

///la ciudad de Buenos Aires, a los 10 días del mes de diciembre del año dos mil diez, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Mariano González Palazzo como Presidente, y los doctores Gustavo M. Hornos y Augusto M. Diez Ojeda como Vocales, asistidos por la Prosecretaria de Cámara, doctora María Eugenia Di Laudo, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 61/76. de la presente **causa Nro. 13.016** del Registro de esta Sala, caratulada: "**FERETTON, Carlos Daniel s/recurso de casación**"; de la que **RESULTA:**

I. Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, en el marco de la causa n° 5397 de su registro, con fecha 23 de febrero de 2010, resolvió CONFIRMAR la resolución del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Isidro, que a su turno había dispuesto RECHAZAR el planteo de nulidad introducido por Carlos Daniel FERETTON (fs. 52/53 y fs. 17/19 vta. respectivamente).

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación el Sr. Carlos Daniel FERETTON, con el patrocinio letrado del doctor Carlos Martín CAPRARULO (fs. 61/76), el que fue concedido a fs. 126/127 por resolución de esta Sala IV n° 13.698.4, que hizo lugar al recurso de queja interpuesto contra la resolución denegatoria de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, obrante a fs. 77/77 vta.

III. Que el recurrente encauzó sus agravios por la vía del inciso 2 del art. 456 del C.P.P.N., invocando errores *in procedendo* que atañen a las formas sustanciales del juicio, es decir, a la inobservancia de las normas de derecho procesal. Entre éstas, invoca que el fallo realizó una interpretación amplia de las pautas previstas por el art. 193 del C.P.P.N., así como que omitió aplicar las prescripciones de los arts. 2 y 79 del código de forma.

Por otra parte, entendió que la resolución incumplió las previsiones del art. 123 del código procesal, que impone la obligación de motivar las sentencias, por cuanto la que nos ocupa sólo contiene una motivación aparente.

Esto es así, afirmó, por cuanto manifiesta dogmáticamente que los elementos colectados habilitan a direccionar la investigación en la forma dispuesta por la juez de grado, sin que en la resolución se detalle o identifique -aunque más no sea de manera somera- cuáles serían esos elementos de juicio colectados que tornen razonable y proporcional a la medida invasiva dispuesta.

Destacó que, con posterioridad a la resolución de la Cámara de Casación Penal que revocó la decisión que permitía la extracción compulsiva de sangre de Carlos Daniel FERETTON (registro n° 5172.4, del 8/9/03), no se agregó elemento de prueba alguno que convenciera de la necesidad de disponer el allanamiento impugnado.

En este sentido, subrayó que, si bien jamás cuestionó que en el caso existieran elementos de juicio que hicieran probable la hipótesis criminal investigada, nunca los mismos -por ser meros indicios, manifestaciones de testigos de oídas, etc- fueron suficientes como para permitir reducir a la víctima del delito a un mero elemento de prueba.

Alegó que la afectación a la que fue sometido Carlos Daniel FERETTON, no resulta ni razonable, ni proporcional, ni adecuada a los

finde de la jurisdicción, ello dado el carácter lesivo que la medida de prueba implicó para la intimidad del nombrado.

Recordó que quien recurre no reviste la calidad de imputado, ni de testigo, sino de víctima del delito, es decir, el presunto beneficiado-interesado en la persecución del delito.

Consideró que la situación a resolver en el presente, en nada se condice con la analizada en el caso "Gualtieri Rugnone de Prieto", recientemente fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por cuanto, como ya se indicó, no se dan en el caso los supuestos que permitan considerar razonable la intromisión en su privacidad.

Fundamentó su postura con doctrina y precedentes jurisprudenciales que la avalarían e hizo reserva de caso federal.

IV. Que, luego de celebrada la audiencia prevista por el art.465 bis, en función de los arts. 454 y 455 del C.P.P.N. (texto según ley 26.374), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Augusto M. Diez Ojeda y Gustavo M. Hornos.

El señor juez Mariano González Palazzo dijo:

a) Que la admisibilidad formal del recurso ya ha sido favorablemente resuelta por el pronunciamiento emitido en autos "FERETTON, Carlos Daniel s/recurso de queja" (reg. N° 13698.4, fs. 126/127).

b) Abordando las críticas del impugnante se advierte que ellas pueden descomponerse en dos núcleos conceptuales.

El primero de ellos reclama determinar si el derecho estatal a conocer la verdad en el marco del proceso penal (art. 193 del C.P.P.N.) permite afectar el derecho de los particulares con una medida como la del caso -allanamiento de la morada del recurrente a efectos de secuestrar elementos personales que permitan determinar si es hijo de personas desaparecidas en el período conocido como Proceso de Reorganización Nacional (1.976-1.983)-; en tanto que el segundo orden de agravios ataca la razonabilidad de la medida dispuesta conforme a los concretos elementos colectados en la causa, atribuyendo al fallo, desde esta perspectiva, el vicio de falta de fundamentación (art. 123 del C.P.P.N.).

c) El planteo referido en primer lugar se vale de la tensión existente entre el interés del Estado en investigar y reprimir el delito -en aras del cual el art. 224 del Código Procesal Penal de la Nación confiere al juez la potestad de ordenar por auto fundado el registro de determinado lugar si hubiere motivo para presumir que en él existen cosas vinculadas a la investigación de un delito, sumado a la posibilidad de disponer el secuestro de esas cosas (art. 231)-, y las garantías individuales que se entienden violadas -en este caso las de Carlos Daniel FERETTON, tales como el derecho de preservar, cuestionar o esclarecer su identidad, el de propiedad, el de disponer de su propio cuerpo, en fin, el de resguardar su intimidad y protegerla de injerencias extrañas-, y sostiene, en este conflicto, la preeminencia de estos últimos derechos.

Pero a esta ecuación, además, se incorporan los derechos de quienes constituirían la familia biológica del impugnante. Ellos también han sido afectados por el delito y pretenden conocer la verdad de los hechos y dilucidar sus vínculos familiares.

En el dilema, "...bueno es recordar que las normas de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados en su art. 75, inc. 22, no impiden ni prohíben en forma absoluta la afectación de los derechos individuales, ni la adopción de medidas que requiera el esclarecimiento de un delito, sino que sólo importan el establecimiento de una serie de recaudos que constituyen un marco protector para que los derechos de los habitantes de nuestro país no sean injustamente vulnerados" (mi voto *in re* "REI, Víctor Enrique s/recurso de casación", reg. N° 13534.4").

d) Nuestro más Alto Tribunal en autos "GUALTIERI RUGNONE DE PRIETO, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años" (G. 291.XLIII, rta. en fecha 11 de agosto de 2.009), ha resuelto una cuestión que confrontaba idénticos intereses, lo que nos obliga a revisar si se presentan en la especie los parámetros tenidos en cuenta por el mencionado fallo para otorgar validez a una medida similar.

En los referidos autos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de resolver si en un proceso penal relativo al delito de sustracción, retención y ocultamiento, supresión y/o alteración de la identidad de menores de 10 años y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas, el secuestro de pertenencias para la realización de un estudio de histocompatibilidad se revela como una medida que afecte derechos fundamentales -art. 19 de la Constitución Nacional-.

Para resolver negativamente el planteo, el alto tribunal valoró que *“...no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, la integridad corporal o la intimidad, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo del recurrente, es más, sin siquiera contar con su participación activa, y su utilización tiene por fin la tutela del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, a través del procedimiento penal, que no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (Fallos 318:2518, considerando 11).”* (Considerando 15), y que *“...la sentencia impugnada no se muestra como violatoria de los derechos y garantías constitucionales, por cuanto su producción no ocasiona una restricción de los derechos de quien aparecería como una de las víctimas del hecho y porque, además, encuentra adecuado fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del Estado de investigar y sancionar los hechos reputados como delitos, máxime cuando, como en la especie, el objeto procesal de autos aparecería en principio vinculado como delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas”* (considerando 20). La disidencia parcial del Juez Petracchi expresó *“14) Que el derecho a preservar la propia identidad y a que ella no sea cuestionada en contra de la propia decisión carece del alcance absoluto que pretende asignarle el apelante. En particular, y en lo que aquí interesa, dicho derecho no podría ser invocado para neutralizar el interés de la sociedad en el esclarecimiento y persecución de los delitos”*.

e) Entiendo que las pautas examinadas resultan plenamente aplicables al caso, en cuanto presentan la identidad de los parámetros necesarios para afirmar, en abstracto, la legitimidad de la medida impugnada.

En efecto, en el caso ya fallado por nuestra Corte Suprema, como en el presente, la presunta víctima del delito de sustracción, retención y ocultamiento, supresión y/o alteración de la identidad de un menor de 10 años, cuestionó la validez del allanamiento tendente a secuestrar pertenencias personales necesarias para la realización de una posterior pericia genética.

Se observa, claramente, que el precedente analizado ha dado ya plena respuesta a los argumentos ensayados por el impugnante con relación a la invalidez, en abstracto, de la medida probatoria dispuesta, de tal modo que, a los efectos de resolver este aspecto del recurso, cobra vida el principio según el cual *"Corresponde que las decisiones de los tribunales inferiores se conformen a la doctrina de la Corte Suprema, dado su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia"* (Fallos: 311:1644; 312: 2007; 316:3191), y que aún más enfáticamente establece que *"Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante (doctrina de fallos 307:1094), toda vez que ello no importa la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste, de donde deriva la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas*

a su juzgamiento (doctrina de fallos: 312:2007)” (del dictamen del Procurador General, al que se remitió la Corte Suprema en autos “CORNEJO, Alberto c/Estado Nacional -Ministerio de Defensa” c. 2583. XLI; RHE, 18/12/2007).

De esta manera, el tratamiento que dio el tribunal *a quo* a la cuestión que aquí concretamente nos ocupa, al considerar que la disposición de la medida de prueba cuestionada “*importó adecuar el sendero de la presente investigación bajo los lineamientos señalados por la novísima doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el antecedente “Gualtieri Rugnone de Prieto”*”, fue la correcta conformidad al criterio impuesto por el Alto Tribunal. Por cuanto el procedimiento que la evaluación del recurso exigía debía inicialmente detenerse a juzgar la equivalencia entre los contenidos relevantes del caso sometido a su decisión y los del fallo citado, antes que desarrollar cualquier argumento autónomo. De esta manera, encontrando que los vínculos entre ambos se presentaban esenciales, concluyó que en virtud de la sustancial analogía que se apreciaba en ambas causas, se imponía -al margen de cualquier opinión en contrario- la obligación de acatar el criterio adoptado por el la C.S.J.N. en similar precedente.

f) En otro orden, el ataque a la razonabilidad de la medida probatoria impugnada, sobre la base a los concretos elementos de la causa, debe ser abordado, inicialmente, desde el argumento expuesto por el recurrente relativo a que con posterioridad a la resolución de la Cámara de Casación Penal que revocó la decisión que permitía la extracción compulsiva de sangre de Carlos Daniel FERETTON (registro n° 5172.4 de esta Sala IV, del 8/9/03), no se agregó elemento de prueba alguno que convenciera de la necesidad de disponer el allanamiento impugnado.

El análisis del referido fallo, que anuló las resoluciones recurridas en cuanto disponían la extracción compulsiva de sangre de

Carlos Daniel FERETTON, me permite afirmar que la cuestión allí resuelta difiere de la que nos ocupa a esta hora, de lo que se deriva la inexistencia de los condicionamientos que el recurrente denunció.

Ello por cuanto en aquella oportunidad se invalidó constitucionalmente la extracción compulsiva de sangre del presunto hijo de desaparecidos -por considerarse como una excesiva coerción física y espiritual-, en tanto en el actual caso se trata de una medida distinta, que no implica una invasión compulsiva en el cuerpo, como aquélla.

La relación entre la anterior resolución de esta sala y el presente *thema decidendum* guarda un claro paralelismo con la sucesión de pronunciamientos que, sobre análogas cuestiones, emitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el precedente "VAZQUEZ FERRA" (Fallos: 326:3758) el Alto Tribunal reconoció el derecho de quienes pueden negar su testimonio, en los términos de los arts. 278 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación, a no ser compelidos a someterse a una extracción de sangre a fin de obtener, mediante una extracción coactiva en el propio cuerpo, muestras destinadas a constituir prueba de cargo en contra de aquellos a quienes la ley autoriza a no incriminar con sus dichos.

En cambio, en el caso "GUALTIERI RUGNONE DE PRIETO", al pronunciarse sobre la legalidad de la medida de prueba ahora impugnada, el tribunal superior consideró "13) *Que el menoscabo que puede provocar la invasión compulsiva en el cuerpo para la obtención de muestras de ADN no puede ser asimilada, sin más ni más, a la mera*

recolección de rastros a partir de desprendimientos corporales obtenidos sin coerción sobre el cuerpo del afectado, medida que, tal como ha sido dispuesta en estos actuados, no podría ser considerada humillante o degradante, y que en tales condiciones, no puede ser objetada constitucionalmente” (disidencia parcial del Juez Petracchi, considerando 13).

No olvidemos, en detrimento de la argumentación del recurrente, que el pretérito pronunciamiento de esta Sala recaído en autos (nº 5172.4) no llegó a analizar los concretos elementos de juicio colectados en el sumario que pudieran tornar irrazonable a la medida de prueba, sino que se limitó a considerar ilegítima a la medida de prueba consistente en la extracción compulsiva de sangre, independientemente de la falta de fundamentación invocada.

De ello se sigue que la alegada continuidad de los mismos elementos de prueba existentes en el legajo en oportunidad del primer pronunciamiento no pueda erigirse *per se* en obstáculo de la legitimidad del allanamiento ahora cuestionado, por cuanto, reiteramos, la concreta razonabilidad de la medida, por entonces, no alcanzó a someterse al control jurisdiccional de este tribunal.

g) Aclarado ello, se advierte que las referencias efectuadas por el tribunal *a quo* relativas a que existen en autos suficientes elementos de convicción que hacen probable la hipótesis criminal denunciada, resultan lejanas del dogmatismo que les atribuye el recurrente, y se aferran fielmente a las constancias de la causa.

En autos se investiga la probable comisión del delito de desaparición forzada de personas, lo que constituye “...una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y que

los estados parte están obligados a respetar y garantizar" (causa "ARANCIBIA CLAVEL", Fallos: 327:3312). Este delito, sostuvo allí además nuestra Corte Suprema, así como también el genocidio, la tortura, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional.

Sabido es que, frente a esta naturaleza de delitos, y ante una eventual omisión del Estado en su obligación de sancionar a los responsables, opera el principio de la jurisdicción universal, que pone en juego la soberanía de la República Argentina (C.S.J.N., in re "SIMON", voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 29, Fallos: 328:2056).

Esta especial naturaleza del delito, sumado a la innegable complejidad de su investigación, al tiempo transcurrido, y a la pluralidad de casos similares -algunos de los cuales ya dilucidados- ocurridos en la más absoluta clandestinidad y protegidos en su momento por un aparato estatal cómplice, no puede ser dejado de lado como punto de partida en la valoración que requiere la solución de la cuestión planteada.

Frente a tal imperiosa necesidad de dilucidar la realidad de los hechos, se yerguen contestes indicios determinantes de una fundada sospecha de la comisión de este gravísimo y peculiar delito, tales como las denuncias anónimas que determinaron el inicio de las investigaciones, las coincidencias temporales, la suscripción de la constatación del nacimiento del inscripto como Carlos Daniel FERETTON por un médico policial

(Jorge Antonio Bergés) vinculado al engranaje represivo del régimen que detentó el poder en el período 1.976/1.983, y la sugestiva pérdida del formulario 01 en sede administrativa provincial.

Estos elementos resultan suficientes para la disposición de una medida que, como en el caso, guarda directa relación con el objeto procesal de la causa -por encontrarse claramente dirigida a la averiguación de los hechos investigados-, y resulta además absolutamente idónea para arribar a la verdad material, habida cuenta del elevadísimo grado de certeza que, en el actual estado de los avances científicos, brindan los exámenes genéticos en la determinación de la filiación, los cuales sólo serán posibles en base al secuestro de elementos personales del recurrente.

h) Este examen, y descartada otra alternativa para avanzar en la investigación de los hechos, me conduce a asimilar el caso *sub examine* al precedente “Gualtieri” ya fallado por la C.S.J.N., y a aplicar su doctrina, compartiendo que “...*la sentencia impugnada no se muestra como violatoria de los derechos y garantías constitucionales, por cuanto su producción no ocasiona una restricción de los derechos de quien aparecería como una de las víctimas del hecho y porque, además, encuentro adecuado fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del estado de investigar y sancionar los hechos reputados como delito, máxime cuando, como en la especie, el objeto procesal de autos aparecería en principio vinculado con un delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas*”.

No olvidemos que el propio recurrente admite que en el caso existen “...*elementos de juicio que hicieran probable la hipótesis criminal investigada*” (fs. 64vta. *in fine*), aún si no los encuentra suficientes para justificar la medida que critica.

Sin embargo, si el impugnante entendía que no era dable derivar del precedente de la Corte Suprema "Gualtieri" las conclusiones a las que arribó el tribunal *a quo* sobre su adecuación al caso, debió haber realizado un esfuerzo argumental -ausente en el caso- tendente a señalar las divergencias entre ambos para explicar fundadamente porqué, pese a la visible similitud, el precedente no era aplicable a esta especie.

Concluyo luego que en autos no se observa que la medida en análisis haya afectado los derechos individuales más que en la medida estrictamente necesaria para la dilucidación de la verdad, y sin afectar la vida, salud, integridad corporal o intimidad de la víctima, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo de la persona involucrada, por lo cual el recurso de casación interpuesto, en mi opinión, debe ser rechazado, sin costas en la instancia (art. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Así voto.

El **señor juez Augusto Diez Ojeda** dijo:

Adhiero al voto del distinguido colega que lidera el acuerdo.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

El *thema decidendum* sobre el que corresponde expedirse en esta oportunidad es sustancialmente análogo al resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "*Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años*" (G 291 XLIII, del 11/08/2009), por lo que a él corresponde remitirse. En esa oportunidad, en el marco de una causa en la que se investigaba la sustracción y alteración de identidad de Guillermo Gabriel Prieto –presunto hijo de personas

detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar—, el máximo tribunal postuló la constitucionalidad del allanamiento y secuestro de efectos personales de Guillermo Gabriel Prieto, y de la realización de un estudio pericial sobre los elementos secuestrados tendiente a la obtención de muestra de ADN para los pertinentes estudios de histocompatibilidad.

Sólo resta aclarar, en respuesta a lo argüido por el recurrente en ocasión de la audiencia oral celebrada en autos, que esta decisión no es incompatible con la adoptada en el marco de esta misma causa en el año 2003 (registro 5172.4), pues en esa oportunidad se sostuvo la inconstitucionalidad en el caso de la extracción compulsiva de sangre del aquí recurrente. Idéntica asimetría de solución entre las dos medidas referidas a los fines de realizar el estudio genético —la extracción compulsiva de sangre, por un lado, y el allanamiento y secuestro de efectos personales, por el otro— ha sido también adoptada por nuestro máximo tribunal en las causas “*Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/ incidente de apelación*” (V 356 XXXVI, del 30/069/2003) —en donde se postuló la inconstitucionalidad de la extracción compulsiva de sangre— y “*Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años*” (G 291 XLIII, del 11/08/2009) —en donde se postuló la constitucionalidad del allanamiento y secuestro de elementos personales—.

Por estos motivos, y por coincidir sustancialmente con las consideraciones efectuadas en el voto que lidera el acuerdo, adhiero a la solución que allí se propugna.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

2010- Año del Bicentenario MARÍA EUGENIA DI LAUDO

Prosecretaria de Cámara

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el señor Carlos Daniel FERETTON, con el patrocinio letrado del doctor Carlos Martín CAPRARULO a fs. 61/76, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la presente causa a la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí:

MARÍA EUGENIA DI LAUDO

Prosecretaria de Cámara