

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 48

Año: 2015 Tomo: 2 Folio: 372-384

**EXPEDIENTE: 2111754 – C.L.A. S/ EJECUCIÓN DE PENA PRIVATIVA DE LA
LIBERTAD - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

SENTENCIA NUMERO: CUARENTA Y OCHO

En la Ciudad de Córdoba, a los diecinueve días del mes de marzo de dos mil quince, siendo las ocho y treinta horas, se constituyó en audiencia pública el Tribunal Superior de Justicia, en pleno, presidido por el señor Vocal doctor Domingo Juan Sesín, con asistencia de los señores Vocales doctores Aída Tarditti, María Marta Cáceres de Bollati, Luis Enrique Rubio, Carlos Francisco García Allocco, María Susana Blanc G. de Scapellato y Guillermo Lucero Offredi a fin de dictar sentencia en los autos caratulados **"C.L.A. s/ejecución de pena privativa de libertad- Recurso de Inconstitucionalidad-" (Sac N° 2111754)**, con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Asesor Letrado del 27° Turno, Dr. Mariano Brusa, defensor del condenado L.A.C., en contra del Auto Interlocutorio número cuatro del veintiuno de mayo de dos mil doce, dictado por el Juzgado de Ejecución Penal de Tercera Nominación, de esta ciudad de Córdoba.

Abierto el acto por el Sr. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido en autos en contra de la ley 9680?

2º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en forma conjunta.

A LA PRIMERA CUESTION:

Los señores Vocales doctores Domingo Juan Sesín, Aída Tarditti, María Marta Cáceres de Bollati, Luis Enrique Rubio, Carlos Francisco García Allocco, María Susana Blanc G. de Scapellato y Guillermo Lucero Offredi, dijeron:

I. Por Resolución Interlocutoria n° 255, del 17 de agosto de 2011, dictado por el Juez de Ejecución Penal de Tercera Nominación, Dr. Gustavo Arocena de esta ciudad de Córdoba, resolvió: *"No hacer lugar al recurso de reposición interpuesto por el abogado defensor de L.A.C., contra el decreto dictado con fecha 01/03/2012 por este Juzgado de Ejecución Penal de Tercera Nominación (art. 457, a contrario, C.P.P.)"* (fs. 13 vta.).

II. El Asesor Letrado del 27º Turno, Dr. Mariano Brusa, defensor de L.A.C., presenta recurso de inconstitucionalidad (CPP, art. 483) en contra de la citada resolución, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 correspondientes al Título II de la ley 9680 que crean y regulan el Registro Provincial de Personas Condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual. Aduce que la recolección, sistematización y almacenamiento de datos personales -incluso de aquellos denominados sensibles por la ley 25326- constituyen injerencias abusivas en la vida privada y en la intimidad de las personas afectadas por cuanto carecen de un fin legítimo. Expone que es así por cuanto no es compatible con los propósitos de la constitución nacional y de los pactos y tratados internacionales de derechos humanos a ella incorporados. Además

considera que dichas normas no son proporcionales en orden al objetivo pretendido, y cita los arts. 1 y 28 de la CN (fs. 17 y vta.).

También entiende que el art. 27 de la aludida ley provincial es inconstitucional porque viola el principio de legalidad (arts. 18, 75 inc. 12 y 126 de la CN y arts. 1 y 16 inc. 1° de la Const. Prov. (fs. 17 vta.). Asimismo, solicita la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 del título III de la ley 9680 en tanto imponen "reglas de convivencia", por cuanto afectan el derecho a la privacidad (arts. 18, 19, 43 -tercer párrafo- y 75 inc. 22 de la CN: art. 11.2 CADH; art. 50 de la Const. Prov.). Sostiene que también se vulnera el principio que prohíbe una doble persecución penal por parte del Estado (arts. 1 del CPP; art. 39 Const. Prov.; art. 75 inc. 22 CN, CADH art. 8.4; PIDCyP art. 14.7). Y también al principio que ordena la duración razonable del proceso (art. 39 de la Const. Prov.; art. 9.3 del PIDCyP) -fs. 17 vta.-.

Considera que deben declararse inconstitucionales los arts. 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 del Título IV que prevén sanciones administrativas en caso de que las reglas de convivencia sean incumplidas, porque afectan al principio *ne bis in ídem* (art. 1 CPP; art. 39 Const. Prov.; art. 75 inc. 22 CN, CADH, 8.4; PIDCP, 14.7) y también al derecho a la privacidad (art. 19 de la CN). Luego de ofrecer argumentos a favor de la tempestividad (fs. 18/20 vta.), adversidad (fs. 20 vta./21), e impugnabilidad objetiva de la resolución (fs. 21/22), proporciona las razones de admisibilidad sustancial de los agravios (fs. 22 vta./37).

Expone que la recolección por parte del Estado de datos personales (y sensibles), la prohibición de desempeñar servicios públicos o semipúblicos en los que estuviesen involucrados menores de edad, y las aludidas reglas de convivencia, no constituyen agravios conjeturales. Entiende que son restricciones derivadas de la condena (fs. 21 vta./22).

Pide que si se considerase que el planteo de inconstitucionalidad debe hacerse recién al momento en que el condenado acceda a egresos anticipados ello importaría una denegación de justicia (fs. 22).

Dice que si con relación a la inconstitucionalidad de los arts. 14 a 19 y 20 a 26 de la ley 9680 se considerara que esta vía es improcedente por falta de interés actual, solicita que se dé tratamiento a este segmento del recurso como *acción de inconstitucionalidad* (citando el art. 165 inc. 1, apartado "a" de la Const. Prov.) (fs. 22).

III. A fin de analizar la viabilidad del recurso cabe atender a las siguientes constancias de la causa:

a) C. fue condenado por un delito en contra de la integridad sexual, sentencia que se encuentra firme y en cuya ejecución interviene el Juzgado de Ejecución de 3° Nominación del Centro Judicial Capital.

b) Por decreto de fecha 1/4/12, el Juez de Ejecución por aplicación de los arts. 4 a 7 y cc de ley 9680, dispuso que personal idóneo de la Dirección de Policía Judicial extraiga una muestra de material biológico del condenado para su posterior remisión al Centro de Genética Forense del Poder Judicial a efectos de determinar la identificación del nombrado. Además, dispuso que esa identificación genética fuera remitida para su debido asentamiento en el Registro Provincial de Personas Condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual (fs. 01).

c) El Sr. Asesor Letrado, quien ejerce la defensa técnica del interno C., interpuso recurso de reposición contra dicha resolución. Planteó que el art. 7 de la ley 9680 en el que se apoya la decisión del Juez de Ejecución es "manifiestamente inconstitucional" por cuanto vulnera el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona sin que haya una causa que lo autorice. También expresó que no existe una causa o proceso donde se investigue a su defendido por la supuesta comisión de un hecho delictivo,

por lo que no habría autorización para la extracción compulsiva de material histológico (fs. 06).

d) Por Auto nº 4 de fecha 21/5/12 el Sr. Juez de Ejecución resolvió no hacer lugar al recurso de reposición.

No obstante considerar extemporánea la cuestión constitucional, porque razonó que la existencia de la "sentencia firme" a la que alude el art. 7 de la ley 9680 era conocida por el imputado y su defensa técnica al tiempo del cómputo de la pena, momento en que debió introducir la cuestión, ingresó al examen de la regularidad de esa regla.

Manifestó que la intimidad es un derecho constitucionalmente tutelado, pero que la inscripción a la que refiere el art. 6 de la ley 9680 constituye una "injerencia" en dicha esfera toda vez que permite el acceso a determinados "datos sensibles". Sin perjuicio de ello, dice que no se trata de una intromisión arbitraria por cuanto los arts. 14 y 28 de la CN facultan al congreso a reglamentar los principios, garantías y derechos reconocidos en la Carta Magna. Extrae de ello que los derechos constitucionales no son absolutos. Dice que la identificación genética ordenada por la aludida ley tiende a cumplir con la obligación constitucional de "afianzar la justicia" mediante la persecución, juzgamiento y castigo de los hechos delictuosos que afecta la convivencia social pacífica. Ése es el valor, según razona, que debe ser ponderado con el derecho a la intimidad. En ese juicio debe medirse la razonabilidad de la restricción. Concluye que la preservación del derecho a la intimidad encuentra una razonable restricción frente al interés represivo del Estado, que autoriza el registro de determinados datos sensibles bajo estrictas condiciones de reserva, confidencialidad, inviolabilidad e inalterabilidad, estando su uso subordinado al expreso requerimiento de autoridad judicial con la exclusiva finalidad de identificar a personas eventualmente responsables en el curso de una investigación

penal determinada (fs. 13 vta.).

IV. Examen de la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad

1. Como es sabido, las cuestiones constitucionales relativas a normas pueden, según los casos, canalizarse a través de diferentes vías ante el Tribunal Superior de Justicia.

Una de ellas es de carácter preventivo, se particulariza por ser "**declarativa**" y procede cuando la norma impugnada no ha sido efectivamente aplicada, procurando impedir su ejecución. En el sistema cordobés, la acción de inconstitucionalidad de carácter "**preventivo**" o "**declarativo**" compete originaria y exclusivamente al Tribunal Superior de Justicia (art. 165 inc. 1, apart. a), Const. Pcial.).

Otra de las vías es de carácter "**represivo**" que presupone la aplicación, al caso concreto, del dispositivo legal cuestionado, persiguiendo el demandante la reparación del derecho presuntamente vulnerado. La inconstitucionalidad de carácter "**represivo**" corresponde -en primer término- a los tribunales inferiores y sólo luego del agotamiento de las instancias ordinarias al Tribunal Superior de Justicia por la vía del recurso de inconstitucionalidad (art. 165, 2, Const. Pcial.).

Lo señalado precedentemente conforma una constante doctrina del Tribunal Superior de Justicia (conf. "Banco Social de Córdoba c/ Municipalidad de San Francisco", Sent. Nro. 50 del 05/08/83, L.L. Córdoba, 1984, p. 239 y ss.), a través de la cual se ha puesto de manifiesto que nuestro régimen procesal conoce las dos vías clásicas que aseguran la efectiva aplicación del texto constitucional.

2. El impugnante ha traído un conjunto de cuestionamientos a diversas disposiciones contenidas en la ley n° 9680 a través del recurso de inconstitucionalidad pero, como se verá, en algunos casos se puede tratar de materia propia de la acción de inconstitucionalidad y sólo parcialmente

será admisible el recurso.

a) En efecto, los cuestionamientos en torno a los arts. 14 a 19 y 20 a 26 de la ley 9680 versan sobre un régimen de medidas posteriores a la libertad condicional del condenado por un delito en contra de la integridad sexual, que establece un régimen de convivencia y coloca en cabeza de la Policía de la Provincia un conjunto de atribuciones de vigilancia que inclusive se expanden por períodos de años posteriores al cumplimiento de la pena (arts. 14 a 19) y un régimen de sanciones contravencionales por la infracción a las reglas de convivencia (arts. 20 a 26). Otro tanto respecto del cuestionamiento del art. 27 de la citada ley, que establece la prohibición para desempeñarse en servicios públicos o semipúblicos a quienes se encuentran inscriptos en el Registro (art. 27).

Se trata, por tanto, de **cuestionamientos que incluyen disposiciones que no han sido aplicadas**, lo que ya descarta la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, sin perjuicio que puedan articularse a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad, conforme a las exigencias previstas para esa vía. Si bien esta acción es también competencia del Tribunal Superior, se encuentra prevista con otra regulación procesal, tramita por ante la Sala Electoral y de competencia originaria, conforme a las acciones declarativas de certeza o meramente declarativas (arts. 413 y 418, inc. 3, C.P.C. y C.), según el procedimiento de juicio abreviado previsto (art. 507 y subsiguientes del C.P.C. y C).

Adviértase que tampoco el cuestionamiento a estas reglas fue introducido ante el Juez de Ejecución, por lo cual a más de no haber sido aplicadas, **tampoco existe resolución judicial adversa** ("*y la sentencia o auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente*", art. 484 CPP), presupuesto del recurso de inconstitucionalidad, que confirma la inadmisibilidad del interpuesto.

b) En cuanto al cuestionamiento constitucional de las disposiciones aplicadas (arts. 4 a 7 de la ley 9680), se considera admisible el recurso de inconstitucionalidad deducido.

Ello así, porque este Tribunal Superior de Justicia ya se ha expedido sobre el tópico referido a la recurribilidad a través del recurso de inconstitucionalidad de **resoluciones diferentes a la sentencia definitiva** (T.S.J., en Pleno, "Aguirre Domínguez", S. n° 76, 11/12/1997; "Medina Allende", S. n° 61, 25/04/2007; "Alarcia", S. n° 78, 30/04/2008). En tales precedentes se sostuvo que "si la propia Constitución de la Provincia ha estatuido el recurso de inconstitucionalidad dentro de la competencia del Tribunal Superior de Justicia (artículo 165, 2) para asegurar la supremacía de sus normas a través de la interpretación uniforme del Máximo Tribunal de la Provincia, no es posible que la ley infra constitucional restrinja o excluya resoluciones jurisdiccionales como objeto impugnabile en esta vía recursiva. Por ello, esta jurisdicción derivada puede y debe ejercerse contra toda resolución que declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma sin otra condición que el recurso se promueva en un caso concreto y por parte interesada (Cfr. a la doctrina sentada en el precedentes "Molinos Harineros Río de la Plata c/ Municipalidad de Río Segundo", T.S.J., en pleno, 29/5/42, publicado en "Justicia", Revista de Jurisprudencia, Córdoba, T. 2, 1942/43, p. 42). Desde luego que ello a condición que se encuentre en juego la validez constitucional de una norma general y no haya en el proceso otra alternativa de subsanación a través de una instancia recursiva anterior" ("Aguirre Domínguez" y "Medina Allende", cits.).

Asimismo, se estima que la introducción constitucional ha sido **oportuna**, pues fue realizada inmediatamente notificada la defensa de su aplicación por el Juez encargado de la ejecución de la sentencia, y la **resolución judicial ha sido adversa**, sin posibilidad de otra vía recursiva diferente al

recurso de inconstitucionalidad para cuyo conocimiento resulta competente el Tribunal Superior.

V. Centrado el objeto que será materia de tratamiento sustancial en el presente recurso, cabe efectuar una reseña de los argumentos de la defensa, para luego explicitar los fundamentos de la decisión.

1. Los argumentos del recurso acerca de la inconstitucionalidad

Básicamente, el impugnante cuestiona la constitucionalidad de la extracción de una muestra biológica a efectos de la obtención de la identificación genética del individuo y su asentamiento en un registro específico (fs. 22). Señala que la ley 9680 establece que todas aquellas personas que fueron condenadas como autoras penalmente responsables de haber cometido delitos contra la integridad sexual deben ser inscriptas en un registro específico. En particular, sobre la conformación de un legajo con los datos personales de cada una de esas personas (en el que, además, de la identificación genética, se consigna el historial de delitos cometidos, la información relativa al tratamiento médico o psicológico que hubieren recibido por anormalidades o trastornos mentales y una copia de la sentencia condenatoria) (fs. 22 vta./23).

Objeta, en primer lugar, que el art. 5 de dicha ley contradice la prohibición existente en el orden nacional que impide la formación de archivos, de bancos o de registros que almacenen datos sensibles para las personas, imponiéndose a los profesionales de la salud, en esos caso, el deber de guardar el secreto profesional (y cita el art. 7 inc. 3° y 8 de la ley 25.236). De ello extrae que "esta actividad importa una grave injerencia en el derecho de las personas a la vida privada" (fs. 23). Sobre el secreto profesional dice que sólo una investigación en curso respecto a un delito concreto constituye una justa causa que autoriza a relevar el secreto profesional en los términos del art. 156 CP (fs. 29 vta.).

Aduce que esa invasión en la esfera íntima de los individuos afecta el derecho a disponer del propio cuerpo derivado del enunciado previsto en el art. 18 CN (fs. 23). Razona que el derecho a no ser sometido a la extracción de tejidos o fluidos es derivado de esa disposición constitucional toda vez que es análogo a los derechos que se conceden contra injerencias al domicilio, a la correspondencia y a los papeles privados. En ese sentido, afirma que es difícil concebir algo más privado que el propio cuerpo. Dice que es un derivado de la autonomía personal el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo. Mantiene que ese ámbito debe mantenerse dentro del concepto de vida privada contenido en las normas internacionales (y cita a los arts. 12 DUCH, 11.2 CADH y 17 PIDCyP (fs. 24). Define a esta potestad individual como el derecho de los individuos a que cierta información referida a ellos no trascienda su esfera individual (fs. 24 vta.).

Si bien el derecho a la intimidad no es absoluto, indica que las restricciones sólo pueden ser válidas si están previstas por una ley persiguen un fin legítimo y cumplen con los requisitos de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto (id. cit.). Cita en apoyo de este punto normas jurídicas y jurisprudencia sobre el hábeas data y sobre derecho a la intimidad (fs. 25/26 vta.).

Recapitula lo expresado por estas fuentes en el sentido de que la recolección, conservación y sistematización de datos personales constituye una injerencia en la vida privada de los afectados. Dice que la compatibilidad de estas medidas restrictivas de derechos fundamentales con la constitución debe determinarse a partir del análisis de legalidad, finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (fs. 26 vta.). Sobre la finalidad, manifiesta que no resulta compatible con otras disposiciones normativas emergentes de las convenciones de derechos

humanos. Dice que a pesar de que el art. 13 enuncia que el único fin de esa ley es la identificación de personas y que queda prohibido cualquier otro tipo de finalidad, ello es sólo aparente. Expone que de acuerdo con lo establecido en el art. 5 de la ley 9680, fundamentalmente se tiende a realizar un "seguimiento social" de ciertas personas. Señala que la ley no define a qué se refiere por seguimiento social, pero a partir de lo que se dispone en el Título III de la aludida normativa en lo relativo a las "reglas de convivencia" concluye que el registro constituye un apoyo logístico y técnico de vigilancia policial. Subraya que ésta incluso se extiende con posterioridad a la condena. Se queja de que se requiera información sobre actividades sociales y laborales de las personas (fs. 26 vta./27 vta.). En apoyo de este punto hace referencia a que estas reglas deben ser cumplidas por los afectados incluso con posterioridad al agotamiento total de la pena, conminándose su incumplimiento con diversas sanciones de 30 a 60 días de arresto. Concluye que, de esta manera, "la registración importa una segregación de cierta categoría de autores a quienes se pretende perseguir o vigilar más severamente". Se queja de que a esta discriminación (o diferenciación) se la haya querido justificar en base a unas supuestas altas tasas de reincidencia que no fueron demostradas por los legisladores (fs. 28 vta.).

Sostiene que el trato diferenciado hacia los abusadores que suponen las regulaciones de esta ley genera una "categoría sospechosa de discriminación". Amparándose en precedentes de la Corte Suprema, invoca que se aplique un "escrutinio estricto" a estos casos. En consecuencia, que se analicen cuidadosamente los fines que se intentan resguardar. Además, que los medios se adecuen a esos fines y que no haya alternativas menos gravosas para alcanzarlos (fs. 28 vta./29).

Dentro de este campo de análisis se ubica también la crítica a que a la ley se la justifique con "un objetivo meramente político [como la] 'seguridad colectiva o pública' en orden a la mayor eficiencia de las investigaciones". Entiende que dicho objetivo puede ser logrado por las autoridades gubernamentales mediante medidas menos gravosas o lesivas (fs. 30). En cuanto a la necesidad, dice que la presente ley no era ni útil ni necesaria en el contexto normativo local por cuanto la recolección y la registración de datos genéticos a tales efectos ya se encontraban previstas en la ley provincial 9217, actualmente reguladas a través de la ley 9864. Hace referencia a los arts. 2, 3, 7 inc. "d" de esta última ley, los que crean un Registro Provincial de Perfiles de ADN para personas imputadas o condenadas (fs. 27 vta.).

Luego aborda la cuestión de la proporcionalidad. Dice que aun si se considerase que la ley 9680 a través de la creación de un registro específico para autores condenados por delitos contra la integridad sexual se propone legítimamente un fin meramente "identificador", tendiente a lograr de esa forma una mayor eficiencia por parte del Estado en investigaciones penales determinadas, conforme a los estándares internacionales esa medida deviene ilegítima desde el punto de vista de la proporcionalidad (fs. 29). Señala que el Estado ha presumido con la presente ley que esta clase de delitos revisten *iure et de iure* la misma peligrosidad. Dice que se prescinde de las características concretas del caso y del tipo aplicado, por lo que de tal forma se aplicarán medidas seriamente restrictivas de derechos en casos que —en concreto— dicha peligrosidad bien pudo haber sido incluso descartada. Da el ejemplo del caso en el que el tratamiento terapéutico practicado durante la condena dé cuenta que no existe riesgo victimológico de ningún tipo o cuando se trate de hechos de escasa gravedad en concreto (fs. 30 y vta.). Hace referencia al efecto estigmatizante que posee la

presente normativa (fs. 30 vta.).

2. Legislación provincial

A. La legislatura de la provincia de Córdoba sancionó el 16/09/2009 la **ley 9680** (B.O. 08/10/2009). En lo que respecta a la presente cuestión, debe tenerse en cuenta que por ese acto legislativo se creó el "**Registro Provincial de Personas Condenadas por Delitos Contra la Integridad Sexual**" (art. 4).

Los objetivos de la ley están expresados en artículo 2, entre ellos se destacan: "[i]mpulsar y planificar procedimientos de control que permitan identificar y controlar el desenvolvimiento social de los delincuentes sexuales, con resguardo de sus derechos y garantías constitucionales"; "[f]ormular programas de asistencia con tratamiento psicológico que facilite la rehabilitación y evite la reincidencia de los condenados"; y otros objetivos enfocados en el tratamiento psicológico de las víctimas de estos delitos o en programas de prevención de los mismos. Asimismo, en los fundamentos del proyecto de ley -que fue tratado en el recinto "sobre tablas"-, surge claramente la finalidad procesal, de asegurar potenciales pruebas futuras, cuando se lee que "[l]a finalidad principal de este registro será facilitar el accionar de la Justicia en la resolución de aquellos casos en que se hubieren cometido delitos de carácter sexual y posibilitar a su vez la consecuente aplicación de las penas correspondientes a los autores de estos crímenes, atendiendo a la especial circunstancia de que un gran porcentaje de ellos resulta ser reincidente en este tipo de delitos. Se ha pretendido a través de este proyecto conciliar la investigación de los hechos y el hallazgo de la verdad material, objetivo del proceso penal, con los derechos fundamentales de las personas, lo cual es un debate permanente que las sociedades debemos resolver. Los avances tecnológicos y científicos deben ser aprovechados para la investigación criminal en

provecho de toda la sociedad estableciendo los límites que para ello resulten necesarios" (Expte. 1913/L/08).

Por su parte, el artículo 5 establece que en una sección del registro se anotarán a "...todas las personas que hayan sido condenadas como autoras penalmente responsables de haber cometido delitos contra la integridad sexual". Además dispone que en su legajo se asentarán "todos sus datos... su código de identificación genética, el historial de delitos y se incorporará la documentación referida al tratamiento médico o psicológico que hubiere recibido por anormalidades mentales o trastornos de la personalidad, como así también copia de la sentencia y todo otro dato y/o antecedente que, con el debido resguardo de los derechos y garantías constitucionales, contribuya a su seguimiento social".

Estipula que la inscripción en el Registro sea realizada de oficio y una vez que la sentencia quede firme (art. 6), para lo cual el examen será ordenado por el Tribunal de condena o el Juez de ejecución, según corresponda (art. 7).

El registro "no es público, y en consecuencia establécese que todas las constancias o datos obrantes en el mismo son de contenido estrictamente confidencial y reservado, y sólo podrán ser suministrados mediante una orden expresa emanada de una autoridad judicial que lo autorice" (art. 10). La información contenida en el registro será conservada de tal forma que "su inviolabilidad e inalterabilidad absoluta quede asegurada (art. 11).

Estas disposiciones no están necesariamente implicadas con las otras que han sido objeto de cuestionamientos constitucionales (régimen convivencial, contravencional e inhabilidad para ciertas actividades vinculadas con servicios públicos o semipúblicos) y no serán objeto de tratamiento sustancial por versar sobre materia propia de la acción de inconstitucionalidad.

Estos núcleos de regulaciones diferentes persiguen fines diferentes. Incluso así lo entendieron algunos legisladores (v. gr. el legislador Birri, quien rechazó el proyecto pero consideró ponderables las disposiciones del título I y II —ver Diario de sesiones, año 2006, tomo 6, pp. 4105 a 4112). También el impugnante organiza sus agravios de manera separada.

En materia de inconstitucionalidades, cuando el acto legislativo puede ser legítimo en una parte e ilegítimo en otra, si ambas son independientes la declaración debe ceñirse a esta última, quedando subsistente la restante (de este modo lo ha entendido este TSJ, en pleno, en "Allende", S. n° 101, 1/10/2003; "Carmona", S. n° 321, 12/12/2007; entre otros; o la Sala en, v. gr. "Espindola", S. n° 100, 21/04/2010").

B. Con posterioridad, se dictó la **ley 9864** (2010) que crea en el ámbito del Poder Judicial el **Registro Provincial de Perfiles de ADN** (art. 2), que tiene por objeto, en lo que aquí interesa facilitar "el esclarecimiento de los hechos sometidos a investigación judicial penal, particularmente en lo relativo a la individualización de los responsables penales, y a la identificación de personas fallecidas, desaparecidas o extraviadas" (art. 4, a).

La información contenida en el Registro Provincial de Perfiles de ADN "tiene carácter confidencial y secreto", no puede solicitarse o consultarse "para otros fines o instancias distintos a los expresamente establecidos" y bajo "ningún supuesto... puede ser utilizado como base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad u honra de persona alguna" (art. 5).

Esta ley fue materia de reglamentación del Tribunal Superior de Justicia, conforme a las propuestas del Comité de Expertos (integrado por Acuerdo N° 38, Serie "A", del 16/02/2011), que aprobó el reglamento sugerido, que integra el Anexo del Acuerdo Reglamentario n° 1136, Serie A, del 17/12/2012. Se trata por tanto de una reglamentación posterior al dictado de

la resolución judicial cuestionada.

Esta reglamentación posibilitó la aplicación de la ley 9864, el registro incluye una Base de Datos Genéticos, conformada por perfiles de ADN o perfiles genéticos que, en una primera etapa, incluye imputados y condenados por ciertos delitos, entre ellos los atinentes a la integridad sexual contemplados por los arts. 119, 120, 124 a 127 y 130 del C.P. El Registro funciona en el Instituto de Genética Forense del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, y los datos sólo podrán ser consultados por "Cámaras, Juzgados y Fiscalías, y siempre mediante orden expresa que quedará archivada en el Registro" (art. 4, Reglamento). La muestra biológica cuando se trata de personas identificadas como es el caso, es tomada por personal técnico previo consentimiento o por orden judicial (art. 6, Reglamento).

3. Análisis de los cuestionamientos constitucionales

El recurrente cuestiona la constitucionalidad de las normas que disponen la registración y sistematización de muestras genéticas bajo dos argumentos. Por una parte, dice que la ley nacional 25.326 prohíbe la conformación de este tipo de registros de "datos sensibles". Por otro lado, entiende que la presente ley viola el derecho a la intimidad.

A su vez, para fundamentar esa segunda línea de crítica, manifiesta que vulnera la intimidad de las personas porque la finalidad no es legítima; ya existe otra ley provincial que creó un registro de datos genéticos, y la ley no es razonable.

Estos cuestionamientos se analizarán y responderán a continuación.

A. Análisis de la compatibilidad con otras leyes.

La *primera línea* de ataque del recurrente en contra de la constitucionalidad de la ley 9680 es presentada como un argumento de jerarquía de leyes, donde la ley provincial estaría en una relación de contradicción con una ley nacional, que la invalida. Sostiene que la ley 25326 prohíbe la confección de

este tipo de registros. El gravamen constitucional radicaría, así, en la contradicción con una ley superior (arg. art. 31 CN). La *segunda línea* crítica del recurrente, es que la presente regulación no sería, a su juicio, necesaria ni útil, porque la recolección y registración de datos genéticos ya se encontraba prevista en la ley provincial 9217, que actualmente está regulada a través de la ley 9864 que crean el registro provincial de perfiles de ADN.

En los últimos años han proliferado esta clase de registros. Figari enumera, a propósito de la sanción de la ley nacional 26879 de Registro Nacional de Datos Genéticos para los delitos contra la integridad sexual (B.O. 24/7/13), las provincias que han creado bancos de datos análogos, a saber: Mendoza, Neuquén, Tucumán, Corrientes, Buenos Aires, Chubut, Chaco, San Luis, San Juan, La Pampa, Salta, Misiones, Entre Ríos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Formosa Santa Cruz. También cita antecedentes de derecho comparado: Brasil, Canadá, España, Italia, México, Francia, Uruguay, entre varios otros (*Sobre la ley 26.879...*, en Revista Derecho Penal y Criminología, Año III, N° 9, Ed. La Ley, pp. 193 a 197).

a) La ley 9680 y la ley 25326.

El recurrente no ingresa en la cuestión de la naturaleza jurídica de la presente ley provincial n° 9680. Si fuera, por ejemplo, de orden procesal, el éxito de su pretensión debería salvar el escollo de que en dicha materia las provincias no han delegado el poder a la nación. Vale decir que el argumento de la jerarquía de las normas no funcionaría del mismo modo. O también si la específica disposición de la ley 25326 que invoca es una reglamentación del art. 43, 3er. pár. CN (*hábeas data*).

No obstante, dicho análisis no es necesario porque la ley 25326 en la que se basa contiene una disposición que deja al margen del ámbito de aplicación al presente registro. En lo que sigue mostraremos cómo identificar esa norma.

La ley de protección de datos personales fue sancionada en el año 2000. Sus objetivos fueron la "protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional" (art. 1). Establece una protección especial para los "datos sensibles" (art. 2), entre los que se encontrarían, según el defensor, los relativos al ADN de las personas. Como se ha señalado, una interpretación fiel al espíritu de la ley lleva a entender que se encuentran sujetos a su ámbito de aplicación los datos que obren en un registro cuando el tratamiento o evaluación de éstos tenga relevancia para violar potencialmente derechos cuya tutela se procura (TSJ, en pleno, "Manzanares", Sala Electoral y de Competencia originaria, Al n° 35, 9/9/2009).

Es claro que nuestra Ley de Protección de datos Personales positiviza el llamado derecho a la "autodeterminación informativa". En efecto, consagra el "consentimiento" como condición de licitud del tratamiento de datos de esta índole (art. 5 de la ley 25.326).

Pero la regulación de ese derecho no es absoluta. Reconoce excepciones, en tanto dispone que "no será necesario el consentimiento cuando [los datos] se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal" (art. 5, inc. 2°). Más específicamente, sobre estas funciones exclusivas del Estado, el art. 23.2° establece que "[e]l tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública... sin consentimiento de los afectados, queda limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios

para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquéllos para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Los archivos, en tales casos, deberán ser específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad".

Resulta incuestionable que el registro provincial creado por la ley 9680 se subsume en esta excepción. El objetivo del legislador provincial, en lo que aquí interesa, fue crear un banco informativo de condenados por sentencia firme de delitos de abuso sexual para facilitar ulteriores investigaciones criminales de ese fenómeno delictivo que incluye la identificación genética. Si otros objetivos (vigilancia social, prevención) son o no legítimos en la modalidad concreta plasmada en otro conjunto de reglas, se reitera que, en todo caso, podrá ser materia de la acción de inconstitucionalidad porque en el caso concreto no han sido aplicadas, tampoco se introdujeron ante el Juez y por ello no integran la resolución judicial adversa.

Desde esa perspectiva, el Registro creado por la ley 9680 se enmarca perfectamente en las finalidades de "seguridad pública" o "represión de los delitos" a las que la misma ley nacional deja fuera de su alcance. A su vez, las disposiciones de la ley provincial sobre la seguridad en el tratamiento de esos datos, cumple perfectamente con el mandato de que *"deberán ser específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad"*, como lo establece la ley 25.326.

Tampoco contradice el secreto profesional protegido por el CP art. 156. Ello así por cuanto se establece el carácter secreto y limita el informe a la orden judicial (art. 10) y su aplicación a la identificación de personas investigadas en un proceso penal (art. 13).

b) La ley 9680 y la ley 9864.

La segunda línea de cuestionamiento del recurrente, consiste en que la presente regulación no sería, a su juicio, necesaria ni útil. Manifiesta en tal sentido que la recolección y registración de datos genéticos ya se encontraba prevista en la ley provincial 9217, que actualmente está regulada a través de la ley 9864. Dice referirse especialmente a los arts. 2, 3, y 7 inc. "d" de esta última ley, los que crean un registro provincial de perfiles de ADN para personas imputadas y condenadas.

En este sentido, cabe señalar que la ley 9217 fue derogada por la ley 9864, pero ésta no se encontraba reglamentada a la época en que el Juez de Ejecución dispuso la aplicación de las normas que son objeto de tratamiento en el recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, como puede advertirse, el decreto del Juez es de fecha 1/3/2012, mientras que la reglamentación de la ley 9864 fue efectuada al aprobarse el Reglamento del Comité de Expertos por el Acuerdo Reglamentario n° 1136, Serie A, del 17/12/2012, es decir con posterioridad a la interposición del recurso deducido en contra de la resolución judicial que rechaza la pretensión de inconstitucionalidad de las disposiciones aplicadas consistentes en ordenar la extracción de la muestra biológica para determinar el ADN del condenado y remitirla al Registro.

En lo que aquí interesa, esta ley posterior mantiene la creación del Registro Provincial de Perfiles de ADN, pero en importante innovación se trata de un banco de datos genéticos en la órbita del Poder Judicial y con fin exclusivamente destinado a la investigación de delitos.

En el **área de superposición de disposiciones**, esto es la que establecen en la ley 9680 que en el Registro de Delincuentes Sexuales se asienta el "**código de identificación genética**" (art. 5), el que estatuye que el Juez que disponga la extracción de la muestra biológica debe luego comunicar a ese Registro la "**identificación genética**" (art. 7), al igual que otras

disposiciones referidas a semejantes datos de las víctimas (arts. 8 y 9), han sido **implícitamente derogadas** al entrar en aplicación la ley posterior 9864 que permite ingresar esa misma información al Registro Provincial de Perfiles de ADN.

Si bien el impugnante no esgrimió agravio constitucional alguno a su respecto al entenderla aplicable pese a que entonces no estaba reglamentada, en la actualidad es el régimen normativo aplicable en lo que concierne exclusivamente al área de superposición mencionada.

Aunque en favor de la defensa se interpretara extensible a este nuevo marco legal las mismas objeciones respecto de su contrariedad con la ley 25326, nos remitimos a las razones por las cuales rechazamos esa crítica.

B. Registro de datos genéticos vs. Intimidad.

En este punto mostraremos que el argumento que apela al derecho a la intimidad tampoco puede prosperar, bien sea que se refiera a la inclusión de la identificación genética en el ámbito de la ley 9680 o de la ley 9864.

En una primera aproximación al derecho a la intimidad, es aconsejable distinguirlo del derecho a la privacidad. No pocas veces se confunden estos conceptos o se los emplea incorrectamente como sinónimos. Sin dudas, ambos derivan de ese pilar central de la concepción liberal como es el principio de autonomía individual. Pero se diferencian en que uno y otro proyectan aspectos diferentes de ese valor. Siguiendo en esto a Carlos S. Nino (*Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992) diremos que el derecho a la *privacidad* "es la posibilidad irrestricta de realizar acciones 'privadas', o sea acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer" (Ob. cit. p. 327). En tanto que el derecho a la *intimidad* es "una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás... derecho a que los

demás no tengan información documentada sobre hechos, respecto de una persona, que ésta no quiera que sean ampliamente conocidos. La exclusión de la información documentada se refiere a aquella que es accesible al público en general, aunque haya pasado inadvertida, dado que está registrada en publicaciones, ficheros, etc., a los que cualquiera puede acceder (*no, por cierto, cuando la registración se haya hecho por un propósito muy especial a la que haya acceso restringido*)" -el remarcado nos pertenece p. 328-.

En cuanto a la consagración normativa, el derecho a la privacidad está expresado en el art. 19 de la CN. El derecho a la intimidad está principalmente presupuesto por el art. 18, cuando establece que "el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados"; y en la regulación de la acción de hábeas data (art. 43). Asimismo, en los documentos internacionales incorporados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22: art. 12 DUDH; 11.2 CADH; 17 PIDCyP).

El iusfilósofo que citamos señala que "un elemento específico... del derecho a la intimidad... es la de la adquisición ilegítima de conocimiento sobre un acto o un rasgo propio que uno no quiere que los demás tengan" (p. 328) y considera que "...el derecho a la intimidad puede, en ciertos casos, ceder frente a otros derechos de acuerdo con los criterios sobre conflictos de derechos...". Este autor da ejemplos de preguntas a realizar para determinar si la invasión a la intimidad está o no justificada. A saber: "a) ¿cuál es el propósito de buscar una información personal no documentada?; b) ¿es ese propósito legítimo e importante?; c) ¿es el conocimiento buscado a través de la invasión de la intimidad relevante para el propósito justificatorio?; d) ¿es la invasión de la intimidad el único medio o el menos ofensivo para obtener ese conocimiento?; e) ¿qué restricciones procedimentales se han impuesto en las técnicas de invasión de la intimidad?; y f) ¿qué protección se ha

impuesto al conocimiento personal, una vez que ha sido adquirido?" (p. 329).

En un sentido similar, el impugnante cita jurisprudencia, también, sobre que una restricción al derecho a la intimidad sólo puede ser válida si están previstas por una ley, persigue un fin legítimo y cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (fs. 24 vta.). Ahora bien, para la defensa la presente ley tiene propósitos ilegítimos, pero esta finalidad será rechazada en cuanto al objeto de tratamiento del presente recurso.

Tanto en la ley 9680 (art. 13) cuanto en la ley 9864 (arts. 4 a) y 5) se trata de la registración de la identificación genética con exclusivo fin de investigación de delitos que es compatible con el marco de los derechos fundamentales. Debe considerarse que las pruebas genéticas desempeñan un papel fundamental en las investigaciones surgidas de este fenómeno criminal. La creación de un registro que las almacena y sistematiza busca potenciar esa herramienta en la persecución del delito. Además, la información para ambas leyes es secreta y sólo procede el informe por orden judicial (art. 10, ley 9680, art. 5, ley 9864 y art. 4 del reglamento).

Ambas leyes provinciales, se apartan de otras creaciones registrales donde cualquier ciudadano que acredite un "interés legítimo" puede acceder a los datos de un abusador (ver, p.e., la ley 7222 de la provincia de Mendoza, donde "los interesados" pueden acceder a un sitio especialmente creado en internet y consultar fotografías e historial delictivo de los sujetos registrados). El sistema de ambas leyes en los contenidos superpuestos, garantiza la escrupulosidad en el manejo de la información. De tal suerte, múltiples discusiones suscitadas por la creación de estos registros y su acceso al público han sido eludidas.

En definitiva, pensamos que una lectura radical del derecho a la intimidad se vuelve contraria a los valores que se dice proteger. Piénsese que si la

consecuencia de esta garantía constitucional fuera un derecho *irrestricto* a la autodeterminación informativa, funciones del Estado tan indispensables y cotidianas como las que cumple el registro civil de las personas se verían insalvablemente debilitadas. El funcionamiento de la democracia representativa encontraría un serio obstáculo en este pretendido derecho si la consecuencia de su aplicación fuera ciudadanos innominados. Otro ejemplo de identificaciones no potestativas, y muy conocido en la práctica del fuero penal, es la identificación dactiloscópica. Siguiendo esta línea, su utilización también dependería del consentimiento del sujeto de que sus huellas sean registradas por el Estado. En suma, pensamos que una manera de proteger las garantías individuales es trazar sus contenidos conceptuales razonablemente. Definirlas como ideales inalcanzables para la vida en sociedad puede conducir a su banalización.

Por todo lo expuesto, las normas atacadas transitan incólumes el control de constitucionalidad. El recurrente no ha logrado demostrar que la "repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable".

Así votamos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

Los señores Vocales doctores Domingo Juan Sesín, Aída Tarditti, María Marta Cáceres de Bollati, Luis Enrique Rubio, Carlos Francisco García Allocco, María Susana Blanc G. de Scapellato y Guillermo Lucero Offredi, dijeron:

En virtud de la votación que antecede corresponde:

I. Declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad deducido en contra de los arts. 27, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de la ley 9680.

II. Rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad de los arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de la ley 9680.

III. Con costas (CPP, art. 550 y 551).

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, en Pleno;

RESUELVE: **I.** Declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad deducido en contra de los arts. 27, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de la ley 9680.

II. Rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad de los arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de la ley 9680.

III. Con costas (CPP, art. 550 y 551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman éste y los señores Vocales del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dr. Domingo Juan SESIN

Presidente del Tribunal Superior de Justicia

Dra. . Aída TARDITTI

Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis Enrique RUBIO

Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Carlos Francisco GARCIA ALLOCCO

Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Marta CACERES DE BOLLATI

Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Susana BLANC G. DE SCAPELLATO

Vocal de Cámara

Dr. Guillermo LUCERO OFFREDI

Vocal de Cámara

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI Secretario

Penal del Tribunal Superior de Justicia