



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los 9 días del mes de mayo del año dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Ángel Natiello y Mario Eduardo Kohan, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 54.790 de este Tribunal, caratulada "G., L. J. s/ Recurso de Casación". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **KOHAN - NATIELLO**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de casación deducido por el Defensor Oficial a cargo de la Defensoría nro. 3 de la Ciudad de Olavarría, Dr. Martín Alberto Marcelli, contra la sentencia por la que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial Azul condenó a G., L. J. a la pena de tres años de prisión a cumplir y costas del proceso, por haber sido encontrado autor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por escalamiento y efracción, en concurso ideal –arts. 40, 41, 54, 167 incs. 3 y 4 en función de lo normado por el art. 163 inc. 4, todos del C.P. y arts. 371, 375 inc. 1°, 530, 531 y 535 del C.P.P.-.

II. El recurrente plantea que el "a quo" ha violado y aplicado erróneamente los arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 1, 3, 60, 201 a 207, 308 a 312 del C.P.P. y la ley 25.326, ya que considera que el cotejo de huellas dactilares efectuado en la presente causa es nulo de nulidad absoluta, por encontrarse afectadas garantías de índole constitucional.

En alusión a la medida de prueba mencionada precedentemente alega que su defendido no debe ser considerado objeto sino sujeto de prueba. En este sentido pone de resalto que la actividad probatoria desplegada por el Ministerio Público Fiscal fue llevada a cabo sin que se respetaran los requisitos legalmente establecidos, por lo que sostiene que el registro y el cotejo de huellas dactilares efectuados sobre la persona de G. no resultan válidos, toda vez que de esta forma se ha transgredido la garantía constitucionalmente consagrada de prohibición a la autoincriminación.

Asimismo denuncia la errónea valoración de la prueba que efectuara el tribunal, tendiente a poner en cabeza de su asistido el ilícito investigado –arts. 210 y 373 del C.P.P.-.

Finalmente hace reserva del Caso Federal (art. 14 Ley 48).

III. Concedido y elevado el recurso por el "a quo" –fs. 20-, se dispuso la radicación en esta Sala, encontrándose las partes debidamente notificadas, al tiempo que la Defensa Oficial solicitó la remisión de las copias del acuerdo de juicio abreviado, del acta de levantamiento de rastros y de la pericia dactiloscópica realizada.

Agregadas las piezas requeridas, el Señor Defensor Adjunto ante esta Casación, Dr. Nicolás Agustín Blanco, presentó memorial en el que mantuvo expresamente el recurso deducido en su oportunidad, añadiendo en subsidio el siguiente agravio: denuncia que la sentencia condenatoria resulta arbitraria, toda vez que el sentenciante ha omitido describir y analizar en forma concreta los elementos probatorios que fueron tenidos en cuenta para considerar acreditados tanto la exteriorización material del hecho, como la participación del imputado en el mismo.

Asimismo hizo reserva del Caso Federal.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A su turno el Sr. Fiscal Adjunto ante este Tribunal, Dr. Jorge Armando Roldán, postuló el rechazo de las pretensiones, por entender que no se configuran las violaciones legales denunciadas (dictamen de fs. 49/51).

Cumplidos los trámites de rigor y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1ra.) ¿Es admisible el recurso interpuesto?
- 2da.) ¿Es procedente el mismo?
- 3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Entiendo que el planteo es admisible pues además de haberse deducido en tiempo y forma, se dirige a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter condenatorio, genera agravio al imputado y su defensa (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h) y 25 de la C.A.D.H.; y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P ; 395, 401, 421, 450, 451 y 454 inc. 1º del C.P.P.).

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

I. Estimo que el agravio invocado debe ser rechazado.

Previamente he de destacar que la evolución de la ciencia criminalística va perfeccionando día a día nuevas herramientas tendientes al esclarecimiento de los delitos, por medio de nuevas tecnologías que resultan superadoras de las técnicas de investigación. Las bases de datos, las nuevas metodologías, la capacitación, la Ciencia en general, nos brindan hoy herramientas indispensables para aportar en cada Investigación el sustento requerido, y por sobre todas las cosas, conocer de manera indubitable el camino hacia la verdad.

Sobre el particular, tenemos que la dactiloscopía, por sus principios fundamentales de “Perennidad”, “Variedad Infinita” e “Inmutabilidad”, conforme Carlos Guzmán en su “Manual de criminalística” (1ra. Edición, 4ta. Reimpresión, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2008), se ha convertido en nuestro sistema legal, en un elemento de plena prueba de identidad.

La investigación de hechos delictuosos en este campo alcanzó su cúspide, gracias a la aplicación de herramientas biométricas como AFIS, sigla inglesa de “Automated Fingerprint Identification System” (Sistema Automatizado de Identificación de Huellas Dactilares), donde complejos algoritmos reemplazaron la labor manual, acortando la búsqueda de los dactilogramas a escasos segundos entre millones de huellas.

Este sistema resulta hoy en día un medio fundamental en la investigación criminal, que viene a perfeccionar la aplicación del Sistema Dactiloscópico Argentino, que marcó un hito en la historia al crearse a finales del siglo XIX por Juan Vucetich. La combinación de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

la informática con un sistema de identificación práctico y fiable, marcan, sin dudas el punto de inflexión.

En lo que respecta a la denunciada ilegalidad del almacenamiento de las fichas dactilares del encausado en un archivo de la Policía Científica, no advierto transgresión alguna a las disposiciones legales que rigen la materia.

No comparto la invocación que hace el recurrente de las disposiciones de la ley 25.326 en cuanto a que existe una violación al derecho a la intimidad que la misma protege, en el convencimiento de que la misma no prohíbe el almacenamiento de los registros papilares por parte de las fuerzas de seguridad.

Sostengo ello partiendo del análisis del art. 1° de la citada ley, que establece que su objeto es: “...*la protección integral de los datos personales (...) para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas...*”. Sus disposiciones no han sido ideadas para proteger los datos en sí mismos, sino a su fundamento, que es la protección de una parte sustancial del derecho a la intimidad (Conf.: Ekmekdjian, Miguel Ángel – Pizzolo Calogeno (h), “*Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*”. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 5).

La intimidad es el derecho de las personas a que los demás no tengan información sobre hechos que no quieren que sean ampliamente conocidos (Nino, Carlos S.: “*Fundamentos de derecho constitucional*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 327 y 328). Este derecho, que se extiende a todo aspecto de la vida de una persona (rasgos de su cuerpo, pensamiento, emociones, circunstancias vividas, conductas pasadas), en nada se ve afectado por la existencia de un archivo de la Policía Científica que contenga sus fichas dactilares.

A contrario de lo que sostiene el impugnante, considero que la información que brinda una ficha dactilar no constituye un dato sensible, en los términos del artículo 2 de la ley 25.326, pues ese concepto se refiere a informaciones personales que revelan un origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical o información referente a la salud o a la vida sexual.

Mas lo único que permite una impresión digital es identificar a una persona, pero no contiene en sí misma ninguna información sobre circunstancias de su vida privada que puedan estar amparadas por el derecho a la intimidad y su utilización por tanto no constituye un acto discriminatorio.

El art. 7 de la ley 25.326 postula que “los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales sólo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas” lo que va de la mano, por otro lado, con lo legislado en el art. 23 de la ley en trato el cual, en sintonía con las previsiones del art. 26, inciso h) de la ley 12.155, confiere a las fuerzas de seguridad pública la posibilidad de manejar datos personales sin consentimiento de los afectados cuando resulta necesario para el estricto cumplimiento de las funciones legalmente asignadas para la represión de los delitos (inciso 2), registros que pueden mantenerse vigentes mientras resulten “necesarios” para los fines que se tuvieron en miras al momento de ser almacenados (inciso 3).

Por lo tanto, el planteo del recurrente, además de que no se sustenta en un agravio concreto, carece de apoyatura legal frente a las disposiciones de la ley 25.326.

De otro lado, la ley 17.671 de potencial humano, que es la regulatoria de la identidad de las personas en el territorio nacional,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

establece en su art. 7 la confección de un legajo con los datos personales de los sujetos comprendidos en la población de nuestro país, entre los que incluyen los proporcionados a través de las fichas dactiloscópicas. Asimismo, el art. 9 habla de necesidad de la identificación dactiloscópica de las personas.

Si bien puede sostenerse aquí que la generalidad de la población atraviesa el trámite establecido por la ley mencionada en el párrafo anterior, no ocurre lo mismo en el caso de la regulación del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Esta viene por medio de la ley 22.117 siendo que su caso es parangonable con la ley 12.155 que el recurrente cuestiona, toda vez que su art. 2 establece que *“los tribunales del país con competencia en materia penal remitirán al Registro ... testimonio de la parte dispositiva de los siguientes actos procesales: a) Autos de procesamiento u otra medida equivalente que establezcan los códigos procesales. b) autos de prisión preventiva u otra medida equivalente que establezcan los códigos procesales. c) Autos de rebeldía y paralización de causa. d) Autos de sobreseimiento provisional o definitivo, con indicación de las normas legales que los fundaren. e) Autos que declaren extinguida la acción penal, en los casos del artículo 64 del Código Penal. f) Autos de suspensión del juicio a prueba, de revocación de la suspensión y de extinción de la acción penal, previstos en los artículos 76 bis y ter del Código Penal... h) Sentencias absolutorias”*.

Me he tomado el trabajo de enunciar solamente aquellos actos que se comunican al aludido Registro que no resultan sentencias condenatorias y que, sin embargo, deben llegar a su conocimiento, donde, al igual que en el *“sub lite”*, se trata de personas que revisten el estado de inocencia que prevé el art. 18 de la Constitución Nacional.

En todos los casos, el art. 6 de la norma analizada prevé que las comunicaciones deban ser acompañadas por **la ficha de las impresiones digitales de ambas manos del causante** y que todos estos elementos (comunicaciones y fichas) integrarán un legajo individual, al que tendrán acceso los Tribunales de todo el país y además *“los Comandos en Jefe de las Fuerzas Armadas, Policía Federal Argentina y policías provinciales, **para atender necesidades de investigación**”* (art. 8 inciso c) - el iluminado me pertenece -).

Sin embargo, pese a todas estas circunstancias, la esforzada defensa no realiza cuestionamiento alguno a la existencia de este tipo de registros ni a su eventual empleo para el esclarecimiento de hechos delictivos, lo cual resulta de práctica habitual y está expresamente regulado por ley, al igual que la ley 12.155.

De esta manera, el ataque formulado por la defensa de G. en relación con la norma de trato, torna contradictoria la argumentación realizada.

Por estas razones, el agravio intentado no puede prosperar.

En este mismo orden de ideas, considero que el reclamo invocado por el recurrente por el que pretende se declare la nulidad absoluta del cotejo de las huellas dactilares efectuado sobre la persona de G., no puede tener acogida favorable.

Ello se debe a que en el caso concreto la parte interesada no ha demostrado si efectivamente se han cumplido los requisitos previstos en la ley para la obtención y cotejo de huellas dactilares por parte de la autoridad.

Tampoco logra demostrar como el supuesto incumplimiento a la ley ha irrogado un perjuicio de tal magnitud que afecte su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

derecho a la defensa en juicio y le haya impedido oponer la mentada nulidad en el momento procesal oportuno.

Este tipo de medidas no contiene específicamente la nulidad pretendida. Por tal motivo dicho remedio procesal – y excepcional – sólo podría andamiarse en función de una afectación esencial al derecho de defensa en juicio, el que, a mi criterio, no ha sido demostrado por el recurrente al expresar sus agravios.

Es que en la especie no se evidencia de qué modo el apelante vio limitada su posibilidad de oponer defensas formales o sustanciales que hubieran influido decisivamente en la resolución judicial, máxime cuando tuvo la oportunidad – y no lo hizo – de celebrar la audiencia de juicio y formular las preguntas necesarias a fin de dilucidar los pormenores de dicho cotejo dactilar.

Así entendido, el confronte de huellas dactilares resulta susceptible de reiteración de conformidad con las disposiciones de ese medio probatorio, por lo que, en caso de verificarse algún tipo de nulidad, la misma sería de carácter relativo.

Asimismo el rechazo a la pretensión encuentra sustento en que el Código de Procedimiento Penal Bonaerense establece un sistema de nulidades que permite a la parte interesada articular éstas ante todos los órganos jurisdiccionales en las diferentes etapas del proceso, a condición que tales articulaciones sean intentadas en los momentos previstos por la ley, sin perjuicio del deber de los magistrados de declarar de oficio y en cualquier estado del proceso aquellas nulidades que la ley considera absolutas.

De ello se deriva que, tratándose de irregularidades producidas durante la etapa investigativa, si la parte no realizó planteo nulificante antes del vencimiento del plazo de citación a juicio que refiere el primer inciso del art. 205 del rito en su relación con el art. 338, opera la caducidad prevista en el primer párrafo de

aquella norma, y entonces la alegación ya no podrá intentarse en ulteriores etapas procesales, teniéndose la eventual nulidad por subsanada (art. 206, inc. 1º) (En este mismo sentido TCPBA, Sala 3º, 14/05/02, c.nro. 71, “Abalos, Claudio Rodolfo s/ recurso de casación”).

Así el Rito establece como regla la relatividad de las nulidades, de modo tal que considera absolutas aquellas nulidades expresamente previstas en la ley o aquellos actos que vulneran directamente normas de la ley suprema nacional o provincial, conforme surge de la redacción del art. 203 del C.P.P. (TCPBA, Sala 2º, 29/04/04, c. nro. 13.648, “R. C. s/ recurso de casación”).

Finalmente es dable destacar que el sistema de nulidades es de interpretación restrictiva, resultando viables en función de los perjuicios que irrogan –es decir, sobre una afectación concreta-, descartándose aquellas que sólo aparezcan decretadas en beneficio de la ley o por simple prurito formal (Conf. CNCP, sala II, c. nro. 40, “Guillén Varela, J.”, rta. 18/11/93, citado en el voto del Dr. Mahiques al que adhirieron los Dres. Borinsky y Dominguez, TCPBA, Sala 3º, 22/04/04, c. nro. 5.839, “Y., A., N. s/ recurso de casación”).

Por lo expuesto hasta el momento descarto estar en presencia de una de las llamadas nulidades absolutas. Sumado a ello dejo sentado que llegado el caso de haber existido algún vicio en el procedimiento – el que, por cierto, no se encuentra probado en autos -, el mismo ha quedado subsanado por la propia inactividad de la parte que en esta instancia invoca la mentada nulidad, resultando dicho pedido extemporáneo.

Sólo resta hacer mención a que tampoco se han violado las normas constitucionales invocadas, toda vez que no se encuentra acreditado que los registros públicos sobre los que se han asentado las huellas dactilares del incuso no hayan respetado los estándares



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

de confidencialidad y seguridad que la defensa oficial considera vulnerados, ni que los mismos sean discriminatorios ni violatorios del principio de igualdad. Lo dicho encuentra sustento en la circunstancia de que cada vez que un ciudadano concurre a una repartición pública y debe dejar asentadas sus huellas dactilares – v.gr. D.N.I., Pasaporte, Cédula de Identidad, etc... -, no se cuestiona que los mismos puedan ser sometidos a cotejos posteriores, amén de haberse resguardado las formas para el acto.

Del mismo modo dicho registro tampoco resulta discriminatorio en el sentido que, por ejemplo, al igual que el registro nacional de reincidencia, toda persona que se encuentre incurso en determinada situación, especialmente prevista en la ley – no cualquier persona -, verá asentados sus datos en este tipo de registros.

La doctrina de la CSJN referente a la garantía de igualdad ante la ley ha quedado plasmada cuando se refiere a “la igualdad de iguales en iguales circunstancias” (Fallos, 1999-III, p. 2346 y siguientes, “Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas c. Dirección Nacional de Migraciones” de octubre 5-1999; Fallos, 1999-III, 2701 y siguientes, “D. de P.V., A. c. O., C.H. s/ impugnación de paternidad”, noviembre 1-1999), de modo tal que resulta imposible sostener la violación a la garantía invocada.

En síntesis, el recurrente únicamente se ha limitado a formular consideraciones de carácter dogmático, que en modo alguno permiten poner en duda razonable el funcionamiento de los registros cuestionados.

II. En relación a la violación de la garantía que prohíbe la autoincriminación alegada por el recurrente, considero que el planteo efectuado tampoco puede prosperar.

Con el de poder dar un adecuado tratamiento a la cuestión

introducida por el recurrente, entiendo que resulta sumamente importante distinguir aquellos supuestos en los cuales el imputado actuará como sujeto u órgano de prueba, de aquellos casos en los que efectivamente será objeto de la misma.

El derecho de no ser obligado a declarar en contra de uno mismo, está estrechamente vinculado con el de defensa en juicio y rige no sólo en el proceso penal, sino en todo tipo de procedimiento. Protege en contra de declaraciones autoincriminatorias involuntarias, abarcando a la obligación de producir prueba, lo cual trae aparejado que el ciudadano no puede ser coaccionado ni engañado para actuar como órgano de prueba, aunque podrá ser objeto de ella, aún contra su voluntad (Conf. Cafferata Nores, José I., *“Derecho Procesal Penal – Fundamentos del proyecto expíe. 1581-D-98, Cám. Dip. de la Nac.”*, pág. 39; Maier, Julio, *“Derecho Procesal Penal Argentino”*, págs. 367 y 368, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989).

Estará en la primer categoría – órgano de prueba -, cuando para la obtención de la evidencia, deba tener participación activa en su producción; en cambio será objeto probatorio, cuando sobre su persona, otra realice la medida (posición pasiva).

Nuestra doctrina señala que al hacer una distinción entre los casos en que se pretende convertir al imputado en “sujeto activo de prueba” (obligarlo a que declare, o a que se haga un cuerpo de escritura, etc...), de aquéllos en que aquél se le reclama un comportamiento “pasivo”, ya sea para extraerle sangre, huellas dactilares, etc..., la garantía contra la autoincriminación funcionaría en el primer supuesto -imputado como sujeto activo-, pero no en el segundo. Ello se debe a que mientras que en el primer caso es notoriamente ilegítimo forzar a un imputado para que escriba un texto determinado, parece mayoritaria la opinión de que es lícito



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

extraerle sangre para un dosaje de alcohol o tomarle huellas digitales, aún contra su voluntad (En este sentido Carrió, Alejandro D., “*Garantías constitucionales en el proceso penal*”, 5ta. edición actualizada y ampliada, 2da. reimpresión, editorial Hammurabi, 2008, p. 469 y siguientes).

Este es el criterio prevaleciente en los Estados Unidos de Norteamérica, conforme el caso “Schmerber v. California”, 384 US 757 -1966-, donde se toma como punto de partida limitar el alcance de la garantía contra la auto-incriminación a las “comunicaciones” del imputado, de manera de dejar fuera los supuestos de las requisas corporales, e incluso la exigencia de prestarse a un reconocimiento en rueda de presos, o de permitir en ciertos casos la extracción de sangre (Conf. Carrió, ob. cit., p. 527).

Concordantemente con ello, considero que al realizarse un procedimiento pautado y con arreglo a las técnicas previamente establecidas, como es el caso del cotejo de huellas dactilares, el imputado actúa como objeto de prueba, sobre todo si se tiene en cuenta que dicha pericia no resulte humillante o degradante para el mismo, o implique un riesgo para su salud.

En este mismo concepto se enrola Maier, quien sólo acepta que el imputado sea objeto de prueba, en tanto no se lo obligue a realizar actos positivos (escribir, hablar, actuar, realizar, gestos, etc...) ni se lo someta a tratos degradantes o lesivos para la salud (Maier, Julio B., Derecho Procesal Penal Argentino, cit., T. Ib, p. 444).

El autor citado dice al respecto que: “...*Se debe aclarar, por fin, que la garantía sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de*

prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio, al examen. Las limitaciones de la fuerza a emplear, para tornar posible el examen, emergen de otros principios (prohibición de poner en peligro la vida o la salud) o de la misma naturaleza del acto (imposibilidad de obtener un texto escrito del imputado con fines de cotejo en una peritación), sin su participación voluntaria...” (Conf. Maier, ob. cit., pág. 675).

En este mismo sentido se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene dicho que tanto el derecho a guardar silencio como a no autoincriminarse son criterios reconocidos internacionalmente y descansan en el mismo corazón del concepto de juicio justo. Así el derecho a no incriminarse se relaciona primordialmente con el respeto a la voluntad de una persona acusada de permanecer en silencio. Por lo tanto sólo es posible el uso de procedimientos penales que tienen por fin recabar material que pueda obtenerse del acusado -aún a través de facultades compulsorias- siempre y cuando dicho material tenga una existencia independiente de la voluntad del sospechoso tales como, documentos, muestras de aliento, sangre, orina, pelo, voz y tejidos corporales para análisis del ADN (Conf. TEDH, caso Perry contra el Reino Unido, STEDH, 17/7/2003, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “*¿Hasta donde se puede llegar en la investigación criminal de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?*”, publicado en el Suplemento Extraordinario de la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial La Ley, 75



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

aniversario, septiembre de 2010, Director: Miguel A. Almeyra, pág. 261 y siguientes).

En consonancia con lo expuesto la CSJN ha dicho que la prohibición de autoincriminación del art. 18 de la Const. Nac., se refiere a las comunicaciones o expresiones que provienen de la propia voluntad del imputado, lo cual no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos en que la evidencia es de índole material. En suma lo que se prohíbe en estos casos es la compulsión física o moral para obtener declaraciones emanadas del acusado mediante la fuerza y no la exclusión de su cuerpo como evidencia material de un juicio. Agrega que la existencia (de esa muestra) resulta independiente de la voluntad del apelante (CSJN, Fallo: “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ Sustracción de menores de 10 años”, G. 2911.XLIII, del 11/8/09).

En este mismo sentido la Corte Federal tiene dicho en la causa “Vázquez Ferra” que un procedimiento como el de identificación de personas por medio de sus huellas dactilares no vulnera la prohibición de autoincriminación contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional ya que: *“...se refiere a las comunicaciones o expresiones que provienen de la propia voluntad del imputado, lo cual no incluye casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre las cuales se encuentran los supuestos en que la evidencia es de índole material”* (Fallos 255:18 y sus citas; 318:2518, considerando 9°; 320:1717, considerando 8°, entre otros).

Como se ve, al contrario de lo que sostiene el recurrente la diligencia de prueba llevada a cabo no está protegida por la garantía constitucional que veda la autoincriminación (art. 18 de la CN) y que esta última deja fuera del círculo protector toda diligencia en la que el imputado invista papeles pasivos, tal es el caso de la inspección

corporal, en cualquiera de sus formas – en el caso concreto, la obtención de huellas dactilares para su posterior cotejo -.

III. Continuando con el análisis del presente recurso, propondré el rechazo del agravio que demanda la absurda valoración de la prueba, tendiente a cuestionar la autoría penalmente responsable de G. en el delito de trato.

Sin perjuicio de ello, atento la importancia que reviste el planteo formulado en este primer motivo de agravio, entiendo que resulta oportuno formular algunas breves consideraciones respecto del control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, que corresponde a esta instancia casatoria, previamente abocarme en forma puntual al tratamiento de las observaciones realizadas por la defensa del encartado.

El punto central de la cuestión radica en buscar un equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo al mismo, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio.

Es así que el derecho al recurso -también llamado “doble conforme”- reside en el Sistema Interamericano en la letra de los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h) y 25 de la C.A.D.H., al igual que el art. 14 inc. 5 del P.I.D.C.P., que establecen como garantía a favor del imputado la posibilidad de solicitar la revisión integral del fallo condenatorio por un órgano jurisdiccional superior, que entienda sobre pruebas y derecho de acuerdo a lo previsto en la ley.

Es una garantía que sienta sus bases sobre la tutela judicial efectiva, en que la Convención Americana reconoce que la misma debe estar revestida, por un lado, de indispensables garantías individuales que protegen al acusado, y por otro, de las respectivas obligaciones estatales tendientes a hacer efectivos tales objetivos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Así, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso “Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”), como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, del 2/7/2004, han sido coincidentes en señalar que para satisfacer el derecho al recurso, la impugnación debe apreciar las pruebas que fueron valoradas de manera arbitraria por el tribunal de mérito.

De manera coincidente con ello se ha expedido el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003.

Así entendido, el derecho al recurso, en función de lo normado por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, viene a complementar las garantías de juicio previo y debido proceso legal contenidos en el art. 18 de la C.N..

Por lo tanto, la vía casatoria debe incluir la posibilidad de discutir las pruebas (dentro del marco que se señalará), abriendo la instancia revisora, ya que de otro modo la garantía sería cercenada, constituyendo el recurso un obstáculo al derecho del imputado de poder contar con una revisión integral del fallo condenatorio que cumpla con todas las exigencias constitucionales.

Estos son los alcances acordados al recurso de casación por la CSJN en el precedente “Giroldi” (Fallos 318:514. Al respecto Carrió, ob. cit., pp. 90 y siguientes).

En esta instancia, la actividad revisora debe poseer capacidad de control de las sentencias de condena que abastezca los estándares jurídicos requeridos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y sus

organismos encargados de vigilar el efectivo cumplimiento de los mismos.

Sentado ello, resta determinar cómo es posible articular y armonizar dicha capacidad revisora con el derecho al “doble conforme” del imputado, y cual es su alcance.

Tal situación es admitida por nuestra doctrina al menos como problemática, ya que si el control casatorio resulta muy laxo podrían terminar existiendo dos juicios orales por cada caso y no uno oral con un procedimiento posterior revisor del primero; y, si por el contrario, el criterio es muy restringido, terminaríamos por no tener ninguna revisión integral del fallo condenatorio (En este sentido Granillo Fernández, Héctor M. – Herbel, Gustavo A., *“Código de procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires”*, comentado y anotado, Editorial La Ley, 2005, pp., comentarios a los arts. 448 y concordantes del C.P.P.).

Al respecto Nuestro mas Alto Tribunal en el precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) sentó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “Leistungsfähigkeit”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisión por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden –por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del juez que en su oportunidad dirigió el debate oral (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., *“El proceso penal en la provincia de Buenos Aires”*, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

La actividad casatoria, dada su naturaleza revisora y su carácter extraordinario sólo puede extenderse a aquellos casos de errores sustanciales de percepción por parte del tribunal de juicio, no siendo posible extender el alcance de dicha norma respecto de meras discrepancias con la apreciación de la prueba, sino con la incompatibilidad entre lo que se trasluce de la probanza aludida y lo afirmado en la sentencia sobre la base de la misma. Es decir, no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia, sino que es preciso contestar mediante una crítica concreta y razonada todos y cada uno de los argumentos expuestos en ella (conf. C.S.J.N., Fallos: 303:109; 304:1048; 305:301; 307:1735; 311:1133; 312:1716; 313:1077; 319:123).

La síntesis de la cuestión en análisis resulta efectuada en forma prístina por el Dr. Ricardo Borinsky en causas número 11.618 (Registro de Presidencia 40.717) caratulada: “G., A. s/ recurso de casación” y su acumulada número 11.773 (Registro de Presidencia 40.718), caratulada: “A., M. A. s/recurso de casación” del. 2/11/2011, donde sostuvo que *“La función de esta Sala no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del tribunal de primera instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si debemos (argumento del artículo 8.2.h. de la CADH) verificar que, efectivamente, el tribunal de grado contó con suficiente prueba sobre la comisión del hecho y la intervención que en el mismo le cupo a los imputados, para dictar sus condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de comprobar que en la preceptiva motivación del veredicto se expresa el proceso de su raciocinio de manera lógica y convincente (cfr. en lo pertinente STS. 1125/2001 de 12.7).*

Por otras palabras, corresponde a la Sala verificar que el tribunal sentenciador ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en el veredicto, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo y abastezcan la certeza que se dice alcanzada”.

Pero para que el tribunal revisor pueda abarcar dichas cuestiones ello dependerá de la actividad misma de la parte interesada.

A tal efecto resulta necesario que el recurrente sea preciso al momento de denunciar este tipo de agravios, puesto que resulta imprescindible acotar el trabajo de revisión judicial exclusivamente a las partes esenciales de las sentencias impugnadas.

En este sentido es carga de la parte agraviada fijar con claridad cuál es la afirmación del tribunal que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración.

Los agravios señalados por el recurrente deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, del mismo modo que la prueba ofrecida debe ser pertinente y suficiente para demostrar el error en el que han incurrido los jueces.

Dicha situación no sucede cuando los impugnantes hacen uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.

Formuladas las aclaraciones del caso, y frente a lo que sostiene el impugnante, el "a quo" expresó las razones que lo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

llevaron a decidir como lo hizo, sin que se advierta que haya incurrido en afirmaciones absurdas o arbitrarias al tener por acreditada la reconstrucción histórica de los hechos en los términos propuestos, como quedara plasmado al tratar las cuestiones segunda y tercera del veredicto oportunamente cuestionado.

A fin de probar tanto la existencia del hecho como la autoría penalmente responsable del aquí imputado, el “a quo” realizó un pormenorizado análisis de las distintas piezas probatorias reunidas en la I.P.P. -sin oposición de las partes, en virtud del juicio abreviado celebrado entre las mismas-, que lo llevó a no dudar de colocar ese extremo en cabeza de G., no evidenciándose vicios lógicos que logren conmover la conclusión a la que llegó.

Para ello tuvo en cuenta que la investigación se inició en virtud de la denuncia formulada por P. H., G. A. quien dio aviso a la autoridad policial dando cuenta que autores ignorados habían ingresado en el domicilio de R., M. N. y se apoderaron ilegítimamente de bienes muebles de propiedad de este último.

Ello generó que personal policial realizara tareas de investigación consistentes en relevamiento en dicho domicilio, en cuyo marco se pudo advertir la presencia de una carpeta plástica la que contenía una huella dactilar, la que posteriormente fue cotejada mediante sistema AFIS, arrojando como resultado que la misma pertenecía al aquí imputado G., L. J. – dígito pulgar izquierdo -.

Finalmente formó convicción respecto del testimonio de la víctima de autos, R., N. M., quien refirió no conocer al imputado, como así tampoco que el mismo tuviera autorización para ingresar en su domicilio.

Conforme lo hasta aquí expuesto, considero que los argumentos que dan sustento al recurso impetrado en favor de G. contravienen directamente la prueba testimonial que dió inicio a la

investigación, la que se halla en concordancia con el resto de las diligencias llevadas a cabo en la instrucción.

En esta misma línea debe ser rechazado el cuestionamiento introducido por la defensa de G., consistente en poner en duda la presencia del mismo en el escenario de los hechos sobre la hipótesis que la huella dactilar podría haber sido a consecuencia de un contacto involuntario o no en la vía pública o en otro lugar. Basa su postura en el hecho en que la víctima de autos nunca fue interrogada si esa carpeta había sido utilizada en otro lugar que no fuera en su domicilio, donde podría haber quedado estampada la huella del imputado.

Las afirmaciones expuestas por el quejoso no encuentran sustento en la prueba rendida en la investigación, resultando insuficiente el reclamo efectuado en base al principio “in dubio pro reo”, ya que si era intención de la defensa que la víctima fuera interrogada sobre esa circunstancia debería haberlo propuesto en el marco de la I.P.P. o en defecto desistir del trámite de juicio abreviado y plantear dichas cuestiones en el marco del debate oral, con el objeto de probar las distintas hipótesis propuestas, resultando improcedente en esta instancia el planteo formulado por la defensa técnica de G..

De este modo, no puede ser atendido el agravio relativo a la movilidad del elemento donde fue encontrado el rastro papilar del encausado en uno de los objetos que se hallaba dentro del inmueble violentado, desde que no se esboza explicación exculpatoria alguna, máxime tendiendo en cuenta que la intervención de los expertos tuvo lugar en un tiempo exiguo sin que se hubieran verificado manipulaciones inadecuadas o un desaconsejado tránsito previo de personas por la zona a pesquisar, de modo que nada autoriza a pensar que podría haberse verificado alguna irregularidad que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

privara de validez al procedimiento examinado ni ello viene alegado por el recurrente.

En estos términos, el "a quo" pudo arribar a la conclusión que dichas probanzas son suficientes para tener por acreditada dicha actividad, al tiempo que el recurrente, al formular sus agravios, no logra conmover la decisión final a la que arribaran los Magistrados votantes.

En este sentido considero que el órgano jurisdiccional posee amplia atribución para seleccionar los medios de prueba y para apreciarla, ya que tan sólo debe ajustar sus conclusiones a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común y sentido común cuya aplicación queda sometida a la rectitud, prudencia y sabiduría de los jueces (ver Carreras, Eduardo, *"La sana crítica y el testimonio del coprocesado"*, J.A., 15-1972, pág. 629; C.Fed., Sala I, L.L., del 18/12/1995, f. 93.861 y conf. STJ DE FORMOSA, Causa: "Romberg, Hugo Ramón s/Instigación y participación sec. de homicidio doblemente calif.- Romberg, Carmen Alcira s/Participación necesaria de homicidio doblemente agravado-Benítez Ramírez, Cristóbal- López, Cándido Salvador s/ Homicidio" - Sentencia N° 1618/02- de fecha 09/09/02) y es lo que se ha hecho en la presente.

Las reglas de la sana crítica que guían al juez en la valoración de las circunstancias fácticas, según Couture, son aquellas pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Por su parte, Vélez Mariconde define al método de la sana crítica como aquél *"que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio,*

todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común" (Vélez Mariconde, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", Bs. Aires, 1969, Ed. Lerner, Tº 1).

Los argumentos utilizados por el impugnante no constituyen mas que una fragmentaria, parcial y subjetiva valoración de los elementos de prueba computados por el "a quo", resultando los mismos insuficientes para demostrar la existencia de vicios graves y manifiestos que permitan descalificar el fallo como un pronunciamiento judicial válido, de modo tal que la sentencia atacada cumple con todos los recaudos legales, por lo que estimo que el material probatorio es suficiente para concluir en la responsabilidad penal del encausado, no advirtiéndose apartamiento alguno a las reglas de la lógica y la experiencia.

Es a todas luces evidente que las conclusiones de la sentencia impugnada se basaron en un lógico razonamiento que no presenta fisura alguna de prueba pertinente, seria, decisiva y convincente, luciendo el reclamo insuficiente, siendo las críticas efectuadas consideraciones meramente dogmáticas que no alcanzan a conmover lo decidido, debiendo decaer el motivo de agravio esgrimido que demanda la absurda valoración de la prueba en la autoría del acusado (arts. 1, 209, 210 y 371 incs. 1 y 2, y 373 del Rito; 171 de la Constitución Provincial; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h) y 25 de la C.A.D.H.; y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P).

IV. Finalmente, haré mención a los agravios introducidos con posterioridad por el Sr. Defensor Oficial ante esta Casación, de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

que propondré su rechazo, por considerar que los mismos resultan extemporáneos.

En este sentido coincido plenamente con lo expresado por la Dra. Carmen Argibay en el precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) al delimitar los alcances de la garantía constitucional de la doble instancia. Dijo allí que “...el carácter total de la revisión no implica *per se* que el examen que el tribunal del recurso realice respecto de la sentencia de condena deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la Defensa. Ello así porque, al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la sentencia le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador...”.

De la misma forma se ha expedido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los precedentes P. 100.511, sent. del 24/II/2010 y P. 108.584, sent. del 17/II/2010.

En síntesis, aquello que no fue cuestionado en el recurso originario, llega firme ante esta sede, no correspondiendo el tratamiento de aquellos puntos de la sentencia que la parte consintió, aunque sea tácitamente, pues consentimiento implica conformidad.

Por todo lo expuesto, voto por la negativa.

A la misma segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

A la tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Visto el modo en que ha quedado resuelta la cuestión precedente, estimo que corresponde: 1) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por el Defensor Oficial a cargo de la Defensoría nro. 3 de la Ciudad de Olavarría, Dr. Martín Alberto Marcelli, en favor de G., L. J. (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h) y 25 de la C.A.D.H.; y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P; 395, 401, 421, 450, 451, 454 inc. 1 y concordantes del C.P.P.); 2) Rechazar el mismo por improcedente, con costas en esta instancia y por inadmisibles los nuevos motivos de agravio deducidos por el Señor defensor adjunto ante este Tribunal (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 40, 41, 54, 167 incs. 3 y 4 en función de lo normado por el art. 163 inc. 4, todos del C.P., 171 de la Constitución Provincial, arts. 203, 205, 206 y ccdtes., 338, 451, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.; leyes 12.155, 17.671, 22.117, 25.326) y; 3) Tener presente la reserva del Caso Federal efectuada por el interesado (art. 14 Ley 48).

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:

I. Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por el Defensor Oficial a cargo de la Defensoría nro. 3 de la Ciudad de Olavarría, Dr. Martín Alberto Marcelli, en favor de G., L. J..

Arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h) y 25 de la C.A.D.H.; y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P; 395, 401, 421, 450, 451, 454 inc. 1 y concordantes del C.P.P.-

II.- Rechazar el mismo por improcedente, con costas en esta instancia y por inadmisibles los nuevos motivos de agravio deducidos por el Señor defensor adjunto ante este Tribunal.

Arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 40, 41, 54, 167 incs. 3 y 4 en función de lo normado por el art. 163 inc. 4, todos del C.P., 171 de la Constitución Provincial, arts. 203, 205, 206 y ccdtes., 338, 451, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.; leyes 12.155, 17.671, 22.117, 25.326.

III.- Tener presente la reserva del Caso Federal efectuada por el interesado.

Art. 14 Ley 48.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

FDO.: MARIO EDUARDO KOHAN - CARLOS ÁNGEL NATIELLO
ANTE MÍ: Olivia Otharan
