

Incidente n° 1 – Querellante: O M d 1 Á y otros Imputado: F
G J y otro s/ incidente de recurso extraordinario

CCC 26418/2013/TO1/6/1/CS1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

—I—

La Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, por mayoría, dejó sin efecto la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 27 de la Capital Federal que había ordenado la toma de muestras biológicas del condenado G J F para la incorporación de su perfil identificador al Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual, en los términos de la ley 26.879 y el decreto 522/2017 (cf. sentencia del 2 de marzo de 2022).

Fasanaro fue condenado como autor del delito de abuso sexual y se le impuso la pena de dos años de prisión, cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, mediante una sentencia dictada el 3 de abril de 2017 y confirmada por la cámara de casación el 11 de julio de 2019. Los hechos por los que fue hallado culpable en ese proceso tuvieron lugar entre los años 2009 y 2012.

La ley 26.879, que creó el Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual, fue promulgada el 23 de julio de 2013 y el decreto 522/2017, que aprobó su reglamentación, fue dictado el 17 de julio de 2017.

La mayoría de la sala de casación, al resolver sobre la cuestión en su pronunciamiento del 2 de marzo de 2022, entendió que el régimen de la ley 26.879 tendría carácter penal y, por lo tanto, estaría alcanzado por la prohibición de aplicación retroactiva, a sucesos ocurridos con anterioridad a su vigencia, que aseguran los artículos 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre esa base concluyó que la decisión del tribunal de la instancia anterior, que dispuso la aplicación de esa normativa a un condenado por crímenes cometidos antes de la sanción

de la ley en cuestión, configuraría una violación a la prohibición constitucional de leyes penales *ex post facto* que invocó la defensa en su impugnación.

Contra esa resolución, la parte querellante dedujo recurso extraordinario, en el que objetó la arbitraria atribución de carácter punitivo al régimen de la ley 26.879 y el alcance que el *a quo* reconoció a aquella prohibición constitucional. La sala lo declaró admisible mediante su resolución del 15 de junio de 2022.

–II–

En mi opinión, la apelación federal de la querella es procedente. Dirigida contra el pronunciamiento del tribunal superior de la causa que puso fin al asunto en disputa, la impugnación objeta la fundamentación deficitaria brindada por la sala de casación y, de esa manera, pone en cuestión la inteligencia que dio a los artículos 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto vedan la aplicación retroactiva de las leyes penales.

–III–

En lo que respecta al fondo del punto traído a la consideración de V.E., entiendo que la recurrente también lleva la razón.

El *a quo* resolvió la cuestión en litigio sin más argumento que la referencia al artículo 12 de la ley 26.879 —que, en el texto vigente en ese momento, sólo expresaba “Esta ley es complementaria al Código Penal”— y la finalidad del registro de datos genéticos que, según el propio texto del entonces artículo 2 de la ley, se restringía a “facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la integridad sexual [. . .] con el objeto de proceder a la individualización de las personas responsables” (cf. sentencia del 2 de marzo de 2022, voto del juez Sarrabayrouse, al que adhirió el juez Días, pág. 12).



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

La fundamentación ofrecida por la mayoría de la sala es sólo aparente. Para mostrarlo es suficiente destacar, según lo aprecio, que el magistrado que votó en disidencia basó su posición contraria precisamente en la misma cláusula de la ley en la que fundó su decisión la mayoría. La disposición —contenida en el artículo 2 original de la ley— indicaba que el objetivo exclusivo de la registración de la identidad genética se limitaría a favorecer el avance de procesos criminales. Para el juez disidente ese enunciado revelaría el “carácter administrativo” de la normativa; para los otros dos vocales, en cambio, expresaría por sí su naturaleza punitiva (cf. ídem, pág. 14). La perplejidad que genera ese contraste de conclusiones que siguen a una comunidad aparente de premisas da pie a la interpretación de que la resolución adoptada, a fin de cuentas, no se apoya en las consideraciones enunciadas, sino sólo en la mera voluntad de los juzgadores.

El voto mayoritario, a diferencia del disidente, agregó a esa mención la referencia al artículo 12 de la ley 26.879, vigente entonces, que afirmaba que sus reglas complementaban al Código Penal. Sin embargo, esa sola formalidad no puede quebrar el equívoco que provoca el fundamento común que enuncian las dos posiciones opuestas, pues, como lo pone en evidencia la jurisprudencia de V.E. en la materia —a la que aludiré en la sección siguiente de este dictamen— no es el modo en el que el legislador designa una consecuencia jurídica que crea, ni la legislación dentro de la cual la enmarca, lo que por sí mismo puede determinar su naturaleza y, con ello, la vigencia a su respecto de la garantía constitucional contra su aplicación retroactiva.

En consecuencia, entiendo que la recurrente acierta al atribuir arbitrariedad al pronunciamiento del *a quo*, pues al derivar, sin más explicaciones, conclusiones opuestas de una misma razón, los magistrados han prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia planteada, y así han incumplido con el requisito de

debida fundamentación exigible en las decisiones judiciales, lo que impide considerar a la sentencia impugnada como el acto jurisdiccional al que toda parte en un proceso tiene un derecho constitucionalmente garantizado (cf. Fallos: 304:106, 312:608, 334:541, entre muchísimos).

–IV–

La conclusión anterior depende en parte de la observación de que la mayoría de la cámara no podía dar por zanjada la disputa apelando al formalismo de la identificación de la ley 26.879, que ésta misma hacía en su artículo 12, como complementaria al Código Penal.

En efecto, al resolver pretensiones semejantes a la del *sub examine*, en causas en las que se cuestionó la aplicación retroactiva de una consecuencia gravosa impuesta por la ley en respuesta al incumplimiento de alguna norma, V.E. ha evaluado la sustancia de las imposiciones para extenderles o, en su caso, negarles según cuál sea su sentido genuino, la aplicación de la prohibición constitucional de leyes penales *ex post facto*. Así, por ejemplo, el Tribunal ha afirmado la prohibición cuando las medidas evaluadas tienen “carácter preponderantemente sancionatorio para prevenir la violación de la ley y no carácter reparatorio para resarcir un daño” (cf. Fallos: 184:162, 247:225), esto es, si “funcionan como penas” con independencia del carácter no penal de la regulación en la que se insertan (Fallos: 185:251, 304:892) o si, cualquiera que fuese su finalidad, constituyen por sí mismas modalidades de aplicación y ejecución de la pena de prisión, como en el precedente de Fallos: 318:1508.

A su vez, la Corte ha rechazado la prohibición de retroactividad, por ejemplo, cuando las restricciones están principalmente motivadas por objetivos regulatorios no represivos, como las privaciones de matrículas profesionales derivadas de inconductas o actividad delictiva, sin que sea dirimente que la propia persona afectada “lo sienta como una sanción” (cf. Fallos: 305:385, 306:2088).



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Según lo aprecio, un correcto entendimiento del régimen de la ley 26.879, en la medida en que ordena la identificación genética y el registro de la información obtenida, ha de llevar a la conclusión de que constituye una institución cuyo carácter no es punitivo y para la cual la aplicación de la prohibición constitucional de leyes penales *ex post facto* resulta injustificada.

En primer lugar, la perturbación individual que se ordena, en sí misma, es mínima —apenas una extracción de una muestra biológica minúscula— y su efecto es exclusivamente identificatorio, por lo que no es más invasiva que una toma de huellas dactilares u otras medidas de reconocimiento físico que, como lo ha advertido V.E., constituyen “corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de los hechos delictuosos” (cf. Fallos: 255:18, considerando 2°).

En particular, en relación con la indagación compulsiva de la identidad genética, el Tribunal ha establecido que, salvo en los supuestos en los que hay otros intereses esenciales en juego (cf. Fallos: 326:3758, 332:1835), el menoscabo que pudiera sufrir la persona por la mera identificación es tan insignificante que quedaría justificado al ser provocado para favorecer el interés público en el esclarecimiento y la persecución penal por la comisión de crímenes (cf. Fallos: 318:2518, especialmente considerando 10).

Por otra parte, en lo que hace al objetivo institucional perseguido por la normativa original, el registro de datos genéticos obtenidos estaba dirigido precisa, explícita y exclusivamente a facilitar las investigaciones judiciales de hechos criminales, mediante la revelación de la identidad de quienes han intervenido en ellos, en línea con lo que resultaba ya una práctica creciente tanto a nivel local como internacional —cf., sólo a título de ejemplo, la experiencia de la ley 8611 de la provincia de Mendoza, o la regulación sobre cuya constitucionalidad se expidió la Corte Suprema de los

Estados Unidos de América en su sentencia en los autos “Maryland v. King”, 569 US 435 (2013)——.

En definitiva, soy de la opinión de que no es posible eludir la lectura de que el régimen cuestionado consiste en la adopción de un sistema de individualización, almacenamiento y sistematización de información identificatoria semejante al dactiloscópico —bien que más preciso, eficaz y acorde con el desarrollo científico y tecnológico actual— que el legislador ha resuelto restringir inicialmente a un primer universo de casos y personas, los delimitados en los artículos 2 y 3 del texto original de la ley, que responde al fin preponderante de iluminar investigaciones penales, contribuir a la averiguación de la verdad en materia de violación de derechos y comisión de comportamientos criminales y favorecer, en definitiva, a la aplicación de la ley penal sustantiva.

En tales condiciones, resulta infundado postular sin más que la adopción del régimen de la ley 26.879 esconde una agravación del castigo previsto para quienes son condenados por delitos contra la integridad sexual, o configura una respuesta principalmente sancionatoria o represiva.

Opino, en consecuencia, que el *a quo* no pudo decidir válidamente como lo hizo, en el sentido de que correspondía reconocer naturaleza penal a la normativa en disputa y extender a su respecto la prohibición constitucional de leyes penales *ex post facto*.

—V—

Ahora bien, en apoyo de la conclusión anterior corresponde agregar que el pasado 26 de septiembre de 2024 el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.759 —publicada en el Boletín Oficial el 14 de octubre siguiente— que introdujo modificaciones al régimen de la ley 26.879. En particular, en lo que aquí respecta, la reforma generalizó el sistema de registro mucho más allá del conjunto de los condenados por

Incidente n° 1 – Querellante: O M d 1 Á y otros Imputado: F
G J y otro s/ incidente de recurso extraordinario

CCC 26418/2013/TO1/6/1/CS1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

delitos contra la integridad sexual (cf. artículo 4 actual) y derogó la cláusula del texto original del artículo 12, en la que se apoyó la mayoría del *a quo* para resolver la controversia planteada en el presente caso.

La reforma confirmó así el sentido al que apuntan mis observaciones de la sección anterior y, de esa manera, que el régimen en cuestión carece de carácter punitivo y, por tanto, que no es la clase de norma para la que rige la prohibición constitucional de aplicación retroactiva que garantizan los artículos 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

–VI–

Por todo lo expuesto, considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario deducido y revocar la sentencia impugnada.

Buenos Aires, 26 de diciembre de 2024.

Firmado digitalmente por: CASAL
Eduardo Ezequiel
Fecha y hora: 26.12.2024 15:06:10