



SEMINARIO FINAL DE GRADUACIÓN DE LA CARRERA DE
ABOGACÍA

**Constitucionalidad de la creación del Registro Nacional de
Datos Genéticos Vinculado a Delitos contra la Integridad
Sexual. (Ley 26.879).**

Proyecto de Investigación Aplicada

Universidad Siglo 21

Zalazar, Lourdes Alejandra

2016

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo está dedicado a todos mis seres queridos que me acompañaron en este proceso, a mis padres y hermana por ayudarme a concretar mi meta, a mis compañeros y amigos con quienes atravesé mi etapa universitaria, y en especial a

Tomás por ayudarme en todo.

RESÚMEN

La ley 26.879 sancionada en el año 2013 fija la creación del Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual. Surge como un mecanismo para individualizar al sujeto autor de los delitos de dicha índole, es una medida para garantizar protección y justicia a la víctima de un delito sexual.

En dicho registro, se toman muestras de ADN de los sujetos condenados a los delitos previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II, del Código Penal, junto con otros datos personales del mismo, tales como domicilio actualizado, fotografía actualizada, entre otros.

Han surgido críticas a la ley, argumentos en contra. Se alega que viola garantías y derechos fundamentales recogidos por nuestra Constitución Nacional. Sin embargo, también hay quienes argumentan que ningún derecho es absoluto, y que éstos deben ceder ante la necesidad de combatir el delito y la inseguridad.

El siguiente trabajo de investigación tendrá por finalidad analizar el instituto que crea la ley 26.879 y sus disposiciones normativas, para luego, determinar si dicha norma viola derechos consagrados en nuestra Carta Magna.

ABSTRACT

26,879 law enacted in 2013 fixed the creation of the National Registry of Genetic Data related to crimes against sexual integrity. Emerges as a mechanism to identify the subject perpetrator of the crimes of this nature, it is a measure to ensure protection and justice to the victim of a sex crime.

When registering, DNA samples from individuals convicted of the offenses referred to in Book II, Title III, Chapter II, of the Penal Code, along with other personal information data, such as current address, current photograph was taken, etc.

They have criticized the law, arguments against emerged. It is alleged that violate fundamental guarantees and rights under our Constitution. However, there are those who argue that no right is absolute, and that they must yield to the need to fight crime and insecurity.

The following research will aim to analyze the institute created by the law 26,879 and its regulatory requirements, and then determine whether that rule violates the rights enshrined in our Constitution.

PALABRAS CLAVES

- Ley
- Constitución Nacional
- Delitos contra la integridad sexual
- Banco de datos
- Archivos
- Registros
- Datos genéticos
- Datos sensibles
- Datos personales
- Protección de datos personales
- Habeas data
- Derechos constitucionales
- Constitucionalidad

Índice

Introducción	8
Objetivo general	12
Objetivos específicos	12
Capítulo I	13
1.1. Bien jurídico protegido.....	14
2.1. Sujeto activo y sujeto pasivo.....	16
2.2. Supuestos de procedencia.....	16
2.2.1. Cuando la víctima fuere menor de trece años.	16
2.2.2. Cuando mediare violencia o amenazas.	17
2.2.3. Mediante abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad, o poder.	18
2.2.4. Cuando la víctima por cualquier causa no pudo consentir la acción.	18
2.2.5. Tipo subjetivo	19
2.2.6. Consumación y tentativa.....	19
2.2.7. Concurso de delitos.....	20
3.1. Sometimiento sexual gravemente ultrajante.....	20
3.2. Acceso carnal por cualquier vía.	21
3.3. Grave daño en la salud física o mental, de la víctima.	23

3.4.	Muerte de la víctima.....	24
3.5.	Por autor afín a la víctima por parentesco o relación de guarda, o por ser ministro de un culto religioso, o encargado de la educación o la guarda.....	25
3.6.	Por autor portador de alguna enfermedad de transmisión sexual grave.....	26
3.7.	Por dos o más autores, o con armas.	26
3.8.	Autor perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad en ocasión de sus funciones.	27
3.9.	Victima menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia con la misma.	27
Capítulo II		30
1.1.	Calidad de los datos.....	30
1.2.	Consentimiento e información.	31
1.3.	Categorías de datos.....	33
1.4.	Derechos de los titulares de datos.	34
1.4.1.	Derecho de información.....	34
1.4.2.	Derecho de acceso.....	34
1.4.3.	Derecho de rectificación, actualización o supresión.....	34
1.4.4.	Excepciones.	35
2.1.	Tipos de habeas data.	37
2.2.	Datos excluidos.	38

2.3.	Legitimación para ejercer la acción de habeas data.	39
2.4.	Procedimiento.....	40
Capítulo III.....		42
1.1.	Ley provincial de Mendoza N° 7222.	42
1.2.	Ley provincial de Neuquén N° 2520.....	45
1.3.	Ley provincial de Buenos Aires N° 13.869.....	47
1.4.	Ley provincial de Córdoba N° 9680.	49
1.5.	Ley provincial de Entre Ríos N° 10015.	52
2.1.	Estados Unidos.....	54
2.2.	España.	56
Capítulo IV.....		58
1.1.	Objeto de la ley.	60
1.2.	Contenido del Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual.....	62
Conclusión		72
Bibliografía		80

Introducción

El Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual es una figura creada por la ley nacional N° 26.879. Dicha norma fue creada debido al contexto social de inseguridad por el que atraviesa nuestro país en la actualidad.

La finalidad de esta figura, es la de brindar respuestas efectivas a las víctimas de delitos contra la integridad sexual, mediante la identificación de los agresores. Es por ello que se crea un registro nacional, en donde se archiva material genético, tanto de los sujetos condenados por sentencia firme a los delitos del Título III, libro segundo, del Código Penal Argentino, como de autores no individualizados, extrayendo el material genético de los cuerpos de las víctimas o de la evidencia biológica que se obtenga. Dichas actuaciones son ordenadas de oficio por el tribunal en el primer caso, y de oficio o a requerimiento de parte en el segundo. En dicho registro constaran los datos identificatorios de la persona imputada, tales como nombre, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, número de documento, fotografía y domicilio actualizado, (para lo cual el sujeto debe, luego de haber cumplido su condena, mantener informada a la autoridad en cuestión, los cambios de domicilio que efectúe).

Los datos obtenidos, dice la norma, no son de público conocimiento, ya que la información es considerada sensible, y sólo pueden acceder a ellos los integrantes del Poder Judicial y Ministerio Público Fiscal, en el marco de un procedimiento penal determinado.¹

¹ Ley Nacional N° 26.879

Esta figura no es nueva, ya existía en nuestro país en diversas legislaciones provinciales, siendo la primera de ellas la provincia de Mendoza, que sanciona la ley N° 7222 en el año 2004 y crea el RECIS² (Registro Contra la Integridad Sexual), luego modificada por la ley provincial N° 7296. Más tarde se suman las provincias de Neuquén (ley provincial N° 2.520), Córdoba (ley provincial N° 9.680), Entre Ríos (ley provincial N° 10.015), Buenos Aires (ley provincial N° 13.869), hasta que en el año 2013 se sanciona la Ley Nacional de Registro de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual N° 26.879. Esta institución existe también en otras legislaciones extranjeras, como ser, Estados Unidos, conocida popularmente como “Ley Megan”, España, con su Ley Orgánica 10/2007, entre otras.

A pesar, de que la finalidad de la ley es el esclarecimiento de los hechos,³ han surgido críticas con respecto a la creación de este registro, tildándolo de inconstitucional por violar derechos y garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, a la libertad de disponer del propio cuerpo, y al principio de *non bis in ídem*, además de ser una pena con las características de un derecho penal de autor, que no es aceptada en nuestro ordenamiento penal.

El registro que se propone tiene un indisimulable sabor a “derecho penal de autor”, sistema abolido por nuestro orden jurídico, contrario a todas las normas legales y expresiones científicas citadas precedentemente: en la Argentina se pena por lo que se hizo o se dejó de hacer, no por lo que se es. (Figari. 2013).

² Art. 1. Ley provincial de Mendoza N° 7222

³ Art. 2. Ley Nacional N° 26.879

Es por ello, que en el presente trabajo se analizará el Registro de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual, describiendo la función de este instituto, su regulación, tanto en las provincias, como a nivel nacional, su alcance, sus ventajas y desventajas, tanto a nivel social como jurídico, para poder llegar a una conclusión sobre su constitucionalidad.

El siguiente trabajo consta de cuatro capítulos. En cada capítulo, se abordarán temas diferentes para que el lector tenga un conocimiento integral de la temática abordada.

La ley 26.879, establece en su art. 2 que la finalidad exclusiva del Registro es la de facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la integridad sexual previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II del Código Penal, con el objeto de proceder a la individualización de las personas responsables. Es por ello, que primero debemos saber cuáles son estos delitos comprendidos, cómo se configuran y cómo están tipificados.

En el capítulo primero, se desarrollará cuáles son las figuras tipificadas como delitos contra la integridad sexual en nuestro ordenamiento jurídico, cuál es el bien jurídico protegido, es decir, cuál es el derecho lesionado mediante la comisión de estos delitos.

Se explicará qué es el abuso sexual, cuáles son los sujetos, tanto pasivo como activo, cuándo se consuma el delito y cuándo queda en tentativa y cuáles son los agravantes de la figura con su respectiva caracterización.

Se espera, de esta manera, que el lector pueda tener el conocimiento previo necesario para poder entender qué es, el vulgarmente denominado, registro de violadores

y cuáles son las conductas que un sujeto debe realizar para que su material genético quede registrado.

El capítulo segundo, por otro lado, aborda la temática de la protección de datos, analizando la ley 25.326 de Protección de Datos Personales sancionada en el año 2000. Es de suma importancia explicar al lector qué son los datos personales, a cuáles se considera datos sensibles, qué establece la ley acerca de la formación de archivos, bancos o registros que contienen este tipo de datos, para terminar por último con la acción de Habeas Data, especificando los diferentes tipos con sus respectivas funciones, quiénes pueden interponer esta acción y contra quién, y cuál es el trámite o procedimiento que conlleva esta acción.

En el capítulo tercero, nos acercamos un poco más a la ley 26.879, analizando los antecedentes normativos. Este Registro de datos no es una novedad en legislaciones extranjeras, ni en nuestro ordenamiento. Ya existía en países como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, España, Francia, y en América Latina en países como Brasil, Uruguay, Perú, Puerto Rico, entre otros. En nuestro país, varias provincias sancionaron leyes creando institutos de esta naturaleza, siendo ellas Mendoza, Córdoba, Buenos Aires, Entre Ríos y Neuquén. En este capítulo se analizarán algunas de esas legislaciones que fueron inspiración para la norma nacional, explicando los institutos que cada una de ellas creó y comparándolos con la ley 26.879.

Por último, en el capítulo cuarto, se explicará qué es el Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculado a Delitos contra la Integridad Sexual. Se analizarán sus artículos minuciosamente y los institutos, derechos y garantías que entran en colisión con alguna de las disposiciones de la mencionada ley, para luego, en la conclusión final, determinar si es viable la creación de un instituto de tal naturaleza, y si éste entra en conflicto con derechos

y garantías reconocidos por nuestra Carta Magna, o si podemos asegurar que, por el contrario, es un instituto acorde a nuestra Constitución Nacional.

Objetivo general

Analizar la constitucionalidad de la ley 26.879 que fija la creación de un Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual.

Objetivos específicos

- Explicar los delitos contra la integridad sexual que se encuentran insertos en el Título III, del libro segundo, del Código Penal Argentino, y a los cuales hace referencia la ley 26.879.
- Analizar la protección de datos personales.
- Explicar la acción de Habeas Data.
- Analizar el instituto creado por la ley 26.879.
- Determinar la utilidad de la ley 26.879.
- Analizar los registros de datos genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual en las legislaciones provinciales.
- Determinar si la ley 26.879 es inconstitucional por violar derechos y garantías consagrados en la constitución.

Capítulo I

Delitos contra la integridad sexual

1. Delitos contra la integridad sexual en el Código Penal Argentino.

Los delitos contra la integridad sexual se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico en el Título III del Código Penal Argentino y consta de cinco capítulos, de los cuales el primero ha sido derogado junto con la figura del adulterio por medio de la ley N° 24.453 del año 1995.

El capítulo II es referido a la figura del abuso sexual (Art. 119 primer párrafo) y sus agravantes (Art. 119 segundo párrafo, Art. 120 y Art. 124). El capítulo III trata acerca de la corrupción de menores (Art. 125), la prostitución (Art. 125 bis, Art. 126, Art. 127), exhibición pornográfica de menores (Art. 128) y las exhibiciones obscenas (Art. 129). El capítulo IV tipifica las figuras del rapto (Art. 130) y la reciente figura del grooming ⁴(Art. 131). El capítulo V establece la posibilidad de la víctima de instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas (Art. 132), y la pena de aquellos que cooperaren para la perpetración de algún delito comprendido en el mencionado Título. (Art. 133).

⁴ Art. 131, CP- Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

1.1. Bien jurídico protegido.

El jurista Creus, citado por Donna, define la integridad sexual,

Como el normal ejercicio de la sexualidad, básicamente asentado sobre la libertad del individuo, cuya vigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad en el mismo que, según este autor, depende tanto de circunstancias individuales cuanto del entorno social. (Donna, 2000, p. 13).

Por su parte, el mencionado autor Donna, establece que el bien jurídico protegido denominado integridad sexual es,

La libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer. (Donna, 2000, p. 14).

Es posible afirmar que el eje central reside en la libertad sexual de la persona. Si la libertad sexual de determinado individuo es violentada, entonces se está produciendo un menoscabo al bien jurídico al que denominamos "integridad sexual".

Esta libertad debe ser entendida como la libre elección de la persona, por un lado, para disponer libremente de su cuerpo, y por otro, para consentir, si así lo quisiere, la participación de su persona en determinada acción de índole sexual. (Sproviero, 1996). Importante es recalcar que esta libertad debe presentarse carente de vicios que puedan afectar el normal desenvolvimiento del proceso de decisión, como la coerción, la fuerza o la intimidación.

La intimidación sobre la víctima debe contemplar el efecto psicológico sobre ella, pudiendo presentarse la amenaza mediante palabras, señales o actos en forma oral o por mímica, de manera que afecten la capacidad de elección del sujeto, coartando su libertad. (Sproviero, 1996, p. 1).

En cuanto a los menores de edad, dada su falta de raciocinio y, por ende, también de libertad para decidir, sería más adecuado hablar, siguiendo a Sproviero, de una "conciencia sexual" que, citando al mencionado autor, "su carencia no es óbice para su ataque". (Sproviero, 1996, p. 2).

Cuando se ven menores involucrados como víctimas de delitos de esta índole,

El bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona. En este punto hay interés del Derecho en evitar que terceras personas, ajenas a la vida del menor, tengan injerencia en su personalidad a través de su sexualidad. (Donna, 2000, p. 14).

2. *Abuso sexual simple.*

Esta figura penal se encuentra tipificada dentro de nuestro Código Penal, en el Art. 119 primer párrafo, que reza: "Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, esta sea menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción."

Dicha figura puede configurarse por la ejecución de cualquiera de los supuestos mencionados sin necesidad de su concurrencia, es decir, que estos son independientes entre sí.

El bien jurídico protegido en este tipo penal es, siguiendo a Villada citado por Donna, "la reserva sexual de la víctima entendida como el respeto a su incolumidad física,

y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal-sexual". (Donna, 2000, p. 18).

En este supuesto no existe acceso carnal por ninguna vía, sea esta vaginal, anal, o bucal. Es lo que se denomina una agresión sexual, la cual puede consistir en tocamientos en las partes pudendas de la persona, la manipulación sexual en el cuerpo de la víctima, o la que ella, obligada, puede realizar en el cuerpo del agresor, o de terceros. Sin embargo, los actos de mera contemplación quedan excluidos del abuso sexual simple. (Donna, 2000).

2.1. Sujeto activo y sujeto pasivo.

Sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer que agreden a la víctima sexualmente, sea esta menor de trece años, o mediante violencia, amenaza, abuso en relación de dependencia, o aprovechándose de que aquella no pueda consentir libremente la acción.

Sujeto pasivo es una persona física, sin distinción de sexo, que sufre estas agresiones por parte del autor.

2.2. Supuestos de procedencia.

2.2.1. Cuando la víctima fuere menor de trece años.

La ley presume *juris et de jure* que la persona menor de trece años no tiene discernimiento, jurídicamente hablando, para consentir libremente la acción sexual. Es por

ello que no le importa al Derecho que la víctima manifieste que tuvo la intención de realizar el acto, puesto que, siempre se configurará el delito de abuso sexual si la víctima es menor de trece años. “La criminalidad reside en la falta de madurez mental del menor para entender el significado fisiológico del acto sexual, en el sentido cultural, situación de la que el sujeto activo se aprovecha y abusa para lograrlo.” (Donna, 2000, p. 26).

2.2.2. *Cuando mediare violencia o amenazas.*

Aquí la víctima es una persona mayor de trece años.

La violencia se produce cuando el sujeto activo utilizare fuerza o intimidación. (Núñez, 2008).

“La fuerza consiste en la energía física ejercida por el autor, personalmente o por medio de un tercero o mecánicamente, sobre la persona de la víctima. También, por equiparación, en el uso de medios hipnóticos o narcóticos. (CP., art.78).”⁵ (Núñez, 2008, p. 118). El empleo de esta fuerza debe quebrar la resistencia del sujeto pasivo que se niega a realizar el acto sexual.

“Existe efectivamente resistencia cuando la víctima se opone y exterioriza tal oposición, sin que sea necesario que tal oposición sea desesperada y que haya vencido todos los esfuerzos.” (Donna, 2000, p. 28). Esta resistencia debe ser real, sin embargo, no implica un despliegue de un alto grado de fuerza por parte de la víctima para repeler la

⁵ Art. 78, CP– Queda comprendido en el concepto de “violencia”, el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

acción, puesto que, la misma por temor o cansancio puede no ejercer ningún tipo de fuerza, y esto no puede considerarse como algún tipo de consentimiento. (Donna, 2000).

“La intimidación es la violencia moral, consistente en la amenaza dirigida a la víctima de inferirle un daño en su persona, bienes, derechos, intereses o afecciones. El autor puede valerse de la amenaza por palabras o por hechos significativos.” (Núñez, 2008, p. 118). El temor de la víctima es tal, que provoca que no ejerza resistencia física alguna contra el autor. Sin embargo, no está consintiendo la acción.

2.2.3. Mediante abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad, o poder.

En este supuesto existe una relación de subordinación de la víctima hacia el autor, el cual se aprovecha de esta situación para doblegarla. Existe violencia e intimidación. La disparidad de la relación puede producirse en cualquier ámbito. (Donna, 2000).

2.2.4. Cuando la víctima por cualquier causa no pudo consentir la acción.

Este supuesto se configura cuando la víctima no puede expresar su consentimiento o no puede hacerlo libremente. La presunción es iuris tantum, por lo que admite prueba en contra.

Puede producirse por estar aquella privada de la razón en el momento del hecho, es decir, “sufre un trastorno o una detención de sus facultades mentales que le impiden comprender el significado del acto que realiza el autor.” (Núñez, 2008, p. 118). A su vez, Núñez realiza una distinción entre la persona privada de la razón y la persona sin sentido,

entendida esta como aquella que en el momento del hecho “por causas fisiológicas o patológicas que no afectan la normalidad de sus facultades, no puede discernir lo que le pasa por falta de conciencia.” (Núñez, 2008, p. 119). El autor ejemplifica aduciendo a los casos en que la persona está dormida, ebria, o desmayada.

El error y la sorpresa también influyen en el libre consentimiento de la víctima. “El error debe recaer sobre la naturaleza sexual del acto cumplido por el autor, haya sido causado o no por éste.” (Núñez, 2008, p. 119). La sorpresa se asimila a la violencia. (Donna, 2000).

Puede suceder también que la víctima comprenda el significado del acto, pero que no pueda resistirlo por alguna incapacidad física. “El estado de vulnerabilidad debe provenir de un estado físico o de salud, entendido tal como cualquier proceso patológico orgánico -funcional que le impida al sujeto pasivo oponer resistencia al acto sexual de acuerdo a su voluntad.” (Donna, 2000, p. 36).

2.2.5. Tipo subjetivo

El tipo requiere dolo directo, ya que el autor debe conocer y querer el hecho, y a su vez, debe mediar el no consentimiento de la víctima, por lo cual no puede alegarse culpa. (Donna, 2000).

2.2.6. Consumación y tentativa.

Siguiendo a Donna, “el delito se consuma cuando el autor produce actos de tocamiento, ya sea sobre el cuerpo de la víctima, logrando que lo sean sobre el autor o un

tercero, o que el propio sujeto pasivo realice tocamientos en su cuerpo.” (Donna, 2000, p. 39).

En cuanto a la tentativa de este tipo penal, Donna sigue la corriente de Núñez que afirma posible intención del autor de realizar el hecho y no poder cometerlo. “Ello se daría cuando la víctima ofreciera resistencia al autor, y el autor, tomándola de sus brazos o luchando, demostrara por sus actos la intención de abusar de su cuerpo, y no lo lograra.” (Donna, 2000, p. 40).

2.2.7. *Concurso de delitos.*

En el supuesto de concurso de delitos, el delito de abuso sexual simple queda absorbido por el delito de violación o su tentativa. (Donna, 2000).

3. *Agravantes.*

3.1. *Sometimiento sexual gravemente ultrajante.*

El segundo párrafo del art. 119 CP, reza: “La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.”

Núñez nos da una definición de lo que significa someter a una persona. “Someter a una persona es dominarla, humillarla, ultrajarla, tratarla con desprecio. Es menoscabar al otro con la conducta de que lo hace objeto.” (Núñez, 2008, p. 120).

Este sometimiento puede deberse, como bien prescribe el artículo mencionado, por su duración o por circunstancias de su realización.

En cuanto a la duración, ésta debe ser más prolongada que el tiempo que le llevaría al autor realizar el tipo básico. “Es verdad que ya el atentado a la integridad sexual encuadrable en la figura básica es, de por sí, ultrajante para la víctima. Pero estas otras conductas tienen un “plus” de ultraje. (Núñez, 2008, p. 121).

En cuanto a las circunstancias de la realización del acto, Núñez sostiene que “ocurre cuando las circunstancias de modo o lugar elegidas por el autor importan una mayor degradación para la víctima como persona por utilizársela como objeto. Para determinarla, debe tomarse en consideración lo que para la normalidad excede el límite del desahogo sexual.” (Núñez, 2008, p. 121).

Donna afirma que también se incluyen aquellas situaciones que son peligrosas para la víctima, de la cual pueda producirse un daño a su persona. (Donna, 2000).

Esta consideración no es subjetiva de la propia víctima, sino que debe ser una situación objetivamente ultrajante, como bien dice Núñez, para el resto de la sociedad.

3.2. Acceso carnal por cualquier vía.

El tercer párrafo del artículo 119 prescribe una pena aún mayor, de seis a quince años de prisión, cuando en los hechos comprendidos en el primer párrafo de dicho artículo, hubiere acceso carnal por cualquier vía⁶.

⁶ Art. 119, tercer párrafo, CP – La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

Dice Donna, que “por acceso carnal se entiende la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, no siendo necesario para su consumación que la penetración sea total o que se produzca la eyaculación.” (Donna, 2000, p. 59).

Era una discusión antes de la reforma, si la penetración por la boca o *fellatio in ore* podía ser considerada como acceso carnal, o si encuadraría en la figura de sometimiento sexual gravemente ultrajante. La jurisprudencia citada por Donna, de la Cámara Nacional, Criminal y Correccional, sala VI, en “Pérez, C. A.” establece:

La *fellatio in ore* no configura el delito de violación por no constituir “acceso carnal”, sino el de abuso deshonesto (en el caso de autos, con concurso ideal con lesiones graves), ya que “la boca, como cualquier parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el ano, resulta incapaz de generar un coito, aunque sea anormal. Su uso violento o fraudatorio no puede implicar un coito violento o abusivamente logrado; significa un abuso deshonesto, del cuerpo ajeno” (del voto del doctor Andereggen). (Donna, 2000, p. 52).⁷

Por su parte, Creus, opina de la misma manera que lo expuesto anteriormente, y cataloga la *fellatio in ore* como abuso deshonesto y no como un acceso carnal.

Se advierte, pues, que peca por exceso la descripción de la acción al decir acceso carnal que implica la penetración del órgano sexual masculino “en orificio natural de la víctima”. El acceso carnal típico en la violación y el estupro es la penetración del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía rectal o vaginal, únicamente. (Creus, 1998, p. 170).

La jurisprudencia y la doctrina moderna se han inclinado por categorizar esta acción dentro del acceso carnal. Así lo expresa el Dr. Cafferata Nores, citado por Núñez, que la

⁷ Cám. Nac. Crim. y Correc., sala VI, 5-6-81, “Pérez, C. A.”, BCNCyC, 981-VII-136.

palabra “vía” hace referencia a “cualquiera de los conductos por donde pasan en el cuerpo, los humores (líquidos), el aire, los alimentos y los residuos de la digestión.” (Núñez, 2008, p. 123).

Sostiene Núñez, que “basta un mínimo de penetración del pene (inmissio penis) en la vagina, el ano o boca de la víctima, aunque no se llegue a eyacular en ellos (inmissio seminis).” (Núñez, 2008, p. 123).

Donna, también cita jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal a favor de esta categorización, “comete el delito de violación quien penetra con su órgano sexual masculino en la cavidad bucal de uno u otro sexo, mediando la utilización de fuerza o intimidación.” (Donna, 2000, p. 52)⁸.

3.3. Grave daño en la salud física o mental, de la víctima.

En este caso, resulta imprescindible la relación de causalidad entre la acción del autor y el resultado. “Se da por sentado que para la tipificación descripta corresponde que el resultado sea producto de la propia violación, sin poder recurrirse a circunstancias extrañas al delito específicamente contemplado.” (Sproviero, 1996, p. 168).

El daño debe provenir de la acción misma del acto sexual, o de las acciones de que se valga el autor para ejecutar el acto. (Núñez, 2008).

La locución “grave daño”, no hace referencia únicamente a las lesiones graves o gravísimas descriptas en el Código Penal, sino también a todo aquel daño de entidad

⁸ Cám. Nac. Casación Penal, sala III, 19-11-98, “Bronsztein, Daniel E.”, L. L. 1998-F-692.

suficiente que no se encuentre descripto dentro del concepto de lesiones graves y gravísimas. Las lesiones leves, quedan absorbidas por la violación. (Núñez, 2008).

No es necesario el dolo del autor, puede deberse a un resultado preterintencional.

3.4. Muerte de la víctima.

La pena será de reclusión o prisión perpetua, si de las acciones comprendidas en el art. 119 y art. 120, resultare la muerte de la víctima ⁹.

Para Donna, el agravante resulta aplicable solo cuando medie dolo indirecto o eventual, dado que es un resultado que el autor pudo prever. En cambio, si el dolo fuere directo y la violación se constituye como un medio para provocarle la muerte a la víctima, no implicaría el agravante, sino, un concurso de delitos entre el homicidio y la violación. (Donna, 2000).

También aquí es necesaria la relación de causalidad entre el hecho de la violación y la muerte de la víctima, sin interferencia de una causa independiente.

La víctima es objeto de violación y su muerte acaece en razón de ella, no pueden admitirse causales extrañas y aun concomitantes que se alejen de la estricta aplicación de lo conceptuado para la violación; si en conexión se produce algún hecho distinto, pero que se relacione causalmente con la violación, ello adquirirá preponderancia para el reproche, circunstancia ésta que se subsume en el homicidio, por la entidad representativa mayor de este último ilícito. (Sproviero, 1996, p. 170).

⁹ Art. 124, CP – Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos del art. 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

3.5. Por autor afín a la víctima por parentesco o relación de guarda, o por ser ministro de un culto religioso, o encargado de la educación o la guarda.

El agravante se configura cuando autor y víctima son parientes consanguíneos (sin límite de grados), incluye los ascendientes, descendientes, hermanos (bilaterales o unilaterales), o los afines en línea recta sin límites. La razón de este agravante se funda en “la violación del deber de respetar sexualmente a la víctima impuesto por la ley en razón del parentesco”. (Núñez, 2008, p. 125).

También se configura cuando el autor es tutor o curador de la víctima, o encargado de su educación o guarda dado su carácter de garante del bienestar de su pupilo.

El fundamento de la agravación en este caso reside en la infracción de los deberes particulares inherentes al cargo del autor o las obligaciones que asumiere voluntariamente. Es decir, es la particular relación del agente con la víctima la que la ley ha tenido en cuenta para fundar la mayor punibilidad. (Donna, 2000, p. 93).

En cuanto a la calidad de ministro de un culto reconocido o no del sujeto activo, este agravante se funda en el grado de vulnerabilidad que pueda tener la víctima con respecto al autor, debido a la confianza o la admiración que este pueda provocarle. “El autor debe haber tenido presente las ventajas que su condición le otorgaba en cuanto a las oportunidades para cometer el hecho, y aprovecharse de esa situación”. (Donna, 2000, p. 91).

3.6. Por autor portador de alguna enfermedad de transmisión sexual grave.

El autor, teniendo conocimiento de que es portador de una enfermedad de transmisión sexual, ejecuta la acción poniendo en riesgo la salud del sujeto pasivo. No es relevante que el contagio se produzca efectivamente, basta demostrar que por el modo de llevar a cabo la acción hubo peligro de contagio.

Se trata de un delito de peligro concreto, de modo que el bien jurídico salud debe haber corrido realmente riesgo. De lo cual se deduce que la sola portación de la enfermedad no alcanza para agravar los tipos. El motivo de la agravante se da porque además del atentado a la integridad sexual de la víctima el autor, despreciando la salud del sujeto pasivo, actúa de igual forma. (Donna, 2000, p. 92).

3.7. Por dos o más autores, o con armas.

La pluralidad de actores genera una menor probabilidad de resistencia por parte de la víctima, y una mayor probabilidad de realizar exitosamente la acción por parte del autor.

No es necesario que todos los partícipes tengan acceso carnal, basta que otros concurren a la ejecución material del evento, no solamente a su auxilio o preparación, no siendo necesario que todos sean penalmente responsables, ya que la incapacidad de alguno no hace variar el hecho. (Donna, 2000, p. 95).

El uso de armas agrava el delito “por el peligro que para la vida e integridad física importa su uso y por el franco poder intimidante que ellas tienen aunque no resulten operativas”. (Núñez, 2008, p. 127).

3.8. Autor perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad en ocasión de sus funciones.

El autor debe ser miembro de las fuerzas policiales, tanto la policía federal como provincial, o miembro de las fuerzas de seguridad (Gendarmería, Prefectura, y Policía Aeronáutica). El hecho debe cometerlo “mientras desarrollaba sus funciones”. (Núñez, 2008, p. 127).

Entendemos que la agravante, sin duda, tiene su motivo en la situación de preeminencia en que se encuentra el agente de seguridad respecto del civil, especialmente cuando este último se halla detenido, y además porque está violando un deber específico, que todo funcionario policial o de seguridad tiene, de protección a las personas, transformándolo en un abuso de él. (Donna, 2000, p. 97).

3.9. Víctima menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia con la misma.

Para la configuración de este agravante se requiere que la víctima sea una persona menor de dieciocho años, y que el autor, valiéndose de la oportunidad que se le presenta al convivir con ella, aproveche esta situación para cometer el abuso.

Se incluye a aquellas personas que si bien, no son responsables de la tutela o guarda del menor, comparten el mismo techo con la víctima. El autor debe ser una persona mayor, y debe tener conocimiento de la minoridad de la víctima, a su vez que debe convivir con la misma bajo el mismo techo al momento que se produce el hecho. (Donna, 2000).

La razón de la calificación de esta acción, reside en que “se prevé el aprovechamiento de la situación de cercanía y las consecuentes facilidades que le otorga al

sujeto activo esta proximidad y relación de confianza con el menor de 18 años”. (Donna, 2000, p. 97).

4. Supuesto del art. 120 del Código Penal.

Este supuesto, encuadra lo que antes era llamado “el delito de estupro”, actualmente derogada su denominación por la ley 25.087. El art. 120, primer párrafo, establece una reducción de la pena, del segundo y tercer párrafo del art. 119, esto es, sometimiento sexual gravemente ultrajante y acceso carnal por cualquier vía, cuando la víctima fuere una persona mayor de trece años y menor de dieciséis años, y el autor, mayor de edad, se aproveche de su inmadurez sexual o de la relación de preeminencia con la víctima, o cualquier circunstancia equivalente, siempre que no medie una pena mayor¹⁰.

Cabe destacar, que en este supuesto, la víctima presta su consentimiento de realizar la acción, sin embargo, al ser esta inmadura o inexperta, puede que su consentimiento se encuentre viciado. Se castiga las artimañas de que pueda valerse el autor para seducir a la víctima.

El consentimiento que se ha dado resulta ineficaz, debido a que la víctima, por su estado de inmadurez sexual, falta de experiencia sexual y seducción real del autor, no ha podido consentir de manera válida, porque no ha podido comprender la significación del acto. (Donna, 2000, p. 113).

¹⁰ Art. 120 primer párrafo, CP – Sera reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años el que realizare alguna de las acciones previstas en el segundo o tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

“El autor debe tener conciencia de que se aprovecha de la madurez relativa de la víctima en razón de su edad”. (Núñez, 2008, p. 131). Es decir, el delito solo admite la figura dolosa.

Capítulo II

Protección de datos personales y Habeas Data.

1. Ley de Protección de Datos Personales 25.326.

Con la incorporación de la figura del habeas data en la Constitución Nacional, por medio de la reforma del año 1994, fue necesaria la creación de una ley que reglamente esa acción. Así fue como seis años después, en el año 2000, se sanciona la ley de Protección de Datos Personales 25.326.

El objeto de dicha ley es la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, banco de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a proveer informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así también como el acceso a la información que sobre las mismas se registre.¹¹

La denominada “explotación de los datos personales” colisiona fuertemente con el derecho a la privacidad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional; el que, tal cual hemos aprendido y enseñado, consagra un espacio de intimidad personal, una suerte de burbuja exenta de la autoridad de los Magistrados y solo reservada a Dios. (Giuliano, 2000).

1.1. Calidad de los datos.

Ramos (2007), conceptualiza el término “dato” de la siguiente manera:

¹¹ Art. 1, ley 25.326.

El dato es la información que se da acerca de un hecho, de algo. Es un acto de transmisión concreta que puede ser dado por una persona en forma oral, gestual o escrita, por una maquina o puede inferirse de una recopilación de información (archivo, registro, banco o asiento de datos). Digamos que la información es genérica y el dato es concreto, por ello, a modo de un eufemismo, se puede decir que el conjunto de datos hace a una información. (Ramos, 2007).

En el art. 4 se establece la calidad que deben tener los datos almacenados en estos registros. Los mismos deben ser ciertos, adecuados, pertinente y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieran obtenido.

Sigue el artículo diciendo que la recolección de los datos no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la ley. No pueden utilizarse los mismos para otros fines que no sean los que motivaron su recolección.

Los datos deben ser exactos y actualizados. En caso de datos falsos o inexactos, deben ser suprimidos y sustituidos, o completados, correspondientemente.¹²

1.2. Consentimiento e información.

El art. 5 prescribe que el tratamiento de datos personales debe constar con el consentimiento libre, expreso e informado, por escrito del titular de los mismos, de no ser así, será considerado ilícito.

Sin embargo, existen excepciones establecidas en el mismo artículo, en las cuales no es necesario el consentimiento del titular:

1). Datos obtenidos de fuentes de acceso público irrestricto.

¹² Art. 4, ley 25.326.

- 2). Los datos se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal.
- 3). Cuando se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio.
- 4). Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento.
- 5). Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes.

Cuando los datos sean recaudados, se debe informar previamente a los titulares en forma expresa, según lo dispone el art. 6:

- 1). La finalidad para la que serán tratados y quienes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios.
- 2). La existencia del archivo, registro, banco de datos, electrónico o de cualquier otro tipo, de que se trate y la identidad y domicilio de su responsable.
- 3). El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le proponga.
- 4). Las consecuencias de proporcionar los datos, de la negativa a hacerlo o de la inexactitud de los mismos.
- 5). La posibilidad del interesado de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos.

1.3. Categorías de datos.

El art. 7 establece que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles.

Datos sensibles se denominan, como explicamos en el Capítulo Segundo del presente trabajo, a aquellos que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

Por supuesto que esto no es una prohibición absoluta. “El propio interesado puede prestar su consentimiento para que se registren tales datos ya sea en forma directa o indirecta.” (Badeni, 2006, p. 1215).

En el segundo inciso, se especifica que los datos sensibles pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o que tengan finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares.

El inciso tercero establece la prohibición de la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles.

Los datos relativos a antecedentes penales o contravenciones solo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas.¹³

¹³ Art. 7, inc. 4, ley 25.326.

1.4. Derechos de los titulares de datos.

1.4.1. Derecho de información.

Toda persona puede solicitar información al organismo de control relativa a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables. (Art. 13, ley 25.326).

1.4.2. Derecho de acceso.

El art. 14 establece, que el titular de los datos (o los sucesores universales en caso de fallecimiento del titular), tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales contenidos en los bancos de datos públicos, o los privados destinados a dar informes. El responsable o usuario tiene el deber de brindar la información que se solicitó en el plazo de diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente. Una vez vencido el plazo, o si evacuado el informe este resulte insuficiente, queda expedita la acción de habeas data.

1.4.3. Derecho de rectificación, actualización o supresión.

Este derecho se encuentra consagrado en el art. 16 de la ley, y establece, por un lado, el derecho que tiene toda persona a que sean rectificadas, actualizados, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular que estén en un banco de datos.

Por otro lado, establece el deber del responsable o usuario del banco de datos a proceder con la rectificación, supresión, o actualización de los datos personales del peticionante, en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo. Si no se cumple con este deber queda expedita la vía de habeas data.

No puede proceder la supresión si causare perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros.

1.4.4. Excepciones.

En el art. 17, se establecen excepciones en donde la información solicitada o la petición para rectificar o suprimir, puede ser denegada por parte de los responsables o usuarios de bancos de datos públicos. Éstas son dos: por un lado, en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros. Por otro lado, cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. Ambas resoluciones deben ser fundadas.

El último párrafo del mencionado artículo establece, que se debe brindar acceso al registro en la oportunidad en que el afectado tenga que ejercer su derecho a defensa.

2. Habeas data.

La acción de habeas data se encuentra consagrada en nuestra Constitución Nacional, a partir de la reforma del año 1994, en el art. 43, párrafo 3°, como una subespecie de la acción de amparo.

Antes de la reforma constitucional de 1994 no existía en nuestro país una legislación específica acerca del habeas data. En algunos casos, al considerarse como una sub-especie del amparo, regulado por el art. 43 de la Constitución Nacional, podía el trámite de este procedimiento, pero teniendo siempre en cuenta la excepcionalidad de esta clase de acción conforme al criterio que emana de la ley de amparo y de la Constitución Nacional que establece como límite de esta vía “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. (Ramos, 2007).

El mencionado artículo 43, prescribe: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.” (Art. 43, párr. 3°, CN).

De lo expuesto, se puede inferir que la acción de habeas data tiene por objeto la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos de una persona que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. “Aun cuando los registros privados sólo pueden ser materia de habeas data si están destinados a proveer datos, creemos que, si no poseen esa finalidad, pero suministran información a terceros, han de considerarse abarcados en la viabilidad del habeas data.” (Bidart Campos, 2008, p. 215).

Siguiendo a Badeni sobre el propósito de la norma, decimos que,

El propósito de la cláusula constitucional es evitar que, mediante el uso incorrecto de la informática, se pueda lesionar el honor, la intimidad y los restantes derechos de las personas como consecuencia de una difusión de datos erróneos, incompletos o inexactos referentes a ellas. La protección se extiende también para evitar la difusión de datos sensibles concernientes a los individuos, tales como los relacionados con sus creencias religiosas o ideológicas. (Badeni, 2006, p. 1210).

2.1. Tipos de habeas data.

Existen diversos tipos de habeas data según la finalidad que persiga quien impone la acción. Éstos son:

a). Habeas data informativo: Este tipo se ejecuta para conocer los datos que se encuentran en una base de datos, cuál es la finalidad de que los mismos se hayan obtenido, y cuál es su fuente, es decir, de donde provienen (claro está que no pueden verse comprometidas las fuentes periodísticas). (Bidart Campos, 2008).

b). Habeas data rectificador: lo que se persigue en este caso, es corregir datos falsos o que son inexactos, poder actualizar datos atrasados o adicionar información en caso de datos incompletos. (Bidart Campos, 2008).

c). Habeas data de preservación: trata de resguardar algunos datos y que no sean difundidos públicamente.

Apunta a garantizar la confidencialidad de ciertos datos que, si bien han sido registrados lícitamente y pueden permanecer en ese estado, el accionante demanda que no sean difundidos públicamente, o sólo bajo ciertas condiciones, o sólo a determinados requirentes, sobre la base de un interés legítimo del cual es titular. (Badeni, 2006, p. 1213).

d). Habeas data cancelatorio: “el accionante requiere la supresión de sus datos sensibles o falsos registrados en un banco de datos.” (Badeni, 2006, p. 1213).

e). Habeas data mixto: tiende a más de una de las finalidades anteriores. (Bidart Campos, 2008).

2.2. *Datos excluidos.*

Establece Bidart Campos, que dentro de los datos que se encuentran excluidos, es decir, no resguardados por la acción de habeas data podemos enumerar:

a). “La información en registros o ficheros referidos a la actividad comercial, empresarial o financiera de las personas, cuando su conocimiento parece de acceso necesario a terceros que se hallan en la red de actividades similares.” (Bidart Campos, 2008, p. 217).

b). “La documentación histórica destinada a consulta e información de investigadores, estudiosos, científicos y personas en general, con fines vinculados a lo que cabe denominar como cultura social.” (Bidart Campos, 2008, p. 217).

c). “La defensa y seguridad del estado, cuando en un caso concreto deba facilitarse excepcionalmente el acceso a ciertos datos personales registrados.” (Bidart Campos, 2008, p. 217).

d). Siguiendo a Badeni, incluimos los bancos de datos de los medios de prensa.

Están expresamente excluidos los bancos de datos o archivos de los medios de prensa y de los periodistas, sin que a través del ejercicio de esa acción se pueda afectar el secreto de las fuentes de información periodística. Mediante la acción de habeas data no se puede tener acceso a los datos personales que conforman un archivo periodístico, ni conocer la fuente de la cual provienen. (Badeni, 2006, p. 1212).

2.3. Legitimación para ejercer la acción de habeas data.

La ley 25.326 de Protección de Datos Personales, fue creada para reglamentar la acción de habeas data. Es por esto, que en ella encontramos los sujetos legitimados para interponer esta acción.

La ley dispone en el art. 34 que la acción podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.

El segundo y párrafo del mencionado artículo, legitima también a los representantes legales o apoderados de las personas de existencia ideal para interponer la acción. El párrafo tercero autoriza a intervenir en forma coadyuvante al Defensor del Pueblo. “El Defensor del Pueblo tiene legitimación activa, pero al sólo efecto de coadyuvar a la sustanciación del proceso, y dentro del ámbito de sus facultades. Pero carece de legitimación para promover la acción. (Badeni, 2006, p.1213).

Sujetos pasivos de la acción son los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a dar informe, según lo establece el art. 35.

2.4. Procedimiento.

La acción de habeas data tramitará por el procedimiento que corresponda a la acción de amparo común, y supletoriamente por las reglamentaciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.¹⁴

La demanda se interpone por escrito, y el accionante debe alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la ley.¹⁵

Admitida la acción el juez requerirá al archivo, registro o banco de datos involucrado, la remisión de la información concerniente al accionante. El plazo para contestar el informe no puede ser mayor a cinco días hábiles, plazo que puede ser ampliado por el juez.¹⁶

La ley establece en el art. 40, que el sujeto pasivo no puede alegar la confidencialidad de la información que se le requiere para excusarse de la petición del accionante, salvo el caso de las fuentes de información periodísticas.

Al contestar el informe, el archivo, registro o banco de datos debe expresar las razones por las cuales incluyó la información cuestionada y aquellas por las que no evacuó el pedido efectuado por el interesado.¹⁷ Una vez contestado el informe, el actor tiene la posibilidad de ampliar la demanda en el término de tres días, para pedir la supresión,

¹⁴ Art. 37, ley 25.326.

¹⁵ Art. 38, ley 25.326.

¹⁶ Art. 39, ley 25.326.

¹⁷ Art. 41, ley 25.326.

rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, ofreciendo la prueba pertinente. Se da traslado a la demandante por tres días.¹⁸

Por último, una vez vencido el plazo para la contestación del informe, o hecha la contestación del mismo, y una vez vencido el plazo de la ampliación y su contestación, el juez dictara sentencia. En caso de resultar procedente la acción, se debe especificar si la información debe ser suprimida, rectificada, actualizada o declarada confidencial, estableciendo un plazo para el cumplimiento.¹⁹

¹⁸ Art. 42, ley 25.326

¹⁹ Art. 43, ley 25.326

Capítulo III

Antecedentes normativos del Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculado Delitos contra la Integridad Sexual.

1. Antecedentes normativos.

La ley nacional N° 26.879 fue sancionada en el año 2013. Sin embargo, podemos afirmar que no fue una novedad en nuestro país su contenido, ya que existían antes de su sanción, varias leyes provinciales que creaban registros locales de datos genéticos que estaban relacionados a delitos contra la integridad sexual.

Estos registros provinciales, se caracterizan por ser en su esencia, muy parecidos a los preceptos que establece la ley N° 26.879. No obstante, es preciso añadir, que existen algunas diferencias y que ellas serán explicadas con mayor precisión a continuación.

1.1. Ley provincial de Mendoza N° 7222.

El día 21 de julio del año 2004, se promulga en el Boletín Oficial de la provincia de Mendoza la ley N° 7222, que fija en su art. 1° la creación de un Registro Especial, en el ámbito de la Justicia Provincial, dependiente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, denominado “Registro Contra la Integridad Sexual (RECIS)”.

Continúa dicho artículo diciendo que este Registro se integrará con los datos personales, físicos, fecha de condena, pena recibida y demás antecedentes procesales valorativos de su historial delictivo, de todas aquellas personas que hayan cometido algún

delito de los denominados delitos contra la integridad sexual previstos en el Código Penal. Además, se complementarán con las correspondientes fotografías y registros de ADN.

Una de las principales diferencias con la ley nacional, es que aquella establece que no rigen los plazos de caducidad para conservar los datos del art. 51 del Código Penal, mientras que la ley mendocina establece justamente lo contrario.²⁰ No obstante, podemos decir que la diferencia más importante entre las leyes es la que se ve plasmada en el art. 3° de la ley provincial. Aquel artículo prescribe que las fotografías que se consten en dicho Registro, junto con las principales características del historial delictivo del sujeto, serán subidas a un sitio en internet creado al fin de que aquellas personas de la sociedad que estén interesadas puedan consultarlo.²¹ La ley nacional en este sentido, es mucho más reservada con la información que consta en su Registro, como bien dijimos, información considerada sensible y a la que solo los miembros del Ministerio Público Fiscal y del Poder Judicial tienen acceso, eso excluye a las autoridades Municipales, Escolares, Entidades Vecinales y Organizaciones Sociales que soliciten tal información, a diferencia de la ley provincial que las habilita a tener acceso a la misma mediante una petición justificada.²²

Otra diferencia con la ley nacional, es que la ley N°7222 crea un ámbito de concientización de la problemática, acciones de disuasión, rehabilitación y protección, a cargo de los Ministerios de Justicia y Seguridad, Desarrollo Social y Salud, y Dirección General de Escuelas, en cambio la ley nacional no dice nada al respecto.

²⁰ Art. 1, ley provincial de Mendoza N° 7222.

²¹ Art. 3, ley provincial de Mendoza N° 7222.

²² Art. 4, ley provincial de Mendoza N° 7222.

El art. 8 de la ley mendocina establece que a los fines previstos en el art. 1° de la misma ley, se creará un Registro Provincial de Identificación Genética de Abusadores Sexuales (RePrIGAS), bajo el ámbito del RECIS, y en el cual constarán:

a). Información genética de las personas condenadas por delitos contra la integridad sexual previstos en los arts. 119 y 120 del Código Penal.

b). El examen genético y la incorporación de la información al registro, que solo se hará mediante orden judicial, previa sentencia firme.

c). Los datos que consten en este registro son de carácter reservado y solo pueden tener acceso a ellos mediante orden judicial, los Jueces y Tribunales de todo el país, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía de las diferentes Provincias, para atender necesidades de investigación, y cuando las leyes provinciales así lo dispongan. Es decir, las fotografías e historial delictivos serán de público conocimiento y el Estado creará un sitio en internet donde publicará esta información, sin embargo, los datos genéticos no se encuentran al alcance de la sociedad y quedan reservados solo para algunos organismos del Estado.

d). La información no puede ser retirada bajo ningún tipo de vista, solo en caso de fallecimiento del ausente.

e). Al igual que la ley nacional, cuenta también con una sección especial para autores que no han sido identificados y donde constaran las huellas genéticas identificadas en las víctimas. Su incorporación es por medio de orden judicial, y es dada de baja de acuerdo a los términos de prescripción previstos en el Código Penal.

f). Los datos que consten en el Registro harán plena fe, y solo pueden ser impugnadas por error o falsedad. La ley nacional nada dice al respecto. g) _ por último, al igual que en la ley N° 26.879, queda prohibido utilizar las muestras de material genético para otro fin que no sea el de la identificación de los sujetos autores de delitos contra la integridad sexual, en el marco de un proceso de investigación.

1.2. Ley provincial de Neuquén N° 2520.

Otro de los antecedentes de la ley N° 26. 879, es la ley N° 2520 que sanciona la provincia de Neuquén en el año 2006.

La legislación provincial fija la creación de un “Registro de Identificación de Personas Condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual (RIPeCoDIS)” para todas aquellas personas condenadas por delitos contra la integridad sexual consagrados en el Código Penal, que funcionara en el área del Ministerio de Seguridad y Trabajo.²³

El contenido de este Registro consta de huellas dactilares, fotografías, historia criminal, cicatrices, señales, tatuajes, grupo sanguíneo, registro de ADN, domicilio, ocupación y/o cualquier otro dato identificador. Pueden incorporarse los datos de condenados que se encuentren en el Registro Nacional de Reincidencia y los que estén en las demás jurisdicciones provinciales. Al igual que la ley mendocina, los datos contenidos caducan bajo los términos del art. 51 del Código Penal.²⁴

²³ Arts. 1 y 2, ley provincial de Neuquén N° 2520.

²⁴ Art. 3, ley provincial de Neuquén N° 2520.

En cuanto al tema de quiénes pueden acceder a los datos, el art. 6 dispone que toda persona física que acredite un interés legítimo ante el RIPeCoDIS puede solicitar se le brinde información, siempre y cuando ésta sea referida a una persona particular. Se puede observar que el carácter de los datos no es reservado.

El titular de los datos y sus representantes legales no deben demostrar suficiente interés legítimo para acceder al contenido de los datos. Esto dado a la ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales, o Habeas Data, que permite a cualquier persona cuyos datos se encuentren en archivos, registros, bases o bancos de datos personales, tener conocimiento y acceso de los mismos.²⁵

También en esta ley, al igual que la mendocina, se establece el deber de realizar campañas de difusión de acciones de prevención, disuasión y protección de las personas con relación a los delitos contra la integridad sexual, a cargo de los Ministerios de Seguridad y Trabajo, de Salud, de Acción Social, la Secretaria de Estado de Juventud y Deporte, el Consejo Provincial de Educación y el Consejo Provincial de la Mujer, o los organismos que institucionalmente les sucedan.²⁶

Por último, un rasgo a destacar de la ley N° 2520, es que prohíbe que el uso de la información consignada en el Registro sea utilizado para discriminar o acosar a algún individuo.²⁷

²⁵ Art. 13, ley N° 25.326.

²⁶ Art. 7, ley provincial de Neuquén N° 2520.

²⁷ Art. 8, ley provincial de Neuquén N° 2520.

1.3. Ley provincial de Buenos Aires N° 13.869.

Esta ley fue sancionada en el año 2008, y es la más breve en cuanto a su contenido, constando solo de siete artículos.

La provincia de Buenos Aires crea dos registros. Por un lado, el denominado “Banco de Datos Genéticos de la Suprema Corte de Justicia”²⁸, donde se asentarán los resultados de los estudios genéticos realizados en todas las investigaciones penales efectuadas en los términos y garantías del Código de Procedimiento. Lo llamativo de este Banco de Datos, es que, no sólo se incluyen las muestras obtenidas de personas que son autores de delitos contra la integridad sexual, sino también a aquellos autores de delitos contra la vida, la identidad o la libertad de las personas.²⁹

Los datos que se encuentren allí asentados, son considerados “secretos”, y solo pueden acceder a ellos los miembros del Ministerio Público y los Magistrados intervinientes en relación con las causas en que se encuentren interviniendo.³⁰

Por otro lado, el artículo 5, dispone la creación de un Registro de Condenados por Delitos contra la Integridad Sexual, dependiente del Ministerio de Justicia. En dicho Registro, se asentará la identidad de los condenados y sus demás datos personales por delitos contra la integridad sexual previstos en el Código Penal.

En cuanto al carácter de los datos, el mismo artículo establece que es el Poder Ejecutivo quien debe reglamentar el acceso a dichos datos, respetando los principios de

²⁸ Art. 1, ley provincial de Buenos Aires N° 13.869.

²⁹ Art. 2, ley provincial de Buenos Aires N° 13.869.

³⁰ Art. 4, ley provincial de Buenos Aires N° 13.869.

interés legítimo y publicidad, consagrados en los arts. 20, inc. 3 de la Constitución Provincial, y 280 y 343 de la Ley de Procedimiento Penal 11.922.

El art. 20, inc. 3 de la Constitución Provincial de Buenos Aires reza que: “A través de la garantía de Habeas Data que se registrará por el procedimiento que la ley determine, toda persona podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o banco de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes, así como la finalidad a que se destine esta información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística.

Ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.” (Art. 20, inc. 3, Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

En cuanto a los artículos de la Ley de Procedimiento Penal 11.922, éstos establecen que: “Todos los procedimientos son públicos. No obstante, en las causas criminales y en la Etapa Penal Preparatoria, cuando fuera necesaria para la investigación del hecho, podrá disponerse el secreto de la investigación solo por cuarenta y ocho (48) horas siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, entorpezca las diligencias o quite eficacia a los actos, realizados o a realizarse, siendo prorrogable por veinticuatro (24) horas, todo lo que deberá resolverse por auto fundado.

Dicha medida no será oponible al Ministerio Público Fiscal, ni tendrá efecto sobre los actos irreproducibles. (Art. 280, ley 11.922).

Por razones de orden, higiene, moralidad o decoro, o por las causales enumeradas en el art. anterior (342), el Tribunal podrá ordenar el alejamiento de toda persona cuya presencia resulte inconveniente.

La admisión de público quedará condicionada a la capacidad de la sala.” (Art. 343, ley 11.922).

1.4. Ley provincial de Córdoba N° 9680.

La provincia de Córdoba sanciona esta ley en el año 2009. Esta ley está dividida en seis Títulos, ellos son: De los Objetivos, Del Registro, Regla de Convivencia, De las Sanciones, De los Certificados y Normas Complementarias.

En el primer Título se plantean los objetivos de la ley, y el principal es la creación de un “Programa Provincial de Identificación, Seguimiento y Control de Delincuentes Sexuales y de Prevención de Delitos contra la Integridad Sexual”, bajo la órbita del Ministerio de Justicia.³¹ La ley enumera los objetivos de dicho programa: campañas de prevención, información, impulsar procedimientos de control, crear programas de asistencia con tratamiento psicológico para facilitar la rehabilitación de los condenados y para contención de las víctimas, entre otros.³²

En el Título Segundo, podemos encontrar información acerca del Registro en cuestión. La ley cordobesa lo denomina “Registro Provincial de Personas Condenadas por Delitos Contra la Integridad Sexual”, en el cual constarán las personas condenadas como autores penalmente responsables de haber cometido este tipo de delitos, junto con todos sus datos: código de identificación genética, historial de delitos, documentación respecto

³¹ Art. 1, ley provincial de Córdoba N° 9680.

³² Art. 2, ley provincial de Córdoba N° 9680.

al tratamiento médico o psicológico que hubiere recibido, copia de la sentencia y cualquier otro dato que contribuya a su seguimiento social y que cumpla con los derechos y garantías constitucionales.³³

La inscripción en el Registro se ordena de oficio una vez que la sentencia quede firme, y por el mismo Tribunal que la dictó.³⁴

La ley provincial, al igual que la nacional, incorpora una sección especial destinada a aquellos autores no individualizados, almacenando las huellas genéticas que hayan sido extraídas de las víctimas de esos delitos.³⁵ También se permite al Fiscal de Instrucción, el Juez de Control o el Tribunal de Juicio, según corresponda, a incorporar datos genéticos identificados que se hayan obtenido de las víctimas y cuyos presuntos autores aún no tuvieran condena.³⁶

La información contenida en este Registro no es de carácter público, por lo tanto, son estrictamente confidenciales y reservados y solo pueden ser suministrados por orden judicial. La constancia de datos hace plena fe y solo pueden ser impugnadas judicialmente por quien tenga interés legítimo, por error o falsedad.³⁷

Al igual que la ley nacional, no pueden utilizarse las muestras para otro fin que no sea exclusivamente el de identificar a los autores de delitos contra la integridad sexual. Por

³³ Arts. 4 y 5, ley provincial de Córdoba N° 9680.

³⁴ Art. 6, ley provincial de Córdoba N° 9680.

³⁵ Art. 8, ley provincial de Córdoba N° 9680.

³⁶ Art. 9, ley provincial de Córdoba N° 9680.

³⁷ Arts. 10 y 11, ley provincial de Córdoba N° 9680.

ello, la información no puede ser retirada ni trasladada a otro lugar bajo ningún concepto.

38

El Título tercero denominado “Regla de Convivencia”, establece una serie de pautas que debe cumplir el condenado luego de haber cumplido la condena. En ellas se establece, que el responsable del establecimiento correccional o penitenciario donde se encuentre alojada la persona condenada, debe convocarla previo a recuperar su libertad, para hacerle entrega de una copia de la ley en cuestión y requerirle que constituya domicilio real, para que el sujeto cumpla con la obligación de presentarse cada treinta días aniversario ante la autoridad policial de la jurisdicción del domicilio que haya fijado.³⁹

También establece el art. 17 que el condenado debe informar sobre cualquier cambio de domicilio que realice, con un plazo mínimo de diez días de anticipación.

El sujeto debe cumplir con estas pautas durante un periodo de cinco años aniversarios computados desde que fue efectivamente liberado (de una institución correccional o penitenciaria), ya sea provisoria o definitivamente. En caso de que fuera reincidente debe cumplirlo por un plazo de diez años.⁴⁰

En el Título cuarto, se especifican las sanciones para los sujetos que no hayan atacado las pautas anteriores, las cuales pueden significar hasta treinta o sesenta días de arresto.⁴¹

³⁸ Arts. 12 y 13, ley provincial de Córdoba N° 9680.

³⁹ Arts. 14 y 15, ley provincial de Córdoba N° 9680.

⁴⁰ Art. 19, ley provincial de Córdoba N° 9680.

⁴¹ Arts. 21 y 22, ley provincial de Córdoba N° 9680.

Por último, trataremos el Título quinto que menciona unos certificados. La ley prohíbe a una persona que haya sido inscripta en el Registro, desempeñarse en servicios públicos y/o semipúblicos en los que estuviesen involucrados menores de edad. Es por ello, que cualquier persona que quiere desenvolverse en ese ámbito, sea como empleado, propietario, permisionario o concesionario, debe acompañar un certificado expedido por el “Registro Provincial de Personas Condenadas por Delitos Contra la Integridad Sexual” en donde conste que no está inscripto en el mismo.⁴²

1.5. Ley provincial de Entre Ríos N° 10015.

En el año 2011 la provincia de Entre Ríos sanciona una ley creando un “Registro de Defensa de la Integridad Sexual” (REDIS), en el ámbito del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos.

Este Registro se integra, mediando orden judicial, con los datos personales, físicos, fotografías, registros de ADN, fecha de condena, pena recibida y demás antecedentes procesales de su historial delictivo de todos aquellos condenados por los delitos contra la integridad sexual, y sus datos caducarán conforme al art. 51 del Código Penal.⁴³

Al igual que en la provincia de Mendoza, la ley entrerriana prescribe en su art. 3° que, las fotografías consignadas en el Registro serán destinadas a un sitio en internet especialmente creado para que pueda ser consultado por quienes demuestren un interés legítimo.

⁴² Arts. 27 y 28, ley provincial de Córdoba N° 9680.

⁴³ Art. 1, ley provincial de Entre Ríos N° 10015.

El art. 8, fija la creación, a los fines previstos en el art. 1, del “Registro Provincial de Identificación Genética de Abusadores Sexuales” (RePrIGAS), que funciona en el ámbito del REDIS. En este Registro constará: a). la información genética de las personas condenadas por delitos contra la integridad sexual, b). la realización del examen genético (su incorporación se hará por orden judicial previa sentencia firme), c). los datos que consten en el registro serán de contenido reservado y solo pueden ser suministradas por orden judicial a los jueces y tribunales de todo el país, a Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y las Policías de las Provincias para atender necesidades de investigación y cuando las leyes provinciales así lo dispongan.

La información no podrá ser retirada del registro bajo ningún concepto y solo será dada de baja por fallecimiento del ausente.⁴⁴

Al igual que las legislaciones provinciales y la nacional, existe una sección especial para autores no identificados, los datos registrados hacen plena fe, pudiendo ser impugnados solo judicialmente por error o falsedad, y está prohibido hacer otro uso de la información que no sea el de identificar a los autores de delitos contra la integridad sexual.

45

2. *Antecedentes normativos en derecho comparado.*

⁴⁴ Art. 8, inc. d, ley provincial de Entre Ríos N° 10015.

⁴⁵ Art. 8, inc. e, f y g, ley provincial Entre Ríos N° 10015.

2.1.Estados Unidos.

En Estados Unidos, este tipo de institución proviene de larga data con la famosa y popularmente conocida “Ley Megan”.

La historia de la ley americana surge con la violación y el asesinato en 1994 de Megan Kanka, una niña de siete años del Estado de Nueva Jersey, por un sujeto con antecedentes penales en abusos sexuales hacia menores, que era vecino de la víctima. Este caso tuvo tal impacto social, que el entonces presidente Clinton, aprobó una ley por la cual, los violadores de menores que han cumplido su condena y salen en libertad, deben informar a las autoridades su lugar de reincidencia, para que éstas alerten a la población vecina de la presencia de un ex convicto con antecedentes de abusos sexuales.⁴⁶

Allí se establece un sistema para establecer grupos diferenciales de riesgo, administrado por un consejo especial que preside el Procurador General, para discernir los acusados menos peligrosos (cuya identificación se mantiene destacada solo para las dependencias policiales) de los más peligrosos (que se comunican a los vecinos del sujeto identificado y están disponibles para el público en general). (Arballo, 2005).⁴⁷

Las disposiciones de esta ley son muy diferentes a las que dicta nuestro ordenamiento. En la ley nacional, la información que consta en los registros no se publica de ninguna manera, según lo establece el art. 7, y solo queda a disposición del Ministerio Público Fiscal y del Poder Judicial en el marco de una investigación penal. En cambio, la ley estadounidense dispone lo contrario, es una obligación de las autoridades estatales informar a la población de un determinado lugar cada vez que un individuo con

⁴⁶ Extraído de: <http://edant.clarin.com/diario/1997/05/07/e-04303d.htm>

⁴⁷ Extraído de:

https://www.academia.edu/11557889/Actualidad_en_la_jurisprudencia_de_la_Corte_de_los_Estados_Unidos_2005_

antecedentes penales por delitos de abusos sexuales o violación fija su residencia en ese lugar o cerca del mismo. Esta información se pone a conocimiento de la sociedad mediante un sitio en internet, al cual todos tienen acceso.

Con respecto a lo citado por Arballo en cuanto al criterio de distinción entre acusados menos peligrosos y más peligrosos, para diferenciar quiénes serían los condenados sujetos al conocimiento público, con el fallo “Connecticut v. Doe”⁴⁸, esto queda sin efecto. Dicho fallo establece que la información de todo tipo de abusadores, sean peligrosos o no, debe ser dada a conocer a la población.

Revirtió así un fallo inferior que exigía – por aplicación de la cláusula del debido proceso – la posibilidad de que el sujeto demostrara que no constituía una amenaza para la comunidad; para la Corte, una simple lista de carácter factico e informativo no suscita cuestiones de debido proceso. (Arballo, 2005).

Otra diferencia con nuestro ordenamiento, es que si bien en ambas legislaciones está prohibido aplicar la ley retroactivamente (salvo excepciones), la justicia de Estados Unidos en el caso “Smith v. Doe”⁴⁹, entendió que “la prohibición de legislación ex post facto, no se aplicaba al sistema, que no imponía un “castigo”, sino un “régimen civil no punitivo”. (Arballo, 2005). En nuestro ordenamiento, por el principio de legalidad del art. 18 de nuestra Carta Magna que establece que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”, está prohibida la aplicación retroactiva de una ley si perjudica al condenado, por ende, creemos que la justicia argentina no haría lugar a una cuestión tan evidentemente inconstitucional.

⁴⁸ Connecticut Department of Public Safety, Et Al., Petitioners v. John Doe, Et Al.

⁴⁹ Smith et al. V. Doe et al. Recuperado de: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-729.ZS.html>

2.2. España.

En este país, se sanciona en el año 2007, la Ley Orgánica 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

En el preámbulo de dicha ley, se resalta la importancia y eficacia de la identificación genética en el marco de causas criminales, para poder individualizar a los responsables de delitos. No obstante, también enfatiza la seriedad del asunto, aduciendo la complejidad de la obtención de las muestras dado el carácter sensible que ostentan los datos y por ende, la protección jurídica que poseen, y también porque hasta el momento no existía un marco normativo eficiente que regule un instituto de esta naturaleza.

Dentro de los justificativos de la creación de la ley, el preámbulo también hace mención al requerimiento de la sociedad a obtener respuestas por parte de las autoridades y que éstas cuenten con los medios necesarios para poder castigar a los culpables de crímenes.

El preámbulo también establece que al redactar la norma se ha tenido en cuenta los criterios sobre protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN, que ha tomado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la 207/1996. En dicha sentencia, el Tribunal se expide fijando un criterio de que,

Mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física. (Sentencia del Tribunal Constitucional de España 207/1996).

La ley española se caracteriza por crear la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, cuyo contenido constará de los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos, que en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, y también los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas. La inscripción en el registro no precisará del consentimiento de la persona.⁵⁰

Los datos solo pueden utilizarse por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Sin embargo, pueden cederse a: Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con los convenios internacionales, a las Policías Autonómicas, y al Centro Nacional de Inteligencia.⁵¹

⁵⁰ Art. 3, Ley Orgánica 10/2007.

⁵¹ Art. 7, Ley Orgánica 10/2007.

Capítulo IV

Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual.

1. Ley nacional de Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual N° 26.879.

El tres de julio del año 2013, se sanciona en nuestro país la ley nacional 26.879 que fija la creación de un Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la integridad Sexual, dentro del ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.⁵² Dicho proyecto, ya había obtenido media sanción por parte del Senado en el año 2011.⁵³

Este instituto surge como una necesidad para hacer frente a los reclamos de inseguridad de la sociedad. Los delitos contra la integridad sexual se caracterizan por ser considerados aberrantes, y esto incide en la toma de decisiones de política criminal.

Un recorrido por distintas experiencias en el Derecho Comparado y en nuestro país, para arribar el dictado de la ley nacional que dispone la creación del Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual, pone en evidencia la importancia desde el diseño de política criminal y derechos humanos, de acciones concretas por parte del Estado de medidas tendientes a la seguridad de sus habitantes, donde la prevención constituye también un objetivo a cumplir. (Medina, G y Yuba, G. La Ley Online. Cita online: AR/DOC/3097/2013).

⁵² Art. 1, ley n° 26.879: Crease el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual, el que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

⁵³ <http://www.lanacion.com.ar/1597615-que-es-y-como-funcionara-el-registro-de-violadores>

Dentro de los fundamentos que acompañaron el proyecto de ley, el que más relevancia tiene es el que afirma que los delitos de violación, se caracterizan, “por un alto grado de reincidencia y dificultad en la prueba, pues generalmente los delincuentes buscan un ámbito aislado donde no haya testigos, y en el que la víctima sienta una gran debilidad.”⁵⁴

Queda de manifiesto, que la creación de un instituto de estas características, responde a la poca eficacia de los procedimientos judiciales, en materia de investigación penal.

Constituye este Registro, una herramienta fundamental para la Justicia, a fin de poder esclarecer hechos vinculados a delitos contra la integridad sexual, brindando a la sociedad en general, los medios para garantizar y promover el derecho a la vida, integridad personal, acceso a la justicia, entre otros. (Medina, La Ley Online, AR/DOC/3097/2013).

Se persigue de esta forma, hallar a los responsables de delitos sexuales y que los crímenes no queden impunes. Como se expresó anteriormente, dado la dificultad probatoria de estos hechos y de la individualización del autor, este registro tiene la intención de brindar una solución, ya que la comparación de muestras de ADN arrojaría un resultado certero y con celeridad para identificar a los responsables.

Sin embargo, un aspecto importantísimo a recalcar, es que, si bien el fin de la norma es legítimo y busca identificar a delincuentes, porque, como se dijo en los fundamentos del proyecto de ley, éstos muestran un “alto grado de reincidencia”, no puede pasarnos por alto

⁵⁴ Fundamentos del proyecto de ley 26.879.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion31272.pdf#viewer.action=download>

que uno de los principios fundamentales del derecho penal es que se castiga al autor por el hecho cometido y no por algo que potencialmente puede cometer.

Quienes entienden al delito como una infracción de deberes ético-sociales, como los que lo consideran una conducta socialmente dañosa porque lesiona o pone en peligro bienes jurídicamente protegidos, coinciden en ligar la definición de delito a la comisión de un hecho y en considerar secundarias las características personales de su autor, que sólo se podrán tomar en cuenta para la individualización judicial de la pena. Se trata del derecho penal de hecho o de acto. (Lascano, 2005, p. 27).

El derecho penal de autor, por el contrario, castiga al autor de un delito por lo que es y no por lo que hizo, va de la mano con un derecho penal de peligrosidad, esto se contaría con los principios del derecho penal en nuestro ordenamiento y con el principio de culpabilidad que tiene jerarquía constitucional.

El derecho penal de autor y el de peligrosidad coinciden cuando parten de una concepción determinista o biológica del hombre, que le niega la libre determinación para elegir entre el bien y el mal y lo sancionan por su modo de ser, por su mal carácter o por su vida mal orientada. (Lascano, 2005, p. 28).

1.1. Objeto de la ley.

El objeto de la mencionada ley, se encuentra especificado en su art. 2, que reza: “el Registro tendrá por fin exclusivo facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la Integridad Sexual, previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II del Código Penal, con el objeto de proceder a la individualización de las personas responsables.”

Lo que persigue la ley es identificar a los autores de dichos delitos, para poder procesarlos penalmente. Siguiendo a Figari (2013), éste sostiene que,

Se desprende que el objetivo de este registro es de naturaleza procesal, porque sus datos tienden a facilitar el esclarecimiento de los hechos susceptibles de investigación judicial en los delitos contra la integridad sexual. No se advierte que haya otra ulterioridad como la de dotar a la sociedad de información relacionada con los autores de delitos sexuales para provocar un sistema de control social por parte de la ciudadanía pues como lo explica el art. 7 las constancias plasmadas en el registro serán consideradas datos sensibles y de carácter reservado y solo serán suministradas a miembros del Ministerio Público Fiscal y a jueces y tribunales de todo el país. (Figari, 2013).

Lo que el doctrinario quiere decir, es que, la finalidad del instituto no es otra que la de ayudar en el esclarecimiento de los delitos de dicha índole. No es una figura que busque la estigmatización del individuo, ya que los datos asentados en el registro son confidenciales, y la sociedad no puede tener acceso a ellos, éstos quedan reservados al conocimiento de los organismos intervinientes en una investigación penal.

A este respecto, dentro de los fundamentos de la ley, se establece que,

Va de suyo que ese cotejo servirá, también, para descartar posibles hipótesis investigativas, extremo que demuestra claramente que no estamos frente a una herramienta enderezada, únicamente, a sostener imputaciones: servirá, si, eventualmente, para consolidar una acusación, pero también, en su caso, para desestimarla.⁵⁵

Se reitera que el fin de la norma no es crear estigmatización, y que al contrario, el cotejo de datos también puede servir para descartar la autoría de algunos sujetos.

⁵⁵ Fundamentos del proyecto de ley 26879.

1.2. Contenido del Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual.

La ley 26879 establece en su art. 3, que en dicho Registro, se almacenará y sistematizará la información genética asociada a una muestra o evidencia biológica que hubiere sido obtenida en el curso de una investigación criminal y de toda persona con sentencia firme por los delitos enunciados en el artículo 2° de la presente ley.

Se debe entender primero qué es la denominada información genética que va a ser almacenada en este Registro. Para ello, siguiendo a Méndez decimos que,

Respecto a la delimitación del término información genética, para efectos jurídicos debemos distinguir entre el material genético propiamente dicho y la información genética: el material genético siempre nos acompañará desde los primeros estadios de la vida hasta el momento de nuestra muerte, mientras que la información genética se obtiene al realizar una serie de técnicas o metodologías que permiten la extracción de ciertos datos específicos, que en su conjunto integran la mencionada información genética, “podemos concluir que la información genética es el conjunto de datos de origen y naturaleza genética que se asentaran necesariamente en un soporte determinado, bien puede ser un archivo manual o un banco de información específico.” (Méndez, 2011).

Esto quiere decir, que lo que se almacena en el registro no es la muestra en estado “puro”, sino la misma luego de haber pasado por “una serie de técnicas o metodologías” de las cuales se extrajeron datos específicos, que van a ser al final los que arrojen información que permita individualizar y distinguir a cada sujeto determinado. Esta información debe haber sido recogida, como bien especifica la ley, en el marco de una investigación criminal.

El art. 4, establece: “La información genética registrada consistirá en el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de genotipos que segreguen

independientemente, sean polimórficos en la población, carezcan de asociación directa en la expresión de genes y aporten solo información identificatoria apta para ser sistematizada y codificada en una base de datos informatizada.”

Para poder entender dicho artículo, ya que posee lenguaje científico, estableceremos una distinción entre los distintos tipos de ADN, siguiendo a Penacino, (2011), quien explica lo siguiente:

El ADN es la molécula que contiene toda la información genética del individuo, dicho de otra forma, es el programa de constitución del organismo. El genoma humano está compuesto por 3,3 mil millones de pares bases. En él existen dos tipos de ADN:

- ADN codificante: tiene función conocida, como la expresión de un gen cuyo producto final es una proteína. Posee una variabilidad de regiones limitada, ya que gran parte de las variantes dan lugar a genes defectuosos y el individuo que las posee no sobrevive y en consecuencia la variante no se perpetúa.
- ADN no codificante: constituye el 70% del total. Comprende el ADN que no se expresa, generalmente sin función aparente, es altamente variable y tiene mucha importancia para la identificación forense de individuos.

Entonces, mientras que en el ADN codificante existe poca variabilidad individual, el ADN no codificante por el contrario, al no estar sujeto a presión selectiva, puede soportar grandes niveles de variabilidad sin que se produzcan defectos genéticos. Esta característica hace que sea la mayor fuente para la identificación humana, empleada en la bioquímica forense del siglo XXI. (Penacino, 2011).

La recolección de dichos datos puede deberse a los restos del ilícito que se encuentran en el cuerpo de la víctima o en los objetos de los que se haya valido el autor para realizar el hecho, y que luego son recolectados como prueba. También, debe ser recogida la información genética de todos aquellos sujetos condenados con sentencia firme

por los delitos contra la integridad sexual previstos en el Código Penal, los cuales serán asentados en una sección especial dedicada específicamente a estos casos.

El Registro contará con dos secciones: por un lado, la que prescribe el art. 5, esto es, la de aquellas personas condenadas con sentencia firme, y por el otro, con una sección especialmente destinada a sujetos no identificados, o no individualizados, dispuesta en el art. 6: “el registro contará con una sección especial destinada a autores no individualizados de los delitos previstos en el art. 2, en la que constará la información genética identificada en las víctimas de tales delitos y de toda evidencia biológica obtenida en el curso de su investigación que presumiblemente correspondiera al autor. Su incorporación será ordenada por el juez de oficio, o a requerimiento de parte.” En el primer caso, el juez debe ordenar la recolección de los datos de oficio.

El registro no va a estar compuesto solamente por la información genética de los individuos. El art. 3, establece que también se consignará respecto de cada persona condenada, sus datos personales, a fin de poder identificarlos y relacionarlos con las muestras. Estos son: nombres y apellidos, apodos o sobrenombres si los tuviere, fotografía actualizada, fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad, número de documento de identidad y autoridad que lo expidió, y por último, domicilio actual, para lo cual el condenado una vez en libertad debe informar a las autoridades los cambios de domicilio que efectúe.

Esta exigencia de la ley, encuentra similitud con las denominadas “reglas de convivencia” insertas en la ley de la provincia de Córdoba 9680. Estas normas crean una polémica, dado que, en nuestro ordenamiento jurídico, por imperio de la garantía constitucional *non bis in ídem*, que se desprende del art. 18, una persona no puede ser juzgada más de una vez por el mismo hecho.

Por lo tanto, una persona que es encontrada autor responsable de un delito contra la integridad sexual, y conminada a cumplir una pena, luego de haberla cumplido y una vez puesta en libertad, no se entiende porqué debería esa persona cumplir con esta “carga” impuesta por la ley, que bien podríamos considerarla como una segunda pena.

Los datos asentados en el Registro, son considerados “datos sensibles” y de “carácter reservado. La definición de datos sensibles se encuentra regulada en nuestra legislación en la ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales, en su art. 2°, que establece que datos sensibles, son aquellos “datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”. (Art. 2, ley N° 25.326). A su vez, nos indica que debe entenderse por datos personales, los cuales conceptualiza diciendo que es “información de cualquier tipo referida a personas o de existencia ideal determinadas o indeterminadas”. (Art. 1, ley 25.326).

Dado la categoría que la ley les asigna a estos datos, ellos sólo pueden ser suministrados a miembros del Ministerio Público Fiscal, a jueces y tribunales de cualquier parte del territorio argentino, a través de lo que puede considerarse una red de información.⁵⁶ Es decir, no son de público alcance, y ninguna persona puede invocar un interés legítimo para tener acceso a esos datos. Además, los miembros del Ministerio Público Fiscal, y los miembros del Poder Judicial, sólo tendrán acceso a los datos contenidos en el Registro en el marco de una investigación penal de algún delito contemplado en el art. 2° de la ley N° 26.879.

⁵⁶ Art. 7, ley N° 26.879.

Los exámenes genéticos se realizarán exclusivamente en aquellos lugares acreditados debidamente por el Ministerio de Ciencia, Tecnología, e Invención Productiva, o por organismos certificados y acreditados por ese ministerio.⁵⁷ La ley prohíbe la utilización de estos datos, es decir, el ADN de las personas, para cualquier otro fin que no sea el previsto por el art. 2º.⁵⁸

La ley fija una carga al Registro, y es la de disponer de todo lo necesario para conservar intactas las muestras que se hayan extraído, y evitar así, una posible contaminación de las mismas.⁵⁹

Por último, cabe preguntarnos si existe un plazo determinado para que el Registro conserve las muestras. La respuesta es afirmativa, y nos la brinda el art. 10, que establece que las muestras serán conservadas hasta transcurridos cien años desde la iniciación de la causa por la que se hayan dispuesto su incorporación, o por la orden judicial. Un aspecto a resaltar, es que el mismo artículo prevé que no rigen los plazos de caducidad del art. 51 del Código Penal, el cual establece que: “Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un habeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

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

⁵⁷ Art. 8, ley N° 26.879

⁵⁸ Art. 11, ley N° 26.879

⁵⁹ Art. 9, ley N° 26.879

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

En todos los casos, se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que solo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos del registro la fecha de caducidad: 1). Cuando se extingan las penas perpetuas. 2). Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo. 3). Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta. 4). Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del art. 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.”

Amén de lo expuesto, cabe destacar el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, C.L.A. s/ejecución privativa de la libertad – Recurso de Inconstitucionalidad, donde el letrado Brusa, invoca la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley 9680 de la provincia de Córdoba. Entre los preceptos que declara contrarios al ordenamiento nacional y a nuestra Carta Magna, se encuentran:

- a). Las denominadas “Reglas de Convivencia”, que imponen al condenado la obligación de llevar a cabo una conducta determinada (so pena de recibir una sanción), luego de haber cumplido con la pena impuesta por el tribunal correspondiente. Como se expresó anteriormente, esta disposición guarda relación con la ley 26.879 en su art. 3°. Según el letrado, esto manifiesta una clara violación al principio constitucional *non bis in ídem*, también consagrado en pactos internacionales de derechos humanos,⁶⁰ dado que, se permite de esta forma, una doble persecución penal por el mismo hecho por parte del Estado.
- b). Al establecerse que los datos consignados en el Registro tendrán una vigencia de cien años, y que no rigen los plazos de prescripción del art. 51 CP, se está violando el principio procesal de la razonabilidad del proceso. Dicho principio establece que determinado proceso judicial debe tener un lapso de tiempo razonable, es decir, no puede extenderse infinitamente porque deterioraría el principio de seguridad jurídica.
- c). También establece el letrado, que los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de la ley 9680 (“Reglas de Convivencia”), son inconstitucionales por afectar el derecho a la privacidad.
- d). La ley 25326, prohíbe en su art. 7, inc. 3, la formación de archivos, registros, o bancos de datos que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles.
- e). Establece que “la recolección, sistematización y almacenamiento de datos -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.”⁶¹ Esto, dado que, para el letrado, el fin de la norma de “identificar sujetos para

⁶⁰ Art. 8.4, CADH y art. 14.7, PIDCyP.

⁶¹ C.L.A. s/ejecución de pena privativa de la libertad -Recurso de Inconstitucionalidad-.

el esclarecimiento de una investigación criminal” es solo aparente, y lo que se busca en realidad es realizar un “seguimiento social” del condenado.

f). Cuestiona que la extracción de material genético, afecta el derecho a disponer del propio cuerpo, consagrado en el art. 18 de la Constitución, toda vez que, el derecho a no ser sometido a la extracción de fluidos o tejidos, es análogo a las prohibiciones de injerir en el domicilio, a la correspondencia y papeles privados de la persona.

g). Critica a la ley por cuanto dice que la misma crea una presunción *iure et de iure* de que todos los casos de delitos contra la integridad sexual revisten la misma peligrosidad. Es decir, no se observan las circunstancias particulares de cada caso.

Sin embargo, el Superior Tribunal, rechaza estos fundamentos y se avoca por declarar la constitucionalidad de la norma. Dentro de las razones que esgrime, se encuentran las siguientes:

a). En primer lugar, en lo relativo a las prescripciones de la ley nacional de Protección de Datos Personales 25326, donde el letrado señala el art. 7, inc. 3, que prohíbe la formación de archivos, registros o bancos de datos que almacenen información sensible, y la importancia de manifestar su consentimiento para el aporte de información “sensible”, el tribunal resalta las excepciones expresadas por la ley. Una de ellas, se encuentra en el art. 5, inc. 2, que señala que el consentimiento no es necesario cuando se tratare de recabar datos para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal. Otra de ellas, se encuentra en el art. 23 donde la ley establece que “el tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública... sin consentimiento de los afectados, queda limitado a aquellos supuestos y categorías de datos

que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquellos 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.”

b). El Superior Tribunal, afirma que el objetivo de la ley es la facilitación de investigaciones criminales derivadas de delitos contra la integridad sexual, mediante la identificación de los sujetos responsables. Y con respecto a las finalidades de la norma atribuidas por el letrado, de “seguimiento social”, no hace lugar, ya que las “Reglas de Convivencia” no han sido aplicadas en el caso concreto.

c). El Registro, se enmarca dentro de las finalidades de “seguridad pública” y “represión de delitos” que la ley 25326 autoriza. Además, resalta el Tribunal, que, en la ley provincial, al imponerse la seguridad en el tratamiento de datos, se cumple con la disposición del art. 23 de la ley 25326 de ser “específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad.”

d). En lo respectivo a la violación de la privacidad que expone el Dr. Brusa, el Tribunal Superior, manifiesta una distinción entre privacidad e intimidad. Siguiendo a Carlos Nino (*Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992), los vocales⁶², definen a la privacidad como “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.” En cambio, el derecho a la intimidad lo definen, también siguiendo a Nino, como,

⁶² Dra. Aída Tarditti, Dr. Luis Enrique Rubio, Dr. Carlos Francisco García Allocco, Dra. María Marta Caceres de Bollati, Dra. María Susana Blanc G. de Scapellato y Dr. Guillermo Lucero Ofredi.

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 esta 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 Tribunal considera que la finalidad del instituto es legítima, ya que el fin exclusivo es la investigación de delitos, además de que la ley presenta la “escrupulosidad” en el manejo de la información. Además, añade que, si la consecuencia de la garantía constitucional de la intimidad “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.” También, establece que, siguiendo este pensamiento, de manera análoga, las huellas digitales en la práctica penal necesitarían el consentimiento de los sujetos para que la información sea registrada en el Estado. A modo de conclusión, el Tribunal Superior añade, “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.”

Conclusión

A lo largo del presente trabajo de graduación, se desarrolló e intentó explicar, lo relativo al instituto denominado Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual.

Este Registro, incorpora información genética de individuos condenados como autores responsables de delitos contra la integridad sexual en una base de datos nacional. Los delitos contra la integridad sexual se encuentran regulados en nuestro Código Penal, en el Título III y consta de V capítulos. Sin embargo, la ley 26.879, establece que los datos genéticos registrados serán solamente aquellos correspondientes a sujetos que hayan cometido los delitos previstos en el capítulo II, es decir los contemplados en los arts. 119 y 120.

Los artículos mencionados tipifican la figura del abuso sexual simple y sus agravantes (art. 119), y la antiguamente denominada figura del “estupro” (art. 120).

El delito de abuso sexual simple se configura cuando una persona abusare de otra, y la víctima sea menor de trece años, o cuando haya mediado intimidación, violencia, amenazas, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad o poder, o aprovechándose de que aquella no haya podido consentir libremente la acción por cualquier causa. Sus agravantes son numerosos y son: cuando configurare un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, cuando hubiere acceso carnal por cualquier vía, cuando se causare grave daños en la salud física o mental de la víctima, cuando de la acción resultare la muerte de la víctima, cuando la acción fuere realizada por autor afín a la víctima por parentesco o relación de guarda, por ser ministro de un culto religioso, o encargado de

la educación o la guarda, cuando el autor fuere portador de alguna enfermedad de transmisión sexual grave, o cuando el hecho se cometiere por dos o más autores, o con armas.

Por su parte, el art. 120, penaliza a la persona que hubiere realizado las acciones del segundo y tercer párrafo del art. 119, con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia con la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre y cuando no configuere un delito más severamente penado.

Retomando al tema de la ley 26.879, al crear un Registro que contiene información personal y denominada “sensible” por la propia ley, es que fue preciso en nuestro Capítulo Segundo, abordar la temática de la protección de estos datos. Por ello, se analizó la ley 25.326 de Protección de Datos Personales, ley reglamentaria de la acción constitucional de habeas data. Dicha norma tiene como objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, banco de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos o privados destinados a proveer informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así también como el acceso a la información que sobre las mismas se registre. (Art. 1).

Esta ley nos brinda también, la definición de datos personales y de datos sensibles. Si los primeros son el género, los segundos son la especie.

Datos personales es aquella información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables. (Art. 2). Datos sensibles, en cambio, son aquellos datos personales que revelan origen racial o étnico, opiniones

políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

Esta ley, impone una estructura para la protección de datos personales con un piso elevado, es decir, se fijan una serie de pautas por las cuales los datos de las personas, entre otras cosas, no pueden ser recolectados sin su consentimiento, deben ser verificados y ser ciertos, o de lo contrario eliminarse, deben ser recolectados por una finalidad legítima, y el titular de los mismo tiene el derecho de acceder a ellos.

Es aquí donde entra en juego la acción de habeas data, recogida en nuestra Constitución Nacional en el art. 43, como una sub-especie de la figura del amparo. Esta acción permite al titular de los datos tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o banco de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. (Art. 43, párr. 3°, CN). De allí que encontramos cinco tipos de habeas data: informativo, rectificador, de preservación, cancelatorio y mixto.

Sin entrar en más detalles, en el Capítulo Tercero, se abordaron los antecedentes normativos de la ley 26.879, tanto a nivel nacional, con las distintas provincias pioneras de este tipo de instituto, como con derecho comparado de las legislaciones estadounidense y española.

Por último, en el Capítulo Cuarto, tratamos el tema que nos interesa, es decir, el Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual.

Nuestro país en la actualidad atraviesa por una etapa de inseguridad social muy evidente. Tal es así, que los organismos que tienen en sus manos la tarea de imponer justicia, están colapsados y muchas veces no responden eficazmente. También es importante recalcar, que con el avance de nuevas tecnologías, es posible que los países desarrollen mecanismos más avanzados y eficaces que coadyuven al sistema judicial, descongestionándolo y brindando respuestas y seguridad a sus ciudadanos. Dentro de este contexto surge la ley 26.879 en nuestro país, creada con el fin de facilitar el esclarecimiento de los hechos en una investigación criminal relativa a delitos contra la integridad sexual. A ello podemos sumarle el impacto negativo que tienen estos crímenes en la sociedad, que, por lo general, generan mayor rechazo y aberración que otros delitos.

De lo expuesto, podríamos inferir que esta ley sancionada en el año 2013, viene, en cierta manera, a evitar la impunidad de los casos de delitos contra la integridad sexual, señalando a los responsables de los hechos delictuosos para que reciban su castigo, y, también, disuadiendo a posibles “violadores”.

Sin embargo, más allá de que se busca evitar la impunidad de sujetos que realizan actos de tal aberración, no podemos dejar de advertir que nuestro ordenamiento jurídico, nuestra ley suprema, cual es, nuestra Constitución Nacional, es elevadamente garantista y defensora de derechos humanos. Bien es sabido, que nuestra Carta Magna posee en su articulado la defensa de numerosos derechos humanos, sumando también aquellos que se encuentran en Pactos Internacionales que nuestro país ha ratificado y que tienen jerarquía constitucional.

Es por ello, que una norma con las características de la ley 26.879, debe ser sometida a un “filtro” constitucional, analizándola para decidir si puede aplicarse en la realidad, o si es violatoria de la Constitución.

- En primer lugar, cabe preguntarnos cuál es el fin de la norma. Es decir, más allá de la finalidad expresada en el art. 2° de la ley. ¿La ley tiene una finalidad sancionatoria?, es decir, ¿Se busca de esta manera castigar al responsable de un hecho de tal naturaleza, sometiéndolo a dejar registrado en una base de datos su material genético, e imponiéndole cargas de conducta luego de cumplida la condena?, o si, por el contrario, ¿Lo que se busca es una especie de prevención con un mensaje destinado a la sociedad de que, si realizan ese hecho delictuoso van a sufrir esas consecuencias?

A nuestro parecer, lo que busca la norma al crear una red de datos nacional con datos de sujetos “violadores”, es tener una herramienta que sirva en un futuro para poder identificar a estos delincuentes, para que de esta forma, pueda ser juzgado como corresponde, ni más ni menos. Recapitulando, no creemos que la norma busque castigar adicionalmente al individuo, al menos no intencionalmente, ello se desprendería como una consecuencia mediata. Tampoco creemos que la norma sirva como medida disuasiva muy eficaz, ya que, quien realiza la acción, puede valerse de los medios necesarios para no dejar evidencias de su autoría, por lo que no temería a una posible identificación.

- En lo relativo al material genético registrado, creemos que este tema presenta una especial complejidad. La ley no especifica cómo se realizará este procedimiento de recolección del ADN. Especifica que en los casos en los que no hubiere un autor

individualizado, se podrá recolectar la información del cuerpo de la víctima, para incorporarlo a la sección especial de autores no identificados. Sin embargo, cuando una persona es individualizada y condenada, ¿Cómo se extrae el material genético?, ¿Qué pasa si el individuo se niega a brindar material genético? ¿Qué pasa con el derecho a disponer del propio cuerpo? En este caso, recordamos la sentencia del Tribunal Constitucional Español, que establecía que el derecho a la incolumidad corporal era el derecho a no sufrir menoscabo en su cuerpo o apariencia externa sin su consentimiento. A pesar de ello, existen formas de obtener ADN sin necesidad de lesionar a la persona (pinchazos, extracción de sangre), o de cambiar su apariencia (cortando cabellos), como es, por ejemplo, obtenerlo por medio de la saliva del sujeto. El tema se complica cuando la persona se niega a cooperar. Sabido es que no puede ejercerse fuerza física sobre una persona para conminarla a hacer algo, y como la legislación no dice nada al respecto, creemos que la manera de obtener esas muestras quedara supeditada al criterio del juez. Con respecto al derecho de disponer del propio cuerpo, creemos que, ningún derecho es de carácter absoluto, y todos pueden verse restringidos en la medida necesaria y de forma legítima. Esto, sumado a que la ley prohíbe la utilización de esta información genética para otros fines que no sean los exclusivamente previstos por el art. 2 de la misma. (Art. 11). Por ello no creemos que se ve afectado el derecho a la disposición del propio cuerpo.

- Acerca de si este registro atenta contra el derecho a la intimidad, creemos que no. Por empezar, dado el carácter confidencial de los datos, nadie puede tener acceso a ellos (salvo los organismos intervinientes en una investigación criminal), por lo que

tampoco pueden ser usados de manera estigmatizante o discriminatoria contra el individuo. El derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de nuestra Constitución dispone que: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.” Es evidente que cuando se comete un delito se afecta el orden público y perjudican a un tercero. Por lo que, a nuestro parecer, esta clase de antecedentes penales no quedan amparados bajo el derecho a la intimidad.

- En cuanto al art. 3° de la ley, tampoco creemos, a diferencia del letrado Brusa, que se violen el derecho a la intimidad o privacidad, dado que, estos datos no reflejan una información sensible de la persona que no quiera que sea conocida. Además, reiteramos que la información no se hace pública en ningún momento. Lo que sí consideramos negativo, es esa carga impuesta a la persona de tener que presentarse ante las autoridades para actualizar sus datos, y hasta incluso, su fotografía. Creemos que esto sí es claramente violatorio a la garantía de *non bis in ídem*. La persona ya ha cumplido con su condena, no tendría por qué tener impuesta esta carga.
- Con respecto a la duración del contenido de los datos, tampoco estamos de acuerdo. Es un sinsentido que la información conste en el Registro por un periodo de cien años, y que no se tengan en cuenta los plazos de caducidad del art. 51 del Código Penal. Tampoco operaría, claro está, la prescripción penal, que tiene como fundamentos, siguiendo a Lascano (2005), los siguientes: “el derecho penal no debe actuar sobre quien ha logrado su reinserción social avalada por su abstención de

delinquir durante un largo tiempo, porque ha desaparecido la necesidad de la pena” (Lascano, 2005, p. 610); “hace cesar el daño social, por lo que, desaparecido el daño político, se torna inútil la reparación penal” (Lascano, 2005, p. 610).

- Concluyendo, no consideramos que la norma 26.879 y el Registro Nacional de Datos Vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual que la misma crea, sean inconstitucionales en su totalidad. Sin embargo, si consideramos contrarios a nuestro ordenamiento los arts. 3 y 10 de dicha norma.

Bibliografía

Doctrina

- Amaya, S. (2013/03/07). Qué es y cómo funcionará el registro de violadores. La Nación. Recuperado el 15/06/2015 de <http://www.lanacion.com.ar/1597615-que-es-y-como-funcionara-el-registro-de-violadores>
- Arballo, G. (2005). Actualidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los fallos del trascendental periodo 2002 – 2003. Recuperado el 25/01/2016 de https://www.academia.edu/11557889/Actualidad_en_la_jurisprudencia_de_la_Corte_de_los_Estados_Unidos_2005_
- Badeni, G. (2006). *Tratado de derecho constitucional, tomo I* (2da Ed. Actualizada). Buenos Aires: La Ley.
- Badeni, G. (2006). *Tratado de derecho constitucional, tomo II* (2da Ed. Actualizada). Buenos Aires: La Ley.
- Bidart Campos, G. J. (2008). *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- Donna, Edgardo A. (1996). *Teoría del delito y de la pena* (2da Ed. Actualizada). Buenos Aires: Astrea.
- Figari, R. E. (2013). Sobre la ley 26.879 de Registro Nacional de Datos Genéticos para los Delitos contra la Integridad Sexual. *elDial.com – DC1Bo9 Revista de Derecho Penal y Criminología*. Recuperado el día 19/07/2015 de <http://www.rubenfigari.com.ar/sobre-la-ley-26-879-de-registro-nacional-de-datos-geneticos-para-los-delitos-contra-la-integridad-sexual/>

- Lascano, C. J. (2005). *Derecho penal: parte general*. Córdoba: Advocatus.
- Núñez, R.C. (2008). *Manual de derecho penal: parte especial* (3ra Ed. Actualizada). Córdoba: Lerner.
- Medina, G. y Yuba, G. (2013). Registro nacional de datos genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual. *La Ley Online*. Cita online: AR/DOC/3097/2013. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007900000152a92ed3bb7340f263&docguid=i22841E38ED1402AB4A23B6D83801D396&hitguid=i22841E38ED1402AB4A23B6D83801D396&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB87AFDBFFA581AFEE669327CD53&searchFrom=widget&savedSearch=false&context=17&crumb-action=append>
- Arellano Méndez, A. (2011). La regulación jurídica de la información genética. *Instituto de investigaciones jurídicas*. Recuperado el día 20/12/2015 de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/6/art/art2.htm>
- Ramos, Santiago J. (2007). Habeas data. Protección de datos personales. *Infojus*. Recuperado de: <http://www.infojus.gob.ar/santiago-jose-ramos-habeas-data-proteccion-datos-personales-dacf070031-2007/123456789-0abc-defg1300-70fcanirtcod>
- Giuliano, Diego A. (2000). El “habeas data” y la explotación de los datos personales: el caso argentino. *Infojus*. Recuperado de: <http://www.infojus.gob.ar/diego-alberto-giuliano-habeas-data-explotacion-datos-personales-caso-argentino-dacf040070-2000/123456789-0abc-defg0700-40fcanirtcod#RJ000>

- Creus, C. (1998). *Derecho penal parte especial*. Tomo I. (6ta Ed. Ac. y ampliada, 1ra reimpresión). Buenos Aires: Astrea.
- Penacino, Gustavo A. (2011). Doctrina del día: el Registro Provincial de Perfiles de ADN de Córdoba. *Doctrina judicial*. Recuperado el día 25/01/16 de: <http://thomsonreuterslatam.com/2012/03/30/doctrina-del-dia-el-registro-provincial-de-perfiles-de-adn-de-cordoba/>
- Fundamentos del proyecto de ley 26879. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion31272.pdf#viewer.action=download>

Jurisprudencia

- Connecticut Department of Public Safety, Et Al., Petitioners v. John Doe, Et Al.
- Smith et al. V. Doe et al. Recuperado el 25/01/2016 de: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-729.ZS.html>
- Tribunal Constitucional de España, sentencia 107/1996. Recuperado el 25/01/2016 de: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3259#complete_resolucion&completa.
- Cám. Nac. Crim. y Correc., sala VI, 5-6-81, “Pérez, C. A.”, BCNCyC, 981-VII-136
- Cám. Nac. Casación Penal, sala III, 19-11-98, “Bronsztein, Daniel E.”, L. L. 1998-F-692
- Trib. Sup. Just. De Córdoba, C.L.A. s/ejecución de pena privativa de la libertad- Recurso de Inconstitucionalidad- (Sac N° 2111754).

Legislación

- Código Penal Argentino
- Constitución Nacional
- Constitución provincial de Buenos Aires
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos
- Ley Megan de los Estados Unidos
- Ley nacional 25.326 de Protección de Datos Personales
- Ley nacional 26.879 del Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculado a Delitos contra la Integridad Sexual
- Ley Orgánica española 10/2007
- Ley Procedimiento Penal de Buenos Aires 11922
- Ley provincial de Buenos Aires 13869
- Ley provincial de Córdoba 9680
- Ley provincial de Entre Ríos 10015
- Ley provincial de Mendoza 7222
- Ley provincial de Neuquén 2520
- Pacto de San José de Costa Rica
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista	Zalazar, Lourdes Alejandra
DNI	36.854.671
Título y subtítulo	Constitucionalidad de la creación del Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculado a Delitos contra la Integridad Sexual. (Ley 26.879).
Correo electrónico	louzalaz@gmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21
Datos de edición:	Córdoba, Gaudí, 17/03/16

Firma

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis	SI
Publicación parcial	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada
en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado