

REGISTRO NRO. 1421/07

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los 30

días del mes de octubre del año dos mil siete, reunidos los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, doctores Eduardo Rafael Riggi, Angela Ester Ledesma y Guillermo José Tragant, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 7672 caratulada “**Bertelotti, Eduardo Rodrigo s/ recurso de casación**”, con la intervención del señor Representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Pedro Narvaiz, y del doctor José Emiliano Arias, a cargo de la asistencia técnica de Bertelotti.

Efectuado el sorteo para que los Señores Jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el orden siguiente: doctores Ledesma, Tragant y Riggi.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora Juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

PRIMERO

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de casación interpuesto a fs.377/387 por la defensa del imputado, contra la resolución de la Sala V de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de esta ciudad de fecha 29 de septiembre de 2006 -fs. 356/357- que resolvió confirmar la decisión que ordenó la extracción compulsiva de sangre a Eduardo Rodrigo Bertelotti.

La impugnación fue rechazada a fs. 389/389 vta., lo que motivó la presentación directa ante esta Cámara (arts. 476 y cc. del C.P.P.) a fs. 434/442 vta., queja que fuera concedida por esta Sala a fs. 448; y mantenida a fs. 450.

Durante el término de oficina, el señor representante del Ministerio

Público Fiscal, se presentó a los fines dispuestos en los artículos 465, primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, solicitando se rechace el recurso interpuesto (fs.459/461 vta.).

Finalmente, celebrada el 8 de agosto de 2007 la audiencia prevista por el art. 468 del ordenamiento ritual, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

SEGUNDO

a) La defensa técnica de Bertelotti encarriló su recurso en la segunda de las causales del artículo 456 ya que, a su entender, la decisión no cumplía con los requisitos establecidos por el artículo 123 CPPN. “Con la sola lectura de la resolución que se recurre se advierte que la misma es sostenida por una argumentación meramente formal en la que se limita a señalar que habría ‘necesidad’ de realizar la medida probatoria en cuestión. De ningún modo se valoran o ponderan las argumentaciones de esta defensa, a punto tal que se las descarta sin dar razón alguna aún cuando resultan dirimentes de la cuestión tratada e implican una denuncia acerca de la violación a derechos constitucionales del imputado”.

Respecto del tema en debate, señaló como primera crítica, que la ejecución de la resolución apelada causaría un agravio irreparable para Bertelotti y un perjuicio para sus derechos fundamentales. Asimismo, refirió que los casos en los que se reconoció que aquéllos podían ceder, eran supuestos en los que se investigaban delitos de *lesa humanidad*. Afirmó que existen otras medidas que, sin resultar tan gravosas, podrían ser producidas para acreditar o descartar la hipótesis delictiva con la misma fuerza y convicción que la ordenada.

“La resolución recurrida también violenta una de las manifestaciones del derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.), cuál es, el de no estar obligado de declarar contra sí mismo. En efecto, la certeza cuasi absoluta de la prueba de ADN tan práctica y significativa en las causas de filiación, cobra una trascendencia diferente si la trasladamos a la dimensión del ámbito penal, en la medida en que el

plexo de garantías constitucionales que aseguran el debido proceso funcionan protegiendo al imputado. Centrado el análisis en el caso de marras, no debemos olvidar que aquí existe una negativa expresa de nuestro pupilo a someterse a este medio de prueba. Por lo tanto, debemos concluir que en caso de que la pericia se realizara, lo sería contra la voluntad del sujeto-objeto de la prueba".

Aclaró que la producción del estudio exterioriza información inequívoca y sumamente trascendente, excluyendo la posibilidad del imputado de ejercer su derecho de defensa al contenido de cada una de sus declaraciones. "Concretamente, obligan a Bertelotti a defenderse de determinada manera, lo que contraría el amplio precepto de nuestra constitución nacional que resigna ejercer algún tipo de injerencia sobre este punto". Sostuvo que no resultan de aplicación las enseñanzas de Claus Roxin en razón de que se refiere a otro orden jurídico y que la interpretación del art. 218 CPP efectuada resulta inconstitucional.

En segundo término, explicó el letrado que la resolución recurrida no se introduce en la cuestión -planteada por la defensa- referida a la irrazonabilidad de la medida dispuesta. El doctor Arias manifestó que no existen elementos en la causa que autoricen al juez a sospechar que Berelotti participó en el suceso, pues ni siquiera lo llamó a prestar declaración indagatoria. A su vez, reseñó la prueba que se encuentra acumulada en la causa que daría cuenta de que el nombrado no es el autor del delito investigado. Hizo hincapié en que la rueda de reconocimiento dio resultado negativo y que no existe posibilidad alguna que en el futuro se revierta tal situación sin quebrantar las reglas de la sana crítica.

"En el marco probatorio descrito se evidencia que respecto de nuestro defendido no existe estado de sospecha, ni mucho menos probabilidad delictiva, por lo que -a su respecto- la medida compulsiva dispuesta aparece irrazonable".

En tercer lugar, la asistencia técnica planteó que el estudio resulta inútil, ya que mantener la imputación contra Bertelotti aun cuando la víctima no lo

haya reconocido en la rueda de personas, quebranta también las reglas de la lógica.

“Pues bien, lo cierto es que en autos la presunta víctima no señaló a nuestro defendido como el autor del hecho y que, por otro lado, se dirigió contra una persona determinada (...). Por ello, entendemos que NO existe posibilidad alguna de que, en el futuro se revierta tal situación (...). Nótese que aun en el caso de efectuarse la medida dispuesta y que la misma arrojara como resultado que existe compatibilidad entre el semen encontrado en las prendas de la presunta víctima y el de la sangre de Bertelotti, tampoco ello sería concluyente respecto a que [el nombrado] resulta ser el autor del hecho, en tanto podría tratarse de una relación consentida por la víctima que escapa al objeto procesal de esta causa (...)”. Ello, en razón de que, afirma que el autor es Blanco. De tal manera, el examen dispuesto tampoco podría arrojar luz sobre la cuestión en debate.

Por otro lado, como cuarto agravio, indicó la defensa que con el dictado de la medida se amplía el aspecto subjetivo de la imputación más allá de lo señalado por la propia víctima. Ella no señaló conducta alguna de Bertelotti que sea susceptible de constituir un delito. Por lo tanto, se violentó el principio de *ne procedat iudex ex officio* lo que importa una causal de nulidad.

Hizo reserva del caso federal.

b) Por su parte, el Fiscal General ante esta sede manifestó que la inspección corporal se encuentra respaldada en la segunda parte del artículo 218 CPPN. Además, el juzgador le otorgó calidad de imputado, circunstancia que no puede desconocer la defensa. A su vez, y en relación a la afectación a la reserva y la intimidad, el representante del Ministerio Público manifestó que “(...) el señorío sobre sí que presupone la libertad individual (...) excluye cualquier intromisión ilegítima (...) Pero los derechos (...) que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (...)”. Es así que, esa intromisión sólo puede justificarse cuando medie un interés superior

en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad o la persecución de un delito.

Por lo tanto, el fiscal señaló que la medida es razonable, necesaria, guarda directa relación con el objeto de la causa, es conducente para el esclarecimiento del hecho y no afecta la integridad corporal de Bertelotti. En consecuencia, no constituye una injerencia arbitraria.

TERCERO

a) Para dar respuesta al planteo de la defensa hay que analizar si la resolución impugnada cumple con los requisitos establecidos por el artículo 123 del CPPN. De este modo, tal como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación corresponde tratar en primer término los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir ésta, no habría en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos 323:2492 y 326:673 entre otros).

Pues bien, los jueces afirmaron que el criterio del magistrado instructor era correcto y que *"(...) a partir de lo expuesto por los suscriptos al momento de decidir la exención de prisión del imputado (donde se dijo, aun frente a la incontrastable calidad de encausado, que el estado en que se hallaba la pesquisa no permitía afirmar la presencia de indicios vehementes de autoría), la necesidad de la medida luce incontrastable. Es que, frente a dicho panorama, la medida ordenada por el juez de instrucción luce imprescindible a los fines de recabar datos que permitan arribar a lo realmente acaecido. Dicho de otro modo: sólo la producción de la diligencia cuestionada podrá arrojar luz al caso bajo investigación. [Así] (...) se verifica la apuntada 'necesidad' a la cual hace referencia el artículo 218 del C.P.P.N."*

Luego, indicaron que *"(s)in perjuicio de la innegable calidad de imputado de Bertelotti, frente a la crítica esbozada por la defensa, cumple recordar que dicho precepto autoriza la posibilidad de proceder de idéntica forma incluso respecto de quien no revista dicha calidad, siempre que exista*

sospecha grave -de indudable presencia en el caso-, o de absoluta necesidad -igualmente presente-”.

Señalaron que la prueba era ineludible para el encausado pues actúa como objeto de prueba y que ella no importa un riesgo para su salud o su vida. *“Sin lugar a dudas, la extracción compulsiva de sangre no constituye una actividad degradante y mucho menos humillante (...)”.*

Como se puede observar lo primero que surge de la decisión es una contradicción. Este es uno de los principios lógicos que debe predicar toda resolución judicial y según el cual “no se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo objeto” (cfr. al respecto, Fernández, Raúl Eduardo: *Los errores “in cogitando” en la jurisprudencia cordobesa* en AA.VV. “La naturaleza del razonamiento judicial (el razonamiento débil)”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1993, p. 127 y ss.).

En nuestro caso, en primer lugar, al referirse a los fundamentos brindados al momento de resolver la exención de prisión de Bertelotti, los camaristas dijeron que revestía la calidad de imputado pero que por el estado de la investigación *“no permitía afirmar la presencia de indicios vehementes de autoría”*. Párrafos más adelante, luego de reiterar el carácter de encausado del nombrado, indicaron que en el caso existía sospecha grave y absoluta necesidad de llevar adelante la medida. Es decir se dice que no hay sospecha y a la vez que sí la hay. Y no puede argumentarse que las referencias son distante en el tiempo, pues los jueces las traen para justificar su posición. Esto es, como no tenían indicios, sino tan sólo una mera “sospecha” (el nombrado vivía donde la víctima dijo ser atacada), era necesario realizar la medida.

Por otra parte, la defensa se agravia de que la fundamentación de la sentencia es aparente y que no descarta los argumentos por ellos esgrimidos.

En este punto también le asiste razón ya que la decisión de los jueces sólo se apoya en la “necesidad” de que la diligencia se realice, en que el encartado es objeto de prueba en estos casos y que no le causa ningún perjuicio a su salud.

Sin embargo, nada se dice de la prueba que fundamentaría esa "necesidad", ni a la falta de razonabilidad y utilidad de la medida dispuesta.

Se puede considerar, entonces, que nos encontramos frente a opiniones carentes de sustentación objetiva. "No basta resolver el litigio; hay que resolverlo con arreglo a criterios y apreciaciones que, por hallarse dotados de fuerza de convicción, puedan convencer. De otro modo la decisión no sería más que el producto del arbitrio ilimitado de los jueces. En otras palabras: no basta que un fallo tenga fundamentos; es menester que estos fundamentos estén a su vez fundados. Porque si no lo están entonces sólo hay apariencia de fundamentación" (Carrió, Genaro R.; Carrió, Alejandro D.: *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, tomo I, tercera edición, primera reimpresión, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 260 y Fallos 294:338; 316:1717; 322:702, entre otros).

Estos extremos, que fueron planteados en el recurso y en la expresión de agravios en la Cámara del Crimen, debieron ser respondidos por los jueces ya que fueron oportunamente introducida por el litigante y eran decisivos para la solución del asunto (Carrió, Genaro R.; Carrió, Alejandro D.: *Op. cit.*, p. 65).

En este mismo sentido, se ha sostenido que la doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa, por lo que son descalificables como actos judiciales válidos aquéllas que han otorgado un tratamiento inadecuado a la controversia suscitada al omitir pronunciarse sobre las cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para la decisión del caso (Fallos 321:2981).

Por lo tanto, entiendo que le asiste razón a la defensa y corresponde anular la resolución impugnada (artículo 123, 456 inciso 2º y 471 del CPPN).

b) Sin perjuicio de lo sostenido precedentemente y a fin de evitar más

dilaciones indebidas en este proceso, analizaré el planteo central de la defensa.

En primer término, hay que tener en cuenta que lo que se protege con la garantía de la autoincriminación (artículos 18 y 75 inciso 22,5.1 y 8.2.g CADH y 14.2.g PIDCyP) son las comunicaciones verbales, escritas o gestuales debido a que en esos casos la prueba se encuentra en la mente del imputado y se requiere de un acto propio -esto es, que depende de su voluntad- para acceder a ella. La interpretación armónica de las reglas constitucionales en juego permite sostener que el imputado no podrá ser inducido, engañado, constreñido o violentado a declarar ni a producir prueba en contra de su voluntad (Cafferata Nores, José I.: *Garantías y sistema constitucional* en Revista de Derecho Penal 2001-1, “Garantías constitucionales y nulidades procesales I”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 135).

Por lo tanto, habrá que establecer cual es el alcance de la garantía. Para responder a este interrogante hay que reconocer que el imputado puede ser considerado como “sujeto” o como “objeto” de prueba. En esta dirección, señala Maier que la garantía “sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No lo ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio, al examen” (Maier, Julio J.B.; *Derecho Procesal Penal, tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 675).

En consecuencia, cuando el imputado actúa como *objeto de prueba* (lo que no significa que sea objeto del proceso), podrá ser obligado a soportar, dentro de ciertos límites, el respectivo acto procesal. En esta categoría se puede

ubicar a la extracción de sangre ya que "(...)consiste en un procedimiento invasivo, en el que normalmente se introduce un catete o jeringa y se extrae la sangre a la persona, punzando una de sus venas o arterias"(Salazar Murillo, Ronald: *Intervenciones corporales y tutela de los derechos fundamentales*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2000, pp.110 y 111).

Sentado ello, hay que establecer cuales son los límites que se deben tener en cuenta para que aquélla pueda ser utilizada como prueba en el marco de un proceso penal. Esta debe seguir un estándar mínimo de condiciones que se deben hallar presentes para ser considerada válida (cfr. De Luca, Javier A.: *Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigo y las garantías constitucionales* en Revista de Derecho Penal 2001-1, "Garantías constitucionales y nulidades procesales I", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, pp. 422 y 423).

En cada caso habrá que determinar es si existe causa probable, fundamentación, verosimilitud, estado de sospecha o indicios previos que permitan una conexión entre el individuo y un delito determinado. Ello así, en razón de que "(l)o central es entender que estamos ante medidas que proceden sólo en casos en que se tengan sospechas fundadas de que corresponde llevarlas a cabo en el caso concreto y respecto de una persona concreta (...) es necesario que(...) se tengan razones para pensar que un determinado imputado está conectado con un delito y que la inspección corporal de que se trate ayudará al esclarecimiento de ese delito (Carrió, Alejandro D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5º edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 529). Para poder corroborar la presencia de estos extremos es necesario relevar las constancias de la instrucción.

En nuestro caso no es posible dar respuesta positiva a este nivel. Para concluir de tal manera, es necesario transcribir los fundamentos que se expusieron en las resoluciones.

El magistrado instructor, en primer término, indicó que en el domicilio indicado por la damnificada conviven Blanco y Bertelotti, que ambos tienen características físicas similares, que no se puede asegurar que el grupo sanguíneo hallado se corresponda con el del autor del hecho y que, por lo tanto, resulta necesario llevar adelante la determinación del perfil genético. Por su parte, como ya se señaló precedentemente, los camaristas sostuvieron que la necesidad de la medida era incontrastable (cfr. fs. 356/357).

Pero más allá de las argumentaciones brindadas, lo cierto es que existen elementos de prueba que, a esta altura del proceso, permiten darle razón a la defensa. Así, por ejemplo, contamos con los dichos de la propia víctima, quien en su declaración señaló que una sola persona fue la que habría llevado adelante el suceso investigado. A esto es de importancia sumar los resultados de las ruedas de personas practicadas en la que la menor reconoció a Blanco como el posible autor del hecho -cfr. acta de fs. 276- y no pudo hacerlo respecto del recurrente -cfr. fs. 272-. De esta manera, lucen acertados los dichos de la asistencia técnica cuando sostiene que, el cuadro probatorio se reafirma desde el momento en que la ofendida, a pesar de haberlo tenido a un metro y medio de distancia, no señaló a Bertelotti como la persona que la atacara sexualmente.

Además, no deben perderse de vista los dichos de la licenciada María Laura Marandino de Collosi, quien señaló que “(...) la menor presentó signos emocionales de intensa angustia” cuando reconoció a Blanco. (fs. 336).

A los elementos mencionados hay que sumar un dato que, en el contexto, puede resultar de utilidad para resolver la cuestión. La víctima refirió que el sujeto que la agredió sexualmente se trasladaba en un automóvil. Para contradecir tal extremo, la defensa presentó un certificado de la Municipalidad de la Ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos de la que surge que Eduardo Rodrigo Bertelotti no posee licencia de conducir (cfr. fs. 233). Claro está que no se trata de una prueba dirimente, pues no es necesario tener un registro para saber manejar un rodado. Pero en este momento, frente a la medida ordenada y

relacionada con las otras pruebas reseñadas, resulta ser un indicio más a favor del impugnante.

“Las medidas de intervención corporal tan sólo son constitucionalmente legítimas si los indicadores del interés de persecución penal señalan que éste es realmente importante (principalmente la gravedad del delito, el grado de imputación y la probabilidad de éxito de la medida)” (González-Cuellar Serrano, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 309). En este supuesto se puede concluir que, por el momento, no se puede sostener que exista un estado de sospecha suficiente sobre Bertelotti que autorice a llevar adelante la extracción de sangre ordenada.

Por lo tanto, en estas condiciones, la medida dispuesta no resulta legítima y no traspasa ni el test de proporcionalidad ni el de razonabilidad. Esto no significa, sin embargo, que ella no pueda ser ordenada si la prueba colectada durante el transcurso de la investigación permita reprocharle consistentemente al nombrado algún tipo de participación en el suceso.

Por lo tanto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, anular la resolución de fs. 356/357 -y la de fs. 333/335 vta. por ser su antecedente inmediato- y remitir las actuaciones al Juzgado de Instrucción n° 49, Secretaría 169 para que prosiga con la sustanciación del proceso.

Así es mi voto.

El señor Juez **doctor Guillermo José Tragant** dijo:

Que el voto de la Dra. Ledesma sigue los lineamientos que fijara, *mutatis mutandi*, al votar en los autos “Masondo Thembalakhe, Dahpney s/ recurso de casación” (Reg. 518/97 del 2/12/97), motivo por el cual emito el mío en igual sentido.

El señor Juez **doctor Eduardo Rafael Riggi** dijo:

Que adherimos a la solución propuesta por los colegas preopinantes

en sus votos, y en consecuencia, emitimos el nuestro en idéntico sentido.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Eduardo Rodrigo Bertelotti, **ANULAR** la resolución de fs. 356/357 -y la de fs. 333/335 vta. por ser su antecedente inmediato- y **REMITIR** las actuaciones la Juzgado de Instrucción n° 49, Secretaría 169 para que prosiga con la sustanciación del proceso.(artículo 456 inciso 2°, 471, 530 y cc. del CPPN).

Regístrese, hágase saber y devuélvase al tribunal de origen sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

FDO: Eduardo R. Riggi - Angela E. Ledesma - Guillermo J. Tragant.

Ante mí: María de las Mercedes López Alduncin. Secretaria de Cámara.