finalmente cooperó para trasladar su cuerpo y arrojarlo en un zanjón de un descampado de un suburbio de Buenos Aires. El hecho es muy grave, y el fracaso que carga la acusación es el costo por la mala actuación policial que el Ministerio Público tenía bajo su supervisión (art. 196 *bis* CPPN, texto según ley 25.760).

La exclusión de los datos obtenidos de una declaración recibida en infracción al art. 18 CN, que prohíbe técnicas dirigidas a obligar a los sospechosos a declarar contra sí mismos, no está directamente impuesta por esa prohibición. El art. 18 no define qué sucede si se viola la prohibición y la exclusión no está concebida ni es idónea para sanar la afectación de la inmunidad contra la auto-incriminación forzada, afectación que el imputado ha sufrido, en lo que poco cambia que se auto-incrimine y ello sirva para su condena, o que

no baste para ello.

Es aquí oportuno evocar las consideraciones que expuse en esta Sala, en ocasión de la sentencia dictada en el caso “*Schmidt, Hugo Ernesto*” (causa n° 5.958/2014, rta. 13/05/2016, reg. n° 361/2016), que son *mutatis mutandis* aplicables al presente caso.

En primer lugar, no deben en este caso confundirse las reglas que conceden una cierta inmunidad, de las reglas que dicen cómo debe procederse cuando esa inmunidad se ha quebrado, contra la ley y la Constitución. La exclusión se impone por aplicación del estándar más genérico del debido proceso legal del art. 18 CN, y de uno de sus derivados, el principio de legalidad procesal.

En efecto, la exclusión es consecuencia directa del principio sentado en la primera frase del art. 18 CN según el cual “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, principio del que se infiere, entre otras derivaciones, el principio de legalidad procesal que comprende la admisibilidad y valoración de los elementos de prueba e impide admitir y valorar informaciones o elementos de prueba obtenidos en violación a una regla constitucional o legal. Las pruebas materiales obtenidas por medios inconstitucionales de ejecución de la ley no pueden ser valoradas en juicio porque no son compatibles con la idea de un proceso penal fundado en ley.

A este respecto es pertinente evocar el abordaje de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que al examinar la regla de exclusión ha seguido esta distinción en un caso de invasión domiciliaria, con argumentos que son aquí aplicables por analogía. El núcleo de la argumentación de la Comisión se sintetiza en que las formas son límites que se imponen como garantía de las personas: “La justificación de los métodos para averiguar la verdad depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente conocimiento al proceso, de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según la disciplina de la ley procesal. Las formas judiciales no son una categoría formal sino que, en tanto sirven directamente a la protección

de la dignidad humana, se comportan como una categoría material” (Comisión IDH, informe n° 1/95, “*Alan García Pérez v. Perú*”, caso 11.006, informe de 07/02/1995).

Por lo demás, ya ha dicho la Corte Suprema que el acatamiento por parte de los jueces de los mandatos constitucionales no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de la violación constitucional y ha establecido que una sentencia judicial no puede apoyarse en esos elementos obtenidos en violación a la Constitución y la ley (Fallos: 303:1938).

A este respecto evoco que la Corte ha declarado en el caso de Fallos: 306:1752 (“*Fiorentino, Diego Enrique*”, consid. 7) que, establecida la invalidez de un registro domiciliario, igual suerte debe correr el secuestro practicado en esas circunstancias. En ese caso sentenció que “la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la *evidencia* obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales (doc. de Fallos: 46:36) lo cual «no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito» (Fallos: 303:1938)”. Esa decisión no se ha reducido a un argumento moral, pues la Corte la ha referido a una base normativa al aclarar que “la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional” (Fallos: 308:733, “*Rayford, Reginald*”, consid. 5; en la misma dirección Fallos: 317:1985, “*Daray, Carlos Ángel*”, voto concurrente de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Levene, considerandos 11 y 15).

Puede sintetizarse que la Corte Suprema de Justicia, en varios precedentes, ha sentado la regla de la exclusión en un principio ético (Fallos: 46:36; 306:1752; 308:1938) en cuanto ha proclamado que el Estado no puede valerse en el proceso de pruebas obtenidas por medios

ilegales pues no puede sacar provecho de la violación de una garantía constitucional que él mismo ha prometido. Esta es, en definitiva, la exigencia de un proceso tramitado conforme a la ley en los términos del art. 18 de la CN, tal como lo ha reconocido expresamente la Corte Suprema en los Fallos: 308:733, consid. 5, al afirmar la vinculación de la regla de la exclusión con la garantía del debido proceso.

Es pertinente destacar también que en ese caso la Corte Suprema ha declarado que la regla de exclusión “siempre encierra un conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad, como lo son el de una rápida y eficiente ejecución de la ley y el de prevenir el menoscabo de los derechos individuales de sus miembros a raíz de la aplicación de métodos inconstitucionales por parte de quienes se encuentran encargados de resguardar su cumplimiento” (ibídem) y destacó finalmente que “el conflicto ha sido resuelto dando primacía a este último” (Fallos: 310:1847, “*Ruiz, Roque A.*”, consid. 10).

En rigor, entiendo que el conflicto es aparente, porque de lo que se trata es de una cuestión de orden público: la ejecución de la ley - como verdad de Perogrullo- sólo puede perseguirse aplicando la ley, y las reglas constitucionales que ponen limitaciones formales a la averiguación y persecución de los delitos son de orden público y por tanto deben ser cumplidas.

En otras oportunidades, antes de ahora (*vide* p. ej. mi voto como juez subrogante de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa 11.332, “*Osuna, Claudio Alberto*”, rta. 09/03/2011, reg. n° 18.094), he advertido que frente a la conmoción que pudiese causar la liberación de un presunto culpable, como consecuencia de una infracción a una regla constitucional de garantía, se impone señalar que muchos delitos no se llevan a juicio ni se penan porque los agentes de policía cumplen fielmente con la Constitución y porque esa imposición constitucional veda la obtención de pruebas por cualquier vía y a cualquier precio, y ello no es ocasión de escándalo. Del mismo modo, tampoco debe ser ocasión de escándalo que no se pueda llevar a cabo un juicio sustentado en pruebas de cargo obtenidas de modo inconstitucional.

Pues el proceso es una secuencia formalizada de

investigación de la verdad, y en él no está permitido perseguirla de cualquier modo, sino exclusivamente por los métodos formalizados en la Constitución y la ley. Así pues, el derecho procesal penal se muestra como reglamentario de la ley básica (MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, 2a. edic., Buenos Aires, 1996, tomo I, p. 518). Tan pronto se entiende que la historia del derecho procesal penal es, en una parte sustancial, también la historia de la relación entre el Estado y el ciudadano, se entiende que el derecho procesal penal debe ser, al fin, derecho constitucional aplicado. Si se puede aceptar ello, la conclusión que se impone es que nadie puede ser penado sin juicio fundado en ley, lo que lleva a que, ni siquiera los culpables de un delito puedan ser convictos sobre la base de pruebas de cargo obtenidas en contra de la ley porque la palabra *nadie* comprende tanto a los inocentes como a los culpables.

La absolución del acusado es el precio que se paga por el defecto de actuación de la policía, y por el defecto de actuación de la fiscalía en la dirección de la investigación conforme a la ley y la Constitución, dirección que le incumbía según el art. 196 *bis* CPPN.

En vistas de la conclusión a la que arribo, se torna inoficioso el tratamiento de los otros agravios traídos en el recurso de casación de fs. 1630/1675 por la defensa de Pablo Hernán Kippke.

3.c.2. *Las consecuencias de la nulidad en lo que concierne a la situación de Sebastián Bruno.*

Corresponde a continuación examinar cuáles son las consecuencias de la nulidad de la declaración recibida a Sebastián Bruno bajo forma testifical, en particular en lo que concierne a cuáles son las informaciones obtenidas de esa declaración que no podrían ser aprovechadas como fuente de investigación de medios de prueba, ni cuáles los elementos de prueba que deberían ser excluidos por haber sido obtenidos a partir de esa declaración obtenida en infracción al art. 18 CN.

La defensa no ha sostenido a lo largo del proceso una posición consistente sobre el punto.

Al cabo de la recepción de la prueba en la audiencia de

debate, en ocasión de los alegatos finales, el defensor que entonces asistía a Sebastián Bruno había hecho girar su instancia de nulidad en torno al argumento de que éste había sido interrogado por la policía de un modo en que fue llevado a una “autoincriminación forzosa”, impugnado la validez de la declaración recibida bajo la forma testifical. La defensa argumentaba que no se estaba citando a Sebastián Bruno como testigo, sino que la policía “estaba deteniéndolo, encubiertamente”, y agregaba que, “si hubiera motivo de sospecha, es la indagatoria el acto para que declare, a cargo de un juez, y no de la división antisequestros”. Argumentaba también que su defendido “Se encontró imputado y privado de su libertad”, lo que se infería de las condiciones en que permaneció durante varias horas, mientras se verificaban sus dichos”, y destacó las constancias de la instrucción en punto a que “luego de la declaración de Kippke, [los policías] se comunicaron con el Secretario del Juzgado, quien dio la orden de detener a los hoy imputados”.

En ese alegato señaló el defensor que a fs. 232 se había ordenado el allanamiento de la calle Larrazábal y el secuestro del automotor de Sebastián Bruno e, insistiendo en que “éste se encontraba sospechado desde antes de la declaración testimonial” se había vulnerado el art. 18 CN, había postulado que “los actos posteriores deben ser declarados nulos pues se nutren de un acto nulo”, a saber, la declaración que él había hecho ante los policías. A continuación el defensor había citado la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso “*Miranda v. Arizona*”, y la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Francomano*”, destacando que a Sebastián Bruno se le había privado de la asistencia de un letrado, asistencia a la que éste no había renunciado, y que él no se había manifestado libremente en la dependencia policial. Sostuvo entonces que gracias a lo que había declarado ante los policías se había convocado a Hernán Pablo Kippke, y argumentó que las vulneraciones del debido proceso legal y defensa en juicio “hacen susceptibles de nulidad absoluta [...] [las declaraciones] de Maldonado de fojas 224, de Gallo fojas 223, [el] acta de secuestro de fojas 216, [las] actas de fojas 215, 237, 232, de

allanamiento de fojas 290/291, y todos los actos derivados de esta testimonial”.

Según el entonces defensor, “exist[ía] una relación de causalidad directa entre la prueba y los dichos de Bruno y el coimputado” por lo que la nulidad de la declaración de Sebastián Bruno acarrea la de la orden de allanamiento y secuestro, argumentando que “el secuestro del GPS no fue consecuencia de una investigación, sino que tiene origen en las manifestaciones auto inculpativas de Bruno”. Concluía que debía aplicarse la regla de exclusión a esas piezas por no haber cauce de prueba independiente, lo que conducía a la absolución del acusado (acta del debate, fs. 1571 vta.).

Como ya se ha relevado en la letra precedente, al abordar estas alegaciones en la sentencia, se afirmó erróneamente que la declaración de Sebastián Bruno había sido anulada durante la instrucción. Observo que a partir de allí se abordó de modo sumario la cuestión de las consecuencias de esa nulidad para definir si había elementos de prueba de los que la sentencia no pudiera servirse. La sentencia recordó que la cuestión era una reedición de un tema que ya ha sido decidido por la cámara de apelaciones y también por el tribunal de juicio en el incidente de nulidad planteado por la defensa de Sebastián Bruno, aunque reafirmó que “resulta claro especialmente después de escuchar a los testigos durante el debate, que al momento de la detención de Bruno ya existían motivos suficientes como para escucharlo en el juicio”, explicando los elementos sobre cuya base era sospechado por los policías. Estimó que “es probable que a esa altura las sospechas en contra de Bruno justificaran no recibirle una declaración testimonial” y no obstante la nulidad de su declaración “como se resolvió entonces y reiteró el Tribunal, la prueba existente en contra de Bruno era independiente de esa declaración, y fue incorporada en forma legal, por lo cual la pretensión de anular las actuaciones resulta inaceptable” (fundamentos, fs. 1611).

Aquí es adecuado señalar que la cámara de apelaciones no había admitido la nulidad de la declaración testifical recibida a Sebastián Bruno, y por ende, tampoco se había visto enfrentada a examinar qué

consecuencias habría tenido una eventual declaración de nulidad sobre otros elementos de convicción. En cambio, había declarado la nulidad de la declaración testifical recibida por la policía a Hernán Pablo Kippke de fs. 183/184 y extendido los efectos a las declaraciones testificales de los policías que la habían recibido (confr. legajo de apelación del auto de procesamiento, esp. fs. 58, 59 y 61) pero no de otros actos posteriores a esa declaración. A su vez el tribunal oral al rechazar la nueva incidencia de nulidad promovida en el plazo del art. 354 CPPN, había señalado que la cuestión ya había sido resuelta por la Cámara y que no se habían introducido nuevas circunstancias que permitiesen variar lo decidido (fs. 75 del incidente respectivo).

En el escrito de interposición del recurso de casación la defensa de Sebastián Bruno concordó con el tribunal oral en que, como ya lo había sostenido “en la misma línea de lo argumentado en el alegato, Bruno ya se encontraba sospechado previamente al momento de la detención”. Concuera la defensa en que “Bruno era un sospechoso por lo que la declaración testimonial debió de anularse”. Señala a continuación que el *a quo* afirma erróneamente que la declaración había sido declarada nula, y argumenta que “Una conclusión derivada de esa premisa falsa es consecuentemente absurda”, señalando que la cámara de apelaciones había rechazado la nulidad, por lo que en la sentencia que aquí se recurre se ha incurrido en infracción a las reglas de la lógica, y por ende en arbitrariedad.

Sostiene que “la conclusión más allá de absurda, también carece de fundamentación, por realizar una valoración incompleta y dogmática al sostener genéricamente 'la prueba existente en contra de Bruno era independiente de esa declaración, y fue incorporada en forma legal' sin determinar cuál era esa prueba de manera objetiva”, y se queja de que el *a quo* no dió respuesta a las alegaciones de la defensa en cuanto había sostenido que tanto los allanamientos, como el secuestro del GPS, y la identificación de Kippke fueron producto de los dichos de Bruno.

En el recurso insiste en que, “de no haberse llevado a Bruno a declarar ese día, la camioneta de Bruno no hubiera quedado ‘secuestrada’ en el estacionamiento de la división antisequestros y no se

hubiera contado con el GPS, como así tampoco la ropa allí secuestrada” y refiere a las actas de fs. 215, 216, 218.

En la audiencia celebrada a tenor del art. 466 CPPN, el nuevo defensor de elección de Sebastián Bruno planteó que esta Sala debería resolver el caso en alguno de estos sentidos alternativos: a) dictando resolución definitiva convalidando la condena; o b) dictando resolución no definitiva, haciendo lugar a la pretensión de la defensa, y en consecuencia, disponiendo se realice un nuevo juicio en el que se respeten las garantías de Sebastián Bruno. Sostuvo que en esta instancia no pedía la absolución de su defendido, sino que se anulase la sentencia y que se realizase un nuevo juicio en el que se excluyan los actos viciados, en el que se respete el principio de inocencia, en el que se respete el derecho a confrontar la prueba de cargo y discutir la relación causal.

Al abordar la pretensión de exclusión de los actos viciados, alegó que la declaración que se recibió a Sebastián Bruno era una declaración indagatoria en presencia de personal de la fiscalía y adhirió a las argumentaciones de la defensa Pública de Hernán Pablo Kippke, en punto a la verdadera naturaleza del interrogatorio, aunque adelantó que las consecuencias conducían a una situación distinta de la situación de Kippke. Concordó con esa defensa en punto a que nunca pudo haber un cauce de investigación independiente por la sencilla razón de que el teléfono de Kippke no estaba a su nombre. Insistió en que la declaración de Bruno era nula porque constituyó una indagatoria en sede policial con presencia del personal de la fiscalía, y “esta nulidad produce la nulidad de la identificación de Kippke, y la causa respecto de Kippke se cae”. Seguidamente diferenció la situación de Sebastián Bruno, admitiendo que los policías “sí habrían podido encontrar, secuestrar la camioneta y allanar su domicilio”, no obstante ello, “pero la nulidad de la causa respecto de Kippke ocasiona la nulidad de la sentencia porque la reconstrucción de los hechos es imposible de llevar a cabo tal cual como está hecha en la sentencia sin la presencia de Kippke”. Concluyó que debía anularse el juicio respecto de Sebastián Bruno, y como consecuencia de ello retrotraerse el proceso a la etapa del art. 354 CPPN

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 29646/2013/TO1/CNC1

para que éste pudiese defenderse adecuadamente, *“sin que estén incorporados al proceso elementos obtenidos a partir de violación de reglas constitucionales”*.

La argumentación de los defensores sucesivos no es enteramente concordante y, por lo demás ninguno de ambos defensores ha identificado concretamente cuál es el medio de prueba o la información obtenida en infracción a alguna regla constitucional de inmunidad o de garantía de la que se ha aprovechado la sentencia en la reconstrucción del hecho atribuido a Sebastián Bruno, más allá de la identidad nominal de la persona que habría cooperado con éste en la ejecución del hecho. En otros términos, cuál es el dato o información obtenido ilegítimamente, en el que se apoya la sentencia de modo decisivo. No obstante lo defectuoso, genérico, variable y en parte contradictorio de los planteos trataré de darles respuesta.

En el escrito de interposición del recurso de casación el anterior defensor alegó que la nulidad de la declaración documentada a fs. 178/181 acarrea la nulidad de otros actos posteriores, pero falló en demostrar que esos actos dependan de lo que pudo haber dicho Sebastián Bruno en su declaración, salvo en lo que se dice en el número anterior en punto a que esa declaración es la que ha permitido conocer por primera vez el nombre de Hernán Kippke, y establecer su vinculación con el imputado, y relacionarlo con las fotografías impresas de las cámaras de los cajeros automáticos correspondientes al momento que en se hicieron las extracciones de las cuentas de Gustavo Gattoni. En particular falla en demostrar que excluyendo la declaración testifical de Sebastián Bruno no se habría conocido la probable cooperación de otra persona en toda la ejecución del hecho, o en alguna parte de éste, en particular, porque –con independencia de la declaración de Bruno- al momento del interrogatorio se conocía ya que una persona había ido al domicilio del señor Gattoni, para que su pareja, a instancias de éste, le entregase una suma de dinero en dólares estadounidenses, y también se sabía que se habían hecho varias extracciones de la cuenta del señor Gattoni, en diversos cajeros automáticos y se tenían registros de imágenes que no correspondían ni a Gustavo Gattoni ni a Sebastián

Bruno.

El anterior defensor falla también en aquella demostración, pues en todas sus sucesivas alegaciones campea una confusión entre legalidad de la detención de Sebastián Bruno, y legalidad de la recepción de declaración a éste, bajo forma testifical y bajo juramento, en circunstancias en que ya era sospechoso y se buscaba obtener de él informaciones para continuar la investigación sobre la suerte de Gustavo Gattoni.

En rigor, la defensa anterior sostuvo que el imputado Sebastián Bruno estaba materialmente detenido, pero no cuestionó que éste pudiese ser legalmente detenido, lo que cuestionó es que la policía le hubiese recibido declaración. Sostiene la anterior defensa que la decisión de allanamiento y registro del establecimiento de la calle Larrazábal y la de secuestro e inspección de las cosas del automóvil Fiat Qubo –incluida la inspección de los registros del dispositivo de geoposicionamiento GPS- son consecuencia de la declaración de Sebastián Bruno, pero más allá de la afirmación no ha dado fundamento de tal aserción.

Ahora bien, ya antes de la declaración la policía tenía a Sebastián Bruno como sospechoso, conocía que el señor Gattoni se había reunido con aquél, había hecho una inspección externa del establecimiento de la calle Larrazábal, había visto a Sebastián Bruno en la camioneta Qubo manipulando un arma, después había sabido por el testigo Brandán que Sebastián Bruno se comunicaba con él insistentemente y que estaba a escasísima distancia de la División Antisecuestros mientras éste declaraba, había salido a buscarlo, lo había ubicado a bordo de la camioneta Fiat Qubo, le había interceptado el paso, y lo había conducido a la dependencia policial. Todo esto lo conocía la policía antes de que Sebastián Bruno dijera una sola palabra en su declaración. Frente a este panorama global, si la anterior defensa pretendía que deben anularse las diligencias de allanamiento y registro del establecimiento de la calle Larrazábal, y de secuestro e inspección del automóvil, tenía la carga de demostrar con algún razonamiento lógico y puntual de qué modo estos actos dependían de modo necesario y exclusivo de lo que dijo en su declaración. Tal demostración no la había

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 29646/2013/TO1/CNC1

ofrecido ni a los jueces de la causa, ni tampoco en el escrito de interposición del recurso de casación.

En ese escrito, tampoco había intentado identificar, de modo concreto y puntual, algún elemento de prueba en el que la sentencia aquí recurrida se hubiese apoyado de modo decisivo, elemento que pudiera sostenerse se hubiese obtenido de modo directo o indirecto de la declaración nula.

Ahora bien, a estas observaciones ha de agregarse que el nuevo defensor de elección de Sebastián Bruno que ha intervenido en la audiencia, ha hecho un giro sustancial en la argumentación de la nulidad. No ha mantenido la pretensión traída en el recurso para que se declare la nulidad del allanamiento y registro del establecimiento de la calle Larrazábal, ni de lo obtenido a partir de éste, ni tampoco del secuestro del automóvil, ni de lo obtenido a partir de la inspección de su contenido, ni en particular de los registros del aparato de geoposicionamiento satelital. Sostiene ahora que sin la declaración nula de Sebastián Bruno no podría haberse reconstruido el hecho como se ha hecho en la sentencia, y por único argumento afirma que “la nulidad de la causa respecto de Kippke ocasiona la nulidad de la sentencia porque la reconstrucción de los hechos es imposible de llevar a cabo tal cual como está hecha en la sentencia sin la presencia de Kippke”. Esta afirmación no aparece razonada puntualmente frente a los elementos de convicción tenidos en cuenta en la sentencia, y por ende impide conocer qué es lo que no habría podido reconstruirse de la imputación a Sebastián Bruno sobre la base de los elementos de prueba incorporados al juicio más allá de la identidad nominal de Hernán Pablo Kippke, o de la naturaleza de la relación entre éste y Sebastián Bruno. A ello cabe agregar que al cabo del debate el imputado Sebastián Bruno hizo una extensa exposición sobre su conocimiento de Kippke, sobre su encuentro con éste el día en que se reunió con Gustavo Gattoni, sobre la intervención de Kippke que según el imputado habría tenido lugar después de que aquél se desvaneció y no volvió a reaccionar. En su declaración el imputado asumió la existencia de una discusión y una pelea con Gustavo Gattoni, adujo que éste intentó golpearlo con una maza de cocina, que forcejeó, que él golpeó a

Gattoni con la maza, y que los ánimos se habrían calmado, y que poco después Gustavo Gattoni se desvaneció, para ya no recuperarse. Esta declaración fue hecha bajo todas las garantías del art. 294 CPPN. Si se pretende que debía excluirse toda referencia a la participación de otra persona en la reconstrucción de la imputación a Sebastián Bruno una argumentación más exhaustiva era necesaria. Máxime teniendo en cuenta que otros elementos de prueba, independientes de la declaración original del imputado, demostraban que una persona, no identificada, había intervenido como mensajero para recibir de la mujer Gustavo Gattoni una suma de dólares, por indicación de éste, y también que se había usado su tarjeta bancaria en varios cajeros automáticos, que la persona la usó había sido registrada en imágenes, y que esa persona no era Sebastián Bruno.

Concluyo pues que, aunque no puede aprovecharse nada de lo que Sebastián Bruno hubiese dicho en su declaración de fs. 178/181, no se ha demostrado que la sentencia se hubiese fundado en alguna información o medio de prueba obtenido directa o indirectamente de esa declaración.

4. Sobre la alegación de la restricción del derecho al control de la prueba.

Para mejor claridad en la exposición, es adecuado examinar separadamente las instancias de la defensa durante la instrucción, hasta la fecha de la audiencia, y las instancias de la defensa en la apertura del debate, al introducir cuestiones preliminares (art. 376 CPPN).

4.b.1 Las instancias de la defensa de Sebastián Bruno realizadas antes de la apertura del debate.

La autopsia sobre el cadáver de quien en vida fue Gustavo Gattoni fue realizada por el médico legista Jorge Pedro Durso, de la Dirección Departamental de Policía Científica de San Martín, provincia de Buenos Aires, el día 9 de junio de 2013, e iniciada a las 13:30 hs. El respectivo informe de autopsia está agregado a fs. 883/891. Al momento de realización de la autopsia el cadáver no estaba identificado, y la policía y las autoridades de persecución de la provincia de Buenos Aires, aunque obraban sobre la base de indicios de probable muerte violenta,

desconocían quién podría ser imputado de la muerte, y por sobre todo desconocían absolutamente la existencia de Sebastián Bruno. No tenían pues un imputado, ni siquiera un sospechoso, a quien notificarle que se realizaría la autopsia.

Cuando Sebastián Bruno fue llamado por primera vez para recibirle declaración indagatoria, el día 11 de julio de 2013 (confr. fs. 347/349), el juez de instrucción de esta ciudad no tenía todavía a su disposición el informe de autopsia. Una copia de las actuaciones realizadas por la policía de la provincia de Buenos Aires que contenía ese informe se agregó más tarde (fs. 410/436); cuyo original finalmente se agregó también a los autos (fs. 847/917), legajo en el que estaba incluido el informe de autopsia original (fs. 883/891). Estos elementos fueron puestos en conocimiento del imputado y del defensor que lo asistió en el acto de ampliación de la declaración indagatoria posterior (fs. 931/936).

A más tardar a partir de allí tenía la defensa a mano – ejerciendo libremente su criterio profesional- pedir y ofrecer las medidas de prueba necesarias para someter a control el informe de autopsia. Sin embargo no hay constancia de que lo haya hecho en autos.

Cuando la querella y el representante del Ministerio Público presentaron sus requerimientos de remisión a juicio contra Sebastián Bruno y el otro imputado, el juez de instrucción corrió vista a las defensas de esos requerimientos (fs. 1201). Ambos requerimiento apoyaban su hipótesis de acusación, entre otros elementos, en el informe de autopsia de fs. 883/891. La defensa de elección de Sebastián Bruno, que tenía a mano usar la facultad de oposición a la elevación no presentó ninguna ni formuló ninguna reserva, por lo que el juez dispuso la remisión a juicio (fs. 1224).

Radicado el caso ante el Tribunal Oral, se dictó el decreto emplazando a las partes a tenor del art. 354 CPPN (fs. 1229). La fiscalía y la querella pidieron la incorporación en el debate del informe de autopsia de fs. 883/891, aunque no pidieron la citación del médico que lo había realizado. Por su parte la defensa de elección de Sebastián Bruno ofreció variados elementos de prueba, pero no realizó ningún ofrecimiento o instancia en relación al informe de autopsia (fs.

1297/1304).

Así el Tribunal Oral dictó *providencia* sobre la prueba a producir en el debate, entre ella, la presentación del informe de autopsia de fs. 883/891 y también del informe del Laboratorio Químico Pericial de la Superintendencia de Policía Científica (peritaje toxicológico n° 3124/2013) agregado a fs. 973/974 (confr. *providencia* de prueba de fs. 1357/1359).

Esta *providencia* no fue objeto de reposición de ninguna protesta de la defensa de Sebastián Bruno.

Puede entonces concluirse que, hasta este momento del proceso, la defensa del imputado tenía a su mano ofrecer cuanta medida apareciese *prima facie* pertinente e idónea para someter a control crítico los informes señalados. No se trata de que se lo hubiese privado del control de esos elementos de prueba, sino de la prescindencia del ejercicio de facultades que la ley le concedía, por su libre discreción profesional. Pues es aquí relevante señalar la diferencia entre facultades que decidió no ejercer, y facultades de las que se la habría privado arbitrariamente de ejercer. De nada había sido privada la defensa hasta entonces, pues nada había pedido.

4.b.2 *Las instancias de la defensa de Sebastián Bruno realizadas durante el juicio una vez abierto el debate.*

Según consta en el acta del debate que documenta el primer día de audiencia, 5 de mayo de 2015, en la etapa que regula el art. 376 CPPN, uno de los nuevos defensores de elección del imputado, que había reemplazado al anterior (confr. fs. 1504/1505), instó por primera vez la producción de medidas de prueba que no habían sido siquiera sugeridas hasta ese momento por la defensa anterior.

Consta en el acta esa petición en estos términos: “como cuestión previa, vienen a incorporar como nueva prueba, conforme el artículo 388 del Código Procesal Penal de la Nación, un informe que realizó una especialista en neurocirujía, la Dra. Silvia Ines Berner, que concluye que la autopsia carece de sustento científico y se encuentra descripta de modo deficiente, lo que dificulta la defensa de su cliente. El letrado defensor fundó su petición con una lectura de las conclusiones

del informe. Asimismo, el Dr. Bindi solicitó la comparecencia del galeno que suscribió la autopsia”. El tribunal oral no proveyó de modo inmediato la petición, y puso el informe presentado a disposición de las restantes partes. (acta de debate, fs. 1504 vta.). De la inspección del registro de audio e imagen de esa audiencia (archivo 1390.avi) resulta que el acta refleja en lo sustancial lo ocurrido y argumentado, más allá de no constar las razones por las que se pretendía confrontar la prueba con ese informe. Se constata también por el acta y por el registro, que la defensa no había pedido la citación como testigo de la médica Silvia Inés Berner, sino la incorporación de su informe y la citación del médico legista Durso.

En el segundo día de audiencia, de 7 de mayo de 2015, el juez que la presidía dio traslado a las partes para que expresasen su posición sobre el pedido. El representante del Ministerio Público objetó que el nuevo ofrecimiento no encuadraba en el art. 388 CPPN, no obstante lo cual “en aras de garantizar la forma más amplia del derecho de defensa, no tendría objeción en que declare la médica, siempre y cuando también declare el médico legista de la Provincia de Buenos Aires, cuyo instrumento se cuestiona con el informe”. Según consta en el acta el acusador público sugirió que “se podría realizar una especie de coloquio, como estila el Tribunal”. La querella adhirió a la posición de la fiscalía, y la defensora pública del otro imputado prestó conformidad a la citación de los testigos propuestos. Según se documenta en el acta, el juez que presidía la audiencia difirió la decisión “para no dilatar el inicio de la recepción de la prueba prevista para el día de hoy” (acta del debate, fs. 1516 vta.).

Finalizada la recepción de la prueba disponible para ese día, antes de pasar a cuarto intermedio, el juez que presidía hizo saber a las partes que no obstante la extemporaneidad de la presentación, atento a la conformidad prestada por las partes, se admitía la incorporación del informe firmado por la médica Berner. También anunció que “en la próxima audiencia, (...) vamos a recibirle una declaración a la doctora Silvia Inés Berner que firma este informe, le pido a la defensa si la puede convocar para que venga y al médico que realizó la autopsia para

hacerles las preguntas aclaratorias que quieran hacerles” (acta de debate, fs. 1517 vta., archivo 1420.avi).

Al comienzo del tercer día de audiencia, 21 de mayo de 2015, el juez que presidía el debate hizo saber a las partes que para ese día se había convocado al médico legista que realizó la autopsia, Jorge Durso, y a la médica neurocirujana Silvia Inés Berner, que había firmado el informe ofrecido por la defensa de Sebastián Bruno, y que el tribunal había sido informado de que el primero se encontraba de licencia por razones psiquiátricas y no estaba en condiciones de prestar declaración. Sobre la base de esa información, señalando que la querrela y el fiscal habían dado su conformidad para recibir las declaraciones en forma conjunta, el juez que presidía les dio la palabra para que se expidiesen. El representante del Ministerio Público expresó “que lo provechoso era el confronate, el coloquio entre los dos médicos. Que el informe que se acercó está hecho en base a las constancias de causa y lo dicho por Durso en la autopsia, por lo cual le interesaba el confronate”. Recordó que –como lo había dicho en la anterior audiencia- el ofrecimiento no revestía “novedad”, y así se opuso a que declarase en la audiencia la médica Berner. La querrela adhirió a la postura del Ministerio Público Fiscal. A continuación el juez que presidía resolvió dejar sin efecto la declaración ofrecida de la médica Silvia Inés Berner en estos términos: “la Dra. Berner no participó en la autopsia, y su informe es más bien teórico e hipotético. Lo importante era confrontarlo con el médico que hizo la autopsia, sin perjuicio de lo cual, el Tribunal incorporará el informe, para poder utilizarse al momento de alegar, pero no será escuchada la médica que lo confeccionó, por los motivos explicados”. En esto coinciden sustancialmente el acta (fs. 1532), y lo que se registró en audio e imagen (archivo 1460.avi). Frente a esa decisión el Defensor de Sebastián Bruno se quejó de que “la defensa *no pudo rebatir la autopsia. El médico ni siquiera declaró en instrucción*. Ello iría en contra de la doctrina de los fallos Benítez y Casal, ya que no fue discutida esa prueba”. El juez que presidía hizo saber a la defensa que “la decisión del Tribunal es incorporar dicha prueba; afirmaciones teóricas, que pueden utilizarse y aun ampliarse durante el alegato” (acta, fs. 1532). No hay constancia ni

en el acta, ni en el registro de *video* (archivo 1460.avi), de que la defensa hubiese promovido la reposición de la decisión del juez que presidía ante el tribunal en pleno, ni tampoco de que hubiese alguna suerte de protesta de recurrir en casación respecto de lo decidido.

Aunque no hay constancia textual en el acta, surge del registro de la audiencia que el juez que presidía dió por concluida la recepción de la prueba de testigos dispuesta para el debate, y que “se daba por incorporada por lectura todo el resto de la prueba documental y pericial admitida” en el auto de prueba, por lo que correspondía pasar a los alegatos (archivo 1460.avi). Tampoco en este estadio formuló la defensa de elección de Sebastián Bruno ninguna objeción a la clausura de recepción de prueba, ni realizó ninguna protesta.

El siguiente día de audiencia, a instancias del defensor, el tribunal oral recibió declaración a Sebastián Bruno, de cuyo contenido no se dejó constancia íntegra en el acta (confr. fs. 1542), aunque se dispone del registro íntegro de imagen y sonido. De la inspección del respectivo registro de la audiencia (archivo 1465.avi y 1470.avi) puede conocerse, en lo que aquí interesa, que durante el curso de su declaración el imputado pidió que se convocara una junta médica a fin de determinar la causa de muerte de Gustavo Gattoni. Se observa en el registro de la audiencia que el imputado dijo: “ante el hecho que, sospechosamente Durso -que debe saber que hizo mal la pericia- le dio un golpe de estrés y no pudo venir a declarar, que por favor se forme una junta médica (...) si yo realmente maté a Gattoni con ese golpe denme todos los años que me correspondan (...) pero en forma privada lleven ese informe a un médico amigo, a algún neurocirujano amigo, no van a encontrar uno que les diga que (...) o sea la lesión seguramente está bien porque le abrió la cabeza y vio que tenía una hemorragia adentro del cerebelo pero es imposible que esa lesión se haya generado por un golpe, imposible, no existe en la bibliografía, yo además de estudiar derecho, empecé a estudiar psicología en el penal y hay una materia que es neurofisiología, me pasé un año estudiando todo cómo se formaba el cerebro y, si bien obviamente no soy un neurocirujano ni una persona autorizada para hablar, es mecánicamente imposible que esa lesión se haya generado por

un golpe. No voy a abundar más sobre esto, digamos, sobre qué tiene que pasar para que se muera de un golpe, porque seguramente lo va a plantear mi abogado en los alegatos. Pero eso es imposible, para que alguien se muera de un golpe [tiene que haber] o fractura del cráneo, o por lo menos sin fractura de cráneo tiene que haber un movimiento brusquísimo del cerebro adentro el cráneo que golpee contra alguna pared del cráneo y que sea tan violento el golpe como para generar una lesión. Acá no hay hematoma, o sea no hay traumatismo craneal, no hay hematoma del cerebro contra el cráneo, la única lesión es en la parte más interna y más protegida del cerebro, imposible de generar con lesiones que eran superficiales, porque si Gattoni no se moría ese día, el corte que tenía en el cuero cabelludo se le curaba en menos de treinta días”.

Aunque no consta en el acta, sí surge del registro de audio que, una vez concluidas las declaraciones de Sebastián Bruno y de Hernán Pablo Kippke, el juez que presidía que expresó “incorporamos formalmente el resto de la prueba instrumental pericial que había sido resuelto en el auto respectivo, y si no hay más cuestiones que quieran plantear sería el turno de los alegatos”. Ninguna parte hizo ningún planteo, y en especial no hizo ninguno la defensa de elección de Sebastián Bruno (archivo 1470.avi).

Al contestar la acusación el defensor de elección que entonces asistía a Sebastián Bruno emprendió dos abordajes en relación al informe de autopsia de fs. 883/891 incorporado por lectura al juicio. Por una parte, desarrolló su queja de que no se le había garantizado oportunidad de controlar ese informe, como prueba de cargo, por el otro, emprendió una crítica de los términos de ese informe dirigida a discutir que éste fuese idóneo para probar la causa de la muerte de Gustavo Gattoni. En este capítulo se trata de la primera línea de argumentación, y no del mérito intrínseco del informe.

Sostuvo el entonces defensor que se afectó su derecho de defensa en juicio por la *imposibilidad de interrogar al perito que realizó la autopsia*, que calificó de “prueba dirimente”. Se refirió a la decisión del tribunal de admitir la incorporación del informe de la médica Berner —a quien calificó de “prestigiosa cirujana”— que había concluido que el

informe de la autopsia carece de sustento científico y está descripto de manera deficiente, sin detalle del tamaño del hematoma intercerebeloso, ni su ubicación, lo cual, según el defensor, dificultaba la defensa del imputado. Afirmó que se había solicitado se citase a declarar al médico Durso y a la médica Berner, a fin de que se explayase sobre el informe, y que no se había garantizado la contradicción sobre la prueba. Según alegaba entonces la declaración testifical del médico Durso era de “vital importancia”, y se quejaba de que inicialmente el tribunal había hecho lugar al pedido y de que “ante la negativa de éste, fundado en razones de licencia psiquiátrica, se desistió y se decidió continuar con el debate”. Esta decisión había conducido a que no pudiese controlar la prueba, “y se violó el derecho a interrogar al perito”. Con cita de la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Benítez, Aníbal Leonel” (Fallos: 329:5556) se quejaba en su alegato de no haber podido “controvertir la autopsia”. Sostuvo que esa autopsia era inconciliable con la prueba nueva incorporada y avanzó sobre la crítica de sus conclusiones. En su alegato señaló que en su declaración el imputado había sostenido una versión de los hechos que contrariaba la autopsia y había solicitado la convocatoria de una junta médica, petición que no había sido escuchada. Con cita de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de la Corte IDH, sobre el derecho de examinar a los testigos, continuó alegando respecto del acta del hallazgo del cuerpo (fs. 411 a 413), quejándose de que la defensa no había podido examinar a los médicos que la suscribieron (confr. acta del debate, fs. fs. 1571 vta./1572).

En el escrito de interposición del recurso de casación, la defensa señaló que el médico Jorge Durso no había comparecido al juicio “amparado en una supuesta licencia psiquiátrica”, (la cual se no se acreditó en autos), y el propio Tribunal, decidió desistir de ambos testimonios, sin siquiera corroborar si el estado del testigo le permitía o no declarar en el juicio” (SIC). Argumentó que “esta prueba ya [había sido] adquirida al proceso”, y que pese a que se trataba de una prueba dirimente para poner en discusión uno de los elementos del supuesto de hecho objetivo de homicidio se había decidido prescindir “de ambos testimonios”, con agravio a la defensa pues ésta no pudo “controvertir la

autopsia”, que fue incorporada por lectura “vulnerándose el derecho de defensa” del imputado. Según el recurrente la vulneración se configuró por “haber negado el tribunal las pruebas pertinentes y útiles que habían sido otorgadas, y ofrecidas por esta defensa supliendo las deficiencias probatorias y jurídicas de la Fiscalía”.

Afirmó que “lo que solicitamos al tribunal [fue] que se incorpore dicho informe como así también que se cite al Perito Oficial Dr. Jorge Pedro Durso y a la Dra. Silvia Inés Berner, quien confeccionó el informe”. Y señaló que “el perito oficial no compareció alegando una supuesta licencia psiquiátrica que le impedía declarar, por lo que el Tribunal sin mediar ningún tipo de informe médico decidió dejar sin efecto la convocatoria de ambos peritos e incorporar la autopsia por lectura, en contra de lo resuelto en la audiencia anterior”.

El recurrente expuso que “... el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra” y se quejó de que “Al no hacer efectiva la comparecencia del Dr. Durso, esta defensa se vio imposibilitada de controvertir la autopsia que se da de patadas con la prueba nueva incorporada y a su vez es atacada por incompleta”, argumentando que el tribunal de juicio no podía “desistir una prueba ya adquirida que consideró pertinente” si no mediaba consentimiento de las partes. A ese efecto presentó una argumentación de pretensión teórica según la cual “esta prueba ya se encontraba adquirida”, distinguiendo entre proposición y admisión de prueba, y proponiendo que la prueba “pasa a formar parte jurídicamente del proceso” cuando ésta es admitida, y que en este momento se produce su “incorporación” aunque todavía no practicada o realizada en la audiencia.

En otro orden planteó una instancia de nulidad “por incorporación y valoración de prueba que no pudo ser controlada por la defensa”. Se queja de que “pese a la oposición de esta defensa, el tribunal tuvo por incorporada y valoró en la sentencia la autopsia”, que se había realizado “cuando Bruno ni siquiera había designado abogado defensor, por lo que no pudo controlarse su producción, por lo que no

pudo designar perito de parte, y en definitiva controlar la producción de esa medida”. Afirmó que “esta cuestión suscito la oposición de esta parte y de la defensa de Kippke y pese a eso se incorporó”.

A continuación argumentó que “la incorporación por lectura de pericias u autopsias obtenidas durante la instrucción, [...] ha sido declarado violatorio de las garantías constitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, descalificando las sentencias que los incorporan” y se refirió a la sentencia de la Corte Suprema en el caso publicado en Fallos: 329:5556 (“*Benítez, Aníbal Leonel*”) y a otras decisiones posteriores de la Corte.

Argumentó que el hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es “si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal”, de modo que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no basta para subsanar la lesión al debido proceso por no haber tenido la posibilidad de “controlar dicha prueba”. De allí pretende que la incorporación del *informe de autopsia*, “que se realizó en otra jurisdicción, en el marco de otra causa “NN s/ averiguación de causales de muerte” en el Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires” que no había podido ser “controlada” por la defensa, “viola las exigencias constitucionales de oralidad, publicidad e inmediación del debate”. Sostiene así que “cuando se trate de un *testimonio* sobre el que la defensa no ha tenido la posibilidad de confrontación, se encuentra vedada su posibilidad de incorporación como prueba y por tanto su valoración como parte del plexo de cargo”. E insiste que “de la compulsión del acta de debate, como del resolutorio cuestionado, surge que, efectivamente, la autopsia fue incorporada por lectura al debate pese a la expresa oposición de la asistencia técnica del imputado”.

Arguye que “*tal probanza fue producida en sede policial sin que luego fuera reeditada o ratificada en sede judicial...* Tal circunstancia tiñe de invalidez al referido elemento de convicción no sólo por haberse privado a la defensa de la posibilidad de controlarlo y contrarrestarlo -

tanto durante la instrucción como en el plenario-, sino también por no haber sido auditada su producción por el Ministerio Público Fiscal, órgano sobre el que pesa el deber de controlar la legalidad de los actos procesales”.

Según afirma la defensa, “resolver del modo que lo hizo el Tribunal, *incorporando la autopsia* que se realizó en otro departamento judicial, cuando Bruno ni siquiera se encontraba imputado, valorándola en la sentencia, importó la violación de los derechos de defensa en juicio, del debido proceso, y de interrogar o hacer interrogar a los testigos que consagran los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (fs. 14/18), lo que pretende conduce a la nulidad de la sentencia de condena por “fundarse en *prueba ilegalmente incorporada* al proceso”.

Continuó sosteniendo que el tribunal de juicio, “de mediar imposibilidad real de declarar, y ante la gravedad del hecho y la impugnación (base de la defensa del imputado) debió ordenar la pericia en cuestión [SIC], formulando los puntos a elucidar”. Afirma que debió “notificar a las partes y de esa forma permitirles peritos de parte y puntos de pericia”. Y seguidamente señaló que “el propio imputado en su declaración solicitó la reproducción y ampliación de la misma, mediante una *junta médica*, cuestión que ni siquiera fue contestada por el Tribunal, lo cual muestra una alarmante prescindencia de la verdad real y las garantías del imputado, y finalmente el Tribunal no admitió la prueba dando por tierra con las facultades probatorias del imputado”.

A este respecto argumenta que la sentencia es nula por “violación al “Fair trial” y principio de “igualdad de armas”, al denegarse la solicitud de una junta médica por el propio imputado”. Después de exponer sucintamente su concepción sobre lo que entiende por *fair trial* e igualdad de armas, se quejó de que la decisión del tribunal de juicio de “*desistir* de la convocatoria del Dr. Durso a efectos de que deponga en el debate, y [de no] permiti[r] la declaración de Berner, quienes previamente habían sido admitidos como testigos” y la omisión de tratamiento del pedido del imputado, expresado en su indagatoria, de

que se realizase una junta médica en su indagatoria, “importó un grave menoscabo al derecho de defensa del imputado, quien se ve impedido de probar, contradecir y alegar sobre las circunstancias que se le atribuyen, como sucedió en la especie”.

Sobre esta base el defensor que presentó el recurso de casación promovió la nulidad de la sentencia de condena.

En la audiencia del art. 466 CPPN, realizada ante esta Sala, el nuevo defensor de elección del imputado, que ha reemplazado al que había interpuesto el recurso de casación, sostuvo el agravio a la defensa en juicio, aunque se ciñó a sostener que no se ha permitido a la defensa *interrogar al perito Durso*, destacando que éste emitió un informe que se constituyó como prueba dirimente del caso que *no ha podido ser controlada por la defensa*. Se quejó de que no se garantizó el contradictorio, por lo que se afectó el debido proceso y el derecho de defensa y argumentó que “ante la negativa del Dr. Durso a declarar, al argüir que se encontraba en uso de licencia psiquiátrica”, devino imposible interrogarlo y controlar ese elemento de prueba que “se da de patadas” con el informe de la médica Berner. Sostuvo que la convocatoria de Durso era esencial para determinar si la muerte de la víctima fue causada por los golpes o por un accidente cerebro-vascular. El nuevo defensor evocó –con cita de dos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos TEDH “*Saidi v. Francia*” de 20/09/1993, y “*Barberá, Mesegué y Jabardo v. España*”, de 6/12/1998) y uno de la Corte IDH (“*Castillo Petruzzi c. Perú*”)-, que debe garantizarse a la defensa el derecho de “examinación” de los testigos mediante una oportunidad adecuada de control.

También se quejó de que el acta de procedimiento de hallazgo del cuerpo (fs. 411/413) fue incorporada por lectura, y de que los médicos que suscribieron el acta tampoco fueron interrogados, alegando que sus constataciones se contradicen con las conclusiones del médico Durso.

Finalmente sostuvo que, además de no poder contradecir el informe del médico legista, tampoco la defensa logró que pudiera oírse a la neurocirujana Berner en el debate.

4.b.3 *El derecho de interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo*

en las mismas condiciones que los de descargo y el derecho al control de la prueba, como emanaciones inherentes al derecho de defensa en juicio.

Aunque no enunciado expresamente en el art. 18 CN, es inherente a la inviolabilidad de la defensa en juicio que se asegure a la defensa la posibilidad de cooperar activamente en la producción de la prueba, de controlar sus resultados, y de hacer observaciones sobre ésta. El poder de defensa no se agota en la nuda oportunidad de oponer alegaciones a las del acusador público o privado, ni en la de hacer observaciones sobre la prueba producida, porque no se trata simplemente de un derecho que se expresa de modo dialéctico.

Ciertas disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos enunciados en el art. 75, inc. 22, CN, complementan las garantías mínimas de todo acusado, de un modo que define de manera más específica que el art. 18 CN la sustancia del derecho de defensa en juicio.

El art. 8.2, letra c, CADH enuncia entre las garantías mínimas y la “concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”, y el art. 8.2, letra f, CADH, el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Mientras que la primera disposición, letra c, impone de manera más bien general garantizar al inculcado “los medios adecuados” para la preparación de la defensa, entre los que se encuentra garantizar la producción de medios de prueba que hacen a su caso, la letra f establece el derecho de la defensa a intervenir en la producción prueba testifical.

El art. 14.3 PIDCP, de modo análogo, declara que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a ciertas garantías mínimas, entre ellas, según su letra b, la de disponer de los medios adecuados para la preparación de su defensa, y según su letra e, el derecho de “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

En lo que concierne a la prueba testifical, la Corte Suprema, al establecer el alcance de aquellas disposiciones, ha recogido un concepto amplio –no técnico- de “testigo”, que comprende no sólo a los testigos en sentido estricto, sino también a “cualquiera que hubiera hecho declaraciones en contra del imputado, y declarado que en ese sentido “testigo de cargo” es toda declaración de una persona en que se funda una acusación o una decisión judicial condenatoria”, o “todo tipo de pruebas verbales” (caso “*Benítez, Aníbal Leonel*”, cit., consid. 14, con cita de TEDH, “*Bönisch v. Austria*”, serie A, N° 92, sentencia de 06/05/1985). La Corte Suprema en el caso “*Benítez*” ha citado expresamente aquel caso del TEDH, lo que permite comprender que la Corte comparte la concepción de que el derecho de interrogación alcanza a los peritos, como se trató en aquel caso extranjero.

Ahora bien, en el caso “*Benítez*” la Corte no ha sentado una regla según la cual la sentencia no podría fundarse en declaraciones recibidas antes del juicio, sino, siguiendo la jurisprudencia del TEDH que allí cita, ha observado que en ese caso el tribunal de juicio había fundado la sentencia de condena “en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad *adecuada* de controlar, en desmedro del derecho consagrado por los arts. 8.2.f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (confr. consid. 11).

Puesto que la Corte, en el caso citado, ha recurrido para argumentar a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.3, letra d, de la Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos del Hombre, cuyo texto en lo sustancial coincide con las disposiciones de los arts. 14.3, letra e, PIDCP y 8.2, letras f, CADH invocados por la defensa, considero adecuado recurrir a un examen más exhaustivo de esa jurisprudencia, que proporciona de material argumentativo pertinente.

Por un lado, la jurisprudencia del TEDH muestra que el término “*testigo*”, en el art. 6.3.d, CEDH, tiene autonomía frente al derecho doméstico (confr. “*Asch v. Austria*”, Serie A, vol. 203, § 25, “*Verdam v. Países Bajos*”, petición n° 35253/97, decisión sobre admisibilidad, 31/08/1999, § 2; y “*Zaicevs c. Letonia*”, petición n°

65022/01, sent. 31/07/2007, § 46; *vide* también GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J., “Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des Gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme”, en MATSCHER, Franz / PETZOLD, Herbert, *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne - Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, ed. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1990, p. 203, nro. 10).

En este aspecto, es irrelevante que una persona sea calificada como testigo, en sentido estricto, por el derecho doméstico, y basta al efecto que se trate de la declaración de una persona en la que pueda fundarse una sentencia (TEDH, “*Isgrò v. Italia*”, Serie A, vol. 194-A, § 33).

Así, se comprenden dentro de este término: la persona que ha prestado declaración en una etapa anterior del procedimiento, cuyos registros escritos, de *video* o de audio son reproducidos en el juicio (“*S.N. v. Suecia*”, Recueil 2002-V, § 45), o un experto, aunque no sea citado como testigo (“*Bönisch v. Austria*”, Serie A, vol. 92, §§ 29 y ss.), un imputado en el mismo proceso (“*Cardot v. Francia*”, Serie A, vol. 200, § 34, “*Isgrò v. Italia*”, Serie A, vol. 194-A, § 33; “*Saïdi v. Francia*”, Serie A, vol. 261-C, §§ 41 y ss; “*Ferrantelli y Santangelo v. Italia*”, Recueil 1996-III, § 52; “*Lucà v. Italia*”, Reports 2001-II, § 41; “*Carta v. Italia*”, petición n° 4548/02, sent. 20/4/2006, § 51; “*Kalem c. Turquía*”, petición n° 70145/01, sent. 5/12/2006, § 59) o en otro caso conexo que proporciona informaciones de cargo contra otro imputado (“*Barberà, Messegué y Jabardo v. España*”, Serie A, vol. 146, §§ 86, 87; y “*Fitt v. Reino Unido*”, Recueil, 2000, §§ 45, 47).

Lo relevante, pues, para definir si la situación cae bajo el art. 6.3, letra d, CEDH, no es la caracterización como testigo, en sentido estricto, sino que las declaraciones leídas en la audiencia hayan sido tenidas en cuenta en la sentencia (“*Isgrò v. Italia*”, Serie A, vol. 194-A, § 33; “*Ferrantelli y Santangelo v. Italia*”, Recueil 1996-III, §§ 51-52; “*Lucà v. Italia*”, Reports 2001-II, § 41).

Esta interpretación constante coincide con la concepción sentada por la Corte Suprema en el caso “*Benítez*”, antes citado.

También es pertinente aquí señalar que en la sentencia del caso citado la Corte Suprema había relevado que la sentencia de condena se había fundado “en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad *adecuada* de controlar”. Esa decisión no excluye la posibilidad, de incorporar en el juicio elementos de prueba producidos antes de éste, sino que pone el acento en examinar si la defensa hubo tenido una oportunidad adecuada de control.

No ha definido sin embargo un estándar para establecer cuándo se ha dado esa oportunidad adecuada de control.

Antes de ahora (confr. mis votos como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 8406, “*Suárez, Carlos Alberto*”, sent. de 08/10/2008, reg. n° 13.298; causa n° 11.527, “*Veloso, Fabián Humberto*”, sent. de 10/02/2010, reg. n° 17.935; y especialmente causa n° 8810, “*Pereyra, Guillermo*”, rta. 08/03/2010, reg. n° 16.057; y en esta Sala 1, causa n° 4894/2014, “*Torres, Juan José*”, Sala 1, 29/12/2015, reg. n° 824/2015) he propuesto atender como regla a la doctrina en general establecida por el TEDH que reiteradamente ha sostenido que “[t]oda prueba debe normalmente ser producida en una audiencia pública, en presencia del acusado, y en vistas a la argumentación adversarial” (confr. “*Delta v. Francia*”, Serie A, vol. 191-A, § 36; “*A. M. v. Italia*”, Recueil 1999-IX, § 25; “*Poitrimol v. Francia*”, Serie A, vol. 277-A, § 35), y que “como regla general, debe darse al acusado oportunidad adecuada e idónea para poner a prueba e interrogar a un testigo de cargo, sea cuando hace su declaración, o en una etapa posterior” (casos “*Van Mechelen v. Países Bajos*”, Recueil 1997-III, § 51; y “*Liidi v. Suiza*”, Serie A, vol. 238, § 49; “*A. M. v. Italia*”, cit., § 25; “*Asch v. Austria*”, Serie A, vol. 203, § 27; “*Carrozo v. Italia*”, decisión sobre admisibilidad, 20/06/2002, § 1; “*Delta v. Francia*”, cit., § 36; “*Ferantelli de Santangelo v. Italia*”, Recueil 1996-III, § 51; “*Isgrò v. Italia*”, Serie A, vol. 194-A, § 34; “*Kostovski v. Países Bajos*”, Serie A, vol. 166, § 41; “*Saïdi v. Francia*”, Serie A, vol. 261-C, § 43; “*S.E. v. Italia*”, decisión sobre admisibilidad, 12/01/1999, § 1; “*S.N. v. Suecia*”, cit, § 44; “*Verdam v. Países Bajos*”, decisión sobre admisibilidad 31/08/1999, § 2; “*Windisch v. Austria*”, Serie A, vol. 186, § 26). En otros términos debe darse oportunidad de interrogar sea durante

la investigación o sea más tarde en el juicio (casos “*Unterpertinger c. Austria*”, Serie A, vol. 110, §§ 31-33; “*Saïdi c. Francia*”, cit., §§ 43-44).

Es preciso señalar, además que tanto el art. 6.3, letra d, CEDH, y de igual manera los arts. 14.3, letra c, PIDCP, y 8.2, letra 8.2, letra f, CADH, conceden al imputado o a su defensa un derecho de “interrogar” o “hacer interrogar” a los testigos, y no meramente un derecho de contradecir o poner en cuestión sus dichos por otra vía que no sea el interrogatorio. En el caso “*Barberà, Messegué y Jabardo v. España*”, el TEDH ha sostenido con respecto al derecho del art. 6.3.d, CEDH, que esa disposición “implica no solamente la existencia, en la materia, de un equilibrio entre la acusación y la defensa [...] sino también que la audición de los testigos debe, en general, revestir un carácter contradictorio” (Serie A, vol. 146, § 78). A ese respecto no basta la posibilidad de alegar o someter las declaraciones a la confrontación crítica con otros elementos. El TEDH ha señalado que “sin poner en duda que los tribunales domésticos han llevado a cabo un examen cuidadoso de las declaraciones del [testigo] y han dado al peticionario una oportunidad de contestarlas en el juicio, [...] esto difícilmente puede ser considerado un sustituto adecuado de la observación personal del testigo principal cuando el testigo da su *evidencia oral*” (“*Vladimir Romanov v. Rusia*”, petición n° 41461/02, § 105, sent. 24/07/2008; “*Bocos-Cuesta v. Países Bajos*”, petición n° 54789/00, § 71, sent. 10/11/2005; ver tb. “*Hulqui Güneş c. Turquía*”, 28490/95, sent. 19/6/2003, § 95).

Dicho esto, es también preciso señalar que el derecho de obtener la comparecencia de testigos, y de interrogarlos, es un derecho facultativo que debe ser ejercido en tiempo oportuno y de manera clara y consistente. Pues no basta con alegar que no se ha podido interrogar o hacer comparecer al juicio a una persona cuyas declaraciones hubiesen sido tomadas como base de la sentencia de condena. En principio, se exige que el imputado o su defensa agoten las posibilidades que le ofrecen las vías internas para obtener la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo. Al respecto el TEDH ha dicho, como regla, que “*el derecho de interrogar los testigos no puede ser satisfecho sino cuando su ejercicio ha sido*

claramente solicitado por el acusado” (“*Zaicevs c. Letonia*”, 31/07/2007, § 48; con cita de “*Cardot c. Francia*”, Serie A no 200, §§ 35-36). Esta concepción tiene como base la idea de que con esa petición “*los tribunales domésticos tienen la oportunidad, en principio concedida a los Estados contratantes por el art. 26, a saber, la oportunidad de evitar o reparar las violaciones que se alegan contra ellas*” (“*Saïdi v. Francia*”, Serie A, vol. 261-C, § 40).

Por cierto, como lo he señalado en esta misma Sala no puede imponerse a la defensa la carga de promover la interrogación del testigo durante la instrucción; porque esa carga procesal no tiene base normativa, y además, si tal carga se estableciese de modo general, desnaturalizaría el objeto de la investigación preliminar o de la instrucción, y peor aún, el del juicio (confr. causa “*Torres, Juan José*”, citada). Dicho esto, remitido el caso a juicio, atento al carácter dispositivo que regula el ofrecimiento de medios de prueba, la defensa tiene la carga de ofrecer oportunamente la prueba pertinente a su caso, y en la eventualidad de que le fuese denegada, recurrir a todas las vías que la ley pone a su disposición para que la decisión contraria a su pretensión probatoria sea revisada y revocada.

Finalmente, el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y en su caso de hacerlos comparecer, ha de distinguirse de la regla general que impone garantizar los medios adecuados para el ejercicio de la defensa, lo que incluye, bajo ciertas condiciones, garantizar que la defensa pueda ofrecer la prueba pertinente a su teoría del caso. Mientras que los arts. 8.2, letra f, CADH, y 14.3, letra e, PIDCP se refieren al derecho de interrogar o hacer interrogar y obtener la comparecencia de testigos, los arts. 8.2, letra c, y 14.3, letra b, respectivamente, apuntan a asegurar a la defensa que pueda ofrecer y obtener la producción de medios de prueba necesarios para refutar otros medios de prueba, o la hipótesis de la acusación.

Aunque relacionado el derecho de interrogar a los testigos, con el derecho a cooperar en la producción de la prueba y de refutar la aducida por la fiscalía, ambos no se confunden.

4.b.4 *El ejercicio de los poderes de defensa es facultativo y el acusado y su defensa deben hacerlos valer y reclamar en tiempo y forma.*

Puesto que el ejercicio de los poderes de defensa es facultativo, se impone distinguir entre facultades que la defensa no ejerció, y facultades que pretendió ejercer, y le fueron rechazadas o denegadas. En el primer caso no puede alegarse lesión a la defensa, en el segundo sólo podría admitirse la queja si la defensa hubiese intentado ejercer esas facultades, y si rechazadas o denegadas la defensa hubiese reclamado útilmente para obtener la subsanación o revocación de la denegación o rechazo, porque el reclamo también es un poder cuyo ejercicio es facultativo y puede ser declinado por la defensa.

En este contexto, es necesario establecer el sentido y alcance del art. 456 CPPN. En lo pertinente, reproduciré aquí mi voto en la sentencia del caso “*Narvaja, Jorge Eduardo*” (Sala 1, causa n° 25481/2013, rta. 15/04/2017, reg. n° 689/2017), y también en lo pertinente la inteligencia que expuse en la sentencia del caso “*Coluccia, Alberto Edgardo y otros*” (confr. mi voto como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 9978, rta. 20/09/10, reg. n° 17.151).

El art. 456, inc. 2, CPPN admite como motivo de casación la “inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”.

El motivo formal de casación enunciado en el art. 456, inc. 2, CPPN presupone por hipótesis la inobservancia de: a) una disposición procesal y b) conectada una sanción de inadmisibilidad, caducidad o nulidad. La exigencia de que se hubiese reclamado la subsanación del defecto o en su caso de la protesta se relaciona con la cuestión de la disponibilidad o indisponibilidad de las potestades, o de las formas.

El motivo de casación no se restringe, únicamente, a la inobservancia de disposiciones sancionadas con nulidad. Abarca también la inobservancia de disposiciones sancionadas con inadmisibilidad y caducidad. Esta observación es relevante cuando, como en el caso, se trata de la inadmisión de un ofrecimiento de prueba.

En la doctrina parece haberse reparado de modo exclusivo

en la cuestión de la nulidad o validez de los actos procesales, y de la disponibilidad de las facultades o de las formas, sobre la base de la distinción entre nulidades llamadas relativas, sujetas a instancia del interesado y por ende sujetas a disponibilidad y caducidad, y las llamadas absolutas, que son indisponibles y no sujetas a un plazo o etapa de caducidad. Así se sostiene que “cuando el vicio sólo determina una nulidad de carácter relativo, para que proceda el recurso de casación es necesario que ella no esté subsanada, porque esto implica la desaparición del vicio y el perfeccionamiento del acto. Por este motivo, la ley (art. 456, inc. 2) agrega otro requisito: que quien interpone el recurso haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, siendo posible, o hecho la protesta de recurrir” (DE LA RUA, Fernando, *La Casación Penal El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Lexis Nexis, 2ª ed., Bs. As. 2006, p. 77/78). Desde esta perspectiva se afirma que la ley requiere “que haya sido diligente en el planteamiento de la cuestión, y que no haya prestado aquiescencia al acto viciado. La ley exige que para recurrir en casación se haga protesta oportuna contra el acto, para dejar a salvo el derecho del interesado y constancia de que no se lo consiente” (ibídem, p. 78).

La distinción entre las llamadas nulidades absolutas y relativas ofrece una perspectiva para la interpretación del art. 456, inc. 2, CPPN. Si existen facultades o formas que son disponibles, incumbe al interesado reclamar la “subsanación” en tiempo oportuno de la infracción legal que por hipótesis restringe el ejercicio de una facultad o forma, y acarrea nulidad, y si tal subsanación ya no está expedita, incumbe al interesado expresar que no consiente la infracción ni acepta el resultado de esa infracción (confr. arts. 170 y 171 CPPN). Si se trata de una infracción legal sancionada con nulidad, y la materia de la infracción no es disponible, al punto de que puede ser declarada de oficio (art. 168 CPPN), entonces no se requiere instancia de subsanación ni protesta de recurrir en casación como requisito de admisibilidad de este remedio (arg. “siempre que con excepción de los casos de nulidad absoluta el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”).

Pero, si bien se mira, la vía del art. 456, inc. 2, CPPN no se ciñe a la reparación de la infracción de disposiciones procesales sancionadas con nulidad, pues también incluye la inobservancia de disposiciones que se refieren a la caducidad y a la admisibilidad. En estos casos de lo que se trata es de que: a) se pretende que se ha dado por perdido un derecho o una facultad y la decisión del juez o tribunal autoriza el ejercicio del derecho o facultad; b) se pretende ejercer un derecho o una facultad, y el juez o tribunal declara que tal facultad se ha perdido; c) se pretende el rechazo del ejercicio de una pretensión o facultad, y el juez o tribunal declara admisible ese ejercicio y d) se pretende ejercer una pretensión o facultad, y el juez o tribunal declara inadmisibile ese ejercicio.

Todos estos casos están enmarcados por la regla de disponibilidad; quedan fuera los supuestos en los que el Tribunal puede incluso imponer de oficio la realización de un acto, o eventualmente suplantar a quien incumbe realizarlo.

Desde la perspectiva de la disponibilidad, el interesado tiene a su arbitrio consentir la decisión judicial, o promover su revocación o reforma. En cuanto aquí interesa, si está disponible una vía de revocación y reforma por el mismo juez o tribunal que dictó la decisión, o una vía de impugnación ante un tribunal superior, el interesado tiene la carga de promover la revocación o reforma, pues si no lo hace, se da por consentida la decisión, aunque hubiese mediado infracción a la ley procesal.

Esta regla general tiene una particularidad frente a las inobservancias de la ley procesal que no implican sanción de nulidad en las que se ha incurrido durante el juicio. Ante el Tribunal Oral el interesado sólo tiene a su disposición el recurso de reposición (arts. 446 CPPN), y si no interpone este remedio en el plazo legal (art. 447) o inmediatamente después de cometida la infracción durante el juicio (art. 440) se tiene a la alegada inobservancia por consentida, del mismo modo que sucede con las nulidades llamadas relativas (art. 170, inc. 3, CPPN).

En rigor, el recurrente no tiene la carga de instar la “subsanción” del acto, porque por definición no hay vicio que subsanar

en los supuestos de inadmisibilidad o caducidad, sino la “revocación o reforma” del acto. Si la reposición no está en el caso disponible, a los efectos del recurso de casación es necesario que el recurrente exprese que no consiente el acto, sin necesidad de otro aditamento. Este es el sentido de la protesta de casación (confr. DE LA RUA, op. cit., p. 78).

No corresponde aquí abordar un juicio de mérito acerca de la decisión del legislador que requiere una expresión de la falta de consentimiento. En cualquier caso, la llamada “protesta” no puede tener otra finalidad que la de hacer expreso que el interesado en la revocación o reforma del acto o decisión judicial, o en la declaración de nulidad, según el caso, no consiente la infracción de la que el acto o decisión resultan.

La protesta no requiere de una fórmula sacramental, y cualquier expresión que indique con suficiente claridad que no se consiente el acto o la decisión basta a los fines legales. Requerir además que el interesado dé en el acto los fundamentos por los que no consiente el acto o la decisión carece de finalidad, porque la exigencia de fundamentos sólo tendría finalidad si estuviese disponible una instancia de reposición o de nulidad ante el mismo juez o tribunal. Si la instancia ha sido ejercida, y se ha agotado, no se requiere de ningún fundamento adicional, porque el juez o tribunal no están llamados a revisar una nueva vez y revocar lo decidido. En todo caso, en ocasión de interposición del recurso de casación por infracción formal (art. 456, inc. 2, CPPN) incumbe al interesado la carga de expresar el motivo de casación, y desarrollar los fundamentos (arts. 463 y 465 CPPN).

Ahora bien, cuando se trata de la inadmisión de medios de prueba, el reclamo y protesta no exigen formalidades, pero debe ser realizado en tiempo útil y tiene que estar expresado en términos claros que permitan comprender la tesis del interesado acerca de cuál habría sido el error en la decisión de inadmisibilidad de un medio de prueba ofrecido y denegado.

Esto impone examinar, separadamente, cómo la defensa ejerció en el proceso sus facultades de proponer prueba, de oponerse a la presentación en juicio de medios de prueba ofrecidos por otras partes, o

de instar su inadmisibilidad, y en su caso cómo ejerció sus facultades para obtener la revocación o subsanación de decisiones judiciales que hubiesen rechazado o denegado sus instancias en esta materia.

4.b.4.1. La decisión del tribunal de juicio de incorporación en la audiencia del informe de autopsia (fs. 883/891), y del acta que documenta el hallazgo del cadáver (fs. 411/413).

En primer lugar, es pertinente evocar, en lo que concierne a este punto, que notificada la defensa del decreto del juez que presidía, disponiendo que en el debate se presentarían el informe de autopsia y el acta (ver supra, punto 4.b.1), el defensor que entonces asistía a Sebastián Bruno no había hecho ninguna oposición a su incorporación. Pero tampoco lo había hecho el nuevo defensor, en el momento de presentar las cuestiones preliminares en la apertura del debate, que se había ceñido a presentar el informe escrito de la nuerocirujana Berner y a pedir que se hiciese comparecer al médico legista Durso, para interrogarlo sobre el informe de autopsia (ver supra, punto 4.b.2). A partir de allí las instancias del defensor se orientaron a obtener la comparecencia del médico legista para que declarase en el juicio, pero, tal como se observa en el acta de debate, y en el registro de audio y sonido de la audiencia, el defensor nunca se opuso a la incorporación del informe de autopsia ni a la incorporación del acta de hallazgo del cadáver, ni en la etapa inicial, ni cuando el juez que presidía comunicó que se dejaba sin efecto la citación a declarar del médico Durso, ni cuando, concluida la recepción de la prueba testifical el juez que presidía declaró que se tenía por incorporada toda la prueba admitida en el decreto de prueba, que incluía el informe de autopsia y el acta de hallazgo del cadáver (*vide supra*, punto 4.b.2).

De modo que es falsa la afirmación que hace el defensor en el escrito de interposición del recurso de casación –que el letrado que lo reemplazó no ha sostenido expresamente en la audiencia del art. 466 CPPN- en el sentido de que el informe de autopsia y el acta se incorporaron contra la expresa oposición de la defensa, porque tal oposición nunca fue formulada.

Ello torna inoficioso abordar la argumentación presentada por primera vez en el escrito de interposición en el sentido de que la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 29646/2013/TO1/CNC1

incorporación sería inadmisibles porque fue realizada por dependientes de la policía de la provincia de Buenos Aires, en otro proceso, antes de que se hubiese constituido la defensa del imputado Sebastián Bruno.

También a mayor abundamiento es pertinente destacar que Sebastián Bruno no fue privado del derecho a participar en la autopsia, designando peritos de parte, como tardíamente se alega en el escrito de interposición. Al momento de la realización de la autopsia, la policía de la provincia de Buenos Aires que había hallado el cadáver no tenía ningún elemento que permitiese establecer alguna conexión entre éste y la investigación que estaba llevando adelante en esta ciudad la División Antisecuestros de la Policía Federal sobre el paradero y la suerte corrida por Gustavo Gattoni. Tampoco tenía ningún indicio sobre alguna persona sospechosa en general, ni respecto de Sebastián Bruno en particular. Encontrado el cadáver en territorio de la provincia de Buenos Aires, y con intervención de la fiscal Marisa Marino a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción n° 21 del departamento judicial de San Martín (cfr. surge del acta de procedimiento de fs. 411/413), la realización de la autopsia debía observar los arts. 244, 251, 276 y 277 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, y ser notificada al imputado, si hubiese uno ya identificado. Hecha esta observación, es *evidente* que las autoridades de persecución penal no privaron a Sebastián Bruno, de cuya existencia ni siquiera tenían indicio, del derecho a controlar la prueba de cargo, incluida la prueba pericial.

Sin perjuicio de ello, es pertinente señalar también a mayor abundamiento que el anterior defensor no ofreció ninguna argumentación normativa para demostrar por qué sería inadmisibles un informe de autopsia realizado por un médico legista dependiente de la policía, ni cuál sería la sustancia de la infracción normativa por haberse realizado la autopsia sobre un cadáver hasta entonces no identificado, hallado abandonado en una zanja, con signos de probable muerte violenta, cuando todavía no había ningún indicio de quién lo podría haber atacado, y cuando Sebastián Bruno no estaba formalmente imputado ni había sido conducido todavía al puesto de la División Antisecuestros en esta ciudad, cuando todavía se ignoraba que Gustavo

Gattoni estaba muerto, y que su cadáver había sido hallado en la provincia de Buenos Aires.

Esta alegación es pues inadmisibles por dos razones: porque la defensa jamás se opuso a la presentación en el juicio del informe de autopsia y del acta de hallazgo del cadáver, y porque tampoco demuestra cuál sería la disposición que haría inadmisibles la producción en el juicio de ese informe y del acta. No está pues fundado este aspecto del motivo de casación.

4.b.4.2. La alegada privación a la defensa del derecho de hacer comparecer e interrogar a los médicos que firmaron el acta de hallazgo del cadáver (fs. 411/413) y a la médica neurocirujana Silvia Berner que firmó el informe presentado en la etapa preliminar del juicio (agregado a fs. 1513/1515).

La primera alegación es manifiestamente inadmisibles, en el acta de hallazgo del cadáver se deja constancia de la intervención del médico Atoche y del médico encargado de la ambulancia Che Ryong Kim. Al ofrecer prueba la defensa no pidió la citación de los nombrados (confr. fs. 1319/1321), ni tampoco lo hizo en adelante, ni en la etapa preliminar del juicio, ni durante las sucesivas audiencias, ni cuando el juez que presidía, en la audiencia de 4 de junio dió por clausurada la recepción de la prueba e hizo saber a las partes que “no habiendo otras cuestiones pendientes, correspondía continuar con los alegatos”. Nada se ha privado pues a la defensa, pues ningún ofrecimiento de estos testigos había hecho ni en la oportunidad fijada expresamente por la ley (art. 354 CPPN), ni tampoco había siquiera insinuado que fuese necesario convocar y hacer comparecer como testigos a los firmantes del acta de fs. 411/413. Este motivo de agravio está manifiestamente mal fundado.

La alegada privación a la defensa del derecho de hacer comparecer e interrogar como testigo a la médica neurocirujana Silvia Berner está también mal fundada. En este aspecto la conducta procesal del anterior defensor ha sido errática, para lo cual es preciso remitirse a las vicisitudes de las respectivas audiencias relatadas más arriba (véase punto 4.b.2).

Califico a la conducta de la defensa de “errática” porque, si

bien se mira, en la apertura del debate y al proponer prueba como cuestión preliminar en el momento reglado por el art. 376 CPPN, ofreció y pidió la incorporación del informe realizado por la médica neurocirujana Silvia Ines Berner, y solicitó al tribunal “la comparecencia del galeno que suscribió la autopsia”. Ni del acta, ni del registro de audio e imagen de la audiencia, que he inspeccionado, surge que hubiese pedido hacer comparecer a declarar a la médica que firmó el informe. Fue en rigor el representante del Ministerio Público quien aceptó que se incorporase el informe, y que se citase tanto al médico legista Jorge Pedro Durso, como a la neurocirujana Silvia Inés Berner, para que se los oyese en una especie de “coloquio”. En la audiencia del día 7 de mayo el juez que presidía hizo lugar a la propuesta del fiscal, y el día 21 de mayo, anunció que se había informado que el médico legista no comparecería por encontrarse con licencia psiquiátrica, y entonces dejó sin efecto lo decidido el día 7 de mayo, tanto respecto de Jorge Pedro Durso como respecto de Silvia Inés Berner, argumentando que su citación se había admitido condicionada a que pudiera oírsele junto al primero.

El abogado defensor que actuaba en el juicio, se quejó genéricamente de que “la defensa *no pudo rebatir la autopsia*” y de que “*el médico ni siquiera declaró en instrucción*”, y se refirió a la doctrina de la Corte Suprema en el caso “*Benítez*”. Aunque la decisión había sido tomada sin oír previamente a la defensa, esto es, sin sustanciación, el defensor no hizo uso de la facultad de reponer la decisión del presidente ante el pleno del tribunal (art. 440 CPPN), ni ofreció ninguna argumentación dirigida a proponer que se recibiese declaración a la médica Berner no obstante la incomparecencia del médico legista Durso. En la audiencia del art. 466 CPPN el nuevo defensor de Sebastián Bruno ha sostenido la queja de que se ha privado a la defensa de interrogar como testigo a la neurocirujana Berner.

De modo que es falso lo que se afirma en el escrito de interposición del recurso de casación en el sentido de que la defensa “había solicitado se citase a declarar al médico Durso y a la médica Berner, a fin de que se *explayase sobre el informe*, y que no se había garantizado la contradicción sobre la prueba”, porque la defensa sólo había instado la

citación del primero y jamás había propuesto la comparecencia de la segunda. Por cierto, admitida la recepción de un medio de prueba por el tribunal, es irrelevante examinar que parte lo hubiese propuesto, porque los medios se adquieren para el juicio y no para las partes. Pero, más allá de la imprecisa argumentación conceptual que confunde preclusión de una decisión probatoria con adquisición del medio de prueba, que sólo se realiza cuando el medio de prueba es efectivamente recibido en el juicio en las formas que establece la ley –en el caso art. 384 CPPN–, lo cierto es que, si la declaración testifical no había sido recibida, y el juez que presidía había dejado sin efecto su recepción, la defensa de Sebastián Bruno tenía a mano intentar la reposición de lo decidido, insistiendo en que se oyera a la médica neurocirujana, e incluso de hacer protesta de casación, en caso de que la reposición fuese resuelta de modo adverso. Como no hizo ni lo uno ni lo otro, es infundado su agravio de que se le ha privado de interrogar en el juicio a la médica Silvia Inés Berner.

4.b.4.3. La alegada privación al imputado del derecho de producir prueba por habersele denegado su petición de convocatoria de una junta médica.

Esta alegación es manifiestamente infundada. Primero, porque no se había ofrecido ninguna medida de este tenor al ofrecer prueba en el emplazamiento del art. 354 CPPN. Tampoco la había ofrecido la defensa del imputado, en el transcurso de las distintas audiencias del juicio, no obstante la regla del art. 388 CPPN que regula la posibilidad de ofrecer nuevos medios de prueba no propuestos en aquella oportunidad.

Segundo, porque el pedido del imputado se realizó una vez clausurada la recepción de la prueba. Éste, en ejercicio discrecional de su derecho a declarar o guardar silencio, pidió ser oído al final del juicio, después de producida toda la prueba, y fue allí que dio su única versión sobre los hechos de la imputación, y puso en cuestión que el señor Gustavo Gattoni hubiese muerto a causa de los golpes que admitió haberle aplicado. En ese contexto de contestación de la acusación fue que el imputado solicitó al tribunal de juicio la realización de una junta médica, difiriendo las precisiones de su objeto a su defensor. Al cabo de su declaración la defensa nada pidió, y cuando el juez anunció que

correspondía pasar a la etapa de alegatos –lo que implicaba una denegación tácita del pedido del imputado- el defensor tampoco hizo ninguna manifestación. No pidió que el tribunal se pronunciara expresamente, no propuso cuáles serían los puntos sobre los que habría de expedirse la junta médica, no hizo ninguna alegación de que, no obstante la manifiesta extemporaneidad del pedido del imputado fuese aplicable al caso el art. 388 CPPN, no instó un pronunciamiento expreso sobre ese pedido, ni tampoco protestó; en rigor, no dijo nada, guardó silencio y de ese modo consintió pasar a la etapa de alegatos.

La alegación que el anterior defensor hace en el escrito de interposición del recurso de casación -y que el nuevo defensor ha sostenido en la audiencia- en el sentido de que se denegó al imputado el pedido y de ese modo se afectó su derecho a un tratamiento igualitario con el acusador en lo que hace a iguales poderes de ofrecimiento de prueba, además de pobremente fundada desde lo normativo, carece de toda base objetiva, porque la defensa nada pidió en sustento de la manifestación del imputado, y nada objetó cuando se convocó a alegar. Igual censura ha de hacerse al nuevo defensor, que no había intervenido en el juicio, pero que ha tenido a mano toda la documentación de la audiencia que demuestra que jamás se formuló un pedido de prueba en términos que pudiese ser concedido o denegado.

4.b.4.4 La alegada privación a la defensa del derecho de hacer comparecer e interrogar al médico legista Jorge Pedro Durso.

Aquí es pertinente evocar que el abogado que había ejercido la defensa del imputado durante la etapa de instrucción jamás había solicitado que se recibiese declaración al médico legista Durso con el fin de ofrecer al tribunal un abordaje crítico del informe de autopsia. Tampoco había pedido en el plazo del art. 354 CPPN que el médico legista concurriese a declarar al juicio, ni tampoco se había opuesto a la incorporación por lectura del informe de autopsia cuando había sido notificada de la providencia de prueba. Aunque tenía la facultad de hacerlo, no la había aprovechado, y en ello ejercía la discreción de su libre juicio profesional y su estrategia de defensa, materia que queda fuera del examen de los jueces.

En la apertura del juicio, el nuevo abogado de elección había ofrecido el informe de la neurocirujana Berner, y pedido que se hiciese comparecer a declarar al médico legista Durso, sin embargo no había levantado ninguna objeción a la incorporación del informe de autopsia. Tampoco había pedido que compareciese al juicio como testigo o perito la neurocirujana que había firmado el informe de fs. 1513/1515 que había ofrecido y que el tribunal le había admitido.

Ahora bien, proveyendo al pedido de la defensa, no obstante su extemporaneidad, el juez que presidía la audiencia oral había decidido recibir declaración al médico legista Durso en presencia de la neurocirujana Berner, cuya convocatoria la defensa jamás había pedido. Después el juez que presidía dejó sin efecto la convocatoria del médico legista porque se había informado que estaba licenciado por razones psiquiátricas. La defensa arguye que así se la ha privado de interrogar a un testigo –se entiende que alude a Jorge Pedro Durso- sobre un elemento de prueba decisivo, cual es el informe de autopsia.

En la audiencia del art. 466 CPPN el nuevo defensor ha sostenido ese motivo de agravio.

Puesto que, como se ha señalado, el ejercicio de los poderes de defensa es facultativo, es necesario determinar si, al momento de comunicarse la decisión de que se dejaba sin efecto la convocatoria del testigo Durso, la defensa ejerció las facultades y vías que la ley le ofrecía para hacer valer su derecho a hacer comparecer y obtener el interrogatorio del médico legista. Evoco aquí nuevamente la jurisprudencia del TEDH en el caso “*Zaicevs c. Letonia*”, antes citado, según el cual, como regla, “*el derecho de interrogar los testigos no puede ser satisfecho sino cuando su ejercicio ha sido claramente solicitado por el acusado*”. Pues al hacer valer esa pretensión de modo claro e inequívoco, se llama a los tribunales a evitar la eventual violación del derecho al control de la prueba en general, y de la prueba testifical en particular (véase supra 4.b.3). Cuando se trata de habilitar la vía de casación contra la sentencia de condena, el modo de hacer valer el reclamo por la denegación de producción de una medida de prueba ha de juzgarse según el art. la regla del art. 456, inc. 2, CPPN, cuyo sentido y alcance se ha expuesto más

arriba (confr. supra 4.b.4).

Aunque la defensa se queja de lesión al derecho de control de la prueba en general, en rigor, de lo que la defensa se queja es de que se le ha privado de obtener la comparecencia e interrogar en el debate al médico legista Jorge Pedro Durso.

La alegada lesión a ese derecho no se ha demostrado, por lo que diré.

Aunque presentado extemporáneamente el pedido de que se oyera en la audiencia al médico legista Durso, el juez que presidía, con la conformidad de las otras partes, había proveído favorablemente a la petición. Cuando la dejó sin efecto porque el médico no estaría en condiciones de declarar por hallarse en situación de licencia psiquiátrica, la defensa se quejó, pero no hizo ninguna petición para que se revocase la decisión del juez que presidía.

Observo con cierta perplejidad que la defensa sugirió en el recurso de casación que no estaba fehacientemente constatado que el médico no estuviese en condiciones de declarar, y con estupor que el nuevo defensor ahora ha afirmado en la audiencia –sin base objetiva alguna- una “negativa a declarar” del médico “al argüir que se encontraba en uso de licencia psiquiátrica” y se pone en cuestión que efectivamente estuviese incapacitado para hacerlo. Ha de leerse esta afirmación en el contexto de lo declarado al final del debate por el imputado, con igual carencia de base objetiva, que “sospechosamente Durso -que debe saber que hizo mal la pericia- le dio un golpe de estrés y no pudo venir a declarar”.

Aquí el motivo de casación pretende ocultar una estrategia defensiva errática echando sospechas sobre el médico y su incapacidad de declarar, que parece no haber tenido cuando en la audiencia se informó que no estaba en condiciones de declarar.

Ahora bien, el entonces defensor tenía a mano varias vías para hacer valer su derecho de hacer comparecer al médico e interrogarlo. Por lo pronto, si no estaba convencida de que efectivamente fuese fiel la información sobre su estado de salud psiquiátrica, y sobre su capacidad para prestar declaración en la

audiencia, podría haber promovido una certificación más exhaustiva de la alegada incapacidad, sea ante el presidente, sea promoviendo reposición ante el tribunal en pleno (arts. 440 y 446 CPPN). Sin embargo, se quejó pero no promovió tal instancia. Si no promovió la subsanación ante el tribunal de juicio, usando de las vías que la ley le habilitaba no está sustanciado el motivo de agravio que, tratándose de la admisión o denegación de una medida de prueba está sujeta a la condición de procedibilidad del art. 456, inc. 2, CPPN, porque el recurrente que no se hace cargo de promover la subsanación de la alegada inobservancia de la ley adjetiva en definitiva ha consentido la decisión. Y no se trata en la especie de un caso de nulidad absoluta, porque no está en juego la nulidad o validez de un acto procesal, sino de la admisión o inadmisión de prueba, que, por relevar de materia disponible por las partes, queda consentida cuando ellas no promueven la revocación de lo decidido, o, en defecto de vía para la revocación, cuando no realizan protesta de recurrir en casación.

Como he observado antes de ahora (confr. mi voto como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 10.691, “*Villanueva Vera, Pastor Elías y otra*”, sent. de 17/02/2011, reg. n° 18.007), aunque se llevase al extremo la flexibilización de exigencias formales, excepción que aquí no aparece justificada de ningún modo, en todo caso la recurrente falla en demostrar la sustancia del agravio a la defensa en juicio. Pues el estándar de revisión integral recogido por la sentencia de la Corte Suprema en el caso de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”), si bien establece que debe prescindirse de rigorismos formales en la clasificación jurídica o el *nomen iuris* de los motivos de casación a tenor del art. 456 CPPN, no exime sin embargo al recurrente de presentar, con toda sencillez, las críticas concretas y razonadas en las que basa su queja acerca de los defectos de la sentencia, o de la eventual lesión de los derechos fundamentales del imputado en el procedimiento anterior a la sentencia, en tanto esas infracciones afecten la validez de la sentencia.

Al no haber promovido reposición contra la decisión del juez que presidía que dejó sin efecto la convocatoria del testigo, ni haber

instado que se certificase su incapacidad para declarar y que se lo hiciese comparecer si estuviese en capacidad de hacerlo, ha de tenerse por consentida la decisión del juez que revocó la convocatoria del testigo, de modo que ninguna virtualidad ha de acordarse ahora a su alegación ante esta instancia revisora en el sentido de que se le ha restringido el derecho de defensa, privándola de los medios útiles para el control de la prueba testifical.

Agrego que en el presente caso la recurrente no ha presentado ninguna argumentación dirigida a demostrar que se hubiese revocado la decisión de convocar como testigo al médico legista en infracción a la ley o a una regla de garantía, ni tampoco ha propuesto que debería haber resuelto el tribunal ante la información de que el testigo no estaría en capacidad de declarar.

Tampoco la defensa había tenido una conducta consistente durante el juicio pues jamás había rechazado la incorporación del informe de autopsia, ni condicionado esta incorporación a que el médico legista fuese llamado a dar explicaciones.

No es ocioso señalar que la sentencia de la Corte Suprema dictada en el caso “*Benítez*” se refiere a la incorporación por lectura de declaraciones testificales y no de un informe de autopsia, por lo que su doctrina podría aplicarse a examinar la extensión del derecho de interrogar a peritos, en el sentido amplio de “testigos” pero de esa no se deriva una imposibilidad de valorar un informe pericial escrito, introducido en el juicio conforme a la ley.

A este respecto, el art. 383, primer párrafo, CPPN declara que “El presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos y éstos, *cuando hubieren sido citados*, responderán bajo juramento a las preguntas que les sean formuladas, compareciendo según el orden en que sean llamados y por el tiempo que sea necesaria su presencia”. De esa disposición se infiere sin esfuerzo, que el régimen legal no condiciona la posibilidad de incorporación por lectura de los informes periciales –incluidos los informes de autopsia– a la presencia en la audiencia de los peritos que los hubiesen confeccionado. Esta disposición establece un procedimiento específico según el cual, cuando

los peritos hubiesen sido citados, la lectura se hará en su presencia, y éstos serán interrogados sobre el dictamen.

De modo que, admitida la lectura del protocolo de autopsia, sin oposición de la defensa, ésta puede ser valorada como base de la sentencia si no ha sido convocado el médico que lo realizó. Si la defensa no ha utilizado todos los medios a su alcance para hacer comparecer y confrontar al médico con los términos del informe, no puede quejarse de que se lo ha privado de interrogarlo o hacerlo interrogar.

Ello no obsta a que, como se abordará más adelante, se aborde la crítica de ese informe sobre la base de los otros elementos de prueba introducidos regularmente en el juicio. Se trata aquí ya no del derecho específico de interrogación de los testigos, sino del más general de control de la prueba, que comprende el derecho de producir y valorar otros medios de prueba, que refuten uno producido por la acusación, en el caso, que refuten el informe de autopsia.

5. Sobre la alegación de afectación del principio de congruencia.

En el escrito de interposición del recurso de casación el defensor de elección de Sebastián Bruno aduce que la sentencia ha incurrido en violación al principio de congruencia al sostener y valorar que: “La autopsia fue llevada a cabo el día nueve de junio a las 13.30, y en ella se consigna como momento de la muerte entre 24 y 36 horas antes, esto es, alrededor de la madrugada del día 8 de junio. No obstante las reservas que las defensas han formulado respecto de las conclusiones de dicha autopsia, es razonable concluir que Gattoni fue mantenido con vida incluso más allá de que se recibiera el dinero que envió su esposa el jueves por la noche”. Destaca que en la sentencia se ha tenido en cuenta que “una vez que se hicieron de su tarjeta de débito y la clave correspondiente, la primera extracción realizada por Kippke fue a las 3 de la mañana del día 6. Las otras dos se produjeron casi a la medianoche de ese mismo día y a la 1 de la mañana del 8” y que de allí el *a quo* ha concluido que “antes de provocar la muerte de la víctima, se hayan cerciorado de que la clave por él proporcionada era la correcta, haciendo al menos la primera extracción” y en particular señala que se afirma en la

sentencia que “aun cuando no se pueda precisar el tiempo exacto durante el cual Gattoni fue retenido contra su voluntad, lo cierto es que hubo un período que puede calcularse en horas, durante el cual dicha circunstancia tuvo lugar; y que durante el transcurso de dichas horas, se le exigió la entrega de dinero en forma violenta.”

Con cita de uno de los votos emitidos en la sentencia de la Corte Suprema publicada en Fallos: 327:5863 (“*Quiroga, Edgardo Oscar*”), adhiere a la concepción de que “la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar”. A continuación se queja de la imprecisión en el tiempo de la retención, que le habría privado de ejercer una adecuada defensa. Después de reproducir la relación del hecho del requerimiento de remisión a juicio, acusa incongruencia entre acusación y sentencia, señalando que “el hecho que es objeto procesal de este proceso [SIC], había llegado a juicio sin que estuvieran nada claras muchas de sus particularidades y que tampoco fueron despejadas [...] en el debate. Destaca que la querrela en su alegato ha afirmado que “Gattoni fue mantenido con vida incluso más allá de que se recibiera el dinero que envió su esposa el jueves por la noche” y que “una vez que se hicieron de su tarjeta de débito y la clave correspondiente, la primera extracción realizada por Kippke fue a las 3 de la mañana del día 6.”

A partir de allí aduce que “resulta bastante obvio que -en cuanto a la debida certeza en la descripción de un hecho imputado como delictivo- no es lo mismo decir que la muerte fue el mismo día 5 o si se lo mantuvo con vida hasta el día 6”. Y sostiene que en el requerimiento de elevación a juicio no existió una suficiente descripción del hecho sometido a juzgamiento que incluyera la circunstancia “del plazo que habría sido retenido con vida por parte de [su] asistido”.

Argumenta así que “Esta situación menoscaba la defensa, por la incorporación de esa circunstancia agravante en la ponderación de la pena y en la descripción del hecho que por una razón procesal, es decir, no haber estado específicamente mencionada y descrita en el

requerimiento de elevación a juicio no pueden introducirse en la sentencia”.

Este motivo de agravio no había sido expresamente sostenido por el nuevo defensor de Sebastián Bruno en ocasión de la audiencia realizada ante esta Sala a tenor del art. 466 CPPN, pero tampoco había sido desistido. No obstante, en la misma audiencia, contestando a la fiscalía sobre la inexistencia de afectación al principio de congruencia, el defensor planteó que se cambió el sentido de la acusación porque el tribunal no pudo reconstruir los hechos “justamente porque había un tramo importantísimo de los hechos que no había sido objeto de una adecuada discusión, se partió de la base de que todo había ocurrido el día 5 de junio, y que recién en el alegato la fiscalía había introducido la hipótesis de que Gustavo Gattoni había estado retenido los días 5, 6 y 7, y que había fallecido el día 8 de junio de 2013. El defensor sostuvo que la fiscalía “trató de estirar la autopsia lo más que se pueda”, para llevar la muerte a la 1 de la mañana del día 8 en un esfuerzo por cambiar el objeto procesal. Se agravió de que esto generó un perjuicio, porque si a Bruno le hubiesen imputado haber retenido a Gattoni los días 6, 7 y 8, podría haber ofrecido prueba para refutar esta imputación. Por ejemplo se podría haber pedido una pericia del GPS, que fue usado como una prueba fundamental, una pericia que podría haber permitido determinar por ejemplo el recorrido que tuvo la camioneta de Bruno durante esos días. Nada de esto se hizo porque todo el mundo estaba pensando que se hablaba del día 5, al punto de que el querellante acusó en su alegato diciendo que la muerte había ocurrido el día 5. Argumentó que la fiscalía se aferró a un dato de la autopsia que data de la muerte entre 24 y 36 horas, dato que calificó de equivocado y sin ningún fundamento, y que a partir de esto situó la muerte en la una de la mañana del día 8 de junio. Concluyó afirmando que se violó el principio de congruencia y que esta mutación impidió investigar y reconstruir adecuadamente los hechos.

Lo que el recurrente originalmente planteaba en el recurso de casación no presenta en rigor un problema de congruencia fáctica entre la acusación y la sentencia, sino un problema de precisión de las

circunstancias de la acusación, en lo que concierne a la determinación del momento en que el acusado habría comenzado a ejecutar la retención del señor Gustavo Gattoni, y la duración de la retención.

Esa imprecisión no afecta sin embargo el derecho de defensa, que bien puede cuestionar que la retención en absoluto hubiese existido, o alternativamente proponer una hipótesis sobre la duración de la retención, acotándola en el tiempo, y sobre esa base argumentar en punto a la existencia del hecho, su adecuación típica, y eventualmente sobre la relevancia de la duración para la medición del injusto y de la pena. De hecho, en su recurso de casación la defensa no alega que los términos en los que se ha presentado la descripción de los hechos en la acusación frustre una posibilidad de defensa adecuada, y consecuentemente no cuestiona la validez de la acusación frente a las exigencias del art. 347, último párrafo, CPPN.

Tampoco demuestra la sustancia de un defecto de congruencia entre la ubicación temporal de la retención, y el requerimiento de elevación a juicio.

Esto sella la suerte de la impugnación en cuanto concierne a este motivo de agravio, sin perjuicio de adelantar que la cuestión no es sin embargo irrelevante al momento de decidir si el *a quo* ha establecido esa duración de la retención fuera de toda duda razonable, y si ha aplicado correctamente el art. 142 *bis* CP.

Lo que ha hecho el nuevo defensor en la audiencia del art. 466 CPPN es reformular la alegación de incongruencia. Ahora se trataría de que la fiscalía ha mutado circunstancias de la acusación en el alegato final, y no de la incongruencia entre sentencia y acusación. Una mutación inesperada de la acusación podría tener –bajo ciertas condiciones– efectos frustrantes de la defensa en juicio, si la mutación incluyese circunstancias de hecho nuevas sobre las que no se ha podido ofrecer prueba. En el caso, en rigor, se trata de la interpretación de los mismos elementos de prueba ofrecidos por la fiscalía y conocidos por la defensa. No avanzaré sin embargo en mayores consideraciones, en vistas de la reserva que adelanto al final del párrafo anterior.

6. Los agravios de la defensa de Sebastián Bruno

relativos a la arbitraria determinación de la causa de la muerte.

La recurrente ha planteado que en la sentencia no se ha atendido su argumentación en punto a que no había podido establecer con certeza la “causalidad” de la muerte del señor Gustavo Gattoni, que no se ha hecho un examen del informe de autopsia con arreglo a la sana crítica –informe que califica de defectuoso- que se ha omitido considerar el informe de la neurocirujana Berner, informe que, según pretende “consignaba de manera categórica errores sustanciales en el protocolo de autopsia, como así también errores en las reglas del arte sobre lo realizado por el Perito Oficial”, errores que calificó de “importantes que ponen en duda la interpretación de la causa de muerte”. Sostuvo que la sentencia omitió contestar también las observaciones que la defensa había hecho sobre el modo que debería realizarse una autopsia según bibliografía especializada.

Un examen detallado de la posición de la defensa, y de los fundamentos de la sentencia, se realiza a continuación.

6.1. En la audiencia de debate, en oportunidad de la discusión final, el defensor que entonces asistía a Sebastián Bruno había señalado lo que a su juicio constituían “vicios” del informe, porque carecía de información de la escena del hecho, no se habían detallado partes del cuerpo; no se habían pesado los órganos, no se habían medido ni cortado “como dice el protocolo”, no se había objetivado ninguna lesión en las fotos, y no se veía en ellas el hematoma intracerebeloso, señalando que hay una foto del cerebelo en la que parece estar en perfectas condiciones. Censuraba que en el informe no se describía en qué lugar topográfico estaban las lesiones externas, pues se las describía como derechas y se las dibujaba como izquierdas, lo que según la defensa dificultaba establecer las relaciones entre las internas y las externas. Señalaba también que no se describía si las lesiones del cerebelo estaban en el centro, o en el hemisferio izquierdo o derecho y afirmaba que de todos los golpes de la autopsia, sólo uno se detalla en la fosa posterior, que fue dibujado del lado izquierdo, pero en la autopsia figura del derecho.

Argumentó ante el tribunal de juicio que la autopsia dice que

los músculos estaban indemnes, por lo que si había una herida, que no pudo verse, fue superficial, si el músculo estaba indemne, el martillo no había penetrado de ninguna manera. También argumentó que se describen varias heridas en la cabeza, “pero nos encontramos con un solo hematoma intercerebeloso”, y señaló que no había rotura de cráneo, la galia estaba respetada, y concluyó que el martillo no traspasó el cuero cabelludo y las heridas eran superficiales. Insistió en que no se veía la hemorragia y que el cerebelo se veía en perfectas condiciones. Refirió que al no haber herida muscular, debe interpretarse una herida superficial y puso en cuestión que “una herida así pueda producir una lesión intracerebelosa”.

A continuación propuso la tesis de que sólo habría un hematoma intracerebeloso, atribuible a un accidente cerebro-vascular (ACV) y afirmó que entre el 90% y el 97% de los casos se trata de accidentes espontáneos, atribuibles a hipertensión arterial, paro cardio-respiratorio, malformaciones vasculares, tumores, o al uso crónico de drogas, entre otros.

Sostuvo que los hematomas *per se* no causan la muerte, que ésta se produce por el desplazamiento de las estructuras, ya que el cráneo es inextensible y eso produce enclavamiento y señaló que esto no estaba descrito en el informe, por lo que no podía tenerse en claro cuál sería la “causal de muerte”.

Observó también que no se habían preservado las muestras para detectar tóxicos, que la muestra había sido mal tomada, que se había perdido la cadena de frío, que no se recogieron muestras de orina, pelos, ni se revisaron las fosas nasales, o al menos ello no se detalló en el informe.

Había sostenido que tampoco se había descrito ni informado la existencia de coágulos en el corazón, que “esto puede producir una ACV” y que no se hallaron lesiones en los miembros o el tronco que diesen indicio de que el señor Gattoni hubiera estado atado. Con invocación del principio *in dubio pro reo* propuso que no se podía afirmar certeza sobre la causa de la muerte, porque los golpes descriptos no podían explicar el resultado de la muerte, arguyendo que “La causalidad

con probabilidad menor al 1% es invertir la carga de la prueba y el principio de inocencia”, alegando que la acusación no había podido probar todos los elementos típicos y la autoría, ni había demostrado que los golpes superficiales pudiesen provocar un hematoma intracerebeloso. Había agregado –con cita de notas- que cuatro de cada diez personas sufren ACV a causa de una arritmia cardíaca, y destacado que en la autopsia estaba probado “que tuvo coágulos”, y que la hipertensión arterial es una causal, como la arritmia, en contraposición con el hematoma intercerebeloso puro de este caso, lo que le permitía controvertir la causalidad.

6.2. En la sentencia el tribunal de juicio tuvo por probado que en la tarde del 5 de junio de 2013, poco después de las 15:00 hs., Gustavo Federico Gattoni se reunió con Sebastián Bruno en el inmueble de Larrazábal 2619, que “la reunión de aquella tarde se convirtió en una discusión violenta”, que “esa discusión acabó con el impedimento de que Gattoni abandonara el lugar y en una exigencia violenta de dinero que se extendió durante algún tiempo” que hubo exigencia de dinero, que poco después de las 20:00 aquel 5 de junio, Gustavo Gattoni se comunicó telefónicamente con su esposa, Andrea Hilda Rodríguez, indicándole que entregara una cantidad de dólares a una persona que pasaría por su domicilio, y que después de ese llamado telefónico, “permaneció retenido en el lugar un tiempo más *hasta que murió como consecuencia de varios golpes en su cara y cabeza* propinados por Bruno y Kippke”. Tuvo también por cierto que el cadáver fue llevado por los imputados a un descampado ubicado en la localidad de Bella Vista, Provincia de Buenos Aires, donde fue hallado por la policía bonaerense el día 8 de junio.

En este capítulo no es del caso examinar todavía a quién han de atribuirse los golpes y el traslado del cuerpo de Gattoni al descampado en la provincia de Buenos Aires, porque de lo que se trata es de examinar si el tribunal de juicio ha podido sostener, fuera de toda duda razonable, que el señor Gustavo Gattoni murió como consecuencia de los golpes que recibió.

En el capítulo de la sentencia titulado “La producción de su

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 29646/2013/TO1/CNC1

muerte”, el *a quo* ha abordado esta cuestión afirmando que tenía por acreditado que “durante el tiempo en que se produjo su retención y exigencia de dinero, Gattoni fue sometido a golpes que finalmente le produjeron la muerte”.

Relevó que “la misma autopsia describe objetivamente los golpes advertidos en la víctima, circunstancia que no puede ser seriamente controvertida. Se habla de golpes en la cabeza y en la cara”. Confrontó esta constatación del cadáver con el acta realizada por la policía de la Provincia de Buenos Aires en el lugar donde fue hallado el cadáver, en cuanto señala que “a simple vista es posible advertir varios golpes en los pómulos y cara del occiso, lo que también se advierte fácilmente con el cotejo de las fotografías obtenidas en ese momento” y ha estimado que “tampoco es un detalle menor la circunstancia de que el cadáver tenía un trapo a modo de mordaza en su boca”.

También valoró el resultado de la inspección del inmueble de la calle Larrazábal mediante el empleo de luminol que “arrojó la abundante presencia de sangre que había sido lavada, tanto en el dormitorio, como en la sala, pasillo y garaje del lugar” y la declaración del oficial de policía Gallo en cuanto había declarado que debió tratarse de mucha sangre y que el cuerpo habría sido arrastrado por el pasillo hacia el garaje, y el resultado de la inspección de la camioneta Fiat Qubo del imputado Sebastián Bruno, en cuya caja se registró la presencia de sangre, y en la que se hallaron trapos manchados con sangre en su interior. Finalmente relevó que en el establecimiento de la calle Larrazábal se secuestró una masa o martillo de cocina, que también tenía manchas de sangre.

A partir de esos elementos el *a quo* observó “la presencia de dos tipos distintos de golpes asestados a la víctima: por un lado aquellos que se observan en su rostro y fundamentalmente pómulos, que son compatibles con golpes de puño, y los observados en la cabeza y cuero cabelludo, producidos por un elemento distinto, como es el secuestrado en el lugar del hecho, que produjo el abundante sangrado del que dieron cuenta los exámenes científicos”.

A continuación hizo observaciones sobre la constatación de

lesiones en las manos del co-imputado Kippke, constatadas en ocasión de su examen corporal.

Y seguidamente descartó la versión dada por Sebastián Bruno, “en el sentido de que a raíz de la discusión, Gattoni le quiso pegar con ese elemento [la maza o martillo], trezándose en lucha, como consecuencia de lo cual [Bruno] le asestó un golpe a la víctima en la cabeza, y ésta cayó al piso, golpeándose nuevamente, lo que le produjo un intenso sangrado, pero del cual se recuperó”.

Afirmó el *a quo* que “la causa de la muerte, como lo dice la autopsia y ratifica la prueba, fue la cantidad e intensidad de los golpes recibidos, que le produjeron la pérdida de abundante sangre hasta su muerte”.

Seguidamente abordó y desechó la hipótesis de la defensa sobre la causalidad de la muerte, sea por un accidente vascular atribuible al abuso de drogas, o a enfermedades o problemas físicos preexistentes, señalando que “Si Gattoni era o no consumidor de drogas o tenía algún otro tipo de problema físico resulta intrascendente frente a la contundencia de la prueba” y observó que “nadie ha indicado categóricamente que la víctima tuviera problemas serios de adicción o enfermedades que pudieran haberle provocado un ACV, como pretende la defensa”. Desechó también la posibilidad de sustentar la hipótesis de la defensa apoyada en el informe de la neurocirujana Silvia Inés Berner en estos términos: “Las manifestaciones de una profesional que opina en términos teóricos sin haber tenido acceso ni a la prueba ni al cadáver en su momento, resultan sólo especulaciones que, como he señalado, han quedado suficientemente descartadas ante la *evidencia* reunida en la causa”.

6.3. En el recurso de casación la defensa ha abordado esta argumentación bajo el título “De la arbitraria e imprecisa delimitación de la producción de su muerte”.

Principia por afirmar que los golpes en los pómulos y cara del “occiso” no son causa de la muerte, pues “no fracturaron un solo hueso, fueron golpes productos de una pelea”, e insiste que “no fueron golpes certeros que puedan producir la muerte”. Agrega que “los golpes

en la cabeza ni siquiera pudieron producir una leve fractura, los golpes en la cara fueron tan superficiales que ni siquiera comprometieron alguna pieza dental”.

Califica de falso que el cadáver tuviese un trapo a modo de mordaza en la boca, porque argumenta que no surge de la prueba producida, y se refiere al acta de fs. 411, que describe que en el lugar del hallazgo se observaron restos de basura en la zanja, lo que impedía determinar con certeza “si esa especie de venda se encontraba allí previamente”, venda que, destacó, podía observarse en las fotografías “a la altura de la boca y no dentro de la misma a modo de mordaza”.

Seguidamente propone un examen en conjunto de los elementos producidos, y lo confronta con el informe de autopsia que entiende “despeja todo tipo de dudas”, en tanto al describir las constataciones en cara refiere: “Mucosa de labios: Sin lesiones, Mucosa de cavidad bucal: Sin lesiones, Lengua: Sin lesiones, Piezas dentales en buen estado de conservación”.

A continuación aborda la crítica de las inferencias que el *a quo* extrae de la constatación de lesiones en las manos de Hernán Pablo Kippke, examinando puntualmente el informe de fs. 219, la naturaleza de las lesiones y la estimación del tiempo de evolución, y propone que ellas son típicas de las provocadas por inyecciones propias del consumo. Concluye que “Pese a los intensos esfuerzos del Tribunal por ubicar a Kippke como parte de la producción de la muerte de Gattoni sus argumentos resultan estériles dado que los mismos son segmentados, parcializados y orientados a generar esta situación”.

Sostiene en definitiva que la sentencia se encuentra fundada en una imprecisa pericia que no pudo ser controvertida.

6.4. En la audiencia realizada a tenor del art. 468 CPPN, el nuevo defensor que ha reemplazado al anterior, ha sostenido las alegaciones. Sostiene que el informe de autopsia establece una causal de muerte científicamente imposible argumentando que el hueso que protege el cerebelo es de los más duros, también cubierto por los músculos del cuello. Insiste en que en el informe no se describe el lugar de la hemorragia, ni cuánto medía el hematoma, y argumenta que las

fotografías del cerebelo lo exhiben “en perfecto estado” y que el médico no constató lo que había dentro, ni fundamentó sus aseveraciones. Señala que hay seis fotos pero ninguna documenta los puntos claves: golpes en el cuero cabelludo, cerebro, interior del cerebelo, no se mostró el cerebelo diseccionado que es lo que corresponde hacer, y no hay fotos de los órganos del cuerpo.

Observó que el informe no describe el “tamaño de los golpes” y alegó que los describe de un lado y los dibuja del otro, y que “no describe la agonía”, punto relevante para determinar el momento de la muerte, y no da cuenta del derrame pericardíaco.

Argumentó también que el informe no expone el método utilizado para estimar el momento de la muerte y destaca que pasaron veintiún horas entre el hallazgo del cuerpo y la realización de la autopsia, y que no hay constancia de si el cuerpo fue o no refrigerado.

Afirmó que la muestra de sangre fue “abandonada sin cadena de frío” y analizada treinta días después, que estaba putrefacta (fs. 973 vta.) y que no se conservaron muestras de orina ni de cabello.

A continuación afirmó que el hematoma producido por la hemorragia es lo que causa daños y eventualmente la muerte, a través de la formación de un coágulo que comprime el tronco cerebral y de esta manera produce un paro cardiorrespiratorio, y renovó la pretensión de que la crítica del informe de autopsia ha de realizarse a la luz del informe de la neurocirujana Berner, según el cual las hemorragias intra-cerebelosas traumáticas ocurren como mucho en un 3% de los casos, y en la regularidad de los casos las hemorragias intra-cerebelosas son espontáneas, en el sentido de que no son traumáticas, y son producidas por ejemplo por picos de hipertensión o por malformaciones congénitas o por consumo de cocaína. Argumentó que para que haya una hemorragia intra-cerebelosa traumática tienen que producirse determinados daños que en este caso no están presentes. Sostuvo que los golpes ocurrieron en la parte cercana al cerebro en la parte de arriba y el cerebro no tiene daños, y señaló que la autopsia describe ‘*masa encefálica: congestiva con hemorragia intra-cerebelosa*’ y que ese fue el único daño que constató. Argumentó que debieron haberse producido daños en los

músculos del cuello, pero la autopsia refiere '*músculos del cuello: músculos sin lesiones*' y también que debió haberse producido una fractura en la base del cráneo, mientras que la autopsia refiere '*base del cráneo: sin fractura en ambos peñascos*'.

Sostuvo que, en definitiva, la autopsia da cuenta de la producción de una hemorragia intra-cerebelosa y la conecta con los golpes en la cabeza, que son golpes superficiales y no constató el tipo de lesiones que debió haberse producido para que pueda existir una hemorragia intra-cerebelosa traumática. Según sostiene el defensor, la muerte de Gustavo Gattoni no se produjo por los golpes y esto corrobora la versión de Bruno.

Finalmente afirmó que la sentencia establece una causa de muerte distinta a la consignada en la autopsia, en tanto en ella se afirma que "la cantidad e intensidad de los golpes recibidos que le produjeron una pérdida de abundante sangre hasta su muerte (...)", y alegó que el tribunal no entendió lo que decía la autopsia, y afirmó que "Gattoni se murió desangrado".

6.5. Más arriba he transcrito en lo sustancial los fundamentos de la sentencia sobre la producción de la muerte de Gustavo Gattoni (*supra*, 6.2.), cuyas conclusiones pueden sintetizarse del siguiente modo: 1) Gustavo Gattoni fue sometido a golpes en rostro y cabeza, los golpes han consistido en golpes de puño y golpes con un martillo o maza de cocina, afirmaciones que no están puestas en discusión por ninguna de las partes; 2) Esos golpes finalmente le produjeron la muerte, punto en el que se centra el motivo de agravio de la defensa.

El *a quo* ha llegado a esta conclusión sobre la base de relevar las constataciones de los médicos policiales en el lugar del hallazgo del cadáver (fs. 411/413), las fotografías que lo ilustran (fs. 415/421), el hallazgo de abundantes rastros de sangre que habían sido lavados en el establecimiento de la calle Larrazábal y la declaración del policía que intervino que estimó que se trató de mucha sangre y señaló que el cuerpo había sido arrastrado por el pasillo hacia el garaje, y el resultado de la inspección de la camioneta Fiat Qubo del imputado Sebastián

Bruno, en cuya caja se registró la presencia de sangre, y en la que se hallaron trapos manchados con sangre en su interior. Finalmente relevó que en el establecimiento de la calle Larrazábal se secuestró una masa o martillo de cocina, que también tenía manchas de sangre. Distinguió las lesiones que atribuyó a distintos tipos de golpes, por un lado los del rostro y pómulos, compatibles con golpes de puño, y los de cabeza y cuero cabelludo, producidos con la maza secuestrada. Se convenció de que éste produjo “abundante sangrado”, y descartó la versión dada por el imputado en punto a la existencia de un intento de agresión de parte de Gustavo Gattoni.

Concluyó que “la causa de la muerte, como lo dice la autopsia y ratifica la prueba, fue la cantidad e intensidad de los golpes recibidos, que le produjeron la pérdida de abundante sangre hasta su muerte”.

Empezaré por el final. Es dudoso que deba entenderse esta afirmación de la sentencia en el sentido de que la víctima murió “desangrada” como interpreta la defensa, pero en todo caso, sí es claro que según la sentencia la causa de la muerte “fue la cantidad e intensidad de los golpes recibidos” que produjeron abundante sangrado. En cualquier caso la autopsia no afirma que la causa de la muerte fuese una hemorragia o sangrado externos, lo que se afirma en ella remite a daño vascular, hemorragias y hematomas internos en el cráneo y en el cerebelo, que se atribuye a causa traumática y no a una causa patológica o morbosa, ni a otros agentes externos.

En efecto, en las conclusiones del informe de fs. 883/891 el médico legista afirma: “la víctima sufre una hemorragia intracerebelosa como productos [SIC] de múltiples lesiones contusas cortantes en cráneo produciendo una descompensación hemodinámica con agonía ya que se observó múltiples coágulos intracardíacos y posterior óbito” ; y concluye: “La muerte de N.N. masculino se produjo por: Causa de Muerte. Paro cardiorespiratorio traumático. Manera de muerte. HEMORRAGIA INTRACEREBELOSA”.

La cuestión es pues examinar si la opinión que expuso el médico legista en ese informe, confrontada críticamente con el resto de

los elementos de prueba disponibles, incluido el informe de la médica Silvia Inés Berner, puede dar sustento a una conclusión, fuera de toda duda razonable, sobre la causa de la muerte del señor Gustavo Gattoni.

Comenzaré por el examen de la coherencia interna del informe de autopsia. El médico describe: “heridas contuso cortantes en cuero cabelludo en región frontal, occipitales y parietal derecho”. Contra lo que han interpretado ambos defensores, el adjetivo derecho sólo se refiere al parietal, y no abarca a las heridas “occipitales”. No hay pues lugar a discordancia entre lo que se dice en prosa y se grafica en el croquis de fs. 891. En ese croquis se han dibujado cuatro líneas representando las lesiones halladas en la zona occipital (o de la nuca). En el informe se describe que las heridas son “contuso cortantes”. No se dice expresamente pero se infiere sin esfuerzos que los rastros de la contusión tenían profundidad porque llegaban hasta la aponeurosis epicraneana, es decir, al linde con el hueso del cráneo. La defensa habla de heridas superficiales, pero la descripción de la autopsia muestra que las lesiones tenían efecto en toda la profundidad del tejido que recubre el cráneo y no podían ser más profundas que su propio espesor. En el informe de autopsia se señala que hay hematoma en “caloto” tal vez por calota o bóveda craneal, y que ese hematoma se observa también en el cráneo. Esto desmiente la tesis de superficialidad. Finalmente, observo que en el informe se describe “Meninges Congestivas. Masa Encefálica Congestiva con hemorragia intracerebelosa”. De modo que la defensa no demuestra que sólo puedan producirse lesiones internas en el cerebelo si se fractura el occipital, y alega que no hay cortes en profundidad pero omite que las heridas eran “contuso cortantes” y que no se detectó herida muscular lo que conduciría a interpretar que las heridas eran superficiales. El argumento parte de confundir la intensidad del golpe, con el rastro que deja el golpe, pues lo que produce la lesión interna es la contusión por el golpe, y no el corte de los tejidos musculares.

La defensa aduce defectos de información, porque no se establece que se hubiese diseccionado el cerebelo, que se hubiesen pesado las partes anatómicas de la masa encefálica, etc. Sin embargo, ello no basta para poner en duda la conclusión del médico legista sobre la

causa de la muerte.

Hecho este repaso del contenido intrínseco del informe corresponde el confronto con otros elementos producidos en la audiencia, para su examen crítico.

No hay discusión sobre la existencia de golpes, y de trauma en la cabeza. La defensa no pretende disputarlo y el imputado en su indagatoria ha admitido haber golpeado a Gustavo Gattoni con la maza en la cabeza. Por cierto no ha dado detalle sobre cómo habría logrado el dominio sobre la maza en la lucha que dice tuvo con éste, ni cuántos golpes dio, pero el número de lesiones contuso cortantes en la zona occipital indica que fueron varios golpes, probablemente cuatro. El acta de fs. 411/413 que documenta el hallazgo y primer examen del cadáver por el médico policial Dr. Atoche, que describe que el cadáver “presenta seis cortes en cuero cabelludo, tres de ellos interparietales, dos centrales y uno oxigonal”. El acta aparece ilustrada con fotocopias de las fotografías tomadas al cadáver en el lugar del hallazgo. Aunque de pobre resolución y nitidez las imágenes de fs. 420/421 ilustran sobre la ubicación de las lesiones en parietal derecho, y en la nuca en la zona occipital. Aunque se observa alguna diferencia en el número total de lesiones observadas en la cabeza, y el constatado en la mesa de autopsias, no se trata de una diferencia central de ubicación en el cuerpo, ni de naturaleza de las lesiones. Las diferencias pueden explicarse, probablemente, por las condiciones en que se realizó la primera inspección del cadáver, a las 19:15 hs. de principios de junio, en el que se cernía la puesta de sol (*vide* especialmente fs. 412 vta. y 413). En cualquier caso las lesiones eran varias, y el número exacto no afecta la conclusión.

Ello es así tan pronto se observan las características del martillo o maza utilizado en el hecho con el que se ha golpeado la zona de la nuca de la víctima más de una vez. La contusión ha tenido tal magnitud que dejó hematoma profundo en todo el tejido que recubría el cráneo, incluida la aponerurosis. Del lado interno del hueco craneano el médico halló hematoma, y constató signos de hemorragia intracerebelosa. La defensa arguye que no hay fractura occipital, y que

éste es el hueso más duro del cráneo, sin embargo no explica por qué razón el cerebelo estaría protegido de trauma cuando no se fractura ese hueso.

La confrontación de esos elementos conduce, con arreglo a la sana crítica, a aceptar las conclusiones del médico no obstante el defecto de información que le atribuye la defensa a su protocolo de autopsia.

6.6. La defensa anterior, y la actual, han pretendido poner en crisis las conclusiones del informe de autopsia sobre la base del informe escrito firmado por la médica firmante del informe de fs. 1513/1515. Abordaré ahora el punto.

La doctora Silvia Inés Berner no dice ser médica forense o legista, ni tener conocimientos especiales en esa área de la medicina, sino neurocirujana en un centro de medicina asistencial según surge del sello aclaratorio de su firma.

No se ha ofrecido en el debate ningún elemento para demostrar una especial capacitación o experiencia para realizar obducciones, o para examinar críticamente los informes de autopsias. Por lo pronto, mientras que los médicos y cirujanos que prestan tareas de medicina asistencial tienen por primera finalidad obrar en beneficio de los enfermos (según el juramento hipocrático), o aplicar sus conocimientos y arte al “diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas” (ley 17.132, art. 2, inc. a), los especialistas en medicina legal y forense no están orientados a la asistencia y a conservar la vida o la salud, sino a indagar sobre las causas de la muerte o de los daños en la salud. Los legistas y forenses examinan cadáveres y operan sobre estos sin los límites que deberían observar si su cometido fuese salvar la vida a una persona viva. En general, en las currículas de especialización en medicina legal o forense están incluidas materias tales como Tanatología, Patología Forense, Criminalística, Medicina legal, Toxicología, y el entrenamiento en prácticas para la realización de autopsias forenses. La médica que ha firmado el informe de fs. 1513/1515 no ha acompañado una información sobre sus

conocimientos específicos en esas materias y prácticas, y se presenta como neurocirujana. En particular se ignora cuál es su experiencia en obducciones y en exploración de cadáveres. Esta Sala no está pues en condiciones de conocer cuál es su experiencia específica para someter a crítica la labor del médico legista Durso. Ello no la inhabilita para emitir una opinión, pero su opinión ha de ser examinada tomando nota de esta falta de información sobre su experiencia. Por lo demás, esta Sala sólo tiene a mano el informe, y sólo está en condiciones de examinar su contenido intrínseco, la base de información con la que la firmante dice haber contado para elaborarlo, y en su caso de confrontarlo con los otros elementos introducidos regularmente al juicio.

Al abordar el *examen intrínseco* del informe, lo primero que se observa es que la cirujana parte de un punto de vista estadístico, pues se refiere a las causas más frecuentes de las hemorragias intracerebelosas. El informe saca conclusiones sobre la base de la estadística y no sobre los datos concretos de este caso. En particular observo que según el informe de autopsia el cadáver tenía cuatro lesiones contuso cortantes en la nuca -en la zona occipital-. Se las describe como lesiones externas del cuero cabelludo, e internas en forma de hematomas que alcanzan la aponeurosis. Se describen también hematomas en el cráneo o caloto, y también en vísceras -a saber, hematomas en el cerebelo-.

Apoyándose en el informe de la neurocirujana Berner, el anterior defensor del imputado había criticado en el alegato final el protocolo de autopsia, al que calificó de carente de fundamento científico, y le censuró que no detalla el “*tamaño del hematoma intercerebeloso, ni su ubicación (...) si el hematoma fue producto de los golpes recibidos o si se debió a una hipertensión arterial, como lo establece la bibliografía autorizada, o si la mecánica de los golpes pudo producir el deceso (...) No ha demostrado que los golpes superficiales puedan provocar un hematoma intercerebeloso*” (acta de la audiencia, de 19 de junio, fs. 1570/1577).

Se lee en aquella opinión escrita que “de lo referido en los autos, la descripción del hematoma es muy vaga no refiere la localización, derecho o izquierdo, si tenía o no relación con las heridas del cuero cabelludo, cuál era su volumen, si desplazaba o no las

estructuras circundantes, si comprimía el tronco cerebral, si produjo hidrocefalia, si desplazaron las amígdalas cerebelosas, produciendo un enclavamiento o compresión de las estructuras del tronco cerebral, para entender cuál fue la real causa de muerte”.

Observo que el informe que adjudica falta de rigor al protocolo de autopsia tiene el mismo defecto: no explica por qué esto es relevante, no explica si otros hematomas cerebelosos de etiología no traumática presentarían diferencias de volumen con los traumáticos, o si tendrían distintos efectos sobre las estructuras circundantes, sobre el tronco cerebral, si producirían hidrocefalia, si desplazarían las amígdalas cerebelosas con enclavamiento o compresión de las estructuras del tronco cerebral. Tampoco aclara si esto sería relevante para descartar que la causa de la muerte fuese el trauma en el cerebelo, y no en otros órganos o sistemas vitales. Esto es relevante porque la médica no propone que no hubo hemorragia intracerebelosa, sino que pone en duda que ésta fuese de origen traumático y propone otras hipótesis morbosas o patológicas, no traumáticas.

En vez de ello el informe arroja una hipótesis no basada en datos objetivos relevados en el proceso, sino en tablas estadísticas. Comienza por afirmar que “la principal etiología que [SIC] de los hematomas cerebelosos en el 89% es la hipertensión arterial, las antipatías amiloideas por hipertensión arterial o por abuso de drogas simpaticomiméticos como la cocaína y o malformaciones vasculares o tumores” Agrega que “Sólo el 1 al 3 % de todas las hemorragias intracerebrales postraumáticas tiene como localización el cerebelo”.

Pasaré por alto la inconsistencia de las premisas, porque hace un salto no explicado. En la primera premisa se refiere al porcentaje estadístico de hematomas cerebelosos, sin aclarar cuál es el porcentual de los de origen traumático, en la segunda se refiere al reducido porcentaje que se ubica en el cerebelo del total de hemorragias intracerebrales postraumáticas. No dice que el 1 al 3% de todos los hematomas cerebelosos se deba a causas traumáticas, sino que el 1 al 3% del total de hemorragias postraumáticas se ubica en el cerebelo.

Digo que lo pasaré por alto porque ningún porcentaje sobre

la base de estadísticas sirve por sí para afirmar o descartar la causa de la muerte del señor Gattoni. Lo que sirve para afirmarlo o descartarlo es el conjunto de indicios objetivos disponibles que permiten atribuir la muerte a una u otra etiología. Por ejemplo, si se comprueba el indicio objetivo de que el señor Gattoni sufría de hipertensión arterial, o poseía malformaciones vasculares o tumores, o si se ofrecen indicios *suficientes* de que antes de la hemorragia el señor Gattoni había hecho un consumo significativo de cocaína, podría entonces entrar en consideración la hipótesis de alguna de esas etiologías. Ahora bien, la firmante del informe afirma derechamente que concluye, “en base a [su] experiencia, arte y oficio que el tipo de lesión descrita en el protocolo de autopsia podría derivar de un cuadro de ACV hemorrágico producido por una crisis hipertensiva” y que “este tipo de lesión cerebral se ve afectada y/o mejor dicho agravada en aquellos pacientes que consumen algún tipo de estupefaciente”. Su afirmación no se apoya sin embargo en una experiencia concreta sobre las base de los datos de este caso, porque no indica haber tenido a su disposición ninguna fuente de información o indicio objetivo de que el señor Gattoni fuese hipertenso, o padeciese de hipertensión por alguna causa, tampoco revela haber tenido a su disposición alguna fuente información o algún indicio de que el señor Gattoni hiciese uso o uso habitual de algún estupefaciente de una determinada clase, ni menos aún ningún indicio de que en tiempo próximo a su muerte hubiese consumido de alguna forma alguna cantidad de esa clase de estupefaciente.

Al evaluar el informe presentado por la médica neurocirujana, encuentro significativa la falta de rigor forense o criminalístico. Pues pasa de premisas generales a poner en duda ciertas premisas particulares y su relevancia para establecer la muerte, y después afirma sus conclusiones sin ofrecer ninguna premisa particular apoyada en datos concretos, y lo hace sólo sobre la base de datos estadísticos, esto es, nuevamente desde premisas generales. En efecto, la neurocirujana sabe, por el informe de autopsia que tuvo a la vista y que transcribe a continuación de sus conclusiones, que el cadáver presentaba varias “heridas contuso cortantes en cuero cabelludo en región frontal,

occipitales y parietal derecho”. En el croquis adjunto al informe de autopsia se representan cuatro heridas en la zona occipital que aparecen claramente ubicadas con la aclaración “heridas contuso cortantes”. De modo que estaba en condiciones de representarse la cantidad y el lugar del trauma externo. La médica dice también “haber tenido en [sus] manos copia de la presente causa aportada por la defensa”. Sin embargo no ha prestado atención al informe de fs. 413 incorporado al juicio, en el que el médico legista Atoche había ya observado lesiones en el examen preliminar del cadáver en el mismo lugar del hallazgo (confr. acta de fs. 1542 incorporada al juicio). Tampoco hace mención alguna a las fotografías tomadas en el mismo acto de hallazgo, y anexas a fs. 415/421, sea para desconocerles cualquier valor ilustrativo, o para emprender la crítica del informe de autopsia.

Dice la neurocirujana que “las muestras de sangre no arrojaron datos por estar en vías de putrefacción, y no se recolectó orina o se realizaron análisis en los cabellos para detectar tóxicos”, lo que no se condice con el texto del informe, que no afirma que fuese imposible detectar tóxicos por el estado de la sangre.

Vuelvo aquí sobre el informe pericial nro. 3124/2013 realizado por la División Laboratorio Químico Pericial de la Superintendencia de Policía Científica, incorporado al juicio (fs. 973/974). Ese informe de laboratorio dio cuenta de que en las muestras de sangre remitidas no se detectó alcohol etílico, y en los ítems “Determinación de Drogas de tipo Ácido” y “Determinación de Drogas de tipo Neutro y Básico” se lee “NO DETECTABLE”. En las observaciones del capítulo “Materiales y Métodos” se lee: “El material recomendado para el análisis de tóxicos lo constituye la muestra de orina (de un volumen no inferior a 50 ml) según el Programa de Control de Drogas de Abuso de las Naciones Unidas. La muestra de sangre es preferible para la determinación de tóxicos volátiles (alcohol etílico, monóxido de carbono, etc.)”. Afirma que la sangre estaba hemolizada y putrefacta, pero no afirma que ello impidiese indagar tóxicos.

Aunque no hay ningún dato objetivo que arroje rastros del consumo de estupefacientes, la neurocirujana nuevamente argumenta

sobre la base de la estadística general. No tuvo a su disposición ningún indicio concreto y objetivo de consumo de estupefacientes, ni de la historia clínica del fallecido, ni de la preexistencia de morbo o patologías, pero afirma que la muerte no se puede explicar por el trauma que se describe en la autopsia y se ve en las fotos, en estos términos: “las lesiones recibidas por la víctima no han sido las causales de la conclusión arribada por mi colega Dr. Durso, sino que la misma se ha debido a causas externas, tal como un ACV producto tanto hipertensión arterial [SIC], del exceso de tóxicos, stress y/o predisposición congénita”.

Finalmente observo que lo que sí se ha objetivado en el informe de autopsia es, en los ojos de la perito, insuficiente para atribuir la causa de la muerte al trauma provocado por al menos cuatro golpes contuso cortantes en la zona occipital, porque según ella “no se dan las condiciones para considerar que la magnitud del impacto haya provocado y/o pueda provocar el resultado al que mi colega ha arribado”. En este aspecto incursiona en valoraciones forenses, sin explicar el sustento de sus conclusiones. Tenía a su mano copia íntegra de las actuaciones, tenía el informe de autopsia que describía una variedad de lesiones en rostro, frente, parietal derecho y occipital, las últimas descritas como contuso cortantes, surgía del informe que las lesiones no eran superficiales sino que llegaban en profundidad a los tejidos, pues en el informe se describe expresamente no sólo la superficie corporal, sino que “se procede a la apertura de la cabeza por incisión bimastróidea, se repliega el cuero cabelludo remanente”, y a continuación se observa “Cuero cabelludo: con lesiones mencionadas. *Aponeurosis epicraneana ídem*” (bastardilla agregada). También observó el médico “Caloto con hematomas”. Y a continuación agregó: “Se aserra el cráneo y se observa: Meninges Congestivas. Masa Encefálica Congestiva con hemorragia intracerebelosa”. La firmante del informe no asigna ningún valor a este hallazgo porque a su juicio el informe es vago, porque no refiere la localización del hematoma, ni su relación con las heridas del cuero cabelludo, ni su volumen, ni el daño provocado por la hemorragia. No explica, sin embargo, de dónde extrae su duda sobre la “magnitud del impacto”. Tampoco ha relevado –a pesar de que ha dicho tener copia

de la causa- que el instrumento probablemente empleado para producir las lesiones –un martillo o maza para ablandar cortes de carne- había sido hallado, y no aborda ningún examen para examinar si con cuatro golpes aplicados en la zona occipital podría producirse un daño mortal o si golpes con ese instrumento dados en ese lugar serían inidóneos para producir un daño de esa clase. No hace, pues, un abordaje criminalístico, lo que en todo caso no puede reprochársele porque no se arroga la capacidad de médica forense o de experta en criminalística.

Concluyo, pues, que el informe, por su falta de rigor, es inidóneo para poner en duda las conclusiones del médico legista que, en defecto de otros elementos objetivos que las desautoricen, aparecen razonables.

Por cierto no es ocioso señalar que la defensa, que había ofrecido el informe en la apertura del debate, en la esperanza de que, no obstante su extemporaneidad le fuese admitido, podría haber intentado también complementarlo ofreciendo la producción de otros medios de prueba dirigidos a determinar que el imputado padecía de hipertensión, o tenía ciertos defectos congénitos, o incluso que había consumido cocaína en tiempo próximo al hecho. Sobre las dos primeras hipótesis nada ofreció. Sobre la segunda intentó denodadamente interrogar a los testigos que conocían al imputado en punto al abuso habitual de drogas, sin embargo, no logró establecer un indicio firme, en ese sentido, ni menos aún, que hubiese consumido en tiempo próximo al hecho. A este respecto la única indicación es la que da el imputado, que no encuentra otra corroboración objetiva.

Más aún, entiendo que la versión que ha dado el imputado al cabo de la recepción de la prueba, cuyo contenido íntegro puede conocerse por el registro de audio e imagen de la audiencia del día 4 de junio (registro 1465.avi), aparece acomodada a presentar a Gustavo Gattoni como una persona sin frenos inhibitorios, que en un lugar ajeno, y frente a una persona que ha visto pocas veces, con la que no tenía una relación de confianza previa, realizaba ostensiblemente un consumo abusivo de cocaína. Adujo que el señor Gattoni se enojó, se puso furioso, tomó el “martillo” lo quiso atacar, forcejearon y pelearon por su

dominio. Según el imputado “el martillo se le viene encima a Gustavo Gattoni y le golpea en la cabeza, “da dos pasos para atrás, cae y golpea con una parte [...] lateral de la cabeza, contra el borde de la mesa”.

Al sangrar habrían parado, y dan por terminada la pelea. Según el imputado él fue al baño, tomó una toalla vieja, y se la alcanzó a Gustavo Gattoni para que se limpiase. Y seguidamente, a instancias del imputado Gattoni va al baño, tarda como diez minutos en el baño, y cuando vuelve sale con la camisa en la mano, con los ojos en llanto, y le pide perdón, llora de angustia y se ahoga en llanto. Adujo el imputado haberle reclamado una disculpa por haberle mentado con respecto a la disponibilidad de la plata y con muchas otras cosas, dijo que Gattoni se habría referido a sus problemas, y a un problema de adicción a las drogas, que trataba de luchar con eso, y que estaba a punto de quebrar. Afirmó que sacó un tubito del bolsillo, “se armó una línea”, la aspiró y siguió hablando, se empezó a calmar y “a los veinte minutos, treinta minutos, noto que le empieza a salir sangre de la nariz, que no entendía por qué le sangraba la nariz, siguieron hablando unos quince minutos, y Gattoni le dice que sentía gusto a que tenía sangre en la boca, se tocó con los dedos, y se sacó los dedos manchados con sangre, le acercó un trapo o franela, y se limpió”. Según el imputado Gattoni entonces dijo que sentía frío, que él fue a buscarle un abrigo, cuando volvió “estaba sentado en una silla, y veo que hace esto (se inclina con su cuerpo hacia adelante), se va para adelante y cae, se desvanece, sin hacer el gesto de poner las manos, nada, se desvanece y golpea completo de cara”. Dijo el imputado que le “agarró una desesperación, porque lo traté de auxiliar y no respondía, le grité y no respondía, lo zamarreaba y no respondía, le tomé el pulso, por ahí yo estaba nervioso pero me pareció que no tenía pulso”. Dijo que entonces salió corriendo y fue a despertar a Hernán Kippke que estaba dormido, de la última vez que se había inyectado, que lo despertó y le pidió ayuda diciéndole “se me murió Gattoni, se cayó, se me murió Gattoni, no sé qué le pasa”. Dijo que trataron de reanimarlo “y no, no hay caso, [...]”.

Varias observaciones merece este relato. La primera en punto a su contenido intrínseco, el relato del imputado se presenta

acuoso, en el que los sucesos se describen como hechos de la naturaleza, sin intervención humana, según su decir “el martillo se le viene encima” a Gustavo Gattoni. En realidad se le vino encima no una sino cuatro veces, y estaba en la mano de Sebastián Bruno que le asestaba con él golpes en la nuca.

Otras observaciones son pertinentes tan pronto se lo confronta con otros elementos de juicio. Por una parte, el imputado dice que Gustavo Gattoni sangraba mucho y fue a limpiarse al baño. Sin embargo, el informe de fs. 506/507, incorporado al juicio, da cuenta de las operaciones de la policía científica llevadas a cabo en el establecimiento de la calle Larrazábal utilizando luminol, para detectar manchas de sangre lavadas. Como resultado de la inspección sin el uso del producto se relevaron dos manchas pardo rojizas sobre la pared frontal conforme se ingresa al dormitorio, y realizada la inspección con el producto se relevaron rastros hemáticos en el suelo del pasillo, entre el baño y el dormitorio, en el suelo del espacio de elaboración de alimentos, próximo al pasillo del garaje, sobre el suelo de ese pasillo. La inspección con luminol no reveló ningún rastro hemático en el baño donde, según dijo el imputado, Gattoni habría ido a limpiarse y habría permanecido un considerable espacio de tiempo.

La segunda observación concierne al relato según el cual el señor Gattoni se habría desplomado desde donde estaba sentado, y habría fallecido súbitamente, pues ya no tenía pulso y no pudo reanimarlo. Este relato no concuerda con el informe de autopsia que afirma que a la muerte precedió un estadio de agonía, lo que descarta la muerte súbita que describe el imputado. Observo, también que el informe de la neurocirujana Berner omite toda consideración sobre la referencia a la agonía, inferida por el médico legista del hallazgo de múltiples coágulos en el pericardio.

Finalmente, y a mayor abundamiento, observo que las apreciaciones que hace la defensa sobre las imágenes tomadas en el momento de la autopsia no aparecen acompañadas de una explicación científica.

Al finalizar la audiencia del día 21 de mayo, cuando el

presidente declaró que daba por incorporada al debate la totalidad de la prueba, cuya exhibición y lectura, oportunamente se había admitido, el defensor de elección de Sebastián Bruno reclamó que se pusiera a disposición un disquette, que se había recibido junto con el informe de autopsia, según el cargo de fs. 891, y que no se había elevado al Tribunal Oral, por lo que el juez que presidía dispuso reclamar su urgente remisión, y la Defensora Pública del imputado Kippke pidió que se notificara a las partes de su recepción para que todos pudiesen tener acceso a su contenido, e instó que no se tuviese por concluida la etapa de incorporación de prueba (fs. 1532).

En el acta del día 4 de junio se ha dejado constancia de que se había recibido el disquette remitido por el cuerpo pericial del Departamento Judicial de San Martín, y de que el juez que presidía puso su contenido a disposición de las partes. Consta también que el entonces defensor de Sebastián Bruno expresó haber tomado vista de las imágenes contenidas en éste, y anunció que su defendido deseaba prestar declaración (fs. 1542).

He inspeccionado ese soporte, que contiene ocho imágenes fotográficas del cadáver tomadas en ocasión de la autopsia, la mitad de ellas tienen por objeto el interior del cráneo y la masa encefálica. Esas fotografías no estuvieron a disposición de la médica Berner, porque el tribunal de juicio las recibió después de la presentación de su informe. Pero la defensa las conoció, y sin embargo no realizó ninguna instancia para ofrecer al tribunal una interpretación de lo que se ve en esas imágenes, en vez de ello, ha alegado sobre las imágenes, según su propia ciencia, y pretende que el tribunal, que no la tiene, debía sacar las mismas conclusiones que presenta la defensa para criticar lo que el médico legista dice haber visto en el examen de las vísceras del cadáver.

En suma, examinados los elementos que el tribunal de juicio tuvo a su disposición en el juicio, no encuentro que haya lugar a una duda razonable sobre la causa de la muerte afirmada por el médico legista Durso en el informe de autopsia.

7. Sobre el dolo de homicidio.

La defensa de Sebastián Bruno pretende que la muerte de

Gustavo Gattoni no puede ser atribuida al imputado a título doloso.

7.1. No disputa que hubo una discusión, una pelea subsecuente, agresiones físicas, ni que Sebastián Bruno hubiese golpeado a Gustavo Gattoni con la maza de cocina en la parte de la nuca.

Alega que se trató de “una pelea espontanea que se produjo luego de una discusión de dos socios, que dicha discusión fue subiendo de tono y provoco una pelea, la cual término con la víctima y mi cliente trezados por una martillo de cocina que termina impactando en la cabeza del occiso”.

No puedo pasar por alto las palabras empleadas, porque ellas, a veces de modo consciente, otra de modo inconsciente, expresan el pensamiento de manera desnuda: la defensa trata a Gustavo Gattoni como “occiso” esto es, como “muerto violentamente”.

Según la defensa después del golpe con el martillo “que termina impactando en la cabeza del occiso” se suspendió la pelea, y al tiempo, producto de un [...] ACV, Gattoni se desmaya y muere”. En su discurso, Sebastián Bruno no realiza una agresión mortal, el martillo, guiado por fuerzas naturales “impacta” en la cabeza, pero el golpe no es mortal, pues según la tesis de la defensa lo que mata a Gustavo Gattoni es un accidente cerebrovascular.

La tesis del ACV ya ha sido descartada precedentemente.

Cuatro golpes en la nuca –no uno- empleando una maza o martillo han sido propinados a Gustavo Gattoni, y los golpes se los aplicó Sebastián Bruno.

La defensa sostiene que su defendido “es el único autor del hecho, como lo confesó en el debate”, pero discute que la muerte le sea atribuible a título doloso. Aunque no lo dice de modo expreso, su argumentación es subsidiaria a la principal, según la cual la muerte no es atribuible a causa traumática, sino a un accidente cerebral.

Discute la atribución a título doloso sobre la base de los siguientes argumentos: a) Sebastián Bruno tenía en su establecimiento un arma de fuego, y “de haber tenido la intención de matar” la habría escogido en vez de utilizar un martillo hueco de cocina; b) debe examinarse la idoneidad del medio para producir la muerte, en las

circunstancias de cada caso concreto; c) según el imputado “su intención fue contestar la agresión de que había sido víctima pero nunca matarlo”. Adelanta así que “correspondería encuadrar la conducta en la figura típica preterintencional del homicidio”.

Según argumenta, la figura preterintencional se requiere “que el autor obre dolosamente aunque tal designio debe estar dirigido únicamente a la lesión, sin extenderlo a la muerte”, se debe examinar la previsibilidad del resultado mortal, se requiere la producción del resultado como consecuencia del daño generado por el agente y que el medio empleado no deba razonablemente causar la muerte. Cita doctrina según la cual el dolo se restringe a la lesión física, sin abarcar la muerte, y “si ésta ha sido querida o eventualmente aceptada, desaparece la figura para dar paso al homicidio”.

El recurrente insiste, de modo confuso, en la inexistencia “de aquel vínculo de causalidad” y afirma “la falta de intención homicida que exhibe el comportamiento de [su asistido] ya que el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte”. Afirma que “la muerte de la víctima no fue querida ni prevista como posible por mi cliente, ni siquiera pudo ser susceptible de ser presagiada” y que “los golpes que recibió le fueron aplicados en el marco de una pelea que se inició a partir de una agresión ilegítima, a la que le continuaron forcejeos con un martillo de cocina entre los contendientes”, lo que excluye según pretende “un designio homicida”.

Insiste nuevamente en que Sebastián Bruno tenía a su mano “una batería de cuchillos” y un arma de fuego, elementos que no eligió para agredir al señor Gattoni.

7.2. He calificado a la argumentación de la defensa como confusa, por varias razones. Primero, la cuestión sobre la determinación de la causa de la muerte, abordada en el número anterior, no pertenece a la pregunta sobre el supuesto de hecho subjetivo del delito de homicidio, sino a su supuesto de hecho objetivo. Esto es, si la muerte de Gustavo Gattoni es objetivamente imputable a los golpes que Sebastián Bruno le aplicó en la nuca. Esa cuestión ha sido ya respondida afirmativamente.

Segundo, la alegada existencia de una agresión ilegítima y de

una reacción defensiva de Sebastián Bruno es independiente de la cuestión de la atribución subjetiva del homicidio, y concierne al examen de la existencia de los presupuestos de la legítima defensa, o en su caso del exceso en la legítima defensa (arts. 34, inc. 6, y 35 CP, respectivamente). La muerte inferida en un contexto en que se reúnen todos los presupuestos objetivos y subjetivos de la legítima defensa es un homicidio doloso, impune, o punible con la medida de la pena del homicidio imprudente, si se ha excedido la necesidad en la reacción defensiva. En ambos casos está presente el dolo de homicidio.

Tercero, es necesario un abordaje que proponga alguna explicación del supuesto de hecho subjetivo del domicilio doloso, que no se agota en la “intención” de matar, aunque esta intención –si se comprueba- puede ya satisfacer el dolo. Reproduciré en lo pertinente las consideraciones sobre el dolo de homicidio que he desarrollado en variadas ocasiones antes de ahora (véase p. ej. mi voto como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, sala II, causa° 8645, “Gerbolés, Arturo Anibal”, rta. 10/12/2009, reg. n° 15.667).

Desde principios del siglo XX había sostenido Jiménez de Asúa que “*es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), cuando se realiza con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de la voluntad y el cambio del mundo exterior (o de su no mutación), con consciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o se consiente?*” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 2a. Edic., Losada, Buenos Aires, 1963, tomo V, p. 417, y de modo análogo, con ligeras variantes, en *La Ley y el Delito*, 3a. Edic., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958m p. 365). No obstante que se ha superado la concepción que entiende pertenece al dolo la conciencia de infracción al deber, los demás elementos de la concepción sintetizan de modo claro los elementos cognitivos y volitivos del dolo.

En general hay una *communis opinio* en punto a que el dolo consiste en el conocimiento de la presencia de los elementos del

supuesto de hecho objetivo en el momento de la acción o en otros términos, se afirma que se presenta el conocimiento de las circunstancias de hecho “cuando el autor es consciente de los elementos del supuesto de hecho cuya realización satisface el tipo legal” (OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3a. Edic., de Gruyter, Berlín, 1988, p. 80). Este conocimiento comprende el conocimiento de los elementos y circunstancias de la acción que fundan la imputación objetiva, esto es, el conocimiento de los elementos de la acción que la caracterizan como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido (BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2a. Edic., Hammurabi, 1999, p. 316, nro. 600). La conciencia del peligro concreto generado por la acción constituye pues el dolo, cuando ese peligro concuerda con el peligro jurídicamente desaprobado, que está en la base de la prohibición que funda la figura legal.

El dolo supone además un aspecto volitivo, la discusión tradicional ha girado acerca de si el aspecto volitivo debe abarcar el resultado de la acción (así las teorías del asentimiento o aprobación, o de la indiferencia respecto del resultado, o de la falta de interposición de una voluntad de evitación), o sólo la acción riesgosa misma (para el estado de la discusión véase, p. ej. ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, traducc. de la 2ª. Edic. Alemana, Thomson-Civitas, Madrid, 1997, p. 430, § 12, nros. 21 y ss.). En el segundo caso, basta la voluntad de realización o dirección de la acción riesgosa, aunque no se persiga, se desee, o ni siquiera se acepte el resultado posible. Hay dolo cuando el agente lleva adelante o mantiene voluntariamente la conducta que advierte como peligrosa en el caso concreto, esto es, en las circunstancias de su actuar, cuando reconoce la concreta capacidad de su conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido y no detiene su obrar. Sin embargo, aquí también el agente debe estar en condiciones de reconocer que la acción, en las circunstancias concretas que ha sido emprendida, pone en riesgo el bien jurídico de un modo no permitido, y que la producción del resultado es al menos posible. Puesto que la posibilidad se define *ex ante*, quedan fuera de la imputación

subjetiva por dolo eventual los casos en los que el agente obra en la creencia de la improbabilidad del acaecimiento del resultado, fundada en bases objetivas que superan la mera esperanza o confianza en el azar. Al contrario, cuando el autor decide llevar adelante su acción que percibe en las circunstancias de su obrar como peligrosa en concreto para el bien jurídico objeto de tutela, y su decisión se apoya en la pura confianza en el azar o la casualidad que excluiría el resultado, no se excluye el dolo. A este respecto se sostiene que *“el autor habrá obrado con dolo eventual cuando haya sabido que las consecuencias accesorias posibles de su acción no son improbables”* (BACIGALUPO, op. cit., p. 324, nro. 617), o si el agente *“sabe que la conexión entre acción y consecuencia no es improbable, para él se deriva, si se guía por un motivo de evitación dominante, sin ulterior reflexión, la necesidad de omitir la acción; mientras que un autor que desconozca la conexión entre acción y consecuencia puede poner en duda el sentido de la omisión”* (JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, traducc. de la 2a. Edic. alemana, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 326, nro. 22). Se sostiene así que *“concurrirá pues, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción”* (ídem, p. 327, nro. 23), donde lo relevante es apreciar la medida del riesgo desde puntos de vista objetivos de la importancia del bien afectado y la intensidad del riesgo creado y la subestimación del bien o de la intensidad del riesgo reposa en la indiferencia (ídem, p. 333, nros. 30 y ss.),

Así obra con dolo el agente que *“reconoce el peligro concreto de lesión del bien jurídico y que a pesar de esta conciencia del peligro no se deja disuadir de su plan”* (OTTO, op. cit., p. 94), se sostiene que esta concepción *“permite una delimitación convincente respecto de la imprudencia consciente [...] a saber, si el autor ha reconocido como concreto el peligro para el bien jurídico protegido, así ve ya creada la lesión del bien jurídico en el curso del acontecimiento, siempre que el azar no dé al acontecimiento otra dirección [...] La realización consciente de este riesgo no es calificable ya como mero comportamiento imprudente o negligente, sino que constituye un atentado consciente a los bienes jurídicamente protegidos de otros”* (íbidem, p. 94). *“En la conciencia del peligro concreto y en la voluntad de realizar este peligro, el elemento cognitivo y el elemento volitivo del dolo encuentran su referencia común en el*

elemento objetivo del tipo de la creación o aumento de un riesgo concreto para el bien jurídico protegido” (ibídem, p. 95).

A análogas conclusiones conduce la imputación de dolo por el actuar ante riesgos que no se encuentran protegidos o asegurados por el agente o por otro, esto es, “*cuando durante o después de la acción del autor han de intervenir la suerte y la casualidad solas o en una gran parte deben interferir, para que el tipo no se realice*” (Herzberg, JZ 1988, p. 639, citado por ROXIN, op. cit. p. 443).

7.3. Sentado el marco teórico, observo que la pretensión de la defensa se apoya en el art. 81, inc. b, CP, que castiga el homicidio con una pena atenuada, al que “con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte”. Esta figura legal refiere a un “propósito” o finalidad de lesión corporal, que presupone que excluye el “propósito” o finalidad de matar. Sin embargo, la calificación de un homicidio como doloso no requiere, como se ha expuesto más arriba, la intención, propósito o finalidad de matar. Basta para la atribución subjetiva del homicidio con la creación del riesgo mortal, y con el reconocimiento del peligro concreto para la vida, y con llevar adelante la acción riesgosa a pesar de esta conciencia del peligro creado. La referencia adverbial “razonablemente”, empleada en la disposición legal –que atiende al supuesto en el que “el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte”- no ubica la atenuación en la cuestión de la imputación objetiva, pues presupone que la muerte se ha ocasionado, y que es objetivamente imputable a la agresión con un determinado medio. Lo decisivo es la representación del autor, con arreglo a criterios de “razonabilidad”, e impone examinar si el agente, en las circunstancias de su obrar, debía razonablemente representarse que con su agresión creaba un riesgo para la vida del sujeto pasivo.

Al relevar el medio empleado en las circunstancias del obrar varios elementos llevan al rechazo de la tesis de la defensa.

Primero, es irrelevante que el agente hubiese tenido a su disposición otros medios claramente ofensivos y con capacidad de producir la muerte, tales como cuchillos o armas de fuego. En esta

argumentación subyace la concepción de que la acción homicida ha sido deliberada de manera preordenada, eligiendo medios disponibles, para afirmar el “propósito” o finalidad homicida, que no existiría en el caso. Sin embargo el propósito y la finalidad homicida no son, como se ha dicho, decisivos, pues lo decisivo es la creación del riesgo mortal, el reconocimiento de ese riesgo, y la voluntad de llevar adelante la acción no obstante ese reconocimiento. A ello ha de sumarse el contexto del obrar, en el cual si la acción no ha sido planeada previamente, la elección de los medios está condicionada por la irrupción de la decisión violenta.

Tan pronto se examina la naturaleza del martillo o maza empleado el agente ha de representarse sin esfuerzo que, los golpes aplicados con éste, de manera reiterada, con cierta energía, en la cabeza, en la zona de la nuca, son posiblemente mortales. En el caso los golpes han sido cuatro, y contra lo que sostiene la defensa, fueron aplicados con energía suficiente para repercutir en el interior del cráneo y provocar una hemorragia interna de sus vísceras. Esos golpes han sido reiterados y no han sido superficiales. No hay lugar a pensar que el agente no estaba en condiciones de representarse razonablemente que esos golpes no eran riesgosos para la vida del que los recibía. Choca a la razón tal alegación en las circunstancias del caso.

Más aún, nada se ha ofrecido para indicar que el agente, en el momento de su acción, pudiese confiar en que el riesgo no se concretaría. En todo caso, si no se concretaba era por la suerte o la casualidad. El agente no puede ampararse en que confiara en la suerte o la casualidad.

Más aún, la actitud posterior del imputado contradice la tesis de la defensa. Frente al desmantelamiento de las funciones de la conciencia de Gustavo Gattoni, a su desvanecimiento, su falta de reacción, no emprendió ninguna acción de salvataje. Dice haberse desesperado pero esperó que su agonía desembocara en su muerte. Choca al sentido común la alegación de un homicidio preterintencional.

Con ello se rechaza la pretensión de la defensa de que en subsidio debería aplicarse la pena atenuada del art. 81, inc. b, CP.

7.4. En su recurso, la defensa insinúa aunque no concreta,

que Sebastián Bruno habría reaccionado en defensa propia, frente a Gustavo Gattoni que habría tomado el martillo o maza y habría intentado agredirlo.

La hipótesis de la agresión de Gustavo Gattoni al imputado, traída en su declaración al final del juicio, no está respaldada por ningún indicio que permita siquiera asignarle alguna veracidad. Simplemente se apoya en la afirmación del imputado, a la que pueden oponerse las siguientes razones.

Primero, el lugar en el que fueron aplicados los cuatro golpes en la nuca descarta una acción defensiva. No son golpes aplicados a una persona que está de frente agrediendo a quien se defiende, son golpes que por lo regular indican que la persona que lo recibe está total o parcialmente de espaldas.

La declaración del imputado, por lo demás, está desprovista de toda explicación de circunstancias de la alegada agresión. Éste afirma que fue Gattoni el que tomó el martillo, y que se trenzaron en lucha por él, pero no explica cómo fue que logró dominarlo, y cómo terminó golpeándolo en la nuca. No tiene ningún deber jurídico de hacerlo, porque no está obligado a declarar, ni a contestar preguntas, derecho este último que de hecho ejerció en su declaración (*vide* fs. 1542, archivo de registro 1465.avi). Y si no responde a preguntas los jueces no pueden extraer ninguna inferencia adversa, por imperio del estado de inocencia. Pero ello no implica entonces que deban aceptar como cierto todo lo que el imputado dice.

Cuando el imputado afirma hechos que excluirían la punibilidad, o eventualmente la disminuirían, no se trata de poner en cabeza de éste o de su defensa la carga de la prueba de esa afirmación, pero sí es exigible que quien alega esa hipótesis aporte una explicación razonable que pueda ser sustentada. Aunque no se requiere a la defensa una demostración acabada de la hipótesis alegada, esa alegación debe ser al menos persuasiva, lo que presupone algún indicio objetivo y alguna inferencia posible de ese indicio objetivo. (confr. en esta Sala 1, causa n° 67.784/2014, “*Benítez, Fernando Daniel y otros*”, sent. de 17/04/2017, reg. n° 262/2017; y tb. causa n° 47.753/2014, caratulada “*Barriento, Javier*”).

Alberto”, Sala 1, rta. 22/09/2015, reg. 479/2015; y causa n° 22687/2013, “*Bustos, Mónica A. y otro*”, Sala 1, 28/12/2016, reg. n° 1037/2016; en la misma línea, Sala 2, causa n° 59.245/13, “*Castañeda Chávez, Keinyi Aldair*”, rta. 18/11/2015, reg. n° 670/2015 voto del juez Sarrabayrouse; tb. causa n° CCC 42.001/2014, “*Mejía Uriona, Ariel*”, rta. 03/05/2016, reg. 330/2016; causa n° 41667/2014, “*Graff, Eduardo Andrés y otro*”, rta. 23/12/2016, reg. n° 752/2016. Sobre la cuestión véase JACKSON, John D. / SUMMERS, Sarah J., *The internationalisation of criminal evidence-Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, ps. 200 y ss.).

La declaración del imputado no es persuasiva ni siquiera en lo que ha dicho. Afirma una agresión cuyas circunstancias no relata, afirma un forcejeo y lucha por el martillo, y usa un eufemismo: no golpeó al señor Gattoni, sino que el martillo “se le viene encima”, como por fuerza de la gravedad, y después nada explica. El cadáver del señor Gattoni tenía múltiples lesiones además de las mortales, el cuerpo del imputado no exhibía ninguna según el resultado del examen médico el día de su detención, que ha sido incorporado al juicio (confr. fs. 219). O bien el señor Gattoni era un muy mal luchador, o simplemente la agresión que se alega no existió. La razón sólo admite la segunda hipótesis y con ello ha de descartarse toda posibilidad de aplicación del art. 34, inc. 6, CP.

8. Sobre la existencia de una retención típica a tenor del art. 142 bis CP y la aplicación del beneficio de la duda.

Sebastián Bruno ha sido condenado como coautor penalmente responsable del delito de privación ilegal de la libertad con el fin de obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad, agravado por haberse causado intencionalmente su muerte (artículos 45 y 142 *bis*, anteúltimo párrafo, del Código Penal).

8.1. El hecho que se ha tenido por probado en la sentencia.

El *a quo* ha tenido por probado en la sentencia que el día 5 de junio de 2013, poco después de las 15:00 horas, Gustavo Federico Gattoni se reunió con Sebastián Bruno en el inmueble ubicado en la calle Larrazábal 2619, de esta ciudad, con el fin de conversar sobre una

negociación iniciada entre ambos vinculada con un emprendimiento comercial. Este hecho no está discutido. El objeto de la negociación tampoco.

También tuvo por cierto en el lugar se encontraba, además, Hernán Pablo Kippke. Este hecho ha sido rechazado por Sebastián Bruno, por Hernán Pablo Kippke, y la presencia de éste no puede tenerse por acreditada en virtud de la exclusión a la que me he referido más arriba (*supra*, nro. 3).

El *a quo* tuvo por cierto que “la reunión de aquella tarde se convirtió en una discusión violenta, cuando Bruno le exigió a Gattoni la necesidad de iniciar el negocio a la brevedad”, en razón de los gastos de mantenimiento del establecimiento en que estaba incurriendo. Según el *a quo*, le exigió que, en su defecto, “cuanto menos le entregara una suma de 30.000 pesos mensuales hasta que el negocio se concretara, que luego compensarían con la distribución de los ingresos”. En lo central esto no está discutido, más allá de que Sebastián Bruno disputa quién inició la violencia.

Según el *a quo* “esta discusión acabó con el impedimento de que Gattoni abandonara el lugar y en una exigencia violenta de dinero que se extendió durante algún tiempo y provocó que la víctima, en primer término, le hiciera entrega a través de su esposa de una suma aproximada de 2.700 dólares, y también la entrega de su tarjeta de débito con la correspondiente clave”. En la sentencia se afirma que Sebastián Bruno y Hernán Pablo Kippke, actuando de consuno, con la tarjeta “hicieron al menos tres extracciones en los días subsiguientes, por una suma total de 6.600 pesos”. Sebastián Bruno niega la retención de la persona de Gustavo Gattoni, reconoce la recepción de los dólares y aduce que éste los ofreció libremente, y niega toda relación con las extracciones de dinero mediante la tarjeta bancaria de aquél.

Según el *a quo*, Gustavo Gattoni estaba siendo retenido cuando se comunicó por teléfono con su esposa, poco después de las 20:00 hs. del 5 de junio de 2013. Afirmó que “ese llamado telefónico fue la última referencia objetiva de Gattoni con vida. *No obstante, permaneció retenido en el lugar un tiempo más hasta que murió como consecuencia de varios golpes*

en su cara y cabeza propinados por Bruno y Kippke”. De esta afirmación ha de excluirse la cooperación de Hernán Pablo Kippke, por las razones expuestas más arriba (*vide supra*, nro. 3). Por lo demás, Sebastián Bruno ha admitido haber tenido una pelea o lucha con Gustavo Gattoni y haber golpeado a éste en la cabeza en la lucha por el dominio de una maza, y afirmado que Hernán Pablo Kippke no estaba presente en el ambiente del establecimiento donde la pelea tuvo lugar.

El *a quo* ha afirmado que el cadáver de Gustavo Gattoni “fue llevado por los imputados a un descampado ubicado en la calle Luis Viale frente al número 1548, entre las calles Córdoba y Paraguay de la localidad de Bella Vista, Provincia de Buenos Aires, donde fue hallado por la policía bonaerense el día 8 de junio”. Sebastián Bruno disputa toda relación con el traslado del cadáver a ese sitio. Hernán Pablo Kippke ha de ser excluido de esta reconstrucción, por las razones expresadas más arriba (*vide supra*, nro. 3).

8.2. *La fundamentación de la existencia de una retención y de la exigencia de dinero y de entrega y revelación de la clave para operar la tarjeta bancaria.*

Frente a la versión del imputado que había negado cualquier retención, y había afirmado que Gustavo Gattoni había llamado a su esposa para que le enviara unos dólares, pero que eso no alcanzaba, por lo que se generó una discusión violenta, el *a quo* la descartó, afirmando de que antes de que aquél llamara a su esposa por teléfono, ya estaba siendo retenido contra su voluntad por Bruno y el otro acusado, quienes le exigieron el dinero en forma violenta.

Dio relevancia: 1) al tiempo de cinco horas que estimativamente estuvo Gustavo Gattoni en el local hasta que realizó el llamado telefónico a su esposa, señalando que no era creíble que en ese tiempo hubiesen estado discutiendo un negocio de concreción imposible, de lo que infirió que “es muy probable que en algún momento de la reunión Gattoni haya tenido que admitir esta circunstancia a Bruno”, y que “el descubrimiento de que las cosas no eran como inicialmente le habían sido explicadas produjo la reacción violenta y la exigencia de la entrega de dinero”; 2) el hecho de que no

hubiese ido Gattoni personalmente a buscar el dinero y de que hubiese ido otra persona es indicio de que “la permanencia de Gattoni en el lugar no haya sido voluntaria, sino coaccionada por Bruno y Kippke, quienes no quisieron dejarlo ir sin que antes les entregara el dinero”; 3) no es creíble que la entrega por parte de la víctima de su tarjeta de débito y la clave para operarla haya sido entregada en forma voluntaria y la versión dada por Bruno es inverosímil; 4) “la cantidad y calidad de los golpes recibidos avalan esta conclusión de que la víctima fue presionado a entregar dicha clave”, con la cual posteriormente se hicieron las extracciones por cajero automático; 5) cuando Gustavo Gattoni llamó a su esposa no le dijo que estaba en el local de Larrazábal discutiendo el negocio de las viandas, sino que iría a buscarlo era una persona de parte de Jorge Guerra, y que la mujer declaró que la persona que se hizo presente en su casa, cuyo aspecto no le gustó, dijo que venía de parte de Jorge “el cuevero”, lo que también le llamó mucho la atención, de lo que infirió que el señor Gattoni no podía hablar con libertad con su esposa para decirle cuáles eran los motivos de su pedido de dinero, lo que según el *a quo* era demostrativo de que no estaba en condiciones de hablar libremente.

Al fundamentar esa conclusión se afirma en la sentencia que “esta retención del damnificado en contra de su voluntad se halla acreditada por las conclusiones de la autopsia y el momento en que fue hallado su cadáver”. Sobre esto ha relevado que: 6) “ transcurrieron más de dos días y medio entre la noche del cinco de junio en que se verificó la última comunicación de Gattoni y la tarde del ocho de junio en que fue hallado su cadáver”; 7) “La autopsia fue llevada a cabo el día nueve de junio a las 13.30, y en ella se consigna como momento de la muerte entre 24 y 36 horas antes, esto es, alrededor de la madrugada del día 8 de junio”; 8) “es razonable concluir que Gattoni fue mantenido con vida incluso más allá de que se recibiera el dinero que envió su esposa el jueves por la noche” especialmente porque, tomando nota de que la primera extracción realizada con la tarjeta bancaria de la víctima se realizó a las 3 de la mañana del día 6, “es razonable concluir que antes de provocar la muerte de la víctima, se hayan cerciorado de que la clave por

él proporcionada era la correcta, haciendo al menos la primera extracción”.

Sobre esa base se afirmó en la sentencia que *“aun cuando no se pueda precisar el tiempo exacto durante el cual Gattoni fue retenido contra su voluntad, lo cierto es que hubo un período que puede calcularse en horas, durante el cual dicha circunstancia tuvo lugar, y que durante el transcurso de dichas horas, se le exigió la entrega de dinero en forma violenta”*.

8.3. Los agravios del recurso de casación.

En el capítulo titulado “De la arbitraria aplicación de la calificación legal”, la defensa de Sebastián Bruno critica la subsunción legal de los hechos a tenor del art. 142 *bis*, CP.

Dos son en rigor las líneas de impugnación de la sentencia.

Por un lado sostiene –con cita de cierta doctrina– que “El tipo objetivo se realiza a través de las acciones de sustraer (tomar a la persona, apoderarse de ella, quitándola de una determinada esfera de poder), retener (tener, mantener, guardar, conservar a la persona en un sitio determinado) u ocultar (retener al ocultado de la vista o vigilancia de los demás)” y que “las últimas dos conductas típicas carecen de autonomía propia, pues requieren la existencia de una persona sustraída”. Según pretende, “el delito se tipifica, por lo menos desde el punto de vista objetivo en primer lugar sustrayendo, con un fin determinado”, conduciendo al sujeto pasivo, contra su voluntad, a un lugar diferente del lugar en el que se encontraba.

Por otro lado disputa que esté probado que el señor Gattoni hubiese efectivamente estado retenido contra su voluntad en el establecimiento de la calle Larrazábal, a cuyo efecto argumenta que aquél “fue voluntariamente al local de Bruno para seguir negociando las condiciones de su sociedad” de donde concluye que “no se da el requisito objetivo de punibilidad requerido para la sustracción” (SIC).

Discute también la existencia de una retención típica “que implicaría mantener a una persona en un sitio en el cual no quiere permanecer, o fuera de la esfera donde desarrolla su vida, en libertad”. A este respecto argumenta que “Gattoni se comunicó con su concubina y se lo notó tranquilo, dándole instrucciones a su mujer sin que ella notase

algo raro, siendo probablemente la persona que más lo conoció, por lo que esta figura a nuestro modo de ver no cumple con los requisitos objetivos de punibilidad” (SIC).

Y critica la sentencia en cuanto extrajo un indicio de que estaba retenido sobre la base de que el señor Gattoni no había explicado a su mujer la verdadera razón por la que pedía que entregase al mensajero los dólares que tenía en su domicilio. Sostiene que “esa conclusión es una conjetura sin ningún sustento probatorio, dado que tranquilamente también se podía interpretar, que Gattoni quería ocultarle a su esposa el verdadero destino del dinero porque era una inversión que aquella no aprobaba”.

Concluye que los hechos deberían subsumirse, en todo caso, en alguna de las figuras de los delitos contra la vida, y, como ya se ha expuesto pretende que debería aplicarse el art. 81, inc. b, CP.

En el punto anterior se ha descartado esta pretensión, por lo que resta examinar si se ha determinado fuera de toda duda en la sentencia que el señor Gustavo Gattoni fue retenido en el inmueble de la calle Larrazábal, contra su voluntad, en el sentido del art. 142 bis, CP, lo que no sólo impone examinar si el tribunal de juicio ha determinado la existencia de esa retención fuera de toda duda razonable, sino antes bien, determinar previamente cuál es la retención que aparece comprendida en el supuesto de hecho objetivo de aquella figura legal.

8.4. El supuesto de hecho objetivo del art. 142 bis CP.

El art. 142 bis CP (texto según ley 25.742), conmina con pena de cinco a quince años de prisión o reclusión “al que *sustrajere, retuviere u ocultare* a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad”. El mínimo de la pena se eleva a ocho años “si el autor lograre su propósito”. La acción punible consiste en sustraer, retener u ocultar a una persona. El Código Penal conmina en varios casos las acciones de sustraer, retener u ocultar personas. Así, con la misma pena castiga el llamado “secuestro extorsivo” del art. 170 CP, que consiste en *sustraer, retener u ocultar* a una persona para sacar rescate, escala cuyo mínimo aumenta en la misma medida “si el autor lograre su propósito”.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 29646/2013/TO1/CNC1

Por otra parte, el art. 130 CP (texto según ley 25.087) define el rapto y reprime con prisión de uno a cuatro años, al que “*sustrajere o retuviere* a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual”. La pena se aumenta si se tratase de una persona menor de trece años y disminuye si la acción recayese sobre una persona menor de dieciséis años, y el agente obrase con su consentimiento.

Finalmente el art. 146 CP (texto según ley 24.410), declara que será punible con prisión o reclusión de cinco a quince años “el que *sustrajere* a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo *retuviere* u *ocultare*”.

Los elementos del supuesto de hecho objetivo de los arts. 142 *bis* y 170 CP son sustancialmente idénticos, y se diferencian por la finalidad perseguida, pues mientras en el primero la sustracción, retención u ocultamiento de la víctima tiene por fin obligarla a ella, o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad, en el segundo la finalidad es más específica y consiste en obtener el pago de un rescate. Ambas figuras no son sino formas específicas de la genérica de la coacción del art. 149 *bis* CP, que se configura por el empleo de amenazas “con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad”. Los arts. 142 *bis* y 170 CP no son sino formas específicas de coacción que se realizan con sustracción, retención u ocultamiento de la persona, y desplazan a la figura genérica.

La recurrente postula, con cita de cierta opinión, que en el art. 142 *bis* CP no se castiga la retención de una persona si ésta no ha sido previamente sustraída. Alguna doctrina había sostenido la misma tesis con respecto al delito de sustracción de menores del art. 146 CP, tesis que he rechazado, antes de ahora (confr. mi voto como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 9569, “*Rivas, Osvaldo Arturo y otros*”, sent. de 08/09/2009, reg. n° 15.083). Señalé al respecto que la interpretación del sentido de las acciones típicas de sustracción y retención debe partir de la indagación del alcance de protección de la norma, atendiendo a los bienes jurídicos afectados, y que no es consecuente sostener que la ley sólo castigue la retención u

ocultamiento de un niño previamente sustraído. Expuse allí las razones por las que no había razón sustantiva para diferenciar entre la sustracción del niño y la retención ilegítima de éste, aunque no hubiese sido previamente sustraído, porque la retención consiste en mantener al niño bajo el propio poder, excluyéndolo del poder o amparo de los padres, tutores, o personas designadas por la ley para proveer a su protección y cuidado.

En el caso del art. 142 *bis* CP los bienes jurídicos afectados no son idénticos, pero los verbos empleados sí lo son, por lo que de lo que se trata es de indagar cuáles son las afectaciones que entran en juego.

El ordenamiento del llamado “secuestro coactivo” del art. 142 *bis* CP entre los Delitos contra la Libertad, del Título V, Capítulo I, del Libro Segundo del Código Penal, expresa el acento en que –aunque delito complejo– se trata de un injusto contra la libertad individual, que afecta básicamente la libertad física de la persona sustraída, retenida u ocultada y la libertad general de obrar en cuanto la retención tiene por finalidad de que la víctima o un tercero

La acción de retener se configura por cualquier acto que hace permanecer a la víctima bajo el dominio del agente, sea para obligarlo a hacer determinados actos contra su voluntad, o para obligar a otro a realizarlos, y a este respecto es indiferente que la persona retenida hubiese sido previamente sustraída por el agente, o por otro, o que simplemente sea retenida sin sustracción previa, porque en cualquier caso la afectación a la libertad física y a la de obrar es idéntica, y no desaparece por el hecho de que no hubiese mediado sustracción.

Lo esencial del hecho no es que la persona hubiere sido previamente sustraída, sino que el injusto radica en que se mantiene a la víctima del hecho en un sitio en el cual no quiere permanecer.

Los verbos empleados en la figura legal indican que se trata de un delito permanente, en el sentido de que, aunque el primer acto ejecutivo lo consuma, la consumación perdura en el tiempo, hasta que se libera a la víctima, o cesa el ocultamiento. Esto es relevante porque permite distinguir el supuesto de hecho objetivo del art. 142 *bis*, de los supuestos de hecho de la coacción del art. 149 *bis* CP, que se agota con

el empleo de la amenaza y su ejecución no perdura en el tiempo, mientras que la retención debe durar algún tiempo relevante para constatar que el injusto no se agotó en la afectación o puesta en peligro de la libertad general de obrar. Sólo cuando la retención tiene alguna duración relevante que supera en el tiempo al acto coactivo, puede entrar en consideración el art. 142 *bis* CP.

Aquí es relevante también examinar el supuesto de hecho de la extorsión del art. 168 CP, que tiene una estructura que refiere a un ámbito de protección diferente. Por lo pronto, mientras que el art. 142 *bis* no clausura los medios comisivos, comprende –al menos- tanto la coacción psíquica como la violencia física, el supuesto objetivo del art. 168 CP que se configura por un empleo de medios coactivos o de cierta clase de simulación de autoridad u orden a autoridad, para obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Cuando se sustrae, se retiene o se oculta a una persona con la finalidad de obtener la puesta a disposición del agente de bienes materiales o documentos, no entra en juego el art. 168 CP, pero, en cambio, si sólo se emplea intimidación o coacción con esa finalidad, esta disposición desplaza al art. 142 *bis* si el medio empleado agota la acción sin restricción de la libertad física de la persona objeto de la extorsión. Lo mismo vale para el empleo de violencia con el fin de obtener la suscripción o destrucción de documentos que produzcan efectos jurídicos. Aquí, nuevamente el carácter de delito permanente del secuestro coactivo, desplaza la extorsión, aunque en el caso de las figuras básicas ello no tiene consecuencias sobre la escala penal, porque en el supuesto de ambas disposiciones es idéntica, y sólo tiene relevancia respecto de ciertas formas agravadas del art. 142 *bis* CP, que no encuentran paralelo en la extorsión. En ésta, no es necesaria una ejecución con cierta permanencia, y basta con un acto de intimidación que se agote en sí mismo.

Más aún, incluso el ejercicio de una violencia fugaz, para obtener del afectado que haga algo contra su voluntad, podrá constituir, según el caso, robo o extorsión, pero si la violencia o intimidación se emplean como medio para sustraer a la persona del lugar en que se

encuentra, o para retenerla, o para ocultarla, y esa sustracción, retención u ocultamiento tiene una cierta permanencia en el tiempo, entra entonces en consideración el art. 142 *bis* CP.

Estas relaciones y diferencias deben iluminar el escrutinio de la sentencia recurrida, pues por lo que se dirá, si no se establece con alguna mínima precisión un momento de inicio de la ejecución de la retención, y una duración de alguna relevancia, entonces el art. 142 *bis* no es de aplicación, sin perjuicio de que los hechos puedan caer bajo alguna de las otras figura examinadas.

8.5. *La duda insuperable sobre la existencia de una retención típica a tenor del art. 142 bis CP.*

En el caso la cuestión central para definir si Sebastián Bruno retuvo –en el sentido del art. 142 *bis* CP- a Gustavo Gattoni en su establecimiento de la calle Larrazábal es establecer cuándo habría comenzado la ejecución de la retención.

En la sentencia se afirma que “si bien no puede acreditarse que Bruno haya citado a Gattoni a esa reunión con el propósito previamente consensuado con Kippke de retenerlo por la fuerza, exigirle dinero contra su voluntad y luego matarlo, lo cierto es que, tras una discusión acalorada vinculada con el negocio que ambos intentaban llevar a cabo y que estaba condenado al fracaso debido a la imposibilidad de Gattoni de celebrar un acuerdo con los prestatarios de PAMI, la víctima fue retenida contra su voluntad en el inmueble de la calle Larrazábal”. La decisión de retenerlo no respondía según la sentencia a un plan preordenado, sino que habría sido espontánea, como consecuencia de la evolución de la discusión sobre el negocio frustrado.

El *a quo* afirma que ello ocurrió en algún momento que no fija, y se limita a decir que “la reunión de aquella tarde se convirtió en una discusión violenta”. No dice a partir de qué momento la discusión se volvió violenta, si al poco tiempo de llegar Gustavo Gattoni, a la hora, a las dos horas, o alrededor de las 20:00 hs. cuando éste llamó por teléfono a su mujer. No está en disputa, por lo menos de modo central, que Sebastián Bruno le reclamaba a Gustavo Gattoni dinero para compensar las pérdidas que le acarreaba tener ocioso su establecimiento frente a un

negocio que no se concretaba. Es irrelevante examinar si este reclamo era legítimo o no lo era, porque, en cualquier caso ello no es decisivo ni a tenor del art. 142 *bis*, ni a tenor del art. 168 CP. Si la finalidad de Sebastián Bruno era obtener una compensación económica, esta finalidad podría caer bajo cualquiera de esas dos disposiciones según se acreditaran los medios comisivos del supuesto de hecho de una u otra.

Sostiene el *a quo* “esta discusión acabó con el impedimento de que Gattoni abandonara el lugar y en una exigencia violenta de dinero *que se extendió durante algún tiempo*”. No explica el *a quo* no sólo cuándo ni de qué modo Sebastián Bruno habría impedido a Gustavo Gattoni abandonar el lugar. Si había ejercido vías de hecho –por ejemplo clausurando la salida- o intimidación, o si había iniciado ya alguna agresión violenta. No lo dice porque esto es pura especulación.

Primero especula que cuando el señor Gattoni llamó a su esposa ya estaba siendo retenido. La especulación se apoya en la explicación mentirosa que Gattoni le habría dado sobre la persona que iría a retirar el dinero. Es una especulación posible, pero nada permite afirmar, fuera de toda duda razonable, que Gustavo Gattoni ya estuviese siendo retenido. Pues también es posible que la discusión se estuviese volviendo acalorada y que para calmar los ánimos, hubiese mandado a buscar el dinero. Del hecho de que se hubiese enviado a un tercero para retirarlo tanto puede inferirse que ya estaba siendo retenido, como que el señor Gattoni pretendía calmar los ánimos permaneciendo en el lugar.

Según el *a quo* no es creíble que la el señor Gattoni hubiese entregado en forma voluntaria su tarjeta y la clave para operarla, y la versión dada por Sebastián Bruno es inverosímil. Estas afirmaciones respetan la sana crítica conforme atendiendo a los usos y costumbres relacionados con el uso de tarjetas bancarias, y –en defecto de toda constatación de que el señor Gattoni hubiese accedido a su cuenta de banco desde una computadora en el establecimiento de Sebastián Bruno-, también se ajusta a la sana crítica la afirmación de que la versión del imputado es inverosímil. De hecho este niega toda vinculación con las tarjetas, y afirma que fue Kippke quien empleó las tarjetas, sin su conocimiento, aprovechándose de la clave que habría conocido, de

modo casual y subrepticio cuando el señor Gattoni habría operado su computadora. En la versión del imputado Kippke está presente en el momento indicado pero después hace mutis por el foro y no está presente durante los desarrollos de violencia.

En cualquier caso –excluido Kippke- lo cierto es que los golpes en cara que releva el *a quo* pueden haber sido el medio empleado para obtener la tarjeta y su clave, lo que calificaría ya al hecho como extorsión, pero ellos no indican que los golpes sucedieron o tuvieron lugar durante una situación de retención física. Este es un gran agujero negro que no se puede reconstruir, pues no se sabe si la violencia irrumpió sin retención previa, o si ésta fue empleada una vez que Sebastián Bruno habría decidido retener al señor Gattoni.

Lo que sí se puede reconstruir, y la sentencia así lo insinúa, es que Sebastián Bruno no había planeado de antemano retener por intimidación o violencia a Gustavo Gattoni para que compensase las pérdidas que estaba sufriendo por tener su negocio parado. La violencia irrumpió en algún momento, pero ese momento no se fija en la sentencia, porque no se sabe. Cuándo fue golpeado el señor Gattoni en la cara, en particular en la zona frontal y ocular, cuándo fue golpeado en la nariz, al punto de resultar fractura en su tabique nasal, es un punto que no se esclarece en la sentencia, a saber, no se esclarece si eso tuvo lugar de modo anterior al llamado del señor Gattoni a su mujer, o de modo posterior, y la incertidumbre conduce a la incertidumbre sobre la retención, pues si no se puede establecer cuándo se aplicó la violencia física, tampoco se puede establecer si antes hubo una retención por medios puramente intimidatorios.

Sentado ello, aunque se infiera que el señor Gattoni entregó su tarjeta y la clave a Sebastián Bruno por haber sido objeto de violencia o intimidación, porque nadie entrega voluntariamente a un extraño su tarjeta bancaria y su clave para que la use a discreción, nuevamente se presenta la incertidumbre si la entregó en una situación en la que estaba siendo retenido, o si lo hizo a raíz de la irrupción de un acto violento, ni si esto ocurrió tan pronto como llegó el dinero en dólares, por eventual insatisfacción de Sebastián Bruno, o si lo hizo varias horas más tarde,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 29646/2013/TO1/CNC1

mientras continuaba retenido. El único que sabe lo que ocurrió es Sebastián Bruno, y no hay indicios objetivos u otras informaciones que permitan reconstruir lo que él, ejerciendo la inmunidad que le asegura el art. 18 CN, no ha dicho.

De modo que si bien “la cantidad y calidad de los golpes recibidos avalan esta conclusión de que la víctima fue presionado a entregar dicha clave”, ello no basta para sostener que Gustavo Gattoni estaba siendo retenido cuando la reveló. De modo que si bien se satisface el supuesto de hecho objetivo del delito de extorsión, no se puede determinar, más allá de toda duda razonable, que lo hizo mientras estaba siendo retenido en el sentido del art. 142 *bis*, CP.

He de detenerme ahora en la afirmación del *a quo*, en el sentido de que el llamado telefónico que Gustavo Gattoni realizó a su esposa poco después de las 20:00 hs. del 5 de junio de 2013 “fue la última referencia objetiva de Gattoni con vida. *No obstante, permaneció retenido en el lugar un tiempo más hasta que murió como consecuencia de varios golpes en su cara y cabeza*”. El *a quo* no fija el momento de la agresión física mortal, y sólo el de la muerte, por referencia a las estimaciones del informe de autopsia, que la fijó entre veinticuatro y treinta y seis horas antes del acto de autopsia.

Al respecto afirmó en la sentencia que “La autopsia fue llevada a cabo el día nueve de junio a las 13:30, y en ella se consigna como momento de la muerte entre 24 y 36 horas antes, esto es, *alrededor de la madrugada del día 8 de junio*”. La defensa de Sebastián Bruno ha alegado que en el protocolo de autopsia no se ha hecho explícito sobre qué bases se ha hecho esa estimación. Sin embargo, tampoco sostiene que la muerte hubiese ocurrido en un tiempo anterior al estimado por el médico legista. Tenía a mano algunos elementos objetivos para aceptar o disputar esa estimación, en particular, las referencias que se hacen en la autopsia a la rigidez conservada, las livideces, las pupilas, etc.

Un elemento de la autopsia es por lo demás relevante: se afirma allí que a la muerte precedió agonía, sobre la base de los hallazgos de coágulos en el corazón. La existencia de un período de agonía no ha sido disputada tampoco por la defensa, y ha pasado desapercibida al *a*

quo en su significado para la reconstrucción de los hechos.

Cuánto duró el período de agonía es una cuestión central y no abordada de ningún modo. Puesto que el señor Gattoni no murió por shock hipovolémico, lo que ocurre en un corto período cuando el sangrado es profuso, sino por causa del daño intracerebral, ese período puede haber durado horas, o incluso días. Desde esa incertidumbre sobre el momento exacto de la agresión con el martillo o maza, y la duración de la agonía, nada se puede reconstruir, con alguna certeza, acerca de si efectivamente Gustavo Gattoni fue retenido con el fin de que él, o que otra persona, hiciese algo contra su voluntad, en el sentido del art. 142 *bis* CP.

En primer lugar se ignora efectivamente cuándo Sebastián Bruno le aplicó en la nuca los golpes con la maza. Se ignora también cuándo exactamente se desvaneció la víctima, esto es, si fue inmediatamente después de los golpes, o una vez que la hemorragia interna afectó el funcionamiento y regulación cerebral. Esto abre una ventana oscura para el esclarecimiento de los hechos. Pues una vez que se desvaneció por razón de los golpes mortales, Gustavo Gattoni no era un objeto idóneo para una de las alternativas del art. 142 *bis* CP, pues si se retiene a la víctima para que haga algo contra su voluntad, entonces ya no puede ser retenida en el sentido de la ley si la víctima en agonía no está en condiciones de hacer nada voluntariamente. Por cierto, la alternativa de una retención para que un tercero haga algo contra su voluntad queda abierta, pero en las circunstancias del caso ni la acusación, ni la sentencia, han afirmado que con Gustavo Gattoni agonizante se hubiese emprendido alguna exigencia a un tercero. La única acción reconstruida es el llamado del señor Gattoni a su esposa, a las 20:00 hs. del día 5 de junio y la sentencia reconoce que esa es la última señal de que estaba con vida; más arriba he expuesto por qué razón no puede establecerse fuera de toda duda que estaba siendo retenido cuando hizo ese llamado.

Frente a tal estado de ignorancia sobre los hechos, el principio de la duda del art. 3 CPPN conduce a ubicar la agresión mortal en un momento próximo a ese llamado, después de que el mensajero no

identificado recogió el dinero de manos de la esposa de la víctima, y lo entregó en el establecimiento de la calle Larrazábal. Por cierto, la secuencia de los eventos puede haber sido distinta, pero ningún elemento objetivo, salvo especulaciones, permite reconstruir con certeza una secuencia distinta. A este respecto, es un elemento relevante a tomar en cuenta, que según la reconstrucción de la sentencia no existió un plan preconcebido de convocar al señor Gattoni al establecimiento de Sebastián Bruno con el fin de retenerlo, sino que la discusión y la violencia fue un emergente espontáneo de las conversaciones sobre el negocio frustrado –o al menos aún no puesto en marcha- y las pérdidas que estaba experimentando el segundo.

En la sentencia se ha relevado “la presencia de dos tipos distintos de golpes asestados a la víctima: por un lado aquellos que se observan en su rostro y fundamentalmente pómulos, que son compatibles con golpes de puño, y los observados en la cabeza y cuero cabelludo, producidos por un elemento distinto, como es el secuestrado en el lugar del hecho, que produjo el abundante sangrado del que dieron cuenta los exámenes científicos”. No se aborda, sin embargo, ninguna consideración sobre cuál fue la distancia temporal entre una y otra clase de agresión, ni si la una se sucedió inmediatamente a la otra.

La incertidumbre sobre la duración de la agonía conduce a la hipótesis más favorable al imputado, cual es que los golpes mortales en la nuca fueron aplicados a la víctima en la misma noche del día 5 de junio, lo que pone en duda la existencia de una retención típica, a tenor del art. 142 *bis* CP, pues la retención debe tener una cierta duración, que no se confunde con la imposibilidad de irse durante la agresión misma.

Un elemento adicional persuade de la probabilidad de que la agresión mortal fue próxima al último llamado. Entre la noche del 5 de julio y la data estimada de la muerte transcurrieron varios días. Tomando como referencia la autopsia, la muerte del señor Gattoni tuvo lugar entre la 1:30 y las 13:30 hs. del día 8 de junio.

Según la tesis de la acusación- la víctima habría estado retenida en un período anterior a la muerte. Ahora bien, ni la acusación ni la sentencia se han hecho cargo de examinar por qué habría

transcurrido tanto tiempo. Si se plantea la hipótesis de la retención, sería necesario explicar por qué razón estaría siendo retenido el señor Gattoni entre la primera extracción y el momento de la muerte, cuando ya no hay elemento objetivo que indique que se pretendía todavía obtener algo de él o de un tercero. La única explicación es que no estaba siendo retenido, sino que en ese tiempo estaba en agonía, y que una vez que se produjo el desenlace mortal el imputado se deshizo de su cuerpo, llevándolo en su automóvil utilitario, a un descampado de la provincia de Buenos Aires, donde lo abandonó. Ahora bien, puesto que tampoco se ha establecido cuánto duró la agonía, entonces tampoco es posible determinar que la agresión mortal no hubiese tenido lugar aún antes de la primera extracción con la tarjeta bancaria.

Este cúmulo de incertidumbres conduce a excluir que estén comprobados fuera de toda duda todos los elementos del supuesto de hecho del art. 142 *bis* CP, y en consecuencia a la aplicación de la figura menos grave del art. 168 CP, porque la exigencia de que el señor Gattoni entregase su tarjeta bancaria, y revelase la clave para su uso, satisface suficientemente el supuesto de esta figura legal. El perjuicio patrimonial producido con las extracciones no es la consecuencia inmediata de la violencia, sino mediata, no hay apoderamiento en el sentido del art. 164, sino puesta a disposición de bienes, que no están físicamente presentes en el momento de la agresión, de los que el o los agentes entrarán en poder una vez que realicen la operación bancaria de extracción del dinero.

Excluida la figura básica del art. 142 *bis* CP, queda fuera de consideración la agravante de su último párrafo que establece que “La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida”.

De manera que la producción de la muerte es atribuible a Sebastián Bruno a título de homicidio (art. 79 CP), que concurre de modo real (art. 55 CP) con extorsión (art. 168 CP). Queda fuera de consideración cualquier supuesto de agravación del art. 80 CP, porque los términos de la acusación no contienen ninguna descripción de circunstancias de agravación específicas que pudieren conducir a esa

consideración.

9. Sobre la pena a imponer.

La conclusión a la que se arriba en el número precedente sobre la calificación jurídica que corresponde al hecho, excluye la pena perpetua que venía impuesta. Ello torna inoficioso abordar los planteos traídos por la defensa agraviándose de que el *a quo* no hubiese considerado esos planteos al declarar que ellos no debían ser abordados allí, sino en un momento ulterior de la ejecución de la pena.

Esta Sala está en condiciones de establecer la medida de la pena, sin necesidad de reenvío, porque en la audiencia celebrada a tenor del art. 466 CPPN ha tomado conocimiento personal del imputado, interrogándolo sobre sus condiciones y circunstancias personales según el art. 41, *in fine*, CP (confr. CSJN, causa 132/2009 (45-N) “*Niz, Rosa Andrea y otros*”, rta. 15/06/2010), y en la acusación y en la sentencia hay suficientes elementos para emprender la medición a tenor del art. 41 CP.

La escala penal compuesta según el art. 55 CP, se construye con el mínimo legal del delito de homicidio, de ocho años de reclusión o prisión, y alcanza los cuarenta años de prisión, que resultan de sumar los máximos legales de los arts. 79 y 168 CP. En ese marco legal ha de establecerse la medida de la pena tomando en cuenta los criterios objetivos y subjetivos que se enuncian en el art. 41 CP.

Desde el punto de vista objetivo, ha de tenerse en cuenta la naturaleza del medio elegido, que más allá de su capacidad ofensiva, requiere de un empleo brutal, y la cantidad de golpes aplicados a la víctima. Frente a esa configuración del hecho, la conducta extorsiva poco agrega a la medida del injusto objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, aumenta el reproche de culpabilidad la calidad de los motivos, en el caso el motivo desencadenante arraigado en una discusión puramente económica, en un marco de circunstancia personal en la que el imputado no tenía especiales dificultades para su sustento. A este respecto se releva que el imputado tenía a su alcance medios económicos para emprender un establecimiento de producción de alimentos, y la inconciliable

desproporción entre la lesión a la vida y el perjuicio económico que no había logrado compensar, y que estaba en la base de su decisión violenta.

En particular se considera de especial agravación la actitud inmediatamente posterior al hecho. Por un lado, el imputado, una vez que la víctima se desvaneció y entró en agonía, emprendió una larga espera hasta que la agonía se resolviera en la muerte. El reproche de culpabilidad aumenta por el modo de ejecución del hecho.

También desde puntos de vista de la culpabilidad se toman en cuenta como agravante del reproche las condiciones personales del imputado, que *evidencia* que no ha tenido problemas de socialización, ha gozado de integración familiar y contención y había tenido antes del hecho acceso a la educación universitaria, y experiencia laboral en una agencia dedicada a la detección de delitos de corrupción.

No se observa indicios de atenuantes específicas del reproche de culpabilidad.

Desde puntos de vista preventivos, el modo de deshacerse del cadáver, trasladándolo a gran distancia, y arrojándolo en una zanja, es indicio de que el imputado no ha tenido remordimiento de su hecho. Esto no aumenta ni disminuye la medida de su culpabilidad, pero tiene relevancia al medir necesidades preventivas. Consumado el hecho el imputado no ha dado ningún indicio de reconocimiento de la norma que había violado. El hecho es horrible y desproporcionado, la actitud posterior al hecho es fría, calculadora y repulsiva.

En su favor, y como indicio de menores necesidades preventivas se releva que esta es su primera condena.

En esas condiciones, aparece adecuado al injusto y a la culpabilidad del imputado, imponerle la pena de dieciocho años de prisión, más accesorias del art. 12 CP.

10. Tenor de la sentencia que se propone.

Por todas las consideraciones antes expuestas, se propone al acuerdo:

1) Declarar la nulidad de la declaración testifical recibida a Sebastián Bruno, documentada en el acta de fs. 178/181 (art. 18 CN, y arts. 168 y 471 CPPN).

2) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 1630/1675, y en consecuencia, revocar el punto dispositivo III de la sentencia de fs. 1592, cuyos fundamentos obran a fs. 1596/1621, y absolver a Hernán Pablo Kippke de los hechos por los que fue acusado, bajo la calificación de privación ilegal de la libertad con el fin de obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad, agravado por haber causado intencionalmente su muerte (arts. 172, 471 y 402 CPPN), sin costas (arts. 530 y 531 CPPN). En consecuencia, disponer la inmediata devolución del proceso al tribunal de radicación, para que haga efectiva su libertad (arts. 473 y 492 CPPN).

3) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 1676/1718, y en consecuencia, reformar el punto dispositivo II de la sentencia de fs. 1592, cuyos fundamentos obran a fs. 1596/1621, y condenar a Sebastián Bruno como autor responsable del delito de homicidio, en concurso real con extorsión, a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias del art. 12 CP y al pago de las costas del proceso (arts. 45, 55, 79 y 168 CP, arts. 3, 470, 472, 530 y 531 CPPN), y rechazarlo en lo restante que ha sido materia de impugnación.

Así voto.

La jueza **María Laura Garrigós de Rébori** dijo:

Por compartir en lo sustancial los fundamentos dados por el colega García en su voto, adhiero a éste.

El juez **Horacio L. Días** dijo:

Que comparte los fundamentos del voto del juez García, por lo que adhiere a la solución propuesta.

Atento al acuerdo al que se ha arribado, esta Sala 1

RESUELVE:

I. DECLARAR LA NULIDAD de la declaración testifical recibida a Sebastián Bruno, documentada en el acta de fs. 178/181 (art. 18 CN, y arts. 168 y 471 CPPN).

II. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 1630/1675, **REVOCAR el punto dispositivo III** de la resolución recurrida, y en consecuencia, **ABSOLVER a Hernán Pablo Kippke** de los hechos por los que fue acusado, bajo la calificación de privación

ilegal de la libertad con el fin de obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad, agravado por haber causado intencionalmente su muerte (arts. 172, 471 y 402 CPPN), sin costas (arts. 530 y 531 CPPN).

III. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 1676/1718, **CASAR el punto dispositivo II** de la resolución recurrida, y **CONDENAR a Sebastián Bruno** como autor responsable del delito de homicidio, en concurso real con extorsión, a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias del art. 12 CP y al pago de las costas del proceso (arts. 45, 55, 79 y 168 CP, arts. 3, 470, 472, 530 y 531 CPPN), y **RECHAZAR** los restantes motivos de agravio.

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (acordada 15/13 CSJN y Lex100), y remítase inmediatamente al tribunal de origen a fin de hacer efectiva la liberación de Hernán Pablo Kippke, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

LUIS M. GARCÍA

MARÍA LAURA GARRIGÓS
DE RÉBORI

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:

SANTIAGO A. LÓPEZ
Secretario de Cámara