

Naturaleza jurídica del asiento en el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a delitos contra la integridad Sexual

Ignacio Martínez Murias¹

VOCES: DERECHO PENAL – REGISTRO NACIONAL DE DATOS GENETICOS – DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL – NATURALEZA JURÍDICA – LEY 26.879 -

I. Introducción:

La ley 26.879 ² sancionada el día 3 de julio de 2013 y promulgada el día 23 del mismo mes y año, dispone en su artículo I la creación del Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual, cuyo funcionamiento se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El objetivo del organismo es facilitar el esclarecimiento de los hechos objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la integridad sexual, con el fin de proceder a la individualización de presuntos autores.

Respecto al procedimiento a seguir, la legislación dispone que se almacenará y sistematizará la información genética asociada a una muestra o evidencia biológica que hubiera sido obtenida en el curso de una investigación criminal y de toda persona condenada con sentencia firme, por los delitos previstos en el libro segundo, título III, capítulo II del Código Penal (artículos 119, 120 y 124).

Se exige consignar los siguientes datos para almacenar la muestra de la persona condenada:

a) Nombre y apellido, y apodos, seudónimos o sobrenombres en caso de poseerlos.

¹ Secretario de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 25 de Capital Federal.

² Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217689/norma.htm>

- b) Fotografía actualizada.
- c) Fecha y lugar de nacimiento.
- d) Nacionalidad.
- e) Número de documento y autoridad que lo expidió.
- f) Domicilio actual, con la carga de que el condenado una vez que recupere su libertad deberá informar los cambios de domicilio que realice.

A su vez, el artículo 5 dispone que una vez que la sentencia condenatoria por un delito contra la integridad sexual adquiera firmeza, el juez o Tribunal de juicio ordenará de “oficio” la realización de los exámenes tendientes a lograr la identificación genética del condenado y su posterior inscripción en el registro.

En el caso de que autor del ataque sexual no pueda ser identificado, también, se almacenará en el Registro la información genética identificada en las víctimas y de toda evidencia biológica recolectada en el curso de la investigación.

En este último supuesto el juez ordenará su inscripción de oficio o a requerimiento de parte.

Los datos almacenados y registrados son considerados “datos sensibles” y de carácter reservado y solo podrán ser suministrados a miembros del Ministerio Público Fiscal, a jueces y a Tribunales de todo el país, siempre en el marco de una investigación penal respecto de los delitos referidos.

En ese sentido, la legislación establece que el Registro deberá disponer lo necesario para la conservación, de un modo inviolable e inalterable, de los archivos de información genética y de las muestras obtenidas.

El artículo 10 establece que la información obtenida se almacenará por el plazo de (100) cien años a contar desde la iniciación de la causa en la que se hubiera dispuesto su incorporación por orden judicial, así como también la no aplicación, en el caso, de los plazos contenidos en el artículo 51 del código de fondo ³.

³ Artículo 51: “... El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: 1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales; 2. Después de

Además, se prohíbe la utilización de las muestras de ADN obtenidas para otro fin que no sea el dispuesto en la legislación.

Por último, en el artículo 12 se consigna que la ley resulta “complementaria” del Código Penal de la Nación, situación que presentará algunas consecuencias prácticas en la aplicación de la ley, conforme se verá a continuación.

2. Aplicación de la normativa:

De acuerdo con lo referido en la página del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos ⁴ la información almacenada en soporte óptico se entrecruza y, en caso de un “impacto identificatorio positivo” se informa a la autoridad judicial competente.

De esta manera el Registro Nacional auxilia a la justicia de todo el país en la resolución de causas vinculadas con delitos de integridad sexual que aún no están resueltas.

Se utiliza como soporte técnico el software GENis, de origen nacional y desarrollado por la Fundación Sadosky en conjunto con el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la Nación.

Adicionalmente, se encuentra en funcionamiento el software CODIS que fue cedido por el FBI de los Estados Unidos, lo que permite que los resultados vertidos sean validados por ambos soportes.

En consecuencia, el organismo opera como un “banco de información” que permite, por un lado, almacenar los perfiles genéticos de las personas que resultan condenadas por los delitos mencionados y por el otro identificar a los agresores sexuales que al tiempo en que las víctimas tienen acceso a la justicia no pudieron ser identificados, pero que, gracias a la verificación, podrían llegar a serlo.

transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad; 3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación...”.

⁴ Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/registro-nacional-datos-geneticos-delitos-contra-integridad-sexual>

Una vez obtenidas las muestras, la Justicia Nacional y Federal las transfiere al organismo a través del Cuerpo Médico Forense y de los diversos laboratorios autorizados.

El decreto nro. 522/2017, dictado con fecha 17 de julio de 2017, reglamentó la normativa en cuestión ⁵.

En la normativa se vuelca las razones de política criminal que llevaron a la creación del Registro y se señala los fines perseguidos. A su vez se establecen los plazos y la forma en que debe realizarse la toma de muestra (artículo 5).

A saber:

a) El juez que dicte la sentencia, donde se acredite la participación criminal del acusado y la materialidad del hecho que afecte la integridad sexual de la víctima, deberá disponer dentro de los cinco días hábiles de la firmeza del fallo, la obtención del perfil genético del condenado, el cual posteriormente deberá ser remitido al organismo, también, dentro de los cinco días de obtenida la muestra junto con una copia de la sentencia.

b) En las sentencias que se dictaron con anterioridad al decreto reglamentario se le otorga al magistrado un plazo de seis meses para ordenar la extracción, circunstancia supeditada a que el registro de la sentencia no hubiera caducado en los términos del artículo 51 del Código Penal de la Nación.

En el caso de que la persona se encuentre cumplimiento pena de modo efectivo el plazo para la toma de la muestra se reduce a dos meses.

Respecto del plazo para la remisión, una vez obtenido el perfil genético, se repite el plazo de cinco días.

c) Se consigna que la obtención de ADN deberá ser practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración el género y otras circunstancias particulares, así como también que el uso de las facultades coercitivas sobre la persona afectada por la medida, en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

⁵ Disponible de: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/276961/texto>

Dicha disposición se encuentra en consonancia con los lineamientos dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gualtieri Rugnone de Prieto” ⁶.

Si bien en aquel caso se resolvió, en última instancia, sobre la extracción de sangre “compulsiva” de una persona mayor de edad que era víctima de un delito, lo cierto es que resulta de aplicación el considerando nro. 15 del voto de la Dra. Highton de Nolasco, quien explicó que “...no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud o la integridad corporal, puesta que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, realizadas por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona apenas una perturbación íntima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen...”.

Por otra parte, puede ocurrir que el perfil genético del agresor ya obre en el expediente como consecuencia de una medida de prueba producido en el proceso que posteriormente culmine con una sentencia de condena. En dicho caso, para la inclusión en el registro basta la remisión del perfil sin la necesidad de tomar una nueva muestra.

3. Discusión parlamentaria: ⁷

El espíritu de la ley ⁸ se encuentra reflejado indudablemente en el debate dado en el Congreso de la Nación Argentina.

El proyecto de ley fue presentado por Ramón Javier Mestre.

Al brindar los fundamentos explicó que “...mi propuesta apunta fundamentalmente a legislar un instrumento legal que fortalezca la instancia de prevención de estos delitos, a partir de una adecuada sistematización de la información relacionada con los hechos y las personas

⁶ Fallo dictado el 11 de agosto de 2009 en los autos “Gualtieri Rugnone de Pietro, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años –causa n° 46/85 A-”.

⁷ Obtenida de la Dirección de información parlamentaria del Congreso de la Nación Argentina (mail institucional: dip@hcdn.gob.ar).

⁸ De acuerdo con la real academia española: criterio interpretativo de las normas jurídicas que atiende principalmente a la intención del legislador o finalidad que inspiró su adopción.

vinculadas a su consumación, y me refiero con ello a la información relacionada con los autores de los delitos contra la Integridad Sexual, a partir del acceso a ella, de modo controlado y regulado, por parte de la sociedad en general y en concreto de los responsables de la integridad física y moral de los sujetos mencionados en el artículo 5° del proyecto que elevo a vuestra consideración...”.

Anticipándose a debates jurisprudenciales el legislador afirmó “...Es cierto que el acceso al público de información sensible de las personas, como puede ser el de revestir la calidad de procesado o condenado por delitos contra la integridad sexual, puede mal entenderse como lesiva a garantías constitucionales como la del principio de inocencia o el debido (art. 18 C.N). En este entendimiento el artículo 8° de la ley 22.117 que regula el Registro Nacional de Reincidencia, establece que: “El Registro será reservado...”. Es por ello, que tal como se legisla en el proyecto, el acceso a la información deberá concretarse bajo determinadas condiciones y requisitos que garanticen la correcta utilización preventiva de la información obrante en el Registro Especial de Delitos contra la Integridad Sexual, advirtiendo inclusive de las penalidades para aquellos que mal utilicen o desvíen dicha información...”

Finalmente reiteró la naturaleza preventiva de la norma “...La necesidad de articular instrumentos legales que pongan el acento en la prevención de los delitos y en particular de los denominados Delitos contra la Integridad Sexual, justifica suficientemente la iniciativa que pongo a consideración de mis pares; y por ello les solicito acompañen el presente proyecto de Ley...”

El diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación (décima reunión, octava sesión ordinaria) de fecha 31 de agosto de 2011, refleja que se votó por unanimidad el dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales.

La Senadora Sonia Margarita Escudero, al exponer acerca de la naturaleza del proyecto fue clara en indicar que respondía a cuestiones de Política criminal y con el fin de dotar de elementos a los investigadores en este tipo de delito y dar con los autores, al tiempo que enfatizó el rechazo a estigmatizar a las personas que resulten condenadas “...Éste es un proyecto importantísimo a los efectos de posibilitar el rápido esclarecimiento de los delitos contra la integridad sexual. Tengamos en cuenta que estos delitos muchas veces, la mayoría de las veces, suceden sin testigos. Por lo tanto, la prueba es muy difícil. En cambio, cuando podemos contar con la prueba genética, ésta es una prueba de definitiva...En el tratamiento del proyecto hemos sido muy cuidadosos de todas las garantías de los imputados y de los condenados. No

estamos buscando estigmatizar a una persona condenada. En consecuencia, lo que establecemos es que este banco de datos reserve información sensible. Por lo tanto, no es un banco al que pueda acceder cualquier persona. Solamente se dará información a los jueces o Fiscales en el marco de una investigación judicial por este tipo de delitos...”

A su vez, la Senadora Roxana Latorre argumentó en el mismo sentido “...la instauración de un Registro de datos genéticos viene a dar respuesta a la pretensión de lograr un mayor número de esclarecimientos de los casos delictivos vinculados a la materia...”.

Sin embargo, el Senador Miguel Ángel Pichetto al exponer sobre el dictamen realizó afirmaciones que se asemejan al derecho penal de autor, al concepto de “peligrosidad” y de suyo a la culpabilidad de autor (dejando de lado la responsabilidad por el hecho cometido y poniendo el foco en las características personales del acusado) que se encuentran alejadas con el Estado de Derecho.

Expuso que:“...Violadores que, en general, son reincidentes, son personajes delictivos reincidentes. Reincidentes que, en general, no se curan...Creo que la Cámara de Diputados debe responder rápidamente, sancionar la ley y lograr articular así un buen sistema de control para tener identificados a estos personajes en toda la Argentina. Tener el registro de datos es fundamental. Me parece muy interesante que la senadora Escudero haya decidido poner la foto en el legajo, porque también hay que tenerlos claramente identificados con fotos. Y además, es trascendental que también estén obligados a dar a conocer su domicilio. Es decir, que tengan el domicilio actualizado, porque son un peligro para la sociedad. Hay que entenderlo de esta manera. Hay que hablar claro en este tipo de temas; porque de lo contrario, lo único que queda es el lamento. Y no hay que comprar un falso discurso, porque los derechos y las garantías están garantizados por la Constitución, pero no podemos tener un Estado bobo, estúpido o ingenuo, que permita la comisión de este tipo de delitos y que estos sujetos estén en libertad...”.

El diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación (octava reunión, sexta sesión ordinaria) de fecha 3 de julio de 2013, refleja que doscientos once diputados votaron por la afirmativa y tan solo uno por la negativa para la sanción de la ley.

El Diputado Oscar Edmundo Nicolás Albrieu se manifestó en los siguientes términos: “...Creo que este registro es necesario como un aporte más en la lucha que la sociedad toda debe encarar y de la cual nosotros somos intérpretes, para mejorar el servicio de justicia y para lograr mejores resultados en la investigación de este tipo de delitos que, como decía recién, nos

interpelan desde los medios, desde la realidad que nos rodea y nos duele permanentemente...”

“... En el campo del derecho procesal penal existe una permanente tensión entre los objetivos de la política criminal que lleva adelante el Estado -que persiguen la aplicación de la norma punitiva- y que por ende requieren de eficacia, tanto en la investigación de los hechos, en la prueba en el proceso, así como también en última instancia en la aplicación de la pena y los derechos del ciudadano, concretamente del acusado que tiene como escudo los derechos fundamentales que el Estado de derecho le reconoce. En esa tensión permanente entre los objetivos de eficacia de la política criminal y la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, propios de un Estado de derecho, somos nosotros los legisladores los que fijamos como expresión de la voluntad popular el punto de equilibrio entre ambos objetivos de las políticas estatales. En este caso, queda claro que los fines de eficacia se van a lograr con este proyecto de ley, pero también queda claro que dejamos a salvo todos los derechos fundamentales de los ciudadanos que les brindan todo el plexo normativo constitucional y los tratados internacionales para protegerse de los abusos del poder punitivo del Estado...”

Se advierte que las posturas parlamentarias transitaron entre la prevención y la peligrosidad, rozando algunas el derecho penal de actor y no de acto, no obstante se arribó a una norma razonable y constitucionalmente válida como se verá en el desarrollo del artículo.

4. Naturaleza de la norma: análisis jurisprudencial.

Es importante establecer qué naturaleza corresponde atribuirle a la legislación mencionada, en razón de que si se entiende que resulta complementaria del Código Penal de la Nación, y por ello parte integral del código de fondo, su aplicación a procesos iniciados con anterioridad a su dictado se encontraría vedada por el principio de la irretroactividad de la ley penal cuando se traduce en un perjuicio para el condenado.

Desde ese ángulo se ha dicho que: *“...En materia penal, más que en ninguna otra, tiene singular vigencia el principio de que las leyes rigen para el futuro. La Constitución Nacional al receptar el principio de reserva en el artículo 18, exige que el juicio previo a toda condena al integrante de la comunidad, debe estar fundado en ley anterior al hecho que le da nacimiento...”*⁹.

⁹ José F. Argibay Molina, Laura T. A. Damianovich, Jorge R. Moras Mon y Esteban R. Vergara, Derecho Penal, Parte General, página 127, Editorial EDIAR, Buenos Aires, año de edición 1972.

En el caso se trataría de que la nueva ley establece una penalidad mayor que la fijada en la anterior para un mismo hecho delictivo.

Al respecto Bacigalupo tiene dicho que *“la exigencia de la ley previa se refiere tanto a la tipificación del hecho punible como a la amenaza de pena, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias del delito”* ¹⁰.

Además se presentaría la cuestión, sujeta a interpretación, de si la toma de la muestra constituye una medida accesoria a la pena, con sus implicancias respecto de la culpabilidad que exige la imposición de una pena por el hecho cometido y no por lo que la persona que lo cometió es.

Esteban Righi explica al respecto que en un sistema de culpabilidad por el hecho, el juicio de reproche se limita a considerar la actitud del autor exclusivamente en relación al comportamiento ilícito cometido. Como la determinación de culpabilidad está acotada al comportamiento del autor en el momento de comisión del hecho, carece de relevancia todo dato anterior a la comisión, como por ejemplo que se trate de un reincidente.

En cambio la culpabilidad de autor, toma a la acción realizada como un punto de partida a partir del cual se considera a la personalidad del sujeto, valorando su conducta previa y posterior al delito, con lo que el juicio de reproche no está exclusivamente referido a lo que el sujeto hizo, pues se sostiene que el delito no es más que un síntoma de personalidad ¹¹.

Como lo expone el autor, el Estado de Derecho se corresponde con el principio de responsabilidad por el hecho.

¹⁰ Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal, Parte General, página 56, Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, Colombia, año 1996

¹¹ Esteban Righi, Derecho Penal, Parte General, Segunda edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Provincia de Buenos Aires, año 2019, página 397 y siguientes.

Respecto de este tópico en el fallo Maldonado (328:4343, C.S.J.N) se estableció que el límite máximo de la pena a imponer está condicionado por la culpabilidad del autor a raíz del injusto cometido.

En el considerando 36°), en vinculación con el principio de culpabilidad, la Corte dijo que “...*la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor...De esto modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto ... y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente....*”.

El concepto de forma gráfica se define de la siguiente manera: no se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le puede reprochar al autor.

En tal sentido, en el considerando 38°) se señaló: “...*Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena “constituye claramente una expresión del ejercicio del jus puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía....*”.

Por el contrario, si pese a la mención efectuada en la normativa se considera que no resulta parte sino “complemento”, su aplicación se encontraría habilitada en cualquier proceso, independientemente de la fecha del hecho y de la promulgación de la ley.

La cuestión planteada, pese a lo novedoso del tema, se encuentra presente en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional.

La primera postura la mantuvo la sala 2 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en el fallo “Arguello”¹².

¹² Fallo dictado por la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, el 9 de marzo de 2022, en la causa n° CCC 44997/2009/TO1/CNCl caratulada “ARGUELLO, Bruno Alan s/ recurso de casación”, registro 195/2022.

En la instancia anterior, el Tribunal de juicio a pedido del organismo había autorizado la toma de la muestra para la inclusión en el registro del condenado por un hecho ocurrido el 1 de noviembre del año 2009, providencia que fue objeto de un recurso de reposición por parte de la defensa del condenado, donde se denunció la afectación al principio de legalidad y la imposibilidad de aplicar el forma retroactiva dicha disposición por no encontrarse vigente al momento de hecho.

El Tribunal de juicio rechazó la reposición intentada en base a los siguientes argumentos:

a) La medida autorizada no resultaba violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

b) La pena no se agravó por la medida en cuestión debido a que no se modificó ni el quantum ni la modalidad de ejecución.

c) La finalidad de la ley obedece a cuestiones de política criminal.

d) La inclusión ordenada, siempre y cuando el condenado no se vea involucrado nuevamente en un delito de agresión sexual resulta inocua y no conlleva consecuencias de ningún tipo debido a que es información sensible que no puede ser divulgada ni utilizada con otro fin.

e) Se sostuvo que de la misma forma en su oportunidad se creó el Registro Nacional de Reincidencia –ley 22.117- que también resulta complementaria del Código Penal (artículo 14) y conlleva los mismos efectos: suministrar a los operadores judiciales mayores herramientas para una correcta administración de justicia.

La cuestión fue resuelta por mayoría en la sede casatoria.

Los Dres. Horacio Días y Eugenio Sarrabayrouse para hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar la resolución y dejar sin efecto la medida dispuesta por el Tribunal de la instancia anterior se remitieron al precedente “Fasanaro”¹³.

¹³ Fallo dictado el 2 de marzo de 2022 por la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en los autos CCC 26.418/2013/TO1/6/CNC2 caratulados: “Fasanaro, Gerardo Javier s/ recurso de casación”, registro 168/22.

Debe recordarse que allí se consignó que el principio de legalidad prohíbe la aplicación retroactiva de las modificaciones posteriores de las leyes penales vigentes al momento del hecho que impliquen empeorar las condiciones de los encausados.

Y en ese sentido evocaron tratados internacionales; el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ¹⁴.

El Dr. Días concluyó que las disposiciones que regula la ley 26.879 la tornan indudablemente en una de materia penal.

Con remisión al artículo 12 razonó acerca del fin del registro y el objeto de proceder a la individualización de las personas responsables. Agregó que la evidencia biológica o muestra se obtiene en el curso de una investigación penal y de toda persona condenada con sentencia firme por los delitos de integridad sexual.

Concluyó que la naturaleza de la regla y la retroactividad de la ley penal alcanzada por el principio de legalidad no permitían la aplicación en el caso.

El Dr. Morín resolvió de forma opuesta.

El voto minoritario interpretó que el ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal se circunscribe, en principio, exclusivamente a la descripción del tipo penal (y eventualmente a otros estratos de la teoría del delito) y a la pena.

¹⁴ El artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos humanos establece que “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

El artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se refieren a la cuestión en similares términos.

Por su parte, el artículo 18 de la Constitución Nacional reza que “Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”.

A su parecer, a simple vista, se trata de una normativa que carece de contacto con el principio de legalidad.

En tal sentido explicó que “...Se trata, tan sólo, de una decisión de carácter administrativo que la ley ha puesto en cabeza de los jueces penales destinada a la investigación de hechos futuros...”.

Por último, rechazó la alegada afectación al debido proceso denunciada por la defensa, por la literalidad del artículo 5 de la ley 26.879 que establece que el juez “de oficio” ordenará los exámenes tendientes a lograr la identificación genética del condenado y su inscripción en el registro. En ese sentido desestimó el hecho de que la medida no haya sido objeto del acuerdo de juicio abreviado que propició el posterior dictado de la sentencia.

La segunda postura se sostuvo en el fallo “Piussi”¹⁵.

En dicha situación la defensa se agravió de la aplicación de la normativa en el tiempo – de forma retroactiva- y la relacionó con la naturaleza penal que le impediría su aplicación, tal como lo había ordenado el Tribunal que había determinado previamente la existencia de un delito contra la integridad sexual.

La defensa para fundar el recurso de reposición destacó las fechas de los hechos y resaltó que en un caso una de ellas era anterior al dictado de la ley 26.879 y en el otro anterior a su vigencia.

Empero la apreciación de la defensa, el Tribunal mantuvo la postura, lo que implicó que la cuestión sea resuelta en definitiva por la Cámara.

En esta oportunidad con los votos de los Dres. Jantus y Huarte Petit y la abstención del Dr. Magarinos –por aplicación de lo establecido en el artículo 23, último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación- se confirmó la autorización de la toma de muestra de ADN del condenado para su inclusión en el registro.

Para ello se sostuvo que la extracción de muestras de perfil genético no reviste carácter punitivo, ni agrava la pena impuesta en orden al delito de índole sexual por el que la

¹⁵ Fallo dictado por la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, con fecha 20 de abril de 2023, en los autos CCC 37.410/2013/TOI/CNCI caratulado: Piussi, Cristian Fabián s/ abuso sexual”, registro 588/2023.

persona resultó condenada o altera su modo de ejecución, sumado al hecho de que tampoco resulta una cuestión disponible para las partes en la medida en que, por su redacción, es de carácter imperativo para el magistrado o tribunal a cargo.

Respecto de la naturaleza de la norma se dijo que “se trata de un efecto de la condena impuesto con meros fines de prevención e investigación de futuros delitos”.

Se tildó de “premisa equivocada” el hecho de dar por sentado que la extracción de muestras de ADN reviste carácter punitivo.

Se concluyó que en el medida en que la autorización no posee incidencia en la condena en sí misma o en su modo de cumplimiento las evocaciones formuladas en el recurso resultaban conjeturales.

Respecto de la afectación a la intimidad -expuesta por la defensa- se dijo que la constitución de un banco genético puede entenderse como “una mínima intervención” que en el futuro ampliará la base de conocimiento para una mayor eficacia de investigación de delitos sexuales buscando herramientas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas.

Asimismo, se rechazó el agravio de que la medida no haya sido parte del acuerdo de juicio abreviado en la inteligencia del artículo 5 de la ley 26.879 y se trazó un paralelismo con las comunicaciones de condenas que se realizan habitualmente al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.

En ese sentido se dijo: “... *Tampoco corresponde que aquél solicite la comunicación de una condena al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, en la medida en que esta diligencia debe ser dispuesta obligatoriamente con sustento en lo establecido en el art. 2 de la ley 22.117 que, a pesar de ser complementaria al Código Penal, no reviste en sí -al igual que lo que aquí se cuestiona- aristas de carácter punitivo. Además, aun cuando de la efectiva consideración de tales registros pudiese derivarse un perjuicio eventual y futuro para la persona cuya condena es comunicada, su constitucionalidad no puede ponerse en tela de juicio...*”.

Esta postura se reiteró en el precedente “Neri Alberto Mateo”¹⁶ donde la mayoría conformada por los Dres. Daniel Morin y Horacio Días mantuvo la decisión del Tribunal de juicio de ordenar la toma de muestra, pese a que los hechos que se tuvieron por probados fueron anteriores a la legislación.

Por último, corresponde señalar que hasta la fecha la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se expidió sobre el tema en tratamiento.

4. Conclusión:

De la información recolectada y volcada en la publicación se advierte claramente que la ley responde a cuestiones de política criminal y tiene naturaleza estrictamente procesal.

Los legisladores, en su mayoría, a la hora de exponer manifestaron la necesidad de dotar a los jueces de una herramienta extra que facilitara la identificación de autores que en principio para la justicia no pudieran ser identificados.

La finalidad preventiva de la legislación no puede dar lugar a duda alguna, aunque si corresponde poner reparo a las manifestaciones del senador Pichetto, quien en relación a los demás integrantes de las Cámaras parece haber confundido o variado o intentado apropiarse de la finalidad buscada por el proyecto de Mestre y centralizar la mirada o foco en las personas que resulten condenadas por delitos sexuales, que, ciertamente, son tipos penales universalmente calificados como aberrantes y resultan repudiados por la sociedad en su conjunto, sin excepciones.

La norma no busca tener un “banco de datos” para tener identificados o controlados “socialmente” a los autores de estos delitos, ni por ello se dispuso su identificación por fotos, sino por el contrario se intenta agrupar perfiles genéticos que permitan contrastar, en el caso de que alguna de las personas condenadas se vea nuevamente involucrada en alguna investigación, si existe coincidencia entre las muestras y los registros.

¹⁶ Fallo dictado por la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, con fecha 6 de julio de 2022, en los autos CCC 54.233/2009/TOI/CNCNI caratulado “Mateo, Neri Alberto y otro s/ recurso de casación”, registro 1024/22.

De esta forma la mirada no está puesta en la persona condenada en si, sino por el contrario, como se sostuvo en los fallos reseñados en el hecho de que a priori debería ser inocuo su incorporación en el registro, en la medida de que la persona no reitere su proceder en un nuevo proceso.

El foco está puesto en dotar a la sociedad de un registro -privado- al cual solo pueden acceder determinadas personas y en el marco de una investigación criminal que a su vez permite dar certeza a la sociedad de que la lucha contra estos delitos resulta una cuestión de Estado, máxime cuando asiduamente ocurren hechos de gran magnitud que conmueven a la ciudadanía.

Legitimar las expresiones del legislador Pichetto tacharían de inconstitucional a la norma por cuanto claramente patentizarían acciones del Estado que en la actualidad han quedado atrás y se corresponden a un estado totalitario que identifica y segmenta a personas por los delitos que cometieron, sin olvidar que se estigmatizaría a las personas condenadas.

El concepto de peligrosidad esbozado por el legislador debe ser enfáticamente rechazado.

Dicho esto, se advierte que dos artículos de la ley podrían ser objeto de algún planteo de inconstitucionalidad:

El artículo 3 en su inciso f) por cuanto pone en cabeza de la persona condenada la obligación de informar todo cambio de domicilio con prescindencia del plazo de la caducidad registral de la condena, lo que implica que durante “toda su vida” deberá llevar dicha carga, lo que podría considerarse, en los términos planteados en la ley, como una medida “accesoria” de la pena dictada por un órgano judicial e incluso vital por fuera de la condena sufrida.

Este artículo va de la mano con el número diez que dispone la vigencia de la información en el Registro por el plazo (100) años desde la iniciación de la causa.

Dicha situación fue objeto de un intento de modificación por parte del legislador Garrido, quien propuso que “...la información obrante en el registro sea dada de baja cuando se cumplan los plazos de caducidad previstos en el artículo 51 del Código Penal...”.

Lamentablemente dicha solución fue rechazada por resto del cuerpo.

En este último caso, si bien podría alegarse falta de proporción en el tiempo de duración del registro o hasta inconveniente comparado, incluso, con la expectativa de vida de las personas, lo cierto es que como se mencionó anteriormente podría resultar inocuo para el registrado en la medida que se verifique el cumplimiento de la ley en cuanto a la preservación de los datos y se respete el carácter de información sensible y privada, solo brindados a requerimiento judicial.

Sin embargo, la carga de informar a la autoridad de la persona que resulte condenada y objeto de registro, respecto de los cambios de domicilio que efectúe, en efecto, resulta altamente cuestionable e incompatible incluso con la prevención buscada por la legislación que incluso parece olvidar el hecho de que los magistrados, en el ejercicio de sus funciones, cuentan con múltiples opciones para dar con los domicilios de las personas que podrían eventualmente verse nuevamente involucradas en nuevos procesos penales.

Parecería una odiosa práctica de la antigüedad, desterrada con acierto, tal como señalar la puerta del enfermo, discriminando a sus moradores.

Por otra parte, el término “complementaria” de acuerdo a la Real Academia Española significa “que sirve para completar o perfeccionar algo”.

De acuerdo a la definición y a lo expuesto en el presente trabajo ese “algo” en el caso resulta ser el Código Penal de la Nación, pero no necesariamente esa adición implica asignarle a la ley 26.879 la misma naturaleza que la legislación penal, como ya se ha dicho.

Indudablemente la ley responde a una cuestión de política criminal que implicó la creación de un herramienta para la resolución de delitos de índole sexual que se comentan en el futuro.

Por ello ante la pregunta ¿la ley tiene un fin sancionatorio?, la respuesta debe ser negativa.

De esta manera, debe establecerse que el registro de la información no está vinculado con el castigo o el ius puniendi del Estado.

Tampoco existe una transgresión a la intimidad ni a la libertad de disponer del propio cuerpo en razón de que la persona condenada debe soportar “una mínima intervención” en pos de otorgar a la sociedad un registro que permita asegurar fehacientemente que los autores de agresiones sexuales que en un primer momento no puede ser individualizados podrían eventualmente serlo.

El universo de muestras de datos genéticos no está dirigido a excluir a aquellas personas de la vida social una vez que cumplan con la pena impuesta.

Todo lo dicho, permite concluir que ante la negativa de la persona condenada, el Estado puede y debe avanzar en la toma de muestra.

En este sentido debe diferenciarse dos situaciones.

En primer lugar, cuando la toma de muestra -que posteriormente será utilizada para el registro- es obtenida como consecuencia de una medida de prueba previa al juicio. En tales casos, el imputado es tratado como un “objeto de prueba”, ya que física y materialmente contiene o es portador de la misma.

Como bien lo destaca Jauchen, *“...la garantía constitucional de no autoincriminación ampara a la persona en cuanto a sus manifestaciones de voluntad por cualquier medio de expresión, más no cuando ella es la prueba misma o la contiene físicamente, como por ejemplo “...” la extracción de sangre o la muestra de orina o de cabello para efectuar análisis de grupo y factor sanguíneo o de ADN “...”*¹⁷.

En estos supuestos entonces, válidamente puede ser compelido el acusado a la realización de la diligencia probatoria.

Así lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al tratar las extracciones compulsivas sobre el cuerpo del imputado en los casos “H.G.S. y otro” del 4 de diciembre de 1995 (Fallo 318:2518) y el precedente ya citado “Guagnino” (Fallo, 319:3370).

Se debe concluir, en base a aquellos lineamientos, que puede prescindirse de esa voluntad en los supuestos en que la evidencia es de índole material y toda vez que tal clase de intervenciones no representa riesgo alguno para la salud del afectado, ni constituye una práctica humillante o degradante y la medida sólo ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen, no afectando

¹⁷ Eduardo N. Jauchen, Derechos del imputado, Rubinzal-Culzoni, año 2005, pág. 26.

tampoco la integridad corporal del imputado si se realiza por los medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, implicando sólo la colaboración pasiva del inculpa.

La extracción de sangre o cualquier otra medida que en definitiva se adopte en el caso a los fines de trazar un perfil genético (ADN), es conducente si guarda relación directa con el objeto procesal de la causa y esclarecer el hecho investigado.

Deberá tolerarse entonces dicha injerencia, pues no conculca la garantía de declarar en contra de sí mismo, y en tanto se den los requisitos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, situación autorizada por el legislador en el artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación ¹⁸.

Por otra parte, como ya se dijo, la toma puede tener lugar luego de que la sentencia de condena adquiera firmeza y en ese sentido no podría ni siquiera alegarse la afectación al principio de autoincriminación, en razón de que la autoría y responsabilidad en el delito se encontraría probada.

Por último, se reitera que el tiempo de duración del registro puede resultar desproporcionado si se lo compara con el que corresponde a la caducidad de las condenas e incluso con la expectativa de vida de las personas. Sin embargo, no resulta constitucionalmente inválido por ese simple dato, máxime cuando se dejó asentado que no tiene fines punitivos ni resulta perjudicial o generador de una marca para la persona

¹⁸ Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal.

condenada en tanto y en cuanto no sea involucrado en nuevas investigaciones penales que versen sobre agresiones sexuales.

Por ello se rechaza que con la aplicación de la ley se genere un estandar de peligrosidad de toda persona condenada por un delito sexual que conlleve la identificación, marcado y estigmatización, en la convicción de que muy probablemente reincidirá. Por lo expuesto debe rechazarse la idea de que el registro consituye “una segunda pena” por el solo hecho de que agotada la sanción temporal continúe cargado el perfil genético del condenado en el registro.

Tampoco se trata de colisión con el aceptable derecho al olvido. El pasado no vuelve si la conducta no se repite.